

REVISTA DA

VOLUME 16

PROCURADORIA
GERAL
DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ISSN 1808-897 X

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL
DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ISSN 1808-897 X

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

v. 16, n. 16, 1º/2º sem. 2019



Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Rodrigo Francisco de Paula

CONSELHO EDITORIAL

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

DIRETOR RESPONSÁVEL

Rafael Induzzi Drews

EQUIPE TÉCNICA

Lorena Nascimento Ferreira
Renato Heitor Santoro Moreira

EQUIPE DE PRODUÇÃO:

Obra da capa: Nona Rostagno
Editoração: Renato Heitor Santoro Moreira
Impressão: Gráfica Aquarius Ltda.

Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo.
Vitória: PGE/ES, 2019. Semestral.

ISSN: 1808-897 X

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

CDD: 340

Tiragem: 800 exemplares

Exemplares desta publicação podem ser solicitados à:

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

Av. N. S. da Penha, 1590, Térreo, Barro Vermelho
Cep.: 29.057-590 Vitória – ES
Tel.: (27) 3636-5115
Website: www.pge.es.gov.br

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

GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Renato Casagrande

GOVERNADOR DO ESTADO

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Rodrigo Francisco de Paula

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Rafael Induzzi Drews

PROCURADOR DO ESTADO

CHEFE DO CENTRO DE ESTUDOS E INFORMAÇÕES JURÍDICAS

SUMÁRIO

Apresentação	9
Editorial.....	11
1 DOCTRINA	
1.1 A vedação ao ingresso na carreira militar em razão de tatuagem e o precedente RE Nº 898450/SP do STF: a necessidade de se conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 9º do Estatuto dos Militares do Estado do Espírito Santo.....	15
<i>Alexandre Tataçiba de Oliveira, Arthur Moura de Souza e Eliseu Victor de Sousa</i>	
1.2 Instrumentos para a recomposição da equação econômico-financeira nos contratos de parceria público-privada: reajuste, revisão, atualização e compensação financeira, repactuação e outros.....	41
<i>André Saddy</i>	
1.3 Honorários advocatícios de sucumbência nas ações tributárias e o § 8º do art. 85 do CPC	75
<i>Cristiane Mendonça</i>	
1.4 Subjetividades públicas na base de cálculo do percentual mínimo orçamentário a ser aplicado pelos estados na saúde pública: análise dos artigos 3º e 4º da Lei Complementar 141/2012	97
<i>Flávio de Araújo Willeman</i>	
1.5 Planejamento tributário em favor dos estados: a revisão da base de cálculo do PASEP e a recuperação de valores pagos a maior a este título	125
<i>Henrique Rocha Fraga</i>	
1.6 Direito processual administrativo estadual, sua desmaterialização e relevância para a administração	143
<i>Horácio Augusto Mendes de Sousa e Fernanda Medeiros e Ribeiro Rodor</i>	
1.7 Gestão de riscos nas empresas do estado: limites, possibilidades e cautelas jurídicas para a contratação de seguro de responsabilidade civil para administradores das estatais	167
<i>Horácio Augusto Mendes de Sousa e Lucas Fernando Dummer Serpa</i>	

1.8	Concessões rodoviárias pelo modelo de leilão do menor valor presente das receitas (MVPR): por que não agora, no Brasil?	191
	<i>Igor Gimenes Alvarenga Domingues</i>	
1.9	Procedimento de manifestação de interesse para parceria público-privada estadual de dessalinização de água marinha para abastecimento de água potável	205
	<i>Marcos Paulo Marques de Araújo</i>	
1.10	Áreas de preservação permanente e o direito à propriedade	227
	<i>Marina Santos de Alcântara</i>	
1.11	Termo de colaboração e termo de fomento: propostas para a estruturação do chamamento público e do conteúdo desses negócios	243
	<i>Péricles Ferreira de Almeida</i>	
1.12	Teoria do fato consumado no direito ambiental: uma análise da jurisprudência pátria segundo a súmula nº 613 do STJ	273
	<i>Rafael Santos de Almeida e Gabriel Batista Martinelli</i>	
1.13	Potencial e limites das auditorias operacionais no TCU: o caso da política penitenciária	297
	<i>Renato Campos Pinto de Vitto</i>	
1.14	A solidariedade na judicialização da saúde e a hipótese do medicamento não registrado na ANVISA. Breve análise das teses firmadas pelo STF nos recursos extraordinários 855.178 (tema 793) e 657.718 (tema 500) e possíveis implicações processuais	311
	<i>Ricardo Cesar Oliveira Occhi</i>	
1.15	A repercussão geral aplicada à Fazenda Pública Estadual	311
	<i>Tatiana Cláudia Santos Aquino Madruga, Alana Nogueira Gariani e Brenda Scarpio de Assis</i>	

2 PARECER

2.1	Impossibilidade de conversão das férias-prêmio em pecúnia por vontade administrativa	357
	<i>Brenda Avelar Dalla Bernardina</i>	

ANEXO

	Normas para publicação	373
--	------------------------------	-----

APRESENTAÇÃO

"Os que se encantam com a prática sem a ciência são como os timoneiros que entram no navio sem timão nem bússola, nunca tendo certeza do seu destino". A frase de Leonardo da Vinci define bem o sentimento de necessidade e importância da produção científica em todas as áreas de conhecimento. Em se tratando do Direito, não poderia ser diferente.

O mundo globalizado e conectado, as novas tecnologias, as transformações sociais, as mudanças nas relações de trabalho e interpessoais, as novas formas de interação do público com seus prestadores de serviços (sejam eles públicos ou privados) nos impõem quase que uma obrigação de gerar novos conhecimentos para acompanhar todas essas novidades.

No âmbito da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo, temos feito um trabalho buscando sempre trazer para a administração pública novos conhecimentos e, portanto, soluções inovadoras, que permitam atender, de forma criativa, às demandas da atualidade.

Para que isso aconteça, o incentivo à qualificação e à produção científica tem sido o nosso "timão" e nossa "bússola". A Revista da PGE é um desses instrumentos, juntamente com outros como a Escola Superior da PGE - que passou por ampla reestruturação e, hoje, é responsável pelo Programa de Residência Jurídica e pelo curso de pós-graduação, cujo projeto está sendo finalizado.

Na mesma linha de criatividade e inovação, o Centro de Estudos e Informações Jurídicas está estruturando o planejamento estratégico da PGE, bem como construindo um projeto de implantação daquilo que será a nossa Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem para solucionar de modo mais eficiente (e extrajudicialmente) problemas entre contribuintes e o Estado.

Tudo isso só se constroi com muito estudo, com muita produção científica de pessoas que estudam o Direito a fundo, em especial o Direito Público. E algumas dessas pessoas estão aqui, nas páginas da nossa revista.

Uma boa leitura a todos!

Rodrigo Francisco de Paula
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

EDITORIAL

Em tempos de crise fiscal nacional e baixo desenvolvimento social e econômico no Brasil e em vários Estados e Municípios da Federação, com a honrosa exceção do Estado do Espírito Santo, o único “Nota A” junto Tesouro Nacional, é essencial, mais do que nunca, a apresentação de soluções jurídicas consistentes e inovadoras para os complexos desafios do Estado e da sociedade brasileira como um todo.

Neste contexto, destaca-se a Revista da PGE-ES, em sua 16ª edição, como referência nacional na apresentação de estudos jurídicos da maior relevância e aplicabilidade prática, em forma de artigos jurídicos, pareceres jurídicos e peças processuais judiciais, estes últimos desenvolvidos no exercício da missão constitucional de consultoria e representação judicial do Estado do Espírito Santo, tal como prevista no art. 132 da Constituição da República de 1988.

No presente volume, que conta com trabalhos de professores, profissionais renomados, Procuradores do Estado do Espírito Santo e residentes jurídicos, são abordados, de maneira segura, consistente e clara, temas de notória atualidade e importância para o aprimoramento da gestão pública no Brasil e capixaba, tais como a vedação do ingresso na carreira militar em razão de tatuagem e o precedente RE nº 898450/SP do STF; os instrumentos para a recomposição da equação econômico-financeira nos contratos de parceria público-privada; honorários advocatícios de sucumbência nas ações tributárias; subjetividades públicas na base de cálculo do percentual mínimo orçamentário a ser aplicado pelos Estados na saúde pública; planejamento tributário em favor dos estados; direito processual administrativo estadual, sua desmaterialização e relevância para a administração; gestão de riscos nas empresas do Estado; concessões rodoviárias; parceria público-privada estadual de dessalinização de água marinha para abastecimento de água potável; áreas de preservação permanente e direito à propriedade; termos de colaboração e fomento; teoria do fato consumado no direito ambiental; potencial e limites das auditorias operacionais no TCU; a solidariedade na judicialização da saúde; a repercussão geral aplicada à Fazenda Pública Estadual e a impossibilidade de conversão das férias-prêmio em pecúnia por vontade administrativa.

Como bem se percebe, a amplitude temática da RPGE-ES nº 16 reflete, a um só tempo, a complexidade da tarefa de administração dos interesses públicos e a riqueza de proposições e soluções jurídicas necessárias ao enfrentamento dos desafios do Estado contemporâneo.

Importante destacar e agradecer o esforço e trabalho de todos os envolvidos para que o presente volume se tornasse realidade, em especial os autores, os Membros do Conselho Editorial, os servidores e residentes do CEI e toda a equipe técnica engajada nesse projeto, sem os quais não chegaríamos a esse momento.

Rafael Induzzi Drews

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

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO



1

DOUTRINA

1.1

A VEDAÇÃO AO INGRESSO NA CARREIRA MILITAR EM RAZÃO DE TATUAGEM E O PRECEDENTE RE Nº 898450/SP DO STF: A NECESSIDADE DE SE CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO AO ART. 9º DO ESTATUTO DOS MILITARES DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ALEXANDRE TATAGIBA DE OLIVEIRA*
 ARTHUR MOURA DE SOUZA**
 ELISEU VICTOR DE SOUSA***

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Interpretação das leis e interpretação conforme à Constituição. 2.1 Conceito de interpretação. 2.2 Interpretação conforme à Constituição. 2.3 Fundamentos da interpretação conforme como técnica de controle de constitucionalidade. 3 Da restrição imposta ao ingresso na carreira militar do Estado do Espírito Santo em razão da Lei Complementar Estadual (LCE) nº 667/2012. 4 Do entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal em relação à vedação de uso para ingresso na carreira militar quando do julgamento do precedente do RE Nº 898450/SP. 5 Da inconstitucionalidade do inc. XII do art. 9º da Lei Estadual nº 3.196/1978 à luz do precedente do STF e a necessidade de utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição. 6 Conclusão.

PALAVRAS-CHAVE: Interpretação conforme à Constituição. Vedação. Ingresso. Carreira Militar. Tatuagem.

1 Introdução

O ingresso nos quadros da Polícia Militar (PMES) e do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Espírito Santo (CBMES) possui vários

* Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Gama Filho. Ex-Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Procurador do Estado do Espírito Santo.

** Mestre em Gestão Pública pela Universidade Federal do Estado do Espírito Santo. Especialista em Direito Processual e Direito Tributário. Ex- Auditor Fiscal de Tributos Municipais. Procurador do Estado do Espírito Santo.

*** Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Ex-Defensor Público do Estado do Espírito Santo. Procurador do Estado do Espírito Santo.

requisitos específicos, próprios da carreira militar, dentre eles o disposto no inciso XII do artigo 9º da Lei nº 3.196/1978 - Estatuto dos Policiais Militares do Estado do Espírito Santo, que trata da proibição do candidato apresentar tatuagem definitiva que não possa ser coberta pelo uniforme de educação física da corporação ou que acarrete a identificação do policial, possibilitando o seu reconhecimento e ameaça à sua segurança.

Em razão da referida exigência, diversas ações judiciais vêm sendo interpostas por candidatos à carreira militar que questionam a regra em questão, o que resultou em múltiplos julgados no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES), alguns contrariando o disposto expressamente na lei, levando a Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (PGE-ES) a editar o Enunciado CPGE nº 21¹.

Não obstante, o debate jurisprudencial referente à possibilidade de se obstar o ingresso na carreira militar se intensificou em âmbito nacional, levando a discussão para o Supremo Tribunal Federal (STF), que enfrentou a problemática no julgamento, em sede de Repercussão Geral, quando da aceitação do Recurso Extraordinário (RE) 898450/SP².

Neste artigo, trataremos à reflexão o reconhecimento da inconstitucionalidade do inciso XI do artigo 9º da Lei Estadual nº 3.196/1978, com redação dada pela LCE nº 667/2012, à luz do que decidiu o STF quando do julgamento do precedente em Repercussão Geral (RE 898450/SP), bem como a necessidade de utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição, para fins de salvaguardar a finalidade da lei.

2 Interpretação das Leis e Interpretação conforme a constituição

2.1 Conceito de interpretação

Para se compreender o instituto da interpretação conforme à Constituição, é necessário observar, preliminarmente, o próprio conceito de interpretação. Em que consiste o ato de interpretar?

Segundo Paulo Bonavides³, a interpretação é uma “[...] operação lógica, de caráter técnico mediante a qual se investiga o significado exato de uma norma jurídica, nem sempre clara ou precisa.”. Para Inocêncio Mártires Coelho⁴ “[...] se o direito, como toda criação do homem, é

1 ESPÍRITO SANTO. Enunciado CPGE nº21, Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo. *Diário Oficial*. Vitória, ES, 12 de set. de, 2013.

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 898450/SP. Tribunal Pleno, Relator: Ministro Luiz Fux, Sessão de 17/08/2016. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 31 mai. 2017.

3 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 473.

4 COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. rev. e aument. São Paulo:

uma forma significativa, um substrato dotado de sentido”, essa é a razão pela qual “[...] a tarefa do intérprete, ao fim e ao cabo, será trazer à tona ou revelar o significado que se incorporou a determinado objeto”. Nas lições clássicas de Carlos Maximiliano⁵:

As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.

Da leitura doutrinária mencionada, temos que, interpretar o Direito é, portanto, fixar o sentido e o alcance das normas jurídicas, mediante um processo racional e controlável. Normas essas que se materializam, de forma geral, por leis escritas.

2.2 *Interpretação conforme à Constituição*

No direito brasileiro, após o devido processo legislativo e a sanção da lei, ao ingressar no universo jurídico, a legislação carrega, em si mesma, a presunção de constitucionalidade. De maneira que, caso haja dúvida quanto à interpretação que deva ser dada à referida legislação, ou seja, se não se tem certeza de sua completa inconstitucionalidade, o caminho a seguir é o da interpretação conforme à Constituição.

O princípio da interpretação conforme à Constituição tem a função de adequar a norma à própria Constituição, de forma que esse método de interpretação não se aplica à Constituição, mas à legislação infraconstitucional em conformidade com a Carta Magna.

Quando o intérprete da lei se depara com normas polissêmicas ou plurissignificativas (aquelas para as quais se pode atribuir mais de um significado), a partir daí, surgirão diversas interpretações do mesmo dispositivo legal, dos quais alguns se inclinarão para a inconstitucionalidade e outros para a constitucionalidade.

Saraiva, 2007. p. 3.

5 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.p.1.

Portanto, a interpretação conforme à Constituição é aquela em que o intérprete adota a interpretação mais favorável à Constituição Federal, considerando-se seus princípios e jurisprudência sem, contudo, se afastar da finalidade da lei.

Leciona Pedro Lenza⁶ que esta forma ou princípio de interpretação possui algumas dimensões que devem ser observadas pelo intérprete, quais sejam: (a) a prevalência da Constituição, que é a essência desse método, posto que enfatiza a supremacia da Lei Maior; (b) a conservação da norma, visto que, ao adotarmos a interpretação que vai ao encontro da Constituição, propiciamos sua eficácia e evitamos que seja declarada inconstitucional e deixe de ser aplicada; (c) a exclusão da interpretação *contra legem*, o que impossibilita que a lei seja interpretada contrariamente ao seu texto literal com o intuito de considerá-la constitucional; (d) o espaço de interpretação, que dita que esse método só pode ser aplicado quando houver a possibilidade de opção, ou seja, deve existir mais de uma interpretação para então optar-se por aquela conforme à Constituição; (e) a rejeição ou não aplicação de normas inconstitucionais, em que sempre que o juiz analisar a lei utilizando todos os métodos existentes e verificar que ela é contrária à Constituição deverá declarar a sua inconstitucionalidade; (f) a vedação de que o intérprete atue como legislador positivo, ou seja, aquele que interpreta a lei não pode dar a ela uma aplicabilidade diversa daquela almejada pelo legislativo, pois, caso assim proceda, considerar-se-á criação de uma regra pelo intérprete e a atuação deste com poderes inerentes ao legislador, o que é proibido.

2.3 *Fundamentos da interpretação conforme como técnica de controle de constitucionalidade*

A doutrina e a jurisprudência nacional e estrangeira, de forma dominante, preconizam a interpretação conforme à Constituição como sendo uma técnica de controle de constitucionalidade e não como uma regra de interpretação. Nesse sentido, Aloysio Vilarino dos Santos⁷, André Ramos Tavares⁸, Luís Roberto Barroso⁹, a título de exemplo, com-

6 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

7 SANTOS, Aloysio Vilarino dos. Atualização constante da interpretação constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 16, n. 63, p. 7-29, abr./ jun. 2008.

8 TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006.

9 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

preendem-na como técnica de controle de constitucionalidade, e não como simples regra de interpretação.

Por sua vez o Tribunal Constitucional alemão, aplica a interpretação conforme à Constituição como uma técnica interpretativa de controle. No mesmo sentido, o nosso Supremo Tribunal Federal¹⁰, quando do julgamento da Representação de Inconstitucionalidade n° 1.417-7, em 09 de dezembro de 1987, consignou a tese de que “[...] o princípio da interpretação conforme à Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*) é princípio que se situa no âmbito do controle da constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação”.

É nesse entendimento, da interpretação conforme à Constituição como técnica de interpretação de controle de constitucionalidade, que se analisa, no presente artigo, a alteração legislativa levada a efeito pela LCE n° 677/2012, no que tange à exigência de não apresentação de tatuagem pelo candidato aos quadros da PMES e do CBMES.

Antes de adentrarmos no tema específico, cabe o registro de que, não só o Poder Judiciário interpreta as leis e a Constituição. O administrador público, para bem desempenhar sua competência, também realiza a interpretação das normas jurídicas, sendo primordial que o faça de acordo com a Constituição Federal de 1988 (CF/88). De igual modo, os particulares interpretam a lei para cumpri-la. Sendo também mister que, em caso de dúvida, observem a interpretação da lei conforme à Constituição.

Portanto, a interpretação conforme à Constituição não é exclusividade dos processos de controle de constitucionalidade em abstrato. A mencionada técnica de interpretação, que não implica uma declaração de inconstitucionalidade, também é comum na jurisdição ordinária, bem como por partes dos órgãos incumbidos de prestarem consultoria jurídica ao Poder Executivo. Em suma, todo operador do direito realiza interpretação conforme à Constituição.

3 Da restrição imposta ao ingresso na carreira militar do Estado do Espírito Santo em razão da Lei Complementar Estadual n° 667/2012

No intuito de resguardar o pundonor militar, o legislador capixaba aprovou a LCE n° 667/2012, dando nova redação ao artigo 9° da Lei n°

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação de Inconstitucionalidade n° 1.417-7, Relator: Ministro Moreira Alves, Sessão de 09/12/1987. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 14 de dez. 1987.

3.196/1978¹¹ (Estatuto dos Policiais Militares do Estado do Espírito Santo), que passou a ser a seguinte:

Art. 9º O ingresso na Polícia Militar do Estado do Espírito Santo dar-se-á na carreira de Praças ou na carreira de Oficiais, por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos, destinado ao provimento dos quadros combatente, músico e de saúde, mediante incorporação, matrícula ou nomeação na graduação ou posto inicial de cada carreira, observados, além de outras regras previstas na legislação vigente, os seguintes requisitos gerais:

[...]

XII - não apresentar tatuagem definitiva situada em membros inferiores, superiores, pescoço, face e cabeça, que não possa ser coberta por uniforme de educação física da corporação, composto por calção ou short, camiseta de manga curta e meia de cano curto, ou outras tatuagens que acarretem a identificação do policial, possibilitando o seu reconhecimento e ameaça à sua segurança;

Com o advento da referida alteração, que para muitos foi considerada discriminatória pelo fato de ser opção do cidadão possuir uma tatuagem, o concurso de ingresso nos quadros da carreira militar do estado do Espírito Santo passou a ser alvo de diversas demandas judiciais que tratam deste tema, qual seja, a eliminação de candidatos em razão da apresentação de tatuagens.

A restrição legislativa imposta, no tocante ao uso de tatuagem por candidato que pretenda ingressar nos quadros da PMES ou do CBMES, pode ser dividida em duas hipóteses distintas: a *primeira*, veda o ingresso de candidatos que possuam qualquer tipo de tatuagem, independentemente do desenho, que possam ser vistas quando da utilização do uniforme de educação física, ou seja, as tatuagens que não podem ser tampadas pelo short e camiseta; e a *segunda*, veda o ingresso de candidatos que possuam tatuagem que acarretem sua identificação, o que consistiria em ameaça à sua segurança.

Diante do filtro de controle de constitucionalidade preconizado na CF/88¹², passamos a analisar se a regra imposta por lei, pode ser exigida e observada sem que gere ofensa à Carta Magna. Em síntese, tendo em

11 ESPÍRITO SANTO. Lei Estadual nº 3.196, de 24 de janeiro de 1978. *Diário Oficial*. Vitória, ES, 24 de fev. de 1978.

12 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 jul. 2017

vista a existência de lei própria autorizativa – inc. XII do art. 9° da Lei n° 3.196/1978, com redação dada pela Lei Complementar n° 667/2012, o ato de reprovação do candidato pode ser considerado válido?

Diante da celeuma, o TJES passou a ser acionado pelos candidatos, tendo se posicionado, por diversas vezes, de forma contrária à pretensão legal, conforme precedente relacionado¹³:

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CURSO DE FORMAÇÃO DE SOLDADO COMBATENTE DA POLÍCIA MILITARES. EDITAL N° 021/2008 - PMES. CANDIDATA COM TATUAGEM NA NUCA. INAPTIDÃO NA FASE DO EXAME DE SAÚDE. I) PRELIMINARMENTE. [...] II) MÉRITO. II. I) ATO COATOR. ELIMINAÇÃO DA CANDIDATA. CRITÉRIO ESTIGMATIZANTE E PRECONCEITUOSO. CONDUTA IRRAZOÁVEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. II. II) ISENÇÃO DO ENTE FEDERADO RECORRENTE DO PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS. II. III) REDUÇÃO DO VALOR DAS ASTREINTES. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. REMESSA EX OFFICIO PREJUDICADA. [...] II. MÉRITO.

II. I. A reprovação da Recorrida, em razão de pequena tatuagem em sua nuca, em razão da regra editalícia contida no artigo 3º, § 7º, do Anexo II, do Edital n° 021/2008, apresenta-se como critério estigmatizante e preconceituoso criado pela Administração Pública, exorbitando os limites da razoabilidade que orientam os atos administrativos e o próprio caminhar dos Entes Federados que compõem o Estado Democrático de Direito.

[...].

A simples existência de pequena tatuagem na nuca da Recorrida de longe consubstancia anomalia física, cujo critério desclassificatório do Concurso Público para Admissão ao Curso de Formação de Soldado Combatente da Polícia Militar do Estado do Espírito Santo se mostra, evidentemente, desigualitário e preconceituoso, não guardando compatibilidade com o cargo a ser exercido, consoante os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

II. II. Resta evidente a ocorrência da confusão, na hipótese de o Recorrente ser condenado ao pagamento de custas processuais remanescentes, eis que o Poder Judiciário não possui personalidade própria

13 ESPÍRITO SANTO, Tribunal de Justiça do Estado. Remessa Ex-officio n° 0024679-81.2009.8.08.0024, Segunda Turma Cível, Relator Des. Namyr Carlos de Souza Filho. *Diário da Justiça*, Vitória, ES, 15 de mai. de 2012.

e distinta do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. No entanto, deve o Recorrente ressarcir as despesas efetuadas a título de adiantamento das custas iniciais, por aplicação imediata da teoria da causalidade.

Entretanto, a existência de algumas decisões em sentido contrário não permitiu que essa polêmica referente ao ingresso nos quadros militares do Estado fosse encerrada, tanto que o Egrégio Conselho Superior da PGE/ES, em 10/09/2013, editou o Enunciado CPGE nº 21¹⁴, que possui o seguinte verbete:

Fica dispensada a apresentação de defesa e de interposição de recursos e autorizado o reconhecimento jurídico do pedido nas ações que questionem a eliminação do candidato em exame de higiene física por portar tatuagem desde que não ofenda o pundonor militar e não apresente manifestação discriminatória.

O referido enunciado foi editado para orientar a atividade dos Procuradores do Estado, tendo em vista a existência de diversas demandas judiciais que tratam desse tema, qual seja, a eliminação de candidatos ao ingresso na PMES em razão de apresentarem tatuagens.

Deve-se frisar que a edição do referido enunciado tem como objetivo a atuação do Procurador do Estado, não vinculando ou interferindo na atividade administrativa realizada no âmbito da PMES. Tão somente permite que, em razão do princípio da eficiência e colaboração processual, o procurador que se deparar com a situação em questão, resguardada a sua independência funcional, reconheça, juridicamente, o pedido ou deixe de recorrer ou impugnar decisão antecipatória ou sentença acerca do tema, nos termos do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 88/1996.

Em que pese o brilhantismo das decisões do nosso TJES, bem como a orientação do Conselho Superior da PGE/ES, em relação ao tema, as dúvidas sobre a constitucionalidade do dispositivo legal continuam. Emergem as seguintes indagações: Qual seria o alcance da referida norma legal e qual interpretação pode ser considerada constitucional? Algum tipo de tatuagem pode ser objeto de eliminação de candidato em concurso da PMES com base na alteração legislativa?

Diante de tais dúvidas, ainda sem clara sinalização do Poder Judiciário capixaba e da PGE/ES, é que traremos algumas reflexões, no presente artigo, a fim de direcionar a atividade do intérprete.

14 ESPÍRITO SANTO, Enunciado nº 21 da Procuradoria Geral do Estado. *Diário Oficial*. Vitória, ES, 12 de set. de, 2013.

4 Do entendimento consolidado do supremo Tribunal Federal em relação à vedação de uso para ingresso na carreira militar quando do julgamento do precedente do RE n° 898450/SP.

Toda a questão que envolveu o tema, em âmbito nacional, obrigou o STF a se debruçar sobre o assunto referente às restrições aos candidatos ao ingresso nas carreiras militares em razão de possuírem tatuagem, quando da análise do mérito do Recurso Extraordinário n° 898450/SP¹⁵, da relatoria do Ministro Luiz Fux. O STF ementou seu acórdão da seguinte forma:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 838 DO PLENÁRIO VIRTUAL. TATUAGEM. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL. REQUISITOS PARA O DESEMPENHO DE UMA FUNÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI FORMAL ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ART. 37, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DA CORTE. IMPEDIMENTO DO PROVIMENTO DE CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO PÚBLICA DECORRENTE DA EXISTÊNCIA DE TATUAGEM NO CORPO DO CANDIDATO. REQUISITO OFENSIVO A DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS CIDADÃOS. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IGUALDADE, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DA PROPORCIONALIDADE E DO LIVRE ACESSO AOS CARGOS PÚBLICOS. INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA ESTATAL DE QUE A TATUAGEM ESTEJA DENTRO DE DETERMINADO TAMANHO E PARÂMETROS ESTÉTICOS. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 5º, I, E 37, I E II, DA CRFB/88. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. RESTRIÇÃO. AS TATUAGENS QUE EXTERIORIZEM VALORES EXCESSIVAMENTE OFENSIVOS À DIGNIDADE DOS SERES HUMANOS, AO DESEMPENHO DA FUNÇÃO PÚBLICA PRETENDIDA, INCITAÇÃO À VIOLÊNCIA IMINENTE, AMEAÇAS REAIS OU REPRESENTEM OBSCENIDADES IMPEDEM O ACESSO A UMA FUNÇÃO PÚBLICA, SEM PREJUÍZO DO INAFASTÁVEL JUDICIAL REVIEW. CONSTITUCIONALIDADE. INCOMPATIBILIDADE COM OS VALORES ÉTICOS E SOCIAIS DA FUNÇÃO PÚBLICA

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n° 898450/SP. Tribunal Pleno, Relator: Ministro Luiz Fux, Sessão de 17/08/2016. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 31 de mai. 2017.

A SER DESEMPENHADA. DIREITO COMPARADO. IN CASU, A EXCLUSÃO DO CANDIDATO SE DEU, EXCLUSIVAMENTE, POR MOTIVOS ESTÉTICOS. CONFIRMAÇÃO DA RESTRIÇÃO PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. CONTRARIEDADE ÀS TESES ORA DELIMITADAS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. O princípio da legalidade norteia os requisitos dos editais de concurso público.

2. O artigo 37, I, da Constituição da República, ao impor, expressamente, que “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei”, evidencia a frontal inconstitucionalidade de toda e qualquer restrição para o desempenho de uma função pública contida em editais, regulamentos e portarias que não tenham amparo legal. (Precedentes: RE 593198 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, DJe 01-10-2013 (...)).

3. O Legislador não pode escudar-se em uma pretensa discricionariedade para criar barreiras legais arbitrárias e desproporcionais para o acesso às funções públicas, de modo a ensejar a sensível diminuição do número de possíveis competidores e a impossibilidade de escolha, pela Administração, daqueles que são os melhores.

4. Os requisitos legalmente previstos para o desempenho de uma função pública *devem ser compatíveis com a natureza e atribuições do cargo*. (No mesmo sentido: ARE 678112 RG, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 25/04/2013, DJe 17-05-2013).

5. A tatuagem, no curso da história da sociedade, se materializou de modo a alcançar os mais diversos e heterogêneos grupos, com as mais diversas idades, conjurando a pecha de ser identificada como marca de marginalidade, mas, antes, de obra artística.

6. As pigmentações de caráter permanente inseridas voluntariamente em partes dos corpos dos cidadãos configuram instrumentos de exteriorização da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão, valores amplamente tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro (CRFB/88, artigo 5º, IV e IX).

7. É direito fundamental do cidadão preservar sua imagem como reflexo de sua identidade, ressoando indevido o desestímulo estatal à inclusão de tatuagens no corpo.

8. *O Estado não pode desempenhar o papel de adversário da liberdade de expressão, incumbindo-lhe, ao revés, assegurar que minorias possam se manifestar livremente.*

9. O Estado de Direito republicano e democrático, impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade.

10. A democracia funda-se na presunção em favor da liberdade do cidadão, o que pode ser sintetizado pela expressão germânica “*Freiheitsvermutung*” (presunção de liberdade), teoria corroborada pela doutrina norte-americana do primado da liberdade (*preferred freedom doctrine*), razão pela qual ao Estado contemporâneo se impõe o estímulo ao livre intercâmbio de opiniões em um mercado de ideias (*free marketplace of ideas* a que se refere John Milton) indispensável para a formação da opinião pública.

11. Os princípios da liberdade e da igualdade, este último com esteio na doutrina da desigualdade justificada, fazem exsurgir o reconhecimento da ausência de qualquer justificativa para que a Administração Pública visualize, em pessoas que possuem tatuagens, marcas de marginalidade ou de inaptidão física ou mental para o exercício de determinado cargo público.

12. *O Estado não pode considerar aprioristicamente como parâmetro discriminatório para o ingresso em uma carreira pública o fato de uma pessoa possuir tatuagens, visíveis ou não.*

13. A sociedade democrática brasileira pós-88, plural e multicultural, não acolhe a idiosincrasia de que uma pessoa com tatuagens é desprovida de capacidade e idoneidade para o desempenho das atividades de um cargo público.

14. As restrições estatais para o exercício de funções públicas originadas do uso de tatuagens devem ser excepcionais, na medida em que implicam uma interferência incisiva do Poder Público em direitos fundamentais diretamente relacionados ao modo como o ser humano desenvolve a sua personalidade. 15. A cláusula editalícia que cria condição ou requisito capaz de restringir o acesso a cargo, emprego ou função pública por candidatos possuidores de tatuagens, pinturas ou marcas, quaisquer que sejam suas extensões e localizações, visíveis ou não, desde que não representem símbolos ou inscrições alusivas a ideologias que exteriorizem valores excessivamente ofensivos à dignidade dos seres humanos, ao desempenho da função pública pretendida, incitação à violência iminente, ameaças reais ou representem obscenidades, é inconstitucional.

16. A tatuagem considerada obscena deve submeter-se ao Miller-Test, que, por seu turno, reclama três requisitos que repugnam essa forma de pigmentação, a saber: (i) o homem médio, seguindo pa-

drões contemporâneos da comunidade, considere que a obra, tida como um todo, atrai o interesse lascivo; (ii) quando a obra retrata ou descreve, de modo ofensivo, conduta sexual, nos termos do que definido na legislação estadual aplicável, (iii) quando a obra, como um todo, não possua um sério valor literário, artístico, político ou científico.

17. A tatuagem que incite a prática de uma violência iminente pode impedir o desempenho de uma função pública quando ostentar a aptidão de provocar uma reação violenta imediata naquele que a visualiza, nos termos do que predica a doutrina norte-americana das “*fighting words*”, como, v.g., “morte aos delinquentes”.

18. As teses objetivas fixadas em sede de repercussão geral são: (i) os requisitos do edital para o ingresso em cargo, emprego ou função pública devem ter por fundamento lei em sentido formal e material, (ii) editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais.

19. *In casu*, o acórdão recorrido extraordinariamente assentou que “a tatuagem do ora apelado não atende aos requisitos do edital. Muito embora não cubra todo o membro inferior direito, está longe de ser de pequenas dimensões. Ocupa quase a totalidade lateral da panturrilha e, além disso, ficará visível quando utilizados os uniformes referidos no item 5.4.8.3. É o quanto basta para se verificar que não ocorreu violação a direito líquido e certo, denegando-se a segurança”. Verifica-se dos autos que a reprovação do candidato se deu, apenas, por motivos estéticos da tatuagem que o recorrente ostenta.

19.1. Consectariamente o acórdão recorrido colide com as duas teses firmadas nesta repercussão geral: (i) a manutenção de inconstitucional restrição elencada em edital de concurso público sem lei que a estabeleça; (ii) a confirmação de cláusula de edital que restringe a participação, em concurso público, do candidato, exclusivamente por ostentar tatuagem visível, sem qualquer simbologia que justificasse, nos termos assentados pela tese objetiva de repercussão geral, a restrição de participação no concurso público.

19.2. Os parâmetros adotados pelo edital impugnado, mercê de não possuírem fundamento de validade em lei, revelam-se preconceituosos, discriminatórios e são desprovidos de razoabilidade, o que afronta um dos objetivos fundamentais do País consagrado na Constituição da República, qual seja, o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV).

20. Recurso Extraordinário a que se dá provimento.

(RE 898450, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-114 DIVULG 30-05-2017 PUBLIC 31-05-2017)

Primeiramente, deve-se esclarecer que, apesar de uma rápida leitura da ementa do acórdão precedente gerar a impressão de que a inconstitucionalidade em questão deu-se apenas em razão da ausência de previsão legal da restrição ao porte de tatuagens (apenas no edital), *a análise trazida pelo relator tratou da inconstitucionalidade como um todo, abrangendo inclusive aquelas situações em que as restrições atinentes às tatuagens tiverem previsão expressa em lei*, como é o caso da legislação do estado do Espírito Santo, em relação ao estatuto dos militares, Lei nº 3.196/1978.

Logo, conforme o precedente da Suprema Corte, mesmo que a limitação ao ingresso nos quadros militares em razão do porte de tatuagens “visíveis” tenha previsão expressa na lei que rege o respectivo cargo, deve tal restrição ser considerada inconstitucional em razão do princípio da igualdade, do amplo acesso aos cargos públicos e da liberdade de expressão.

Esse esclarecimento se mostra necessário em razão de que, no caso que originou o precedente em questão (concurso para o ingresso no quadro de soldado bombeiro do estado de São Paulo), a restrição ao ingresso dos candidatos que possuíam tatuagens visíveis encontrava previsão apenas no edital do concurso, sem qualquer correspondência legal.

No entanto, qualquer dúvida se dissipa quando se analisa o voto do Ministro Relator Luiz Fux¹⁶, esclarecendo que o seu foco serão as leis e não só os editais que tratam de criar restrições ao acesso a cargos públicos:

Em parte, a repercussão geral da matéria decorre da reiterada jurisprudência desta Corte, no sentido da inconstitucionalidade de cláusula editalícia que cria condição ou requisito capaz de restringir o acesso a cargo público, sem que haja previsão legal expressa a fundamentar a exigência (Precedentes: RE 593.198 AgRg, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, DJe 01-10-2013; RE 558.833 AgRg, Relatora Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 25-09- 2009; e RE 398567 AgRg, Relator Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ 24- 03-2006). Para além disso, o tema sub judice reclama

16 Idem, p.14.

uma abordagem de maior envergadura, mormente diante da constatação de uma miríade de leis que criam restrições para o acesso a cargos, empregos e funções por parte de candidatos que possuem tatuagens fora de padrões supostamente aceitáveis pelo Estado. *Assim, no momento em que a proibição a determinados tipos e tamanhos de tatuagens obsta o direito de um candidato de concorrer a uma função pública, ressoa imprescindível a intervenção do Supremo Tribunal Federal para apurar se o citado discrimen encontra amparo constitucional.* Essa matéria, mercê de dotada de um nítido efeito multiplicador, é de inequívoca estatura constitucional. (grifo nosso).

No início da análise do mérito, o relator¹⁷ esclarece que a sua análise possuirá dois eixos distintos, relevantes para o deslinde da questão, quais sejam:

[...] (i) se o edital de concurso para provimento de cargo ou emprego público pode conter restrição dirigida aos candidatos não prevista em lei, e, de outro, (ii) se uma tatuagem, visível ou não, pode obstaculizar a participação em certame para o desempenho de uma função pública, ainda que esse impeditivo esteja contido em lei.

Porém, mesmo assim, o Ministro Relator faz questão de enfatizar que a “mera legalidade” não justifica a referida restrição imotivada, conforme observa-se¹⁸:

Como premissa inicial, torna-se necessário REAFIRMAR a jurisprudência desta Corte, no sentido de que qualquer restrição para o acesso a cargo público constante em editais de concurso depende da sua específica menção em lei formal. [...] Essa orientação corrobora o que decidido por esta Corte quando do julgamento do MS 20.973, Relator o saudoso Ministro Paulo Brossard, julgado em 06/12/1989, DJ 24-04-1992, ocasião em que restou assentado que “a acessibilidade aos cargos públicos assegurada tanto pela atual Constituição Federal (artigo 37, inciso I), como pela Carta anteriormente outorgada (artigo 97), exige tão-somente o preenchimento dos requisitos estabelecidos em lei”. Essa orientação corrobora o que decidido por esta Corte quando do julgamento do MS 20.973, Relator o saudoso Ministro Paulo Brossard, julgado em 06/12/1989, DJ 24-04-1992, ocasião em que restou assentado que “a

17 Idem, p.15.

18 Idem, p.15.

acessibilidade aos cargos públicos assegurada tanto pela atual Constituição Federal (artigo 37, inciso I), como pela Carta anteriormente outorgada (artigo 97), exige tão-somente o preenchimento dos requisitos estabelecidos em lei". Desse modo, em respeito ao artigo 37, I da Constituição da República, que, expressamente, impõe que "os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei" (grifo próprio), revela-se inconstitucional toda e qualquer restrição ou requisito estabelecidos em editais, regulamentos, portarias, se não houver lei dispondo sobre a matéria. Portanto, de plano, voto pela REAFIRMAÇÃO da jurisprudência desta Corte, para, desde já, assentar a primeira tese objetiva à luz do caso *sub examine*: Os requisitos do edital para o ingresso em cargo, emprego ou função pública devem ter por fundamento lei em sentido formal e material.

Dessa forma, ultrapassada primeira questão, a respeito da necessidade de que a restrição ao acesso de cargos públicos tenha previsão expressa na lei, o relator passou para o segundo ponto a ser abordado em seu voto, aspecto relevante na abordagem do presente artigo, nos seguintes termos¹⁹:

Sob outro enfoque, da mera previsão legal do requisito criado pelo Estado, não exsurge o reconhecimento automático de sua juridicidade. O Legislador não pode escudar-se em uma pretensa discricionariedade para criar barreiras arbitrárias para o acesso às funções públicas, de modo a ensejar a sensível diminuição do número de possíveis competidores e a impossibilidade de escolha, pela Administração, daqueles que são os melhores. Assim, são inadmissíveis, porquanto inconstitucionais, restrições ofensivas aos direitos fundamentais, à proporcionalidade ou que se revelem descabidas para o pleno exercício da função pública objeto do certame. Destarte, toda lei deve respeitar os ditames constitucionais, mormente quando referir-se à tutela ou restrição a direitos fundamentais, o que nos leva à conclusão de que os obstáculos para o acesso a cargos públicos devem estar estritamente relacionados com a natureza e as atribuições das funções a serem desempenhadas.

19 Idem, p.18.

Mais adiante, o relator traça um longo histórico da cultura que permeia a questão referente à prática de “marcação do corpo com pigmentação”, quando começa a delinear melhor os seus argumentos²⁰:

O atual viés, portanto, corrobora a completa ausência de qualquer ligação objetiva e direta entre o fato de um cidadão possuir tatuagens em seu corpo e uma suposta conduta atentatória à moral, aos bons costumes ou ao ordenamento jurídico. Como anteriormente dito, a opção pela tatuagem relaciona-se, diretamente, com as liberdades de manifestação do pensamento e de expressão (CRFB/88, artigo 5º, IV e IX). Assim, ninguém pode, ressalvadas hipóteses muito excepcionais que mais adiante serão expostas, ser punido por tal fato, sob pena de flagrante ofensa aos mais diversos princípios constitucionais inerentes a um Estado Democrático de Direito. Nesse ponto, destaca-se a possível vulneração ao princípio da igualdade, insculpido no artigo 5º, *caput*4, da Constituição da República, que preconiza a isonomia dos cidadãos sob o crivo do nosso ordenamento jurídico. Tal mandamento, todavia, deve ser interpretado *cum grano salis*, mormente porque não se veda ao legislador o tratamento desigual que porventura possa ser empregado a determinada parcela do corpo social, mas desde que em situações específicas e absolutamente justificáveis.

Observa-se, ainda, que o relator fundamenta sua posição no princípio constitucional da isonomia, nos seguintes termos²¹:

Não é demasiado afirmar que a vida em sociedade, por si, tem o condão de fazer exsurgir condições desiguais entre os indivíduos. Seja por meio de características naturais inerentes a cada ser humano, como as genéticas, que diferem e singularizam cada um de nós, seja em decorrência de fatores históricos, a realidade se apresenta com uma vasta diversidade social. O Constituinte, ao instituir a isonomia como um princípio de nosso Estado Democrático de Direito, teve como objetivo precípuo o implemento de medidas com o escopo de minorar estes fatores discriminatórios. O fundamento da isonomia tem como destinatário não só a sociedade, como, também, o próprio legislador, uma vez que é vedada a elaboração de norma que estabeleça privilégios ou restrições injustificadas a alguém. O reconhecimento de que este princípio não se resume ao tratamento igualitário em toda e qualquer situação se faz impositivo. Dentro deste preceito,

20 Idem, p.18.

21 Idem, p.22-23.

há espaço para tratamento diferenciado entre indivíduos diante da particularidade de situações, desde que o critério distintivo seja pautado por uma justificativa lógica, objetiva e razoável.

[...] Consequentemente, o tratamento diferenciado só é justificável, quando destinado a alcançar determinados objetivos para toda uma parcela da sociedade, hipótese em que a desigualação milita em prol da própria isonomia. [...] É cediço que há, ainda, restrições à investidura em cargos públicos estampadas na própria Constituição da República, que estabelece, *v. g.*, idade mínima, idade máxima e nacionalidade para a nomeação de determinados agentes políticos (e.g., CRFB/88, art. 14, § 3º), sem que isso ofenda, de maneira alguma, o princípio da isonomia, à luz da unidade da Constituição conquanto regra exegética assentada. Consectariamente, a lei que restringe o acesso a cargo público somente se revela constitucional, caso plenamente justificável para o pertinente desempenho das atividades do servidor. A doutrina, nessas hipóteses, apoiada no sistema jurídico vigente, adotou a teoria da chamada *desigualdade justificada*. [...] O primordial deste ponto é que a norma não pode ser específica de forma a direcionar-se a pessoa certa e determinada. Ainda que trate de característica não generalizada, ou seja, voltada a um número inferior de destinatários, é necessário que ostente, de certa forma, uma generalidade, podendo ser atribuída a sujeitos da mesma classe, ainda, desconhecidos. Impende destacar que o princípio da isonomia veda tanto a perseguição, com a imposição de gravame injustificável a um indivíduo ou grupo determinado, quanto o favorecimento de alguém nessas mesmas circunstâncias. Outro aspecto relativo ao fator de desigualação é a inadmissibilidade de que este não se encontre na própria pessoa. O objeto do *discrímén* deve, necessariamente, residir em circunstância fática objetiva alvo da norma. Isso ocorre pelo seguinte motivo: um fator que não acarrete alterações significativas para a situação fática do objeto da diferenciação é incapaz de atrair a necessidade de uma norma diferente das demais. Características tais como o sexo, localização espacial, idade, raça etc., quando não relacionados diretamente com a razão da distinção, não podem justificar a aplicação de norma específica. O acima exposto atrai a análise da denominada *correlação lógica entre fator de discrímén e a desigualação procedida*. Este ponto é, talvez, o mais importante para a análise de afronta ou não à isonomia. Para a verificação da validade da norma, o relevante é perquirir a justificativa plausível para o regime de tratamento diverso em situações com aparente condições de igualdade. [...] Na sequência, quanto à *consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição* se faz necessário compreender que, tendo em vista que nossa Carta Magna tutela a igualdade dos indivíduos, é imprescindível que, nos casos em que incidente a di-

ferenciação dos mesmos, haja uma justificativa, também, acobertada pela Constituição. A legitimidade de diferenciações jurídicas não exige propriamente uma correlação lógico-formal entre o critério de diferenciação e o tratamento díspar estabelecido, o que se quer, na verdade, é uma adequada correlação valorativa acerca da razoabilidade da medida (*substantive due process of law*). Ao fim e ao cabo, serão inconstitucionais as discriminações injustificadas, o que se verifica pela presença de elementos arbitrários no conteúdo intrínseco da norma analisada.

Postas essas considerações, em abstrato, acerca das restrições ao acesso a cargo público, ante ao princípio da isonomia, o eminente Ministro Relator traz o foco para questão que é ponto crucial para a análise da restrição imposta pelo legislador do Estado, em relação ao ingresso na PMES, arrematando²²:

In casu, evidencia-se a ausência de razoabilidade da restrição dirigida ao candidato de uma função pública pelo simples fato de possuir tatuagem, posto medida flagrantemente discriminatória e carente de qualquer justificativa racional que a ampare. Assim, o fato de uma pessoa possuir tatuagens, visíveis ou não, não pode ser tratado pelo Estado como parâmetro discriminatório quando do deferimento de participação em concursos de provas e títulos para ingresso em uma carreira pública. É dizer, inexistente a correlação na diferenciação ora *sub examine* e os ditames constitucionais. Consoante delimitado, a citada restrição, no caso, não se revela amparada por razão lógica e necessária, decorrendo de arbitrariedade administrativa sem qualquer imbricação com as funções desempenhadas, posto não concretizar conduta contrária à imagem e aos valores de instituições públicas, qualquer que seja o conceito que a eles se queira atribuir. Dito de outro modo, inexistente qualquer relação de pertinência entre a proibição de possuir tatuagem e as características e peculiaridades inerentes à função pública a ser desempenhada pelo candidato. Um policial não é melhor ou pior nos seus afazeres públicos por ser tatuado. [...] Mister, portanto, superar a conclusão do antagonismo equivocado entre o fato de ser tatuado e a competência e disponibilidade de produção nos cargos públicos. [...]. A hipótese encaixa-se, perfeitamente, nos dizeres de Pimenta Bueno (*Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Rio de Janeiro, 1857, p. 424), *verbis*: “qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente

22 *Idem*, p.23.

em uma razão muito valiosa do bem público, será uma injustiça e poderá ser uma tirania". Por isso, não há, numa séria e detida abordagem constitucional calcada nos princípios da liberdade e da igualdade, justificativa para que, em pleno século XXI, a Administração Pública e a sociedade visualizem, em pessoas que possuem tatuagens, marcas de marginalidade e de inaptidão física para exercer determinado cargo público. (grifo nosso).

Todavia, reconhecendo que o direito à isonomia e à liberdade de expressão não são absolutos, comportando limitações, afiançou que tipos de tatuagens que se mostram "[...] inegavelmente contrários às instituições democráticas"²³, devem impedir o acesso à função pública, sendo eventual restrição razoável e proporcional, conforme observa-se o trecho colacionada a seguir²⁴:

Com efeito, tatuagens que representem, *verbi gratia*, obscenidades, ideologias terroristas, discriminatórias, que preguem a violência e a criminalidade, discriminação de raça, credo, sexo ou origem, temas inegavelmente contrários às instituições democráticas, podem obstaculizar o acesso a uma função pública e, eventual restrição nesse sentido não se afigura desarrazoada ou desproporcional. Assim, sem prejuízo de a presença de uma tatuagem não ter aprioristicamente correlação alguma com a capacidade de um cidadão de ocupar um cargo na Administração, é cediço que alguns tipos de pigmentações podem simbolizar ideias, valores e representações inaceitáveis sob uma ótica plural e republicana e serem, *pour cause*, capazes de impossibilitar o desempenho de uma determinada função pública. A opção do cidadão, exteriorizada de forma livre e deliberada, por tatuar ideias e/ou símbolos largamente repudiados pela sociedade, demonstra uma adesão a ideais totalmente incompatíveis com a própria função pública. Tatuagens que, *verbi gratia*, representam formas obscenas, que fazem referência a organizações ou condutas criminosas (v.g., "157", em referência ao crime de roubo; "121", em referência ao tipo do homicídio), ou que denotem condutas inaceitáveis sob o prisma da dignidade humana, como as de incentivo ao ódio, à discriminação, ao racismo e ao sexismo, exorbitam do que é aceitável de quem é remunerado para servir a uma sociedade plural sociedade. A máxima de que cada um é feliz à sua maneira deve ser preservada e incentivada em grau máximo pelo Estado, sendo de destaque

23 Idem, p.23.

24 Idem, p.25.

o papel que incumbe ao Poder Judiciário nessa missão. Por outro lado, a tatuagem reveladora de um simbolismo ilícito e incompatível com o desempenho da função pública pode mostrar-se inaceitável. Um policial não pode exteriorizar sinais corporais, como tatuagens, que conflitem com esta *ratio*, como, a título de ilustração, tatuagens de palhaços, que significam, no ambiente marginal, o criminoso que promove o assassinato de policiais. Nesses casos, a experiência de outros países permite evidenciar não só a relevância dessa questão, mas, também, que o elemento cultural exerce importante e decisiva influência, como denotam algumas normas oriundas do Direito Comparado.[...] Eventual restrição só se justifica, caso seja necessária à finalidade que ela pretende alcançar e à natureza do cargo público. Nesse sentido, o contexto brasileiro, marcado pelo multiculturalismo, apenas aceita a eliminação de candidatos com fundamento na simbologia do desenho e nas finalidades e valores institucionais e constitucionais envolvidos, não sendo justificável estabelecer restrições com amparo na parte do corpo em que a pigmentação se encontra (visível ou invisível em relação ao traje de trabalho), como ocorre em Portugal e na Alemanha. A tatuagem, desde que não expresse ideologias terroristas, extremistas e contrárias às instituições democráticas, que incitem a violência e a criminalidade, ou incentivem a discriminação ou preconceitos de raça e sexo, ou qualquer outra força de intolerância, é compatível com o exercício de qualquer cargo público. No ordenamento jurídico pátrio, vale destacar a existência de diversas leis sobre o tema no âmbito das Forças Armadas, direcionadas especificamente para a Marinha, Aeronáutica e Exército, e que proíbem, apenas, tatuagens ofensivas a determinados valores institucionais ou que representem ofensa à ordem pública. Quanto à lei específica do Exército, Lei nº 12.705/2012, nota-se a existência de veto da Presidência da República ao critério proposto de restrição ao ingresso de candidatos portadores de tatuagens que *“pelas suas dimensões ou natureza, prejudiquem a camuflagem e comprometam as operações militares”* (Lei nº 12.705/2012, art. 2º, VIII, “b”). Interessante é que a justificação para o veto se amparou na hodierna orientação de que *“quanto à apresentação de tatuagens, o discrimen só se explica se acompanhado de parâmetros razoáveis ou de critérios consistentes para sua aplicação”*. De todo modo, não está em jogo a legitimidade da opção individual e livre de cada um de se tatuar, que deve ser respeitada por todos, e, em maior extensão, pelo Estado. Sob outro prisma, diversamente do que ocorre na esfera privada, os agentes públicos se submetem a um conjunto de regras estatutárias e princípios próprios, e, mercê da teoria do órgão, exteriorizam a figura e vontade do Estado.

Assim, o STF estabeleceu, de forma sintetizada, o seguinte entendimento: (a) toda e qualquer restrição em edital para ingresso em cargo, emprego ou função pública deve ter fundamento em lei em sentido, forma e material, e (b) *mesmo que tenha fundamento em lei, não podem estabelecer restrições aos candidatos que possuam tatuagens, salvo em situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais*.

Assim, o estabelecimento do referido entendimento, quando do julgamento do RE 898450/SP, trouxe relevantes consequências jurídicas para a previsão do artigo 9º, inciso XII da Lei nº 3.196/1978 (redação dada pela LCE nº 677/2012), tornando necessário que o intérprete analise a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do dispositivo, bem como se é possível conferir ao texto uma interpretação conforme à Constituição, o que será analisado a seguir.

Sabe-se que direitos como a liberdade de expressão não são absolutos, sendo necessário que, em alguns momentos, encontrem limitações, em especial, quando se trata de ingresso na carreira militar, regime jurídico bem singular, que muito se distingue do regramento conferido aos servidores civis.

Entretanto, à luz da CF/88, a restrição ao ingresso no quadro da PMES, por uso de tatuagem, tal como previsto na legislação do estado do Espírito Santo, mostra-se inconstitucional, necessitando conferir ao texto uma interpretação conforme à Constituição para salvaguardar o pundonor militar, sem que se viole o direito à liberdade, ou seja, realizando o devido equilíbrio quando ocorrer conflito entre princípios.

5 Da inconstitucionalidade do inc. XII do art. 9 da Lei Estadual nº 3.196/1978 à luz do precedente do STF e a necessidade de utilização da técnica de interpretação conforme à constituição

A reflexão posta no presente artigo deve se concentrar no dispositivo legal que originou a presente discussão, qual seja, o inc. XII, do art. 9º da Lei nº 3.196/1978, inserido pela Lei Complementar nº 667/2012, abaixo transcrito²⁵:

Art. 9º [...]

XII - não apresentar tatuagem definitiva situada em membros inferiores, superiores, pescoço, face e cabeça, que não possa ser coberta

25 ESPÍRITO SANTO. Lei Estadual nº 3.196, de 24 de janeiro de 1978. *Diário Oficial*. Vitória, ES, 24 de fev. de 1978.

por uniforme de educação física da corporação, composto por calção ou short, camiseta de manga curta e meia de cano curto, *ou* outras tatuagens que acarretem a identificação do policial, possibilitando o seu reconhecimento e ameaça à sua segurança; (Nova redação dada pela Lei Complementar n° 667/2012).

Conforme já mencionado, o STF firmou entendimento, pacificando a questão acerca do assunto tratado no artigo, por meio do precedente estabelecido quando do julgamento do RE 898.450-SP, em 17 de agosto de 2016, apto a vincular não só o Poder Judiciário, como também toda a Administração Pública, Direta e Indireta do estado do Espírito Santo.

No entanto, a legislação estadual permanece em vigor tendo, inclusive, o Conselho Superior da PGE/ES editado o Enunciado CPGE n° 21, com intuito de conciliar a atuação do Procurador do Estado com os precedentes jurisprudenciais existentes acerca da questão, sem vinculá-lo em suas condutas, concedendo, a cada um, a faculdade de adotar a conduta que melhor lhe pareça.

Contudo, após o julgado RE 898.450/SP do STF, surgiu a necessidade de ser analisada a constitucionalidade do inc. XII, do art. 9° da Lei n° 3.196/1978 à luz dos princípios da isonomia e da liberdade de expressão, conforme estabelecido no precedente da Suprema Corte. Daí a importância da reflexão posta no presente artigo.

Pode-se observar, no referido dispositivo, *duas hipóteses* distintas de restrição ao ingresso nos quadros militares do estado do Espírito Santo, embora ambas tratem do assunto “tatuagem”.

A *primeira* trata das hipóteses em que a tatuagem pode ser visível, tendo como parâmetro o uniforme de atividade física. Nesse caso, a restrição ao ingresso no candidato ocorre pelo simples fato possuir uma tatuagem “visível”, sem que se faça qualquer análise quanto ao seu conteúdo ou ao significado dos símbolos ou gravuras que constituem a tatuagem. Essa hipótese acaba por fugir de subjetivismos, uma vez que estando presente tatuagem em área não coberta pelo uniforme de exercício, a pessoa está automaticamente eliminada.

A *segunda*, por sua vez, trata daquelas situações em que as tatuagens possam acarretar a identificação do policial, o que consiste em ameaça à sua segurança. Nessa hipótese, o simples fato de possuir tatuagem, não visível quando do uso do uniforme de atividade física, não gera automaticamente a eliminação do candidato, sendo necessária uma análise subjetiva da Administração Pública, que deve verificar se a tatuagem em questão possibilita a identificação do “futuro” militar e, por conseguinte, possa representar ameaça à sua segurança e integridade.

Essa hipótese exige uma análise “cheia” de subjetivismo, uma vez que não existe nada que permita definir o que é passível de identificação do pretendo candidato a carreira militar. Ora, o que para uns permite a identificação do policial, para outros é irrelevante, limitando a questão ao casuísmo.

Mesmo assim, ao se analisar as referidas hipóteses contidas no inc. XII, do art. 9° da Lei n° 3.196/1978, pode-se constatar que apenas a segunda se aproxima daquele entendimento fixado em sede do RE 898450/SP.

À vista disso, mostra-se necessário conferir melhor interpretação à norma em questão, para que ela possa manter sua harmonia com ordenamento jurídico e, em especial, com a Carta Constitucional, considerando o que restou decidido pelo STF.

Logo, a interpretação que deve ser dada ao inc. XII, do art. 9° da Lei n° 3.196/1978 é a seguinte²⁶:

[...] não apresentar tatuagem definitiva situada em membros inferiores, superiores, pescoço, face e cabeça, que não possa ser coberta por uniforme de educação física da corporação, composto por calção ou short, camiseta de manga curta e meia de cano curto *que viole os valores constitucionais*, OU outras tatuagens que acarretem a identificação do policial, possibilitando o seu reconhecimento e ameaça à sua segurança.

Como dissemos no tópico referente aos fundamentos da interpretação conforme, cabe não somente ao judiciário, mas a todos os operadores do direito – em especial, no caso específico objeto desse estudo, aos agentes públicos responsáveis pelo procedimento de seleção e ingresso na respectiva carreira militar –, realizar a interpretação conforme à Constituição sempre que se depararem com texto legislativo que possa levar a interpretações que se inclinam para inconstitucionalidade e outras para constitucionalidade, buscando preservar a legislação, conferindo-lhe a interpretação que se amolde ao texto constitucional.

Tal como se encontra o texto da legislação estadual, não temos dúvida de que ele não passa pelo filtro constitucional, a menos que lhe seja conferida interpretação conforme à constituição.

Assim, à guisa de exemplo, competiria ao Comando Geral da PMES, realizando interpretação conforme, justificar, de forma funda-

26 Nota: Redação decorrente da adaptação do texto inc. XII, do art. 9° da Lei n° 3.196/1978, segundo a regra de interpretação conforme à Constituição.

mentada, as razões da eliminação/desclassificação de candidato que possua tatuagem, detalhando os motivos pelos quais o uso de determinada tatuagem possa resultar na violação dos valores constitucionais protegidos pela Carta Magna, nos termos do RE 898.450/SP decidido em sede de Repercussão Geral pelo STF.

6 Conclusão

Diante do breve enfoque dado a respeito da interpretação das leis, a técnica de interpretação conforme à Constituição, bem como do precedente do STF em sede de Repercussão Geral no RE 898450/SP, pode-se concluir que a restrição imposta pelo inciso XII, do art. 9º da Lei 3.196/1978 (redação dada pela LCE nº 677/2012), ao ingresso nas carreiras militares da PMES de candidato que possua tatuagem mostra-se inconstitucional à luz dos princípios da CF/88.

Entretanto, é possível que o operador jurídico, bem como o agente público responsável pela aplicação da referida norma, possa conceder ao texto interpretação conforme à Constituição, de modo a preservar o texto legislativo, desde que a aplicação do texto observe os direitos e as garantias constitucionais.

Sendo assim, ter-se-ia como válida a eliminação/reprovação do candidato portador de tatuagem, desde que, ao aplicar a lei, o agente público, em decisão administrativa fundamentada, ateste que a tatuagem viola valores constitucionais protegidos, nos termos do RE 898450/SP, que ofendam o pundonor militar ou apresentem manifestação discriminatória.

Dessa forma, segundo a regra de “Interpretação Conforme à Constituição”, a interpretação a ser dada ao texto do inciso XII, do art. 9º da Lei 3.196/1978 (redação dada pela LCE nº 677/2012), deve ser no sentido de que não é cabível excluir candidatos, automaticamente, do concurso público para ingresso na carreira militar, “simplesmente pelo fato” de possuírem tatuagens que possam ser visíveis quando da utilização do uniforme de exercício físico, nos termos da primeira parte do inc. XII, do art. 9º da Lei nº 3.196/1978.

Assim procedendo, tem-se que o intérprete, em especial os agentes públicos responsáveis pelo concurso de ingresso na carreira militar do estado do Espírito Santo, estará concedendo à norma legal a interpretação que esteja em consonância com a CF/88, afastando assim o caráter de inconstitucionalidade da norma, caso fosse aplicada a letra da lei.

7 Referências

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Representação de Inconstitucionalidade nº 1.417-7, Relator: Ministro Moreira Alves, Sessão de 09/12/1987. Diário da Justiça, Brasília, DF, 14 de dez. 1987.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 898450/SP. Tribunal Pleno, Relator: Ministro Luiz Fux, Sessão de 17/08/2016. Diário da Justiça, Brasília, DF, 31 de mai. 2017.

ESPÍRITO SANTO. Lei Estadual nº 3.196, de 24 de janeiro de 1978. Diário Oficial. Vitória, ES, 24 de fev. de 1978.

_____. Tribunal de Justiça do Estado. Remessa Ex-officio nº 0024679-81.2009.8.08.0024, Segunda Turma Cível, Relator Des. Namyr Carlos de Souza Filho. Diário da Justiça, Vitória, ES, 15 de mai de 2012.

_____. Enunciado CPGE nº21, Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo. Diário Oficial. Vitória, ES, 12 de set. de, 2013.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. rev. e aument. São Paulo: Saraiva, 2007.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTOS, Aloysio Vilarino dos. *Atualização constante da interpretação constitucional*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 16, n. 63, p. 7-29, abr./ jun. 2008.

TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006.

1.2

INSTRUMENTOS PARA A RECOMPOSIÇÃO DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA NOS CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: REAJUSTE, REVISÃO, ATUALIZAÇÃO E COMPENSAÇÃO FINANCEIRA, REPACTUAÇÃO E OUTROS

ANDRÉ SADDY*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Concessão de serviços públicos. 3 Forma de remuneração e contraprestação na PPP. 4 O contrato administrativo e o equilíbrio econômico-financeiro. 5 Instrumentos para recomposição da equação econômico-financeira. 5.1 Reajuste. 5.2 Revisão. 5.3 Atualização e compensação financeira. 5.4 Repactuação. 5.5 Pagamento à vista ou indenização derivada da responsabilidade objetiva do Poder Concedente ou da extinção da concessão por encampação ou anulação. 5.6 Aporte ou redução de recursos públicos ou aumento ou diminuição do valor das contraprestações. 5.7 Alteração de encargos ou do escopo do contrato e a supressão ou alocação de investimentos. 5.8 Prorrogação ou dilação/extensão do prazo contratual. 5.9 Redução ou aumento dos critérios objetivos de avaliação do desempenho. 5.10 Compensação com créditos tributários ou isenções/reduções tarifárias ou fiscais. 6 Conclusões. 7 Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Parceria Público-Privada (PPP) Reequilíbrio. Equação econômico-financeira. Reajuste. Revisão.

RESUMO: A recomposição da equação econômico-financeira contratual é fundamental para manter a sustentabilidade da parceria público-privada (PPP). Por isso, este estudo teve o objetivo de expor, mediante metodologia analítica, as diferentes estratégias de reequilíbrio da equação econômico-financeira, desse modo, evidenciando

* Pós-Doutor pelo Centre for Socio-Legal Studies da Faculty of Law da University of Oxford, Doutor Europeu em “Problemas actuales de Derecho Administrativo” pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid, com apoio da Becas Complutense Pre-doctorales en España. Mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com apoio do Programa Alfan, Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para América Latina. Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor da Faculdade de Direito, do Mestrado em Direito Constitucional e do Doutoramento em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense (UFF). Vice-Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ). Diretor-Presidente do Centro de Estudos Empírico Jurídico (CEEJ). Idealizador e Coordenador do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). Consultor e Parecerista.

como e quando pode ocorrer reajuste, revisão, atualização e compensação financeira, repactuação tarifária e outras não tão exploradas pela doutrina. A hipótese da pesquisa consistiu na afirmação de que tais instrumentos variam em sua aplicação conforme o tipo de PPP. Desse modo, a princípio, elucida-se o conceito de concessão de serviço público para esclarecer que nem todas as PPPs são delegações de serviços públicos. Depois, descrevem-se as diferentes fontes de receita da concessão patrocinada e da concessão administrativa. Só então que se analisam os instrumentos utilizados para reequilibrar a equação econômico-financeira sob a perspectiva das PPPs, correlacionando os diversos instrumentos analisados com o tipo de PPP existente, conforme sua característica.

1 Introdução

O presente artigo objetivou individuar os diferentes instrumentos de recomposição da equação econômico-financeira em contratos de Parceria Público-Privada (PPP). As PPPs são delegações de serviços públicos e da gestão de determinada infraestrutura em que o investimento privado será amortizável a longo prazo. É comum que, no decurso da vigência dos contratos de PPPs, as necessidades da sociedade ou da Administração Pública variem no tempo, por conseguinte, havendo a necessidade constante de sua adaptação. Daí porque é comum se falar em mutabilidade de tais contratos.

Sabe-se que é direito do parceiro privado o reequilíbrio econômico-financeiro quando este for rompido. Significa dizer que qualquer alteração das circunstâncias, que leve a afetações diretas ou indiretas no contrato/edital/proposta, tem, como contrapeso, o princípio do equilíbrio econômico-financeiro. Este permite ao parceiro privado manter a relação que se estabelece entre o encargo assumido e a contraprestação da Administração Pública, ou seja, a contraprestação pactuada.

Existem diferentes instrumentos para o reequilíbrio. Tentar-se-á, sem a pretensão de esgotar, tratar de vários desses, sendo eles: (i) reajuste; (ii) revisão; (iii) atualização e compensação financeira; (iv) repactuação; (v) pagamento à vista ou indenização derivada da responsabilidade objetiva do poder concedente ou da extinção da concessão por encampação ou anulação; (vi) aporte ou redução de recursos públicos ou aumento ou diminuição do valor das contraprestações; (vii) alteração de encargos ou do escopo do contrato e a supressão ou alocação de investimentos; (viii) prorrogação ou dilação/extensão do prazo contratual; (ix) redução ou aumento dos critérios objetivos de avaliação do desempenho; e (x) compensação com créditos tributários ou isenções/reduções tarifárias ou fiscais. A finalidade deste artigo é expor cada um desses

instrumentos e, à medida que são apresentados, correlacioná-los com os diferentes tipos de PPPs existentes, conforme suas características.

A fim de atingir o objetivo proposto, seguiu-se uma metodologia analítica de descrição dos diferentes instrumentos citados atrelada a uma análise jurídico-dogmática. Trata-se do método mais adequado para a exploração do objeto pesquisado, pois permite a decomposição dos diferentes conceitos relacionados à recomposição para que as suas distinções sejam reveladas e aplicadas aos tipos de PPPs previstos no ordenamento pátrio, por meio da análise de normas, textos doutrinários, legislação e da pesquisa de algumas jurisprudências, de forma meramente exemplificativa.

A hipótese da pesquisa consistiu na afirmação de que os instrumentos de reequilíbrio variam em sua aplicação conforme o tipo de PPP. Para tanto, partiu-se do conceito de concessão de serviço público para esclarecer que nem todas as PPPs são delegações de serviços públicos. Depois, descrevem-se as diferentes fontes de receita da concessão patrocinada e da concessão administrativa. Só então que são analisados os instrumentos utilizados para reequilibrar a equação econômico-financeira sob a perspectiva das PPPs, correlacionando os diversos instrumentos analisados com os tipos de PPPs existentes.

2 Concessão de serviços públicos

Pode-se conceituar concessão de serviço público como *todo contrato administrativo, precedido de licitação, em que o particular executa em seu nome a prestação de serviços públicos privativos, e até mesmo não privativo do Estado, de forma temporária e mediante alguma remuneração ou contraprestação.*

Tal conceito é genérico porque, atualmente, existem três espécies de concessão que envolvem a delegação de serviços públicos: (i) concessão comum; (ii) concessão patrocinada; e (iii) concessão administrativa. Essa última não, necessariamente, será uma delegação de serviço público, visto que pode ser dividida em duas: (iii.1) concessão administrativa de serviço público; e (iii.2) concessão administrativa de serviço ao Estado¹.

Esses tipos de concessões criam uma relação jurídica complexa entre o Estado e a iniciativa privada. Nesta, para o concessionário, a prestação realizada é um meio pelo qual este obtém o fim que almeja:

1 Esclarece-se que a modalidade tradicional de concessão de serviço público, regida pela Lei n.º 8.987/1995, passou a denominar-se comum com a criação das parcerias público-privadas, acima denominadas concessão patrocinada e administrativa, regidas pela Lei n.º 11.079/2004.

o lucro. Já para o Estado, o lucro que ele propicia ao concessionário é o meio pelo qual ele busca sua finalidade, que é o interesse público e a dignidade da pessoa humana. Apesar de serem inúmeras as diferenças entre cada uma, para fins deste artigo, interessam apenas duas.

Primeiro, deve-se entender que tanto a concessão comum como a patrocinada e a administrativa de serviço público são delegações da prestação de serviço público, já a concessão administrativa de serviço ao Estado não, pois, nesta, a Administração Pública é a parte diretamente beneficiada pelo serviço prestado, não os usuários.

Segundo, apesar de toda concessão ser realizada mediante alguma forma de remuneração ou contraprestação, nem toda PPP possui tarifa (verba remuneratória não tributária, pagas pelos usuários). Apenas nas concessões comuns e nas patrocinadas que existe tarifa, sendo que, nas patrocinadas, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, tem-se a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado². Já nas concessões administrativas, que é uma delegação da gestão de determinada infraestrutura cujo investimento privado será amortizável a longo prazo, o parceiro particular não recebe tarifa, sendo as contraprestações possíveis aquelas definidas no art. 6º da Lei n.º 11.079/2004, quais sejam: a ordem bancária; a cessão de créditos não tributários; a outorga de direitos em face da Administração Pública; a outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; e os outros meios admitidos em lei.

Essas diferenças são cruciais para se entender e responder como e quando pode ocorrer reajuste, revisão, atualização e compensação financeira e repactuação tarifária nos contratos de PPP.

3 Forma de remuneração e contraprestação na PPP

A concessão patrocinada, pelas características apontadas, implica gastos por parte do concessionário, por isso, este deve ser remunerado pela prestação que realiza e, mais, deve ainda ter lucro. Como visto, a concessão patrocinada envolve, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Já a concessão administrativa não possui tarifa, sendo o parceiro privado remunerado por meio das contraprestações mencionadas.

A Lei n.º 11.079/2004 prevê como cláusula essencial dos contratos de PPP as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais. Na PPP, a contraprestação concedida pelo Estado é diluída no

2 Vale mencionar que, antes mesmo da Lei n.º 11.079/2004, já se admitia essa hipótese, porém, ela era configurada como subsídio. Significa dizer que a decisão administrativa de conferir subsídios à determinada concessão comum não a transforma em concessão patrocinada.

tempo. Além disso, o Estado só desembolsa se o parceiro privado tiver, no período de referência, assegurado continuamente o benefício social especificado no contrato. Qualquer falha no projeto ou na operação implica a redução da remuneração do parceiro privado, que, ademais, assume o risco de erro na estimativa de custo da obra, aumento de preços acima do índice de reajuste contratual e de atrasos. Essas implicações são incentivos à eficiência.

O art. 6º, §1º, da Lei n.º 11.079/2004, cria um mecanismo de remuneração, vinculado à *performance* do particular, pagando-se apenas pelo serviço efetivamente realizado e disponibilizado, segundo um parâmetro de qualidade e de pontualidade determinado, não sendo o Poder Público obrigado a um pagamento maior por um serviço com qualidade mais alta do que a solicitada e podendo, também, penalizar o parceiro pela má qualidade do serviço prestado. Ou seja, existe a possibilidade de vincular a remuneração ou a contraprestação não só à disponibilidade do bem ou serviço contratado, mas ao cumprimento de obrigações de resultado.

Note-se que o efeito financeiro de uma remuneração ou contraprestação passível de redução é semelhante ao de uma multa, mas sua aplicação é mais eficiente porque não depende da instauração de processo administrativo, mas da verificação objetiva das metas, daí porque o contrato de PPP exige essa cláusula específica.

Trata-se da chamada remuneração ou contraprestação variável que confere, como mencionado, características de contrato de *performance*. Em regra, essas são efetuadas por meio de parcelas fixas e variáveis. A parcela fixa, quase sempre, equivale ao montante necessário para que a iniciativa privada consiga efetuar o pagamento da amortização do objeto principal, qual seja, a obra em si e, eventuais, juros de dívidas contraídas. Já a parcela variável e periódica é equivalente à diferença entre a contraprestação auferida pelas metas e pelos requisitos estabelecidos no contrato e a parcela fixa.

Diante de concessão patrocinada, deve-se ter em consideração que o art. 6º, §1º, da Lei n.º 8.987/1995 prevê que as tarifas sejam módicas, isto é, acessíveis a todos os usuários de forma a não os onerar excessivamente, pois, pela própria definição de serviço público, corresponde à satisfação de uma necessidade ou conveniência básica dos membros da coletividade.

As tarifas são verbas remuneratórias não tributárias que, conforme Antônio Carlos Cintra do Amaral³, devem “refletir a composição:

3 AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Licitação para concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 50.

custos mais lucros mais amortização de investimentos menos receitas alternativas, complementares ou acessórias ou de projetos associados”.

Além disso, o art. 13 da Lei n.º 9.074/1995 permite que as tarifas sejam diferenciadas em função das características técnicas do serviço e dos respectivos custos específicos, provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários. Sendo assim, pode cobrar tarifa mais elevada ou mais baixa a determinados grupos de usuários, em função das características especiais do serviço prestado e dos custos específicos assim obtidos, ou pela utilização do serviço em horários ou dias diferentes.

Embora a concessionária não tenha a liberdade de fixar sua própria tarifa, poderá a tarifa ser inferior à fixada desde que de forma equânime e não discriminatória, vedada a isenção ou redução subjetiva de valores, inclusive, mediante permuta de serviços, e o abuso do poder econômico. Essas isenções ou reduções somente serão admitidas quando extensíveis a todos os usuários de uma dada região que se enquadrem em condições, precisas e isonômicas, para sua fruição⁴.

Além das tarifas, exclusivas das concessões patrocinadas, os concessionários, como um todo, de PPP possuem a possibilidade de receberem verbas remuneratórias não tarifárias, descritas como receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados pelo art. 11 da Lei n.º 8.987/1995.

4 O contrato administrativo e o equilíbrio econômico-financeiro

O art. 66, da Lei n.º 8.666/1993, consagra o princípio da teoria geral dos contratos, segundo o qual o contrato faz lei entre as partes – imutabilidade do *contractus lex*. Nos contratos administrativos, além do contrato ter de ser executado fielmente pelas partes, estas também devem observar o instrumento convocatório e a proposta que deram origem ao ajuste, por serem partes integrantes deste. Tanto é assim que a lei prevê ser cláusula obrigatória nesses contratos aquela que estabeleça “a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor” (art. 55, inc. XI, da Lei n.º 8.666/1993).

4 Para maiores detalhes sobre isenção e redução tarifária, vide: SADDY, André; PINTO, Igor Giuberti. Isenções e reduções tarifárias em rodovias concedidas: um estudo de caso das rodovias do Rio de Janeiro. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*. Curitiba, v. 8, n. 2, p. 114-172, maio/ago. 2017.

Admite-se, inclusive, que o particular contratante deve cumprir estritamente suas obrigações, com maior rigor que entre particulares, por estar comprometido com os interesses públicos.

Acontece que, em determinadas situações, fazer cumprir os exatos termos ajustados no contrato/edital/proposta, com base na força vinculante que eles possuem, pode conduzir a inconvenientes, senão, a verdadeiros absurdos. Claro é, portanto, que qualquer obrigação tem limites. Em outras palavras, pela própria natureza das coisas, faz-se sentir o problema da alteração das circunstâncias, que leva a afetações diretas ou indiretas no contrato/edital/proposta e, por conseguinte, à relativização da obrigatoriedade desses instrumentos vinculatórios.

A necessidade de, num plano público, enquadrar e resolver as alterações de circunstâncias levou os diversos ordenamentos a procurarem soluções, sendo as mais tradicionais: (i) o fato da administração; (ii) a alteração unilateral do contrato; (iii) o fato do príncipe; (iv) a teoria da imprevisão; (v) a sujeição ou interferências imprevistas; e, por fim, (vi) a força maior ou o caso fortuito⁵. Caso alguma dessas circunstâncias afete a equação econômico-financeira, ou seja, a relação que se estabelece, no momento da apresentação da proposta (e não da assinatura do contrato), entre o encargo assumido e a remuneração pactuada, necessário será o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Infere-se, portanto, que qualquer alteração das circunstâncias inicialmente pactuadas que leve a afetações diretas ou indiretas no contrato/edital/proposta tem, como contrapeso, o princípio do equilíbrio econômico-financeiro.

Segundo Alexandre Santos de Aragão⁶:

[...] sempre que, por ação ou omissão, material ou jurídica, do Estado, ou por fatos imprevisíveis em geral, a estrutura econômica inicial da relação contratual for alterada, ela deve retornar à sua situação original, estabelecida quando da apresentação da proposta.

O direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro está consagrado no art. 37, inc. XXI, da CRFB, que estabelece a necessidade

5 Sobre cada uma dessas circunstâncias, vide: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 215; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 256; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 368; GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 542; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 585; entre outros.

6 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 341.

de serem “*mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei*”. A legislação infraconstitucional também prevê o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato (arts. 9º e 10 da Lei n.º 8.987/1995 e arts. 58, §§1º e 2º, e 65, da Lei n.º 8.666/1993).

Por fim, para não estender muito, já que o objeto do artigo não é a questão do equilíbrio econômico-financeiro, vale mencionar apenas que tal se aplica tanto em favor do particular como em seu desfavor.

Tal compreensão interessa para analisar os diferentes instrumentos consagrados na legislação e mencionados pela doutrina para evitar o desequilíbrio dessa equação econômico-financeira nos contratos de PPP. Sobre o tema, aduz Marçal Justen Filho⁷:

Tendo em vista que o art. 37, XXI de CF/88 determina a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados com a Administração Pública, a Lei 8.666/93 disponibilizou instrumentos aptos a recompor o eventual desequilíbrio entre as vantagens e os encargos originalmente pactuados. Assim, para a recomposição da equação econômico-financeira, surgiram diversas figuras que podem ser distinguidas entre si: a revisão (realinhamento de preços), o reajuste, a atualização monetária e a repactuação.

Passa-se a analisar essas e outras formas de recomposição da equação econômico-financeira.

5 Instrumentos para recomposição da equação econômico-financeira

Uma vez que foram cumpridos os requisitos e evidenciados os motivos para se restabelecer a equação econômico-financeira do contrato de PPP, há de se decidir sobre o meio, ou melhor, os instrumentos possíveis para a recomposição.

Infelizmente, não existe previsão legal com as distintas formas de recomposição existentes, e a doutrina, por sua vez, limita-se a tratar das principais utilizadas, conferindo um foco grande nas tarifas, mas, como visto, nem todo contrato de PPP é remunerado por esse meio.

O reajuste e a revisão (periódica ou extraordinária) que recompoem, por via de regra, o valor da tarifa, são os instrumentos mais estudados e analisados pela doutrina, pois são aplicáveis a todos os contra-

7 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética. 2014, p. 1031.

tos administrativos. Isso se deve a que ditos instrumentos se encontram previstos na legislação e são objetos da maioria das demandas judiciais de reequilíbrio existentes.

Além do reajuste e da revisão, existem outros instrumentos com previsão legal ou, ao menos, normativa que também são comumente estudados pela doutrina, são eles: a atualização/compensação financeira e a repactuação. Tais, no entanto, não são as únicas espécies de instrumentos existentes. Há aqueles possíveis de serem utilizados, mas que não possuem previsão legal, tais como pagamento à vista ou indenização derivada da responsabilidade objetiva do poder concedente ou da extinção da concessão por encampação ou anulação; aporte ou redução de recursos públicos ou aumento ou diminuição do valor das contraprestações; alteração de encargos ou do escopo do contrato e a supressão ou alocação de investimentos; prorrogação ou dilação/extensão do prazo contratual; redução ou aumento dos critérios objetivos de avaliação do desempenho; e, compensação com créditos tributários ou isenções/reduções tarifárias ou fiscais⁸.

Não obstante a existência de outros mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro que não esses supramencionados, que envolvem o reequilíbrio por taxa interna de retorno ou do fluxo de caixa marginal e, até mesmo, a doação de bens públicos para restabelecer o desequilíbrio, limitar-se-á a apresentar, daqui em diante, os métodos que guardam maior pertinência com os contratos de PPP, até porque, como explicado na introdução, não se tem o objetivo de esgotar todos os possíveis instrumentos de recompor a equação econômico-financeira.

8 Apenas para citar alguns exemplos na doutrina, tem-se Flávio Amaral Garcia (GARCIA, Flávio Amaral. *Regulação jurídica das rodovias concedidas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 184-198), que propõe as seguintes “técnicas de preservação do equilíbrio econômico-financeiro”: reajuste, revisão, modificação do valor da “outorga”, incremento de outras fontes de receitas, outorga de subsídios pelo poder concedente e aumento do prazo contratual; Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 402-408), que traz como “formas de recomposição da equação econômico-financeira” o reajuste contratual, a revisão (ou recomposição) de preços, a redução dos encargos do concessionário, a alteração do prazo contratual, a indenização mediante pagamento com recursos públicos, o subsídio estatal e a ampliação de benefícios externos à concessão; e Orlei Damazio Silveira (SILVEIRA, Orlei Damazio. *As formas de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão de serviços públicos*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44174/as-formas-de-restabelecer-o-equilibrio-economico-financeiro-nos-contratos-de-concessao-de-servicos-publicos/2>. Acesso em: 28 de agosto de 2019), que leciona sobre formas de garantir a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro e elenca as seguintes: revisão; reajuste; redução dos encargos da concessionária; prorrogação da concessão; indenização derivada da responsabilidade civil do Estado; indenização derivada da extinção da concessão por encampação ou anulação da delegação; e subsídios e outros benefícios externos à concessão.

5.1 Reajuste

O reajuste do contrato depende da previsão pelas partes, no momento da celebração do contrato, de evento futuro e certo que importará no seu desequilíbrio econômico e financeiro. Significa que o reajuste somente pode ocorrer se, no pacto, contiver cláusula que assim o preveja, sob pena de violação aos princípios da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório.

Tal instrumento está no art. 55, inc. III, da Lei n.º 8.666/1993, que versa sobre as cláusulas necessárias em todo contrato administrativo, que prevê a data-base e periodicidade do reajustamento de preços, assim como no art. 40, inc. XI, da mesma lei que estabelece o critério de reajuste como conteúdo obrigatório dos editais. De forma similar, a Lei n.º 8.987/1995, em seu art. 18, inc. VIII, indica os conteúdos a serem observados, no que couber, nos editais de licitação de concessões, constando, entre eles, o reajuste. Enquanto o art. 23, inc. IV, aborda as cláusulas essenciais do contrato de concessão, entre as quais, aquelas que tratam dos procedimentos e dos critérios para o reajuste como cláusulas obrigatórias⁹.

O instituto procura preservar o equilíbrio financeiro do contrato em função da variação dos custos das obrigações inicialmente estabelecidas, conforme os termos fixados no contrato. É um mecanismo para preservar as condições originalmente fixadas, ainda que durante a execução contratual não tenha ocorrido quaisquer eventos supervenientes extraordinários, imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, estranhas e inimputáveis às partes. Desse modo, o reajuste compreende os eventos da álea ordinária, previsíveis, relacionados aos aumentos de custos de produção decorrentes da inflação¹⁰.

9 Entende-se incabível a outorga de reajuste na hipótese de omissão deste no edital e no contrato. Apesar de se entender que não existe subjetividade ou autonomia na decisão da inclusão de tal cláusula nos contratos de concessão, há quem entenda que o reajuste seja um direito chamado disponível, podendo ser livremente acertado pelas partes (MONTEIRO, Josenete Veloso. *Manual de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 160). Concorda-se com Dora Maria de Oliveira Ramos (RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 189), que sustenta que a “concessão de qualquer reajuste sem a expressa previsão vicia o contrato, ferindo os princípios da igualdade entre todos os licitantes e da vinculação ao instrumento convocatório”. Agora, caso o contrato de concessão preveja a cláusula de reajuste, mas não indica o índice a ser aplicado, tem-se a possibilidade de negociação por ser, neste caso, realmente um direito disponível.

10 A inflação é um fenômeno natural da economia previsível, logo, é possível adotar medidas necessárias para tal. O Tribunal de Contas da União (TCU) já teve oportunidade de decidir que a inflação, “[...] exatamente por ser previsível ou suportável é considerada risco inerente ao negócio, não merecendo nenhum pedido de alteração contratual, pois cabe ao empresário adotar medidas para gerenciar eventuais atividades deficitárias. Contudo, nada impede que a lei ou o contrato contemple a possibilidade de recomposição dessas ocorrências. No caso de estar prevista, a efetivação do reajuste será mera execução de condição pactuada, e não alteração”. (BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. Acórdão 1563/2004. Plenário. Relator: Augusto Sherman. Data: 06/10/2004).

Segundo José dos Santos Carvalho Filho¹¹, o reajuste se caracteriza “por ser uma fórmula preventiva normalmente usada pelas partes já no momento do contrato, com vistas a preservar os contratos dos efeitos de regime inflacionário”.

Pensa dessa forma Hely Lopes Meirelles¹², que afirma que o reajuste:

Constitui-se na majoração dos valores unitários ou global contratado, segundo critério previamente ajustado no contrato, para compensar a inflação e atender às elevações do mercado, decorrentes da desvalorização da moeda ou do aumento geral de custos no período da execução contratual.

Desse modo, o reajuste tem por objetivo evitar um fato certo, no caso, ajustes inflacionários que afetem o pacto inicialmente estabelecido. Para isso, deve a Administração Pública utilizar-se de índices inflacionários, predeterminados ou não, adequados à natureza do objeto contratual¹³.

Além do fundamento legal do reajuste mencionado, sua aplicação é regulada pela Lei n.º 10.192/2001, que proibiu o reajuste em prazo inferior a doze meses. Desse modo, nas PPPs, em que os contratos são de longo prazo, sendo o mínimo de cinco anos e o máximo de trinta e cinco (art. 5º, inc. I, da Lei n.º 11.079/2004), sua outorga somente será permitida depois de decorrido o prazo mencionado de doze meses, contados da data limite para a apresentação da proposta ou do orçamento ao

11 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 200.

12 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 210.

13 Nessa esteira preceitua Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2014, p. 1033): “A Administração passou a prever, desde logo, a variação dos preços contratuais segundo a variação de índices (predeterminados ou não). Essa prática é identificada como ‘reajuste’ de preços. Trata-se da alteração dos preços para compensar (exclusivamente) os efeitos das variações inflacionárias”.

Aduz Lucas Rocha Furtado (FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 5 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 548): “Normalmente são utilizados como critérios para promover o reajuste do valor do contrato índices que medem a inflação, como o Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), índices setoriais, ou índices de variação salarial. (...) A bem da verdade, o reajuste de preços deve ser visto como meio de reposição de perdas geradas pela inflação”.

qual esta se referir¹⁴, sem impedimento de serem estabelecidos prazos superiores ao período de doze meses¹⁵.

O Tribunal de Contas da União (TCU) entende que os parâmetros para o reajuste precisam ser definidos de modo objetivo, ou seja, a Corte de Contas rechaça cláusulas que sejam insuficientes para a aferição da necessidade e para a operacionalidade do reequilíbrio, como aquelas que não prescrevem ou não individualizam o índice para cada tipo de serviço prestado¹⁶.

Nota-se, assim, que o reajuste ocorre em momentos certos e com periodicidade definida no instrumento contratual – respeitado o tempo mínimo legal –, o que permite que o contratado se organize e estude o impacto da variação dos índices no custo dos itens relevantes que compõem seus gastos.

O pressuposto para o reajuste, portanto, é a variação periódica e automática nos índices de correção, setoriais e específicos, predeterminados e estabelecidos no contrato¹⁷. São exemplos que ensejam o reajuste: dissídios coletivos; convenções coletivas de trabalho; variações salariais decorrentes de regimes inflacionários; aumento de custos de produtos; efeitos inflacionários ou deflacionários, atualizando os valores no decurso do tempo; entre outros¹⁸.

14 O legislador infraconstitucional admitiu esses dois marcos para iniciar a contagem do prazo de reajuste, basta, para tanto, ler os dispositivos normativos que regem a matéria. A data da apresentação da proposta equivale a data da entrega dos envelopes, já a do orçamento a que esta se referir se configura quando a proposta é entregue numa data, mas faz expressa referência a um orçamento anterior. Quando a proposta faz referência a tal orçamento, este passa a ser o marco inicial para fins de reajuste. Vale mencionar que o próprio edital pode estabelecer uma data de referência para formação dos cursos das propostas. Neste sentido, vide: GARCIA, Flávio Amaral. Aspectos polêmicos da cláusula de reajuste nos contratos administrativos. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 61, p. 124-139, 2006, p. 130 e 131.

15 Segundo Flávio Amaral Garcia (GARCIA, Flávio Amaral. Aspectos polêmicos da cláusula de reajuste nos contratos administrativos. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 61, p. 124-139, 2006, p. 128), o prazo inicial para o reajuste é contado a partir da data da apresentação da proposta e não da assinatura do contrato. Para o autor, “[...] se assim não fosse, estar-se-ia não apenas descumprindo a norma constitucional como penalizando o contratado que ficaria com o período entre a formulação da sua proposta e a assinatura do contrato descoberto e sem nenhuma proteção que lhe garantisse a manutenção do valor original”.

16 BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. Acórdão n.º 2642/2014. Plenário. Relator: Min. Benjamim Zymler. Data: 08/10/2014.

17 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 539.

18 Na hipótese de estabelecimento de um índice inadequado que não corrija da melhor forma o aumento no custo existente dos itens relevantes no orçamento, a tendência é que o Estado seja resistente a um eventual pleito de substituição. Contudo, a mudança encontra respaldo normativo no artigo 40, XI, da Lei n.º 8.666/93 – cuja sistemática deve nortear a interpretação dos demais dispositivos do diploma legal – que determina que os índices escolhidos devem, obrigatoriamente, retratar a efetiva variação do custo de produção. Desse modo, caso o edital e o contrato prevejam um índice geral em detrimento de um setorial que melhor reflita a variação no custo de produção de itens orçamentários relevantes, a substituição do índice poderá ocorrer para melhor aplicação do referido dispositivo (BRASIL. *Tribunal de*

Sob essa perspectiva, o reajuste será favorável ao particular quando estiver amparado em um movimento econômico que seja inflacionário e eleve o valor dos itens relevantes à composição do preço estabelecido no orçamento. Por sua vez, quando houver a deflação, o poder público terá o reajuste em seu favor, ao argumento de que a manutenção do valor da remuneração ou da contraprestação, nesses moldes, implicará enriquecimento sem causa do concessionário que se estará beneficiando de um aumento na receita obtida com base na diminuição da remuneração/contraprestação real. A despeito de ser um movimento incomum, trata-se de uma hipótese de variação nos índices de correção monetária estabelecidos no contrato, ainda que a menor, logo, é apta a ensejar o reajuste¹⁹.

Ressalta-se que se o efeito do elemento ensejador do reajuste for incalculável, justifica-se a aplicação da teoria da imprevisão e o afastamento de mero reajuste. Enfim, a regra geral será o reajuste, mas casuisticamente, em análise ao caso concreto, pode-se ter de realizar a revisão se o efeito do fato discutível for incalculável no ajuste. Caso o evento seja excepcional ou as situações extremas, em que se mostre insuficiente para contemplar a inesperada elevação dos custos associados à prestação dos serviços, a níveis não antes previstos, nesses casos, não se mencionaria simples reajuste, mas verdadeira revisão – instituto que, a despeito de também servir aos fins de restabelecimento da equação econômica do contrato, apresenta configuração jurídica diversa, como se terá oportunidade de demonstrar. O divisor de águas aqui será a previsibilidade.

Quanto às PPPs, destaca-se que o instrumento do reajuste é aplicável, a princípio, apenas à concessão patrocinada, uma vez que é a única em que o particular é remunerado por tarifa. Frisa-se a princípio porque se costuma dizer que o reajuste recompõe o valor da tarifa; e, como apenas a concessão patrocinada possui tarifa, não poderia tal instituto ser aplicado nas concessões administrativas. Ocorre que se entende que o reajuste se presta para manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato em face de variações de preços previsíveis e de forma normal, lenta e paulatina, que, de certa maneira, decorre do processo inflacionário ou deflacionário²⁰.

Constas da União. Acórdão n.º 1808/2008. Plenário. Relator: Min. Augusto Sherman. Data: 27/08/2008).

19 Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética. 2014, p. 549), ao tecer comentários acerca da recomposição do equilíbrio, preleciona que, havendo deflação ou redução de custos, aplicar-se-ão os mesmos princípios e postulados em favor da Administração. Deverá promover-se a redução dos preços para assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da contratação. Nesse mesmo sentido: BRASIL. *Tribunal de Constas da União*. Acórdão n.º 606/2008, 2ª Câmara, Relator: Min. Benjamin Zymler. Data: 18/03/2008.

20 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2013.

Apesar de mais utilizada para as tarifas, muito porque o texto normativo que trata do tema usa a expressão reajuste tarifário, não se vê impedimento para o uso do reajuste nas concessões administrativas, mesmo não existindo tarifa, porque, como contrato de longo prazo que é, também, será afetado pela inflação; e, como existem preços para a prestação do serviço, só que pagos por diferentes formas de contraprestação, estes também poderão prever cláusulas de reajuste. O mesmo se aplica a respeito das contraprestações pecuniárias das concessões patrocinadas.

Por fim, importa observar que a provocação para o reajuste cabe ao parceiro privado. Segundo o art. 5º, §1º, da Lei n.º 11.079/2004, as cláusulas contratuais de atualização automática de valores baseadas em índices e fórmulas matemáticas, como a cláusula do reajuste, serão aplicadas sem necessidade de homologação pela Administração Pública, exceto se esta publicar, na imprensa oficial, onde houver, até o prazo de quinze dias após apresentação da fatura, razões fundamentadas na Lei de PPP ou no contrato para a rejeição da atualização. Significa que existirá silêncio positivo caso o Poder Concedente ou a Agência Reguladora responsável não cumpra o prazo para análise, estando o concessionário autorizado, pelo contrato, a implementar a tarifa reajustada.

5.2 Revisão

A revisão do contrato ocorrerá sempre que evento futuro e incerto trazer um desequilíbrio para sua equação econômico-financeira (extraordinária), ou que esta possibilidade esteja prevista de forma prefixada em dispositivo contratual ou legal (ordinária ou periódica).

Tal instrumento possui previsão legal expressa, assim como reajuste. Segundo o art. 9º, §2º, da Lei n.º 8.987/1995, “os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro”. Além de tal dispositivo, assim como o reajuste, a revisão está prevista no art. 18, inc. VIII, que indica os conteúdos a serem observados, no que couber, nos editais de licitação de concessões e, no art. 23, inc. IV, que versa sobre as cláusulas essenciais do contrato de concessão. A revisão também está prevista na Lei n.º 8.666/1993, em seus art. 65, inc. II, alínea “d”. Sua aplicação está disposta no §6º do mesmo artigo, que dispõe que a Administração deverá, por meio de termo aditivo ao contrato inicial, restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Ademais, somente deve ser concedida após regular processo administrativo por meio da demonstração probatória dos motivos que levam à revisão e da juntada de planilha de custos que comprovem a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste.

Desse modo, haverá casos em que a Administração poderá recusar a revisão do contrato²¹.

Tanto pode dizer respeito à equação econômica quanto à financeira, em função, exatamente, do surgimento de novos custos e de novas obrigações. Não se trata, pois, de acompanhar, apenas, a variação dos custos inicialmente ajustados, mas de considerar a incorporação de novos custos ao contrato. Importa, portanto, em novo exame da tari-

21 Infelizmente, o processo administrativo de revisão costuma demorar muito para ser apreciado. Com o intuito de resolver o problema da morosidade na apreciação de pedidos de revisão, apesar de tal ocorrer em menor medida nos pedidos de reajuste, determinadas leis estaduais estabelecem que as concessionárias possam colocar em prática as condições constantes da respectiva proposta de reajuste ou revisão das tarifas que não tenham sido apreciadas pelo Poder Concedente ou, pela Agência Reguladora responsável, nos prazos conferidos no contrato ou na lei, até que a mesma decida de outra forma.

É o caso do estado do Rio de Janeiro que na Lei Estadual n.º 2.869/1997, em seu art. 20, estabelece que: “Caso haja descumprimento dos prazos conferidos na presente Lei ou no contrato de concessão pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP/RJ, as concessionárias ou permissionárias poderão colocar em prática as condições constantes da respectiva proposta de reajuste ou revisão das tarifas”.

No mesmo sentido, a Lei Estadual n.º 2.752/1997, em seu art. 10, dispõe que: “O descumprimento, pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP-RJ, dos prazos a ela conferidos na presente Lei, ou no contrato de concessão, para pronunciar-se a respeito de propostas de revisão de tarifas, de reajuste de tarifas ou de alteração da estrutura tarifária, facultará à concessionária colocar em prática as condições constantes da respectiva proposta, até que a referida Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP-RJ venha a se pronunciar”.

Segundo Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 263): “Na linha das polêmicas, cumpre ainda destacar a questão dos reajustes e revisões de tarifas, que têm o papel de preservar o equilíbrio do contrato. Tais procedimentos ocorrem mediante propostas do concessionário ao órgão regulador, tendo este um prazo para se manifestar sobre o pedido. O problema levantado decorre do eventual desatendimento do prazo de resposta, que tem como solução a imediata eficácia da planilha proposta. Isto foi tido por alguns como “ato tácito” ou aceitação tácita, o que não corresponderia à sistemática do Direito Administrativo. Ora, não há ato tácito; o que há é definição das consequências do silêncio da Administração; se nada estiver previsto em lei, a regra é entender que, diante da omissão, presume-se negado o pedido. No entanto, a lei pode prever solução diversa, pois, afinal, não se admite que, no Estado de Direito, a Administração possa, pela omissão, deixar de atender pretensões legítimas, mormente diante do princípio da oficialidade do processo administrativo.

A solução prevista na Lei n.º 2.869/97, art. 20, foi admitir a vigência provisória da tarifa proposta até que ocorra a manifestação do órgão regulador, que pode determinar tarifa diversa e as consequentes compensações. Não existe, assim, uma inconstitucionalidade por violação ao princípio da motivação, eis que a decisão, quando ocorrer, deve ser motivada, produzindo efeitos a partir de sua prolação, inclusive determinando modificações quanto às situações vigentes.

É claro que, se isso é fácil de implementar em relação aos serviços de fornecimento de energia, gás e saneamento básico, vinculados a imóveis, o mesmo não se pode dizer quanto a transportes, nos quais o passageiro, na maioria dos casos, sequer tem um comprovante do ingresso pago. Há, pois, que se prever um mecanismo de defesa do usuário nesta situação, que, frise-se, é amparada por lei”.

Não existindo previsão contratual ou legal, já posicionou o Judiciário, por meio do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, que o “silêncio da Administração acerca de pedidos referentes à revisão do preço contratado não pode ser interpretado como reconhecimento tácito desse direito, em face das normas e princípios que norteiam a atuação do administrador público (p. ex.: publicidade, impessoalidade, motivação etc.)” (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL – 200601000178850, Processo: 200601000178850 UF: BA Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data da decisão: 21/5/2007 Documento: TRF100253899, Fonte: DJ DATA: 9/8/2007 PÁGINA: 158, Relator(a): JOAO BATISTA MOREIRA).

fa, para investigar se os fatores que a compõem foram alterados de tal forma que estejam a exigir sua modificação, a fim de manter a relação encargo-remuneração prevista inicialmente.

Será aplicado nos casos de alterações unilaterais e quando incidirem fatos inseridos na teoria da imprevisão e seus desdobramentos, ou seja, eventos supervenientes extraordinários, imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, estranhos e imputáveis às partes. Tais eventos configuram álea extraordinária e extracontratual.

A revisão extraordinária pode ocorrer a qualquer momento ante quaisquer das situações supradescritas. Já a revisão ordinária ou periódica é aquela que se realiza por períodos predeterminados em que se preestabelece a data-base para sua realização, ou seja, com periodicidade certa e predefinida, definida no edital, no contrato ou na legislação, sendo habitualmente quinquenal. Pode ser que exista debate sobre a possibilidade de fazer revisão extraordinária quando exista dispositivo editalício, contratual ou legal fixando prazo para tanto, isto é, estabelecendo a revisão ordinária ou periódica. Haverá aqueles que apontam para a impossibilidade em respeito à previsibilidade e segurança jurídica que também devem ser aplicáveis à Administração Pública, e os que defenderam a possibilidade para evitar um prejuízo que venha a inviabilizar a própria manutenção do contrato.

De forma distinta da que ocorre no reajuste – que deve estar previsto no contrato –, a revisão não necessita de cláusula contratual que a prescreva, pois estará sempre autorizada quando constatada a ocorrência de um fato superveniente que desequilibre excessivamente a relação de equivalência entre os encargos do contratado e a sua remuneração/contraprestação. Sendo que independe de previsão contratual, pois é garantia constitucional do particular constatado o reequilíbrio econômico-financeiro. Assim, a revisão pode ser aplicada a qualquer tempo, uma vez comprovado o desequilíbrio e presentes os pressupostos legais, mesmo existindo previsão de revisão ordinária ou periódica²².

Outra distinção entre os dois instrumentos é que a revisão não está vinculada a qualquer índice de preços, até porque não incide exclusivamente sobre o preço, apesar de ser o caminho mais comum²³.

22 Em relação à ausência de cláusula de revisão no instrumento contratual, assevera Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2014, p. 1040): “O direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da contratação não deriva de cláusula contratual nem de previsão no ato convocatório. Tem raiz constitucional. Portanto, a ausência de previsão ou de autorização é irrelevante”.

23 GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos: Casos e Polêmicas*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 374.

Enquanto o reajuste, que incide sobre a expressão monetária de preços, procura preservar o valor originariamente pactuado para a prestação do serviço público, e, assim, o equilíbrio financeiro do contrato, em função da variação dos custos inicialmente estabelecidos, nos termos fixados no contrato; a revisão, que incide sobre os preços, por sua vez, procura preservar a prestação adequada do serviço e, assim, tanto pode dizer respeito à equação econômica quanto à financeira em função, exatamente, do surgimento de novos custos. Assim, cláusula de reajuste apresenta um caráter prospectivo, diferentemente da revisão, que opera no presente, mas a partir de uma visão retrospectiva.

A revisão cobre, portanto, os custos do serviço não abrangidos pelos reajustes efetuados, pelos interesses da própria Administração ou pela superveniência de fatos novos que desequilibrem o pacto econômico-financeiro, seja da receita (tarifária ou não tarifária) ou de qualquer forma de contraprestação.

Assim como no reajuste, a revisão pode ser favorável tanto para o Poder Concedente quanto para o parceiro privado, nas hipóteses de redução ou aumento de novos custos que afetem diretamente a equação econômico-financeira do contrato. Agora, na prática, caso o parceiro privado seja favorecido com a revisão, caso diante de uma concessão patrocinada, muitas vezes, o aumento da tarifa não lhe é interessante, pois isso afeta a demanda, seja por fuga ou impedância, o que pode tornar inefetivo o aumento, pode gerar protestos, vandalismo, entre outras situações que não tornam vantajoso o uso de tal instrumento.

Por fim, assim como ocorre no reajuste, a revisão, a princípio, é nítida nas concessões patrocinadas, únicas que possuem tarifa. Mas, como já demonstrado, a revisão não diz respeito apenas às tarifas, engloba receitas não tarifárias e outras formas de contraprestação por parte do Poder Concedente. Motivo pelo qual, também, pode afetar as contraprestações pecuniárias das concessões patrocinadas e as concessões administrativas, seja as de serviço público ou as de serviço ao Estado.

5.3 Atualização e compensação financeira

Além dos instrumentos do reajuste e da revisão, a Lei n.º 8.666/1993, mais precisamente no art. 40, inc. XIV, alíneas “c” e “d”, dispõe acerca da atualização e da compensação financeira como instrumentos para assegurar a perda pela inflação ocorrida desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento, as penalizações e as compensações por eventuais atrasos.

Desse modo, nas concessões patrocinadas – que envolvem, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, uma contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado –, pode existir atualização

e compensação financeira. Da mesma forma que é possível nas concessões administrativas, que podem possuir esse tipo de contraprestação.

A regra de aplicar a atualização financeira sobre a quantia devida, desde a data final do período de sua execução até o efetivo pagamento pela Administração, não prosperou tendo em vista a situação político-econômica atual do país e após o advento do Plano Real. Nesse sentido, assevera Marçal Justen Filho²⁴:

Não se afigura cabível a previsão de atualização financeira em virtude da sistemática consagrada com o Plano Real. A figura destinava-se a assegurar compensação pela inflação ocorrida entre a data da execução da prestação e o efetivo pagamento.

Já no que diz respeito à compensação financeira, essa é aplicada nos casos de atraso de pagamento pela Administração, considerando o prazo de pagamento fixado no contrato de concessão patrocinada ou administrativa. A ideia é compensar a perda do valor da moeda decorrente da inflação ou deflação no período da data prevista para o pagamento e de sua realização efetiva. Nesse sentido, assevera Marçal Justen Filho²⁵:

O sujeito (inclusive o Estado) tem o dever de cumprir com a prestação assumida, no prazo e condições determinadas. Ao infringir esse dever, sujeita-se à obrigação de indenizar a parte inocente por perdas e danos. Entre os danos emergentes encontra-se no mínimo, a perda do valor da moeda proveniente da inflação. Portanto, se o Estado atrasar o pagamento deverá pagar com correção monetária.

Aqui, assim como no reajuste, para aplicar a correção monetária, deverão ser utilizados índices inflacionários²⁶. Será divergente se tal índice tiver cláusula constante no edital e no contrato, em respeito ao art. 55, inc. III, da Lei n.º 8.666/1993, ou não. Alguns entendem que sim, mas outros doutrinadores, como Lucas Rocha Furtado, creem ser desnecessário, *in verbis*:

24 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética. 2014, p. 752.

25 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética. 2014, p. 752.

26 Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça julgou: “A correção monetária é mera técnica de autorização de valores, a qual não altera o equilíbrio econômico inicialmente estabelecido no contrato. Em contratos administrativos, a correção monetária é devida sempre que o pagamento for posterior ao ato administrativo de entrega” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma - REsp n.º 837.790/SP. Rel. Eliana Calmon, Julg. 2.08.2007, DJ de 13/08/2007).

A atualização ou correção dos pagamentos devidos pela Administração e efetuados fora do prazo fixado no contrato é devida independentemente de previsão no instrumento do contrato - ainda que pela lei deva o contrato prever tal cláusula e indicar esses critérios de atualização.

Além da previsão editalícia e contratual, cumpre ressaltar outra diferença entre o reajuste e a atualização e compensação financeira. Enquanto o reajuste baseia-se em índices setoriais e específicos vinculados às elevações inflacionárias ou deflacionárias, a atualização e a compensação financeira referem-se aos índices gerais de inflação/deflação. Ambos instrumentos, porém, envolvem uma alteração meramente nominal de valores destinada a compensar os efeitos inflacionários/deflacionários²⁷.

5.4 Repactuação

A repactuação é o instrumento utilizado para recompor a equação econômico-financeira decorrente de variação nos custos de insumos e mão de obra dos contratos de prestação de serviço contínuo. Segundo a Instrução Normativa 5/2017 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a repactuação é a:

[...] forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato que deve ser utilizada para serviços continuados com dedicação exclusiva da mão de obra, por meio da análise da variação dos custos contratuais, devendo estar prevista no ato convocatório com data vinculada à apresentação das propostas, para os custos decorrentes do mercado, e com data vinculada ao Acordo ou à Convenção Coletiva ao qual o orçamento esteja vinculado, para os custos decorrentes da mão de obra.

Esse instrumento está previsto no art. 5º do Decreto n.º 2.271/1997, que dispõe sobre a contratação de serviços no âmbito da Administração Pública federal, bem como na Instrução Normativa 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (art. 37 a 41-B). Trata-se de uma previsão normativa e não legal, que tem como base legal o instrumento do reajuste.

27 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética. 2014, p. 1035 e 1040.

Segundo o art. 53 da Instrução Normativa 5/2017 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, o edital e o contrato de serviço continuado deverão indicar o critério de reajustamento de preços, que deverá ser sob a forma de reajuste (em sentido estrito), com a previsão de índices específicos ou setoriais, ou por repactuação, pela demonstração analítica da variação dos componentes dos custos. Depreende-se, portanto, de tal dispositivo que a repactuação é uma espécie de reajuste.

Desse modo, assim como no reajuste (em sentido estrito), é necessária, na repactuação, a periodicidade mínima de doze meses, porém ter-se-á de considerar a variação de custos (com insumos e salários) da mesma forma daquela exigida na revisão, ou seja, deverá o concessionário comprovar para que se defira a recomposição da equação econômico-financeira. Ao contrário do reajuste, portanto, em que as partes estipulam o índice que reajustará automaticamente o valor do contrato, na repactuação, o concessionário precisará demonstrar a variação dos componentes dos custos do contrato.

O Tribunal de Contas da União²⁸ corrobora tal distinção ao afirmar que, no reajuste (em sentido estrito), existe estipulação por índices setoriais ou específicos para serem imediatamente aplicados na ocorrência de desequilíbrio devido à inflação/deflação; e, na repactuação, há vedação de estipulação daqueles índices, assim, quando verificado o desequilíbrio, será necessária a demonstração analítica dos custos alterados no contrato.

5.5 Pagamento à vista ou indenização derivada da responsabilidade objetiva do Poder Concedente ou da extinção da concessão por encampação ou anulação

Outra forma de reequilibrar a equação econômico-financeira é o pagamento à vista, seja à concessionária ou ao Poder Concedente. Trata-se de uma forma de reequilíbrio imediata, pactuada entre as partes depois que se tem um valor líquido determinado²⁹.

Na prática, tal instrumento é improvável de ser utilizado, apesar de possível. Improvável por parte do Poder Concedente por vários motivos, inicialmente, porque a crise econômica ou o ajuste fiscal não permite, mas também por questões orçamentárias e, até mesmo, por uma

28 BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. Acórdão n.º 1488/2016. Plenário. Relator: Min. Vital do Rego. Data: 08/06/2016.

29 Sobre tal possibilidade, vide: RIBEIRO, Maurício Portugal. *20 anos da lei de concessões, 10 anos da lei de PPP: viabilizando a implantação e melhoria de infraestrutura para o desenvolvimento econômico-social*. Rio de Janeiro: [s. ed.], 2014, p 172.

perspectiva negativa na reputação do governo perante a população. Já quanto ao concessionário, situação ainda mais inusitada, também, é improvável porque o particular tentará ao máximo diminuir a perda de lucratividade, tentando parcelar com juros abaixo dos praticados no mercado, por exemplo.

Apesar de improvável, tal instrumento é possível de ser aplicável tanto nas concessões patrocinadas como nas administrativas, não existindo qualquer diferença entre os dois modelos no uso desse instrumento. Não se pode confundir tal instrumento com a indenização derivada da responsabilidade objetiva do Estado por dano causado. É fato que o dano causado pelo Poder Concedente, seja por ação ou omissão, pode-se materializar na quebra da equação econômico-financeira da PPP. Nesse caso, pode o concessionário adentrar com ação de responsabilidade objetiva em face do Poder Concedente, na modalidade risco administrativo, para pleitear indenização como forma de recompor o equilíbrio quebrado. Tal possibilidade é comum e, apesar de ser evitada, já foi objeto de demanda judicial por parte de inúmeros concessionários.

O Superior Tribunal de Justiça³⁰, por exemplo, já teve a oportunidade de reconhecer a indenização como forma de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro de contrato de concessão de transporte aéreo rompido por ação da União por meio de planos econômicos:

[...] Ao retirar das empresas a faculdade de fixar e alterar tarifas de modo a manter a sua higidez financeira, forçando-as a operar em margem muitas vezes aquém da rentabilidade normal, o Poder Concedente diretamente provocou a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, gerando o dever de indenizar.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal³¹ reconheceu responsabilidade da União em indenizar prejuízos sofridos pela concessionária de serviço público, decorrentes de política econômica implementada pelo governo, dispondo que a manutenção da qualidade na prestação dos serviços concedidos (exploração de transporte aéreo) impõe a adoção de medidas garantidoras do reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato administrativo, seja por repactuação, reajuste, revisão ou indenização dos prejuízos.

30 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Primeira Turma. Recurso Especial n.º 1.248237-DF. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Data do julgamento: 18/09/2014.

31 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Plenário. Recurso Extraordinário n.º 571.969-DF. Relator: Ministra Carmen Lúcia. Data do julgamento: 12/03/2014.

Ainda no que diz respeito à indenização, essa pode ocorrer também por questão de extinção da concessão por encampação ou anulação. Como o Poder Concedente tem o dever de assegurar ao particular a percepção de lucros cessantes proporcionais ao período que ainda faltaria para o termo do contrato, é lógico afirmar que tal indenização sirva para recompor a equação econômico-financeira da PPP. Celso Antônio Bandeira de Mello³² aduz que, apesar de a Lei n.º 8.987/1995 ter cogitado apenas a indenização das parcelas não amortizadas ou depreciadas dos bens reversíveis, “[...] é óbvio e de cristalina obviedade que haveria agravo à equação econômico-financeira do contrato se não houvesse indenização pelos lucros cessantes”, pelo fato de o Poder Público extinguir a concessão, por razões de interesse público, antes do prazo de encerramento previsto no certame licitatório.

5.6 Aporte ou redução de recursos públicos ou aumento ou diminuição do valor das contraprestações

A sexta forma de recomposição que pode ser citada diz respeito ao aporte de recursos públicos pelo Poder Concedente, em casos de concessão patrocinada, em que exista a contraprestação pecuniária, ou o aumento do valor das outras contraprestações discriminadas no art. 6º da Lei n.º 11.079/2004, caso diante de uma concessão administrativa.

A opção de tal instrumento, quando utilizada em concessões patrocinadas, visa manter a modicidade tarifária, com isso, evitando a oneração do usuário dos serviços. Apesar de não existir previsão legal nesse sentido, a doutrina admite tal como uma solução compatível com o regime de concessões³³.

Tal instrumento, apesar de possível, também é, na prática, pouco utilizado, seja pelos motivos econômicos e fiscais já mencionados, ou por questões orçamentárias e, até mesmo, por motivos de reputação, como já mencionado. Além disso, existe o medo de decidir, por parte do tomador de decisão, quando inexistente previsão no instrumento convocatório ou no contrato e na legislação.

O aporte de recursos públicos por meio da contraprestação pecuniária ou o aumento do valor das outras formas de contraprestações possíveis nos contratos de PPPs são instrumentos que beneficiam o parceiro privado. Nada impede, no entanto, que ocorra uma situação contrária pela qual se tenha de reduzir os recursos públicos da contra-

32 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 748-749.

33 JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 340.

prestação pecuniária ou diminuir o valor das demais contraprestações – a depender se estará diante de uma concessão patrocinada ou administrativa. Nesse caso, o reequilíbrio estará a favor do Poder Concedente e não do particular. Dentre hipóteses possíveis, caso exista, na PPP, valor de outorga, esse poderá ser reduzido.

5.7 Alteração de encargos ou do escopo do contrato e a supressão ou alocação de investimentos

Outro instrumento possível para recompor a equação econômico-financeira nos contratos de PPPs é a alteração de encargos assumidos pelo parceiro privado ou o escopo do contrato. Trata-se, na verdade, de uma alteração unilateral do contrato administrativo mediante o qual o Poder Concedente irá retirar, reprogramar ou reformular as obrigações originalmente atribuídas à concessionária ou a ele.

José dos Santos Carvalho Filho³⁴, por exemplo, afirma que a redução dos encargos ou do escopo atribuídos contratualmente ao concessionário com o intuito de manter o equilíbrio econômico-financeiro é uma alternativa principalmente quando o Poder Concedente deseja reduzir o valor da tarifa. Condiciona, de forma acertada, que essa redução de encargos ou do escopo deve ser correspondente ao que o concessionário deixaria de arrecadar em razão da redução tarifária. Essa percepção do autor diz respeito às concessões comuns, mas pode ser aplicada às concessões patrocinadas.

Tal instrumento tem maior chance de ser utilizado nos primeiros anos de concessão, em que ainda existam muitas obrigações afetas a investimentos a serem realizados, já para o final da concessão, essa possibilidade diminui, a depender do modelo, é claro. Assim o é porque não há tantas obrigações substantivas a serem realizadas. A ideia, portanto, é a supressão de investimento por parte do parceiro privado.

Orlei Damazio Silveira³⁵ ressalta que a utilização da redução de encargos como forma de reequilibrar a equação econômico-financeira de uma concessão, com o fim de reduzir tarifas ou mantê-las num patamar mínimo, deve ser vista com cautela, pois precisa respeitar a concepção de serviço adequado.

34 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 372.

35 SILVEIRA, Orlei Damazio. *As formas de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão de serviços públicos*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44174/as-formas-de-restabelecer-o-equilibrio-economico-financeiro-nos-contratos-de-concessao-de-servicos-publicos/2>. Acesso em: 28 de agosto de 2019.

Nada impede, também, que ocorra a alocação de novos investimentos por meio dessa alteração de encargos ou do escopo do contrato, nesses casos, o polo do reequilíbrio estará a favor do Poder Concedente.

5.8 Prorrogação ou dilação/extensão do prazo contratual

O prazo dos contratos de concessão pode ser prorrogado nos termos da estipulação contratual ou por imposição de fatos supervenientes imprevisíveis ou inevitáveis. Trata-se de faculdade do Poder Concedente, que só deverá efetuar-la se o concessionário estiver cumprindo bem suas obrigações.

A prorrogação dos contratos de concessões é prevista na CRFB, em seu art. 175, parágrafo único. O inc. XII do art. 23, da Lei n.º 8.987/1995, inclusive, estabelece como cláusula essencial do contrato de concessão comum às condições para prorrogação.

A questão da prorrogação é delicada, pois não pode representar burla ao certame licitatório, visto que implica privilégio ao concessionário com afronta ao princípio da impessoalidade³⁶. Entende-se razoável a prorrogação por prazo necessário para finalização da amortização dos bens, mas discute-se se é plausível a prorrogação que implique verdadeira nova concessão sem nova licitação.

Deve a prorrogação ser exceção, pois a regra é a licitação e porque se deve estimular a competição pelo serviço, diminuindo o tempo do contrato. Apesar disso, o uso de tal instrumento desrespeitando o seu caráter excepcional cria oportunidades para comportamentos oportu-

36 BARROSO, Luís Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. In: OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). *Direito administrativo Brasil-Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordillo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 277.

Alexandre Santos de Aragão (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 577-578) demonstra essa mesma preocupação e opina que seria uma violação ao princípio da moralidade administrativa o deferimento de prorrogação para possibilitar ao concessionário simplesmente continuar lucrando com a atividade já amortizada, em vez de realizar nova licitação para selecionar outro particular que estivesse disposto a realizar a prestação do serviço em condições mais vantajosas para os usuários e o Estado.

O Superior Tribunal de Justiça (BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Primeira Turma. Recurso Especial n.º 1.549.406 – SC. Relator: Ministro Herman Benjamin. Data do julgamento: 16/09/2016) entende que, estabelecido prazo de duração para o contrato, não pode a Administração alterar essa regra e elasticar o pacto para além do inicialmente fixado, sem prévia abertura de novo procedimento licitatório, porquanto tal prorrogação implicaria quebra da regra da licitação, ainda que, *in casu*, se verifique a ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato com o reconhecimento de que as concessionárias dos serviços devam ser indenizadas. Entende, portanto, que não é possível a prorrogação para fins de reequilíbrio, pois viola a exigibilidade de licitação. Na constatação do desequilíbrio econômico-financeiro, no final da contratação, a concessionária tem direito à indenização, mas não gera a necessidade de prorrogação do contrato.

nistas, tanto do lado público quanto do lado privado, tal como a promoção da necessidade de novos investimentos no fim dos contratos, ainda que desnecessários.

Enfatiza-se, no entanto, que o prazo da concessão, a princípio, apenas poderá ser prorrogado se houver previsão no edital e no contrato. Não pode a prorrogação ser superior ao prazo inicial de concessão e, no caso das PPPs, não pode ser superior a trinta e cinco anos (art. 5º, inc. I, da Lei n.º 11.079/2004). Ademais, a prorrogação deve ser motivada e, segundo o caso, requerida com bastante antecedência.

Trata-se de um instrumento bastante utilizado, mesmo sendo excepcional pelos motivos, em precedência, expostos. Nas PPPs, existe um grande debate sobre a necessidade de realizar a prorrogação por iguais e sucessivos períodos, além de existir argumentos no sentido de que o limite de trinta e cinco anos só deve ser respeitado quando a prorrogação for discricionária, e não em casos de dilatações ou extensões do prazo como forma de reequilíbrio, diferenciando a prorrogação da dilatação/extensão.

Não se pode confundir, portanto, a prorrogação com a dilatação/extensão do prazo contratual para a recomposição da equação econômico-financeira. Uma coisa é a prorrogação ou, se preferir, renovação como prerrogativa prevista no contrato e assegurada por lei. Outra coisa é a dilatação ou extensão de prazo como medida de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, medida destinada a dar efetividade a um direito do concessionário³⁷.

A primeira, como verificado, depende de previsão no edital e no contrato, já a segunda não. Alexandre Santos de Aragão³⁸, por exemplo, entende que a dilatação ou extensão, que denominou de prorrogação para recompor o equilíbrio econômico-financeiro, pode ser feita mesmo sem estar prevista no edital de licitação. Mas só pode ser determinada pelo Poder Concedente.

Ademais, a prorrogação seguirá os limites estabelecidos no contrato, já a dilatação/extensão não, sua fixação é determinada para restaurar o equilíbrio econômico-financeiro, logo, não há como estabelecer imposições de tempo. Embora possam produzir o mesmo resultado econômico, são institutos jurídicos de natureza e motivação distintas³⁹.

37 Sobre o tema, vide: BRASIL. *Tribunal de Constas da União*. Acórdão n.º 18/2017. Plenário. Relator: Min. Augusto Sherman. Data: 18/01/2017. No caso, o TCU negou a possibilidade de dilatação/extensão de prazo como medida de reequilíbrio econômico-financeiro por não estar prevista a possibilidade no edital ou no contrato.

38 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 577.

39 Há quem diferencie tais hipóteses de ampliação de prazos entre prorrogações ordinárias e extraordinárias, vide: CANTO, Mariana Dall'Agnol; GUZELA, Rafaella Peçanha. *Prorro-*

Inferese, posto isso, no sentido de que tal instrumento pode ser utilizado para qualquer das espécies de PPPs, sendo o desequilíbrio possível de ocorrer tanto em favor do parceiro privado quanto do Poder Público⁴⁰. Todavia não poderá haver dilação/extensão do prazo da PPP superior a trinta e cinco anos. Sendo assim, caso o prazo a ser estabelecido seja superior ao fixado em lei, não será possível o uso de tal instrumento ou ele terá de ser mesclado com outro.

Por se tratar de um contrato complexo de longo prazo que acaba por estabelecer relacionamentos interpessoais, infelizmente, existe o risco da decisão pela prorrogação sujeitar-se à captura. No entanto, em alguns casos, há mudanças de equipes, trocas de gestores, e isso pode diminuir tal risco, mas pode aumentar a possibilidade de prorrogação por atraso nas análises, falta de planejamento estratégico, retardamento e dificuldade nas tomadas de decisões, o que acaba por causar a necessidade de entender o processo do zero. Floriano de Azevedo Marques Neto⁴¹, por exemplo, defende a possibilidade de dilação ou extensão do prazo como uma forma lícita de restabelecimento da equação econômico-financeira da concessão, no entanto entende que não é o instrumento mais adequado, pois compensa a concessionária somente no futuro, ao final do contrato, por algo que ocorreu em tempo anterior⁴².

5.9 Redução ou aumento dos critérios objetivos de

gações contratuais em contratos de concessões. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos Administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privada*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 212-213.

- 40 No mesmo sentido, com foco em concessões comuns, tem-se: MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da lei 8.987/1995*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 133; PAZETO, Márcio Alceu. Prorrogação de prazo como forma de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de uso de bem público para geração de energia elétrica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 223-245, abr./jun. 2012, p. 238 e ss.
- 41 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Equilíbrio econômico-financeiro em contrato de concessão. *Boletim de Licitações e Contratos – BLC*. São Paulo, n. 7, ano 15, p. 415-428, jul. 2002, p. 427.
- 42 Segundo Egon Bockmann Moreira (MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da lei 8.987/1995*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 133): “De qualquer forma, o alongamento cronológico do contrato é remédio de delicada prescrição, pois, se é certo que poderá implicar o incremento na receita em prazo mais longo (compensando de forma menos traumática o desequilíbrio presente), fato é que exige especial atenção, porquanto: (i) a faculdade de prorrogar não derroga a norma de obrigatoriedade de licitação, mas apenas a excepciona (logo, deve ser interpretada restritivamente); (ii) sua instalação não pode exigir novos investimentos de elevado volume (muito menos se estes forem transferidos ao concedente — o que desnaturará a qualidade de comum da concessão); (iii) a extensão do tempo contratual deve ser certa e exauriente, pois não se pode ser renovada ad aeternum (pena de se transformar um contrato com prazo determinado em algo com termo final incerto); (iv) a depender do momento contratual (antes de sua metade, por exemplo), a prorrogação não envolverá a solução de desequilíbrio, mas a instalação de futura incerteza ainda mais grave; (v) a prorrogação não se presta a resolver problemas de receitas presentes”.

avaliação do desempenho

Como exposto no item 2, o art. 6º, §1º, da Lei n.º 11.079/2004, cria-se um mecanismo de remuneração/contraprestação vinculado à performance do particular, assim, pagando-se apenas pelo serviço efetivamente realizado e disponibilizado, segundo um parâmetro de qualidade e pontualidade determinado; não sendo o Poder Público obrigado a um pagamento maior por um serviço com qualidade mais alta do que a solicitada e podendo, também, penalizar o parceiro pela má qualidade do serviço prestado.

Determina, ainda, a Lei n.º 11.079/2004 que os contratos tenham critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado (art. 5º, inc. VII). Com isso, reduzem-se os aspectos subjetivos que podem, por vezes, trazer riscos ao negócio. Tal cláusula serve para relacionar a contraprestação pecuniária à quantidade e/ou qualidade das utilidades e/ou serviços concretamente prestados à Administração ou à população. É importante e fundamental saber que a PPP porta uma obrigação de resultado, e o particular só recebe parcela significativa da remuneração se for eficiente.

Por isso, outro instrumento para recompor a equação econômico-financeira é a redução ou o aumento dos critérios objetivos de avaliação do desempenho, isto é, dos níveis de serviços que possam mitigar ou postergar dispêndios da concessionária ou beneficiar o Poder Concedente.

Não é um instrumento utilizado na prática, pois, assim como outros instrumentos até aqui analisados, pode gerar custo de reputação não desejado pelo Poder Concedente quando tal é aplicado em favor do parceiro privado, reduzindo a exigência de tais critérios, principalmente se essa redução for perceptível ao usuário. Já se o desequilíbrio for em favor do Poder Concedente, o aumento das exigências pode gerar um movimento contrário: de valorização da reputação do poder público.

Tal instrumento, portanto, é menos plausível nas concessões patrocinadas e administrativa de serviço público, mas as possibilidades de uso são maiores nas concessões administrativas de serviço ao Estado, isso se diante de situações que o favorecido seja a iniciativa privada. Pensando no contrário, se o reequilíbrio for em favor do Poder Concedente, a aplicação prática atingirá qualquer dos tipos de PPPs, pois, no caso, ter-se-á um aumento dos critérios objetivos de avaliação de desempenho, o que gerará eventual redução de valores variáveis pagos pelo poder público.

5.10 Compensação com créditos tributários ou isenções/

reduções tarifárias ou fiscais

Por fim, o último instrumento que se analisa, sem ter a pretensão de ter esgotado todos os existentes, conforme esclarecido na introdução, é a compensação com créditos tributários ou isenções/reduções tarifárias ou fiscais⁴³. Esses instrumentos não são tão utilizados, pois demandam autorização legislativa, além do que, no atual cenário, esbarram no contexto de crise econômica e fiscal.

Ressalta-se que tal modalidade só pode ser utilizada nos casos em que o reequilíbrio deva ocorrer em favor do parceiro privado, independentemente do tipo de concessão, com ressalva, apenas, à isenção/redução tarifária – que só poderá ocorrer nas concessões patrocinadas.

Agora, toda e qualquer compensação com créditos tributários ou isenção/redução tarifária ou fiscal conferida por lei ou fruto de decisão judicial, após o termo inicial do equilíbrio, produz imediato impacto no contrato, pois desequilibra a economia financeira contratual originalmente fixada, daí porque se entende que tais instrumentos também possam ser utilizados como mecanismos de recomposição da equação econômico-financeira.

Infere-se, contudo, que, sempre que diante de isenção ou redução tarifária, deverá existir previsão de fonte de custeio, daí a dificuldade do Judiciário, a pretexto de atender ao princípio da isonomia material, deferir pedidos de isenção ou redução tarifárias, criando benefícios tarifários para determinada categoria de usuários, conseqüentemente, colocando em risco toda a adequação do serviço público. Essa é a inteligência do art. 35, da Lei n.º 9.074/1995 ao condicionar benefícios tarifários à: (i) previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária da concessionária, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato; e, (ii) atribuição a uma classe ou coletividade de usuários dos serviços, vedado o benefício singular.

Esse dispositivo enquadra-se como norma geral, de sorte que os outros entes federativos devem observá-lo como norma-princípio em todos os seus contratos de concessão, assim, evitando o colapso de seus serviços públicos. O efeito prático desse entendimento seria o da impossibilidade de o Judiciário conceder isenções ou reduções tarifárias.

43 Não confundir tais instrumentos com a hipótese de isenções e de reduções tarifárias concedidas por mera liberalidade dos concessionários. Isto é, aquelas isenções e reduções que a concessionária, a seu único e exclusivo critério e sua responsabilidade, poderá conceder aos usuários, bem como arredondamentos de tarifa de pedágio em favor do usuário, assim, visando facilitar o troco e, até mesmo, a realização de promoções tarifárias, inclusive procedendo a reduções sazonais em dias e horas de baixa demanda, desde que autorizadas por contrato ou pelo Poder Concedente, sem que isso, todavia, possa gerar qualquer direito da concessionária solicitar compensação (equilíbrio econômico-financeiro) nos valores das tarifas.

6 Conclusões

A recomposição da equação econômico-financeira é um direito do parceiro privado e uma obrigação do Poder Concedente, por mais que ela possa o beneficiar. A legislação prevê alguns instrumentos para essa recomposição, entre eles, reajuste, revisão, atualização/compensação financeira e repactuação. Ocorre que tais não são as únicas formas possíveis de reequilibrar um contrato de concessão patrocinada ou administrativa. Existem outras formas, tais como pagamento à vista ou indenização derivada da responsabilidade objetiva do poder concedente ou da extinção da concessão por encampação ou anulação; aporte ou redução de recursos públicos ou aumento ou diminuição do valor das contraprestações; alteração de encargos ou do escopo do contrato e supressão ou alocação de investimentos; prorrogação ou dilação/extensão do prazo contratual; redução ou aumento dos critérios objetivos de avaliação do desempenho; e compensação com créditos tributários ou isenções/reduções tarifárias ou fiscais.

Nada impede que tais instrumentos sejam utilizados de forma conjunta, cumulativa, não disjuntiva, em que o Poder Concedente mescle diferentes formas de realizar a recomposição, principalmente, quando existir tarifa, isto é, nos casos de concessões patrocinadas, em respeito à modicidade tarifária.

Haja vista o princípio da legalidade administrativa, não se questiona o uso dos instrumentos com previsão legal, agora, os demais possuem uso limitado, pois muitos tomadores de decisões evitam seu uso por entender que poderiam ser questionados pelos órgãos de controle e, até mesmo, penalizados ao adotar tais instrumentos que escapam à literalidade dos contratos e que não possuem previsão legal.

Somam-se a esse medo de decidir, também chamado de apagão decisório, os obstáculos relacionados às crises econômica e fiscal, às questões orçamentárias e, também, às questões de reputação. Esses fatores tornam possíveis, mas improváveis, o uso desses mecanismos pelo Poder Concedente.

Além disso, na prática, percebe-se uma postergação do uso desses equilíbrios por parte do Poder Concedente. E isso faz com que os contratos acumulem desequilíbrios, praticamente, tornando inviável a recomposição da equação econômico-financeira, o que afugenta investidores privados e gera a má prestação das atividades realizadas pelos parceiros privados.

Entende-se que a concessionária não pode ser penalizada por problemas que esse tipo de atraso ocasione, tais como a deterioração das

condições de investimento do contrato decorrente da não realização do reequilíbrio por parte do Poder Concedente. Infelizmente, o que se observa, em muitos setores, é a abertura de procedimentos administrativos sancionadores nesses casos. Tal prática deve ser revista pelo Poder Concedente, dessa forma, assumindo as consequências por suas ações e omissões.

Enfim, de todo exposto, defende-se que o Poder Concedente busque soluções inovadoras, sem medo, mas sempre motivando adequadamente suas decisões, por conseguinte, diminuindo o risco de questionamentos por parte dos órgãos de controle.

7 Referências

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Licitação para concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 1995.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. In: OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). Direito administrativo Brasil-Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordillo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial n.º 1.549.406 – SC. Relator: Ministro Herman Benjamin. Data do julgamento: 16/09/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial n.º 1.248237-DF. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Data do julgamento: 18/09/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma - REsp n.º 837.790/SP. Rel. Eliana Calmon, Julg. 2.08.2007, DJ de 13/08/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Recurso Extraordinário n.º 571.969-DF. Relator: Ministra Carmen Lúcia. Data do julgamento: 12/03/2014.

BRASIL. Tribunal de Constas da União. Acórdão n.º 18/2017. Plenário. Relator: Min. Augusto Sherman. Data: 18/01/2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 1808/2008. Plenário. Relator: Min. Augusto Sherman. Data: 27/08/2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 2642/2014. Plenário. Relator: Min. Benjamim Zymler. Data: 08/10/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 606/2008, 2ª Câmara, Relator: Min. Benjamim Zymler. Data: 18/03/2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1563/2004. Plenário. Relator: Augusto Sherman. Data: 06/10/2004.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 1488/2016. Plenário. Relator: Min. Vital do Rego. Data: 08/06/2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL – 200601000178850, Processo: 200601000178850 UF: BA Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data da decisão: 21/5/2007 Documento: TRF100253899, Fonte: DJ DATA: 9/8/2007 PÁGINA: 158, Relator(a): JOÃO BATISTA MOREIRA.

CANTO, Mariana Dall’Agnoli; GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações contratuais em contratos de concessões. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Contratos Administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privada. Belo Horizonte: Fórum. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Licitações e Contratos Administrativos. 5 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GARCIA, Flávio Amaral. Aspectos polêmicos da cláusula de reajuste nos contratos administrativos. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, n. 61, p. 124-139, 2006.

GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e Contratos Administrativos: Casos e Polêmicas. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GARCIA, Flávio Amaral. Regulação jurídica das rodovias concedidas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14. ed. São Paulo: Dialética. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Equilíbrio econômico-financeiro em contrato de concessão. Boletim de Licitações e Contratos – BLC. São Paulo, n. 7, ano 15, p. 415-428, jul. 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MONTEIRO, Josenete Veloso. Manual de direito administrativo. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público: inteligência da lei 8.987/1995. São Paulo: Malheiros, 2010.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2013.

PAZETO, Márcio Alceu. Prorrogação de prazo como forma de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de uso de bem público para geração de energia elétrica. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 223-245, abr./jun. 2012.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Temas polêmicos sobre licitações e contratos. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

RIBEIRO, Maurício Portugal. 20 anos da lei de concessões, 10 anos da lei de PPP: viabilizando a implantação e melhoria de infraestrutura para o desenvolvimento econômico-social. Rio de Janeiro: [s. ed.], 2014.

SADDY, André; PINTO, Igor Giuberti. Isenções e reduções tarifárias em rodovias concedidas: um estudo de caso das rodovias do Rio de Janeiro. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 114-172, maio/ago. 2017.

SILVEIRA, Orlei Damazio. As formas de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão de serviços públicos. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44174/as-formas-de-restabelecer-o-equilibrio-economico-financeiro-nos-contratos-de-concessao-de-servicos-publicos/2>. Acesso em: 28 ago. 2019.

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

1.3

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA NAS AÇÕES TRIBUTÁRIAS E O § 8.º DO ART. 85 DO CPC

CRISTIANE MENDONÇA*

SUMÁRIO: 1 Considerações iniciais. 2 Breves comentários sobre a competência jurisdicional-tributária. 3 Critérios fixados no art. 85 do cpc para a fixação dos honorários advocatícios de sucumbência pelo órgão-judiciário. 3.1 Critérios objetivos estipulados nos §§ 2.º e 3.º do art. 85 do CPC/2015 para a definição das faixas e subfaixas de alíquotas aplicáveis aos honorários advocatícios de sucumbência. 3.1.1 O critério pessoal e as faixas de alíquotas dos honorários advocatícios. 3.1.2. O critério econômico e as subfaixas de alíquotas dos honorários advocatícios. 3.2 Critérios subjetivos fixados nos incisos I a IV do § 2.º do art. 85 do CPC/2015 para a definição da alíquota — dentro da respectiva faixa e subfaixa percentual [se for o caso] — dos honorários advocatícios de sucumbência. 3.3 A base de cálculo dos honorários advocatícios de sucumbência. 4 O Art. 85, § 8.º do CPC: causas com proveito econômico inestimável ou irrisório ou com valor da causa muito baixo. 5 Conclusões. 6 Referências.

1 Considerações iniciais

A partir do início da vigência do novo Código de Processo Civil – CPC, nas demandas tributárias em geral, em que a Fazenda Pública é parte — inclusive naquelas em que resta vencida — e nas Execuções Fiscais — embargadas ou não —, a fixação de honorários advocatícios de sucumbência deixa de ser disciplinada pelo critério da equidade, que vigorava no Codex Processual de 1973 [art. 20, § 4.º¹] e passa a ser regida pelos parâmetros objetivos do art. 85, § 3.º do CPC de 2015², que

* Mestre em Direito Constitucional e Doutora em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professora da Universidade Federal do Estado do Espírito Santo – UFES e do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Advogada. Procuradora do Município de Vitória [ES].

1 Art. 20 [...] 4.º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

2 Art. 85 [...] § 3.º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2.º e os seguintes percentuais:

variam de acordo com o valor da condenação ou do proveito econômico obtido na ação judicial intentada.

Entretanto, mais de dois anos após a vigência do novo diploma normativo processual, relevante parcela que integra o Órgão-Judiciário pátrio vem deixando de aplicar os novos critérios que regulam a tarefa jurisdicional de estipulação de honorários advocatícios de sucumbência. Isso se verifica sobretudo nas demandas judiciais em que o proveito econômico da parte vencedora é elevado.

Tem sido comum a não aplicação dos critérios objetivamente estabelecidos no art. 85, § 3.º do CPC/2015, para a aplicação extensiva ou analógica do § 8.º do referido dispositivo legal³, que disciplina exclusivamente a fixação de honorários advocatícios em causas cujo valor seja muito baixo ou que apresentem proveito econômico inestimável ou irrisório.

Diante desse cenário, o presente estudo tem por objeto a análise da competência jurisdicional para a fixação de honorários advocatícios de sucumbência no Código de Processo Civil em vigor. A partir disso, analisaremos como a jurisprudência pátria vem se posicionando sobre a matéria.

2 Breves comentários sobre a competência jurisdicional-tributária

Toda competência é fruto de previsão normativa. Discorrendo sobre o tema, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR averba: "... para que um sujeito seja capaz ou competente, é preciso o estabelecimento, por meio de normas, da autorização para agir e das respectivas condições"⁴.

ROBERTO JOSÉ VERNENGO conceitua competência como:

I. mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II. mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III. mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV. mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V. mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

3 Art. 85 [...] § 8.º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2.º.

4 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 157.

La capacidad de un órgano para suscitar con sus actos ciertas consecuencias jurídicas, en el ámbito material que se le atribuye, se denomina la competencia o jurisdicción del órgano. En especial, la producción de nuevas normas dotadas de validez. (...) La competencia de los órganos es de consuno una atribución de facultades y una limitación del ámbito de ejercicio de las mismas⁵.

Já tivemos a oportunidade de notar que a competência tributária, compreendida como a autorização para a produção de normas — gerais e abstratas e individuais e concretas — veiculadoras de tributos, é exercitada, de modo geral, por meio dos órgãos legislativo, executivo e judiciário, quando do exercício de suas funções típicas, que os caracterizam, ou ainda, pelo desempenho de atividades atípicas⁶.

Enquanto a competência legislativo-tributária está atrelada à edição das normas gerais e abstratas tributárias, as competências administrativo-tributária e jurisdicional-tributária vinculam-se à produção das normas individuais e concretas de aplicação das primeiras.

De modo típico, a competência jurisdicional-tributária compreende a edição, pelo Órgão-Judiciário, de normas individuais e concretas materialmente tributárias, que têm o objetivo de dirimir conflitos estabelecidos entre sujeitos de direito [contribuinte e Fazenda Pública] em torno do objeto [tributo].

Para exercer tal *mister*, as porções orgânicas que congregam o aparato jurisdicional necessitam observar as normas de produção normativa, que engendram o seu exato espectro de atuação. O Código de Processo Civil é o diploma normativo, por excelência, que disciplina o exercício da tarefa jurisdicional⁷.

Nos termos da ordem processual em vigor, ao resolver uma lide, de qualquer natureza, inclusive tributária — o que se dá com a prolação da sentença reconhecendo ou negando o direito postulado em demanda judicial intentada —, o Órgão-Judiciário deverá, quando da edição da norma individual e concreta que porá fim ao conflito submetido à sua apreciação, condenar o vencido ao pagamento de honorários advocatícios ao patrono da parte vencedora. O *caput* do art. 85 do CPC/2015⁸ —

5 VERNENGO, Roberto José. *Curso de Teoría General del Derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1995, pp. 253-254.

6 MENDONÇA, Cristiane. *Competência Tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p.87-102.

7 Art. 16. *A jurisdição civil é exercida pelos juízes e pelos tribunais em todo o território nacional, conforme as disposições deste Código.* (Grifamos)

8 Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

como já fazia o art. 20 do CPC/73⁹ — é explícito ao estipular tal dever do Órgão-Jurisdicional.

Com o fito de reduzir o grau de subjetividade no exercício da tarefa de fixação e de quantificação do valor dos honorários de sucumbência devidos ao advogado da parte litigante vencedora, o que, durante a vigência do CPC/73, gerou [e ainda gera] inúmeras discussões no bojo da pragmática jurídica, o art. 85 do CPC instituiu parâmetros que devem ser necessariamente observados pelo Órgão-Judiciário. Vejamos.

3 Critérios fixados no art. 85 do CPC para a fixação dos honorários advocatícios de sucumbência pelo órgão-judiciário

De acordo a classificação legal, estabelecida pelo art. 22 da Lei n.º 8.906/1994¹⁰, que dispõe sobre o *Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil*, os honorários advocatícios são divididos em três classes, conforme a origem: convencionais, arbitrados judicialmente e sucumbenciais.

Os honorários convencionais decorrem de negócio jurídico firmado entre sujeitos de direito, mediante o qual uma das partes se obriga a prestar serviços advocatícios e a outra se compromete a pagar uma quantia pelos serviços prestados.

Já os honorários por arbitramento são fixados pelo Órgão-Judiciário, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, “...na falta de estipulação ou de acordo”.

Os honorários de sucumbência, por sua vez, são aqueles que devem ser fixados, em sentença, pela porção orgânica jurisdicional, em favor do advogado da parte vencedora de uma demanda judicial, de acordo com os critérios atualmente fixados no art. 85 do CPC.

Conforme destacamos anteriormente, o Código de Processo Civil de 2015 determina no *caput* do seu art. 85, que a sentença condenará o vencido ao pagamento de honorários advocatícios ao patrono da parte vencedora.

Os honorários advocatícios de sucumbência constituem direito material do advogado do vencedor. Independentemente da origem, os valores referentes aos honorários advocatícios possuem natureza ali-

9 Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

10 Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

mentar¹¹, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência recíproca (art. 85, § 14 do CPC)¹².

Exatamente porque o advogado é o titular dos honorários de sucumbência, a ordem jurídica assegura, nos termos previstos no art. 23 da Lei n.º 8.906/1994¹³, o seu direito de propor execução autônoma e de requerer a expedição de precatório diretamente em seu nome quando a parte sucumbente for a Fazenda Pública, bem como de recorrer em nome próprio quanto ao capítulo da decisão que verse sobre honorários.

Mesmo nos casos de extinção do processo sem resolução do mérito, em que não incide o princípio da sucumbência — tendo em vista a inexistência de partes vencida e vencedora —; em observância ao princípio da causalidade¹⁴, o dever de pagar honorários advocatícios deverá ser imposto à parte que deu causa ao ajuizamento da ação judicial.

Em razão das infundáveis discussões travadas em um número expressivo de processos judiciais envolvendo a questão da fixação de honorários advocatícios de sucumbência — que chegaram, inclusive, à esfera do Colendo STJ para dirimir a *quaestio* concernente ao caráter excessivo ou irrisório do valor da verba honorária arbitrada pelas instâncias inferiores de jurisdição —, o legislador do Código de Processo Civil de 2015 buscou diminuir a margem de discricionariedade do Órgão-Julgador no exercício de tal atividade.

Para tanto, demarcou, de forma bastante clara, no art. 85 do CPC, os critérios que disciplinam a atividade jurisdicional de estipulação da rubrica honorária de sucumbência.

11 Nesse sentido, destacamos, a título meramente ilustrativo, os seguintes precedentes do C. STJ: EDcl nos EAREsp 387.601/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 26/2/2015, DJe de 4/3/2015; AgInt no REsp 1703312/RJ, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 29/08/2018; e, AgInt no REsp 1733837/RS, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 10/08/2018.

12 Art. 85 [...] § 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

13 Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.

14 Sobre esse aspecto, ORLANDO VENÂNCIO DOS SANTOS FILHO salienta que “o próprio Chiovenda encontrou, em situações concretas, sérias dificuldades para a aplicação deste critério unitário, tendo de recorrer casuisticamente a soluções que enfraquecem o princípio da sucumbência, uma vez que este, por vezes, mostrou-se injusto e insuficiente quando utilizado de forma indiscriminada e absoluta. [...] O direito do titular deve remanescer incólume à demanda, e a obrigação de indenizar deve recair sobre aquele que deu causa à lide por um fato especial, ou sem um interesse próprio contrário ao interesse do vencedor [...]”. (O ônus do pagamento dos honorários advocatícios e o princípio da causalidade. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 35 n. 137 jan./mar. 1998, pp. 33-34. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/330/r137-04.pdf>>. Acesso em 20 set. 2018

3.1 *Critérios objetivos estipulados nos §§ 2.º e 3.º do art. 85 do CPC/2015 para a definição das faixas e subfaixas de alíquotas aplicáveis aos honorários advocatícios de sucumbência*

A partir da análise do art. 85 do CPC é possível verificar que o legislador processual selecionou 02 [dois] critérios objetivos — pessoal [que leva em consideração o sujeito de direito que integra a relação jurídica processual] e econômico [valor da condenação, do proveito econômico ou, excepcionalmente¹⁵, o valor da causa] — para disciplinar as faixas e as subfaixas de alíquotas, que orientarão a tarefa de fixação dos honorários advocatícios de sucumbência pelo Órgão-Judiciário.

3.1.1 *O critério pessoal e as faixas de alíquotas dos honorários advocatícios*

Para estabelecer as faixas percentuais da verba honorária de sucumbência — entre 10% [dez por cento] e 20% [vinte por cento] ou entre 1% [um por cento] e 20% [vinte por cento] —, o legislador do CPC/2015 lançou mão do critério pessoal.

O art. 85 do Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu duas faixas percentuais — variáveis entre 10% e 20% nas causas em geral e entre 1% e 20%, nas causas em que a Fazenda Pública for parte —, que deverão ser consideradas pelo Órgão-Judiciário quando da fixação de honorários advocatícios de sucumbência, *ipsis litteris*:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

.....

§ 2.º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

15 Art. 85. [...]

§ 2.º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

.....

§ 4.º Em qualquer das hipóteses do § 3.º:

.....

III. não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa;

- I. o grau de zelo do profissional;
- II. o lugar de prestação do serviço;
- III. a natureza e a importância da causa;
- IV. o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3.º *Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2.º e os seguintes percentuais:*

- I. *mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;*
- II. *mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;*
- III. *mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;*
- IV. *mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;*
- V. *mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos. (Grifamos)*

De acordo com a prescrição legal encartada no art. 85, §§ 2.º e 3.º do CPC, em razão da natureza jurídica da parte que habite um dos polos da relação jurídica processual — de direito público ou de direito privado —, a faixa percentual de estipulação da verba honorária variará da seguinte forma:

<i>Relação Jurídica Processual sem a Presença da Fazenda Pública</i>	<i>Relação Jurídica Processual com a Presença da Fazenda Pública</i>
Art. 85, § 2.º do CPC	Art. 85, § 3.º do CPC
Faixa Percentual: Entre 10 % [dez por cento] e 20 % [vinte por cento]	Faixa Percentual: Entre 1 % [um por cento] e 20 % [vinte por cento]

Exatamente por tal razão — estipulação de faixas percentuais diferentes em virtude da presença da Fazenda Pública na lide —, NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY sustentam a inconstitucionalidade do § 3.º do art. 85 do CPC/2015. No entendimento de ambos os autores, o tratamento diferenciado plasmado no § 3.º do art. 85 do CPC viola o princípio da isonomia, previsto no caput do art. 5.º da CRFB/88:

O CPC 85 § 3.º prevê que os honorários poderão, de acordo com os critérios lá constantes, ser fixados em percentual inferior a 10% *em ações em que a Fazenda Pública seja parte* – ou seja, a Fazenda Pública consistiria num litigante ‘diferenciado’, cuja presença na lide impactaria na fixação dos honorários. Essa norma ainda afronta, a toda evidência, o princípio da isonomia, visto que, nas ações nas quais litigam partes ‘normais’, não existe tal limitação. Em conclusão, nas ações nas quais a Fazenda Pública seja parte, deverá o juiz fixar os honorários de advogado de acordo com o CPC 85, § 2.º, entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o total da condenação, sendo-lhe vedado utilizar o critério do CPC 85 § 3.º.¹⁶

É importante destacar que, a despeito de a jurisprudência não tenha aderido a esse entendimento, ainda na vigência do CPC de 1973 – quando a lei processual sequer determinava limites objetivos a serem observados para estabelecer o valor dos honorários advocatícios nos processos em que a Fazenda Pública se fazia presente –, respeitável parte da doutrina sustentava a impossibilidade de fixação de honorários advocatícios em percentual inferior ao mínimo legal¹⁷.

Portanto, excetuada a hipótese de se considerar que os parâmetros previstos no § 3.º do art. 85 do CPC apresentam vício de inconstitucionalidade – seja por ofensa ao princípio da isonomia, seja por afronta a outro dispositivo constitucional qualquer, ainda não revelado pela doutrina ou pela jurisprudência –, sempre que a Fazenda Pública integrar a relação jurídica processual, o Órgão-Judiciário deverá arbitrar os honorários advocatícios de sucumbência, de acordo com as rigorosas balizas fincadas nos incisos I a V do mencionado dispositivo legal. Não há outra via a ser trilhada pelo Estado-Juiz cuja incumbência precípua é a de aplicar as leis produzidas pelo Órgão-Legislativo.

3.1.2 *O critério econômico e as subfaixas de alíquotas dos honorários advocatícios*

Além do critério pessoal, o legislador do Código de Processo Civil utilizou o critério econômico para estabelecer subfaixas percentuais

16 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 475.

17 CAHALI, Yussef Said. *Honorários advocatícios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 488-450; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os Princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975, pp. 41-42; NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

da rubrica honorária de sucumbência, que devem ser observadas pelo Órgão-Jurisdicional nas causas em que a Fazenda Pública é parte.

As subfaixas percentuais estipuladas nos incisos I a V do § 3.º do art. 85 do CPC para a imposição dos honorários advocatícios de sucumbência, nas demandas judiciais em que a Fazenda Pública figura como parte, variam de acordo com o valor — da condenação ou do proveito econômico — envolvido na lide. Vejamos:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

.....
§ 3.º *Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2.º e os seguintes percentuais:*

I. *mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;*

II. *mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;*

III. *mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;*

IV. *mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;*

V. *mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos. (Grifamos)*

A regressividade das alíquotas foi explicitamente prevista no § 3.º e respectivos incisos do art. 85 do CPC. Portanto, nas lides onde há a presença da Fazenda Pública, quanto maior o valor da condenação ou do proveito econômico obtido, menor deve ser a alíquota.

O legislador estabeleceu reduzido campo de discricionariedade para a escolha da alíquota pelo Órgão-Judiciário, nas causas com valor da condenação ou do proveito econômico acima de 200 (duzentos) salários-mínimos. Nestes casos, a alíquota da verba honorária variará entre três pontos — de 8% a 10%, de 3% a 5% e de 1% a 3% — e quatro pontos percentuais [de 5% a 8%].

No quadro abaixo, resumimos os parâmetros legais que limitam a atividade criativa do editor na norma individual e concreta jurisdicional que, ao resolver a lide, imputa ao vencido o ônus da sucumbência:

<i>Relação Jurídica Processual com a Presença da Fazenda Pública</i>	
<i>Art. 85, incs. I a V do § 3.º do CPC</i>	
Faixa Percentual: de 1 % a 20 %	Valor da Condenação ou do Provento Econômico Obtido
De 10% a 20%	Até 200 Salários Mínimos
De 8% a 10%	De 200 a 2.000 Salários Mínimos
De 5% a 8%	De 2.000 a 20.000 Salários Mínimos
De 3% a 5%	De 20.000 a 100.000 Salários Mínimos
De 1% a 3%	Acima de 100.000 Salários Mínimos

De modo diverso ao que ocorre com a fixação de honorários advocatícios de sucumbência no bojo de relação jurídica processual conformada apenas por sujeitos de direito privado, em que, independentemente do valor envolvido na discussão judicial, a faixa percentual varia entre 10% [dez por cento] e 20% [vinte por cento]; a Lei n.º 13.105/2015 [CPC/2015] estabeleceu subfaixas percentuais mais restritas que devem ser consideradas pelo Órgão-Judiciário quando da estipulação da aludida verba nas causas em que a Fazenda Pública é parte e cujo valor da condenação ou do proveito econômico seja superior a 200 (duzentos) salários-mínimos.

Para definir exatamente qual a alíquota entre as faixas e subfaixas de honorários advocatícios, previstas nos §§ 2.º e 3.º do art. 85 do CPC, será imposta no caso concreto, o Órgão-Judiciário deverá levar em conta os elementos fixados nos incisos I a IV do § 2.º do art. 85 do referido diploma normativo, a saber: o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e a importância da causa; o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para a prestação dos serviços. É sobre eles que discorreremos a seguir.

3.2 Critérios subjetivos fixados nos incisos I a IV do § 2.º do art. 85 do CPC/2015 para a definição da alíquota — dentro da respectiva faixa e subfaixa percentual [se for o caso] — dos honorários advocatícios de sucumbência

A atividade de imputação do ônus advocatício de sucumbência ao litigante vencido não se exaure com a identificação objetiva da faixa e da eventual subfaixa de alíquotas aplicável *in concreto*.

Uma vez encontradas a faixa e a respectiva subfaixa percentual [quando for o caso] da verba honorária de sucumbência, o Órgão-

-Judiciário prolator da norma individual e concreta que resolve a lide, deverá eleger, dentro do espectro percentual correspondente, a efetiva alíquota que será arbitrada.

Os incisos I, II, III e IV do § 2.º do art. 85 do CPC engendram os aspectos que devem ser sopesados para a escolha da alíquota aplicável propriamente dita, quais sejam: i) o grau de zelo do profissional; ii) o lugar de prestação do serviço; iii) a natureza e a importância da causa; iv) o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para a prestação dos serviços.

De forma diferente do que acontece com a definição das faixas e das subfaixas de alíquotas dos honorários advocatícios de sucumbência — que são encontradas pelo Órgão-Judiciário a partir de uma análise objetiva do caso concreto —, a calibragem da alíquota dentro do espaço percentual delineado pelo legislador do Código de Processo Civil demanda valoração subjetiva do prolator da decisão judicial.

Independentemente da parte que componha a relação jurídica processual [Fazenda Pública ou não], os elementos elencados nos incisos I a IV no § 2.º do art. 85 do CPC deverão ser considerados pelo Órgão-Jurisdicional para escolher a alíquota — dentre as faixas e as subfaixas correspondentes — dos honorários advocatícios de sucumbência.

O trabalho de balizar os parâmetros erguidos pelo legislador processual para a identificação da alíquota da verba honorária que será estabelecida na apuração do *quantum* devido pelo sujeito de direito que sucumbe na pretensão levada à apreciação do Órgão-Judiciário envolve considerável carga axiológica do prolator da norma individual e concreta jurisdicional.

Portanto, de modo diverso ao que acontece com a identificação da faixa e da possível subfaixa da alíquota dos honorários advocatícios de sucumbência aplicável a cada caso concreto, a efetiva seleção da alíquota da rubrica honorária exige do editor da norma individual e concreta, que põe fim à demanda judicial, a análise de aspectos subjetivos demarcados no sistema processual vigente, tais como, grau de zelo do advogado da parte vencedora e trabalho realizado pelo referido profissional.

Ultimada a análise acerca da disciplina normativa instituída pelo legislador do *Codex* Processual em vigor acerca da alíquota da rubrica honorária de sucumbência, resta empreender uma verificação sobre o regramento legal da base de cálculo [elemento que juntamente com a alíquota perfaz o binômio de quantificação da referida verba sucumbencial].

3.3 A base de cálculo dos honorários advocatícios de sucumbência

Os §§ 2.º e 3.º do art. 85 do Código de Processo Civil prescrevem que a base de cálculo dos honorários advocatícios de sucumbência

deve corresponder *ao valor da condenação ou ao proveito econômico obtido pela parte*, senão vejamos:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

.....
§ 2.º *Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:*

.....
§ 3.º *Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2.º e os seguintes percentuais:*

I. *mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;*

II. *mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;*

III. *mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;*

IV. *mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;*

V. *mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.*

§ 4.º *Em qualquer das hipóteses do § 3.º:*

.....
III. *não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa; (Grifamos)*

A partir da disciplina legal transcrita, vê-se que as possíveis bases de cálculo sobre as quais deverão incidir as alíquotas dos honorários

advocatícios de sucumbência, versadas no art. 85 do CPC, são as seguintes: valor da condenação ou valor do proveito econômico.

O valor atualizado da causa surge como base de cálculo alternativa para o Órgão-Julgador nos casos de inexistência de condenação principal ou de impossibilidade de mensuração do proveito econômico obtido.

Nos moldes prescritos na parte final do § 2.º do art. 85 do CPC e no inc. III do § 4.º do indigitado dispositivo legal, apenas nas situações em que não haja valor da condenação ou não seja possível mensurar o ganho econômico auferido com a ação judicial é que o Órgão-Jurisdicional está autorizado a erigir o valor atualizado da causa como base de cálculo da rubrica de sucumbência.

Portanto, nas ações tributárias em geral, em que a Fazenda Pública figura em um dos polos da relação jurídica processual, a base de cálculo dos honorários advocatícios devidos pela parte sucumbente será o valor da condenação ou do proveito econômico alcançado com a demanda judicial. O “valor atualizado da causa” somente será utilizado como base de cálculo para a apuração da verba honorária de sucumbência quando não houver condenação ou não for possível mensurar o proveito econômico obtido pelo vencedor.

Além disso, atento às diversas situações da realidade fática em que o valor da rubrica honorária sucumbencial não seria passível de apuração — proveito econômico inestimável — ou se revelaria bastante reduzido — proveito econômico irrisório ou valor da causa muito baixo —, a Lei n.º 13.105/2015 [CPC/2015] conferiu ao Órgão-Jurisdicional, por meio do § 8.º do art. 85 do CPC, competência excepcional para a estipulação dos honorários advocatícios de sucumbência com base na equidade. Vejamos.

4 O Art. 85, § 8.º do CPC: causas com proveito econômico inestimável ou irrisório ou com valor da causa muito baixo

Como visto em momento precedente, a base de cálculo dos honorários advocatícios de sucumbência nas causas em que a Fazenda Pública figure como parte é, em regra, o valor da condenação ou do proveito econômico obtido com a demanda judicial. Caso tais parâmetros não se façam presentes na lide submetida à apreciação jurisdicional, o valor atualizado da causa será a base para o cálculo da verba honorária.

Entretanto, em alguns casos, a apuração dos honorários advocatícios a partir de tais grandezas [valor da condenação, do proveito econômico e atualizado da causa] não seria factível ou redundaria em

quantias ínfimas, incompatíveis com o trabalho desempenhado pelo profissional da advocacia.

Com a finalidade de disciplinar tais situações, em que a base para o cálculo da verba de sucumbência seria inexistente ou muito reduzida — proveito econômico não passível de ser estimado ou irrisório ou valor da causa muito baixo —, a porção orgânica jurisdicional foi autorizada a lançar mão da apreciação por equidade para fixar os honorários devidos ao advogado da parte vencedora. O § 8.º do art. 85 do CPC prescreve expressamente tal autorização:

Art. 85. [...]

.....

§ 8.º Nas causas em que for *inestimável* ou *irrisório* o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2.º. (Grifamos)

Sensível à existência de inúmeros fatos da realidade social, que são levados ao conhecimento do Órgão-Judiciário e que não possuem [ou possuem baixa] relevância econômica, o legislador previu a hipótese do § 8.º do art. 85 do CPC. Nestas situações, o Estado-Juiz deverá condenar a parte sucumbente ou a que deu causa à ação judicial ao pagamento de honorários ao advogado da outra parte, mediante juízo de equidade.

De acordo com a expressa previsão lançada no Parágrafo Único do art. 140 do CPC, a utilização da equidade no exercício da atividade jurisdicional só está autorizada nos casos expressamente previstos em lei.

Art. 140. [...]

Parágrafo único. *O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.* (Grifamos)

Efetuando uma análise conjunta dos enunciados prescritivos veiculados no § 8.º do art. 85 e no Parágrafo Único do art. 140 do CPC/2015, chegamos à seguinte constatação: o Órgão-Judiciário só está autorizado a arbitrar honorários advocatícios com base na equidade em 03 [três] e somente 03 [três] situações: i) proveito econômico inestimável; ii) proveito econômico irrisório; iii) valor da causa muito baixo.

A parte final do § 8.º do art. 85 do CPC consigna uma relevante determinação dirigida ao editor da norma individual e concreta judicial, qual seja, a fixação dos honorários de advogado por apreciação equita-

tiva deverá considerar os parâmetros fixados nos incisos I a IV do § 2.º do art. 85 do CPC.

Conforme sintetiza LUIZ HENRIQUE VOLPE CAMARGO, a previsão legal contida no § 8.º do art. 85 do CPC busca proteger o direito do advogado, evitando a condenação em honorários ínfimos, impondo um padrão mínimo, tendo em vista a importância da figura do advogado na administração da Justiça (art. 133 da CRFB/88¹⁸):

O texto tem o propósito de evitar a fixação de honorários ínfimos, já que sendo muito baixo o valor da causa, se observados os percentuais definidos nos §§ 2.º e 3.º do art. 85 (p. ex., 10%), baixíssimos seriam os honorários. Significa, então, que a lei implicitamente impõe um padrão mínimo de honorários, tendo presente a importância e a dignidade da profissão de advogado (CF/1988, art. 133). A fixação de honorários justos e forma de concretizar a previsão constitucional que não pode ser – e não é – apenas retórica. Não e demais lembrar que os honorários são a fonte de subsistência de qualquer advogado. Sua vida se move a partir dos honorários que recebe, logo, coerente que seja fixada contraprestação justa pelo exercício de seu ofício¹⁹.

Por essa linha de análise, verificamos que a aplicação do art. 85, § 8.º do CPC está restrita aos casos em que (i) o proveito econômico é inestimável, não sendo possível obter a necessária base de cálculo para a aplicação das alíquotas previstas nos §§ 2.º e 3.º do art. 85; ii) o proveito econômico é irrisório ou o valor da causa é muito baixo, de modo que a sua utilização para a aplicação dos percentuais fixados nos §§ 2.º e 3.º do art. 85 resultaria em violação ao direito do advogado da parte vencedora.

A despeito da clareza da disciplina legal da tarefa de fixação de honorários advocatícios de sucumbência, veiculada no art. 85 do CPC/2015, os órgãos integrantes da estrutura estatal, incumbidos da atividade jurisdicional, vêm divergindo na aplicação dos critérios objetivamente plasmados na Lei n.º 13.105/2015, o que tem ocasionado bastante insegurança para a comunidade jurídica e jurisdicionada.

Para ilustrar a discrepância revelada pela atividade judicial concernente à fixação dos honorários sucumbenciais, explicitamos, a seguir, alguns julgados exarados por diferentes porções orgânicas jurisdicionais.

18 Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

19 CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al., *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 266.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, apesar de existirem decisões reconhecendo o caráter subsidiário da aplicação do § 8.º do art. 85 do CPC, apenas cabível nos casos de proveito econômico inexistente ou irrisório ou de valor da causa muito baixo, nas causas em que a Fazenda Pública é parte²⁰; a Superior Corte de Justiça resolveu, na forma prevista no inc. II do art. 14 do seu Regimento Interno²¹, afetar o Agravo no Recurso Especial de n.º 262.900/SP à 2.ª Seção²², em que os honorários de sucumbência nos Embargos à Execução foram fixados em R\$ 5.000,00 [cinco mil reais], em causa cujo valor supera R\$ 50.000.000,00 [cinquenta milhões de reais].

20 Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS. CAUSAS EM QUE É PARTE A FAZENDA PÚBLICA. CPC/2015. APLICAÇÃO DO ART. 85, §§ 3º E 4º.

1. Nas causas em que é parte a Fazenda Pública, para a fixação de honorários nos termos do art. 85 do CPC/2015, é imprescindível a aplicação inicial dos §§ 3º e 4º, recorrendo-se, subsidiariamente, ao § 8º apenas na hipótese de proveito econômico irrisório ou de valor da causa muito baixo.

2. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1758633/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 06/12/2018) (Grifamos)

Ementa: [...] HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANIFESTAÇÃO DESTA CORTE APENAS QUANDO FOR IRRISÓRIO OU EXCESSIVO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO.

II. Na espécie, o acórdão recorrido expressamente fixou os honorários advocatícios de sucumbência à luz dos critérios estabelecidos no art. 85, § 8º, do CPC/15, observadas as diretrizes dos incisos do § 2º. Nada obstante, assiste razão ao recorrente, haja vista ter havido negativa de vigência aos parágrafos 3º e 4º, inciso II, do artigo 85, uma vez que, nas causas em que a Fazenda Pública for parte, primeiramente devem ser aplicados os parágrafos 3º e 4º com seus respectivos incisos e, subsidiariamente o § 8º, apenas quando o proveito econômico for irrisório, ou o valor da causa muito baixo.

III. Assim é, porque o inciso II, do § 4º traz a solução, quando a Fazenda Pública for parte e não haja condenação principal ou não seja possível mensurar (estimar) o proveito econômico, determinando expressamente a utilização do valor atualizado da causa como base para aplicação dos percentuais previstos no § 3º, veja-se: '§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2.º e os seguintes percentuais: (...) § 4.º Em qualquer das hipóteses do § 3º: (...) III - não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa'.

IV. Neste caso, de rigor a reforma do acórdão, para adequar a fixação dos honorários ao que previsto expressamente no texto legal, não havendo necessidade de incursão na matéria fático-probatória. [...]

VI. Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp 1232624/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 14/05/2018) (Grifamos)

21 Art. 14. As Turmas remeterão os feitos de sua competência à Seção de que são integrantes: [...]

II - quando convier pronunciamento da Seção, em razão da relevância da questão, e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção;

22 Que se encontra com Embargos de Declaração, com pedido de efeitos infringentes, pendentes de julgamento, recebidos como Agravo Interno por decisão monocrática exarada pelo Ministro Relator Lázaro Guimarães [Desembargador Convocado do TRF da 5.ª Região]

Muito embora não trate especificamente de honorários advocatícios em causas tributárias, que sempre envolvem a Fazenda Pública, serve para ilustrar a grande celeuma instaurada na jurisprudência acerca da aplicação das distintas hipóteses veiculada pelo art. 85 e parágrafos do CPC.

Votaram no referido julgamento o Ministro Relator Lázaro Guimarães [Desembargador convocado do TRF da 5.ª Região] e os Ministros Antônio Carlos Ferreira, Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão e Maria Isabel Gallotti, chegando a conclusões diferentes em seus votos.

O Ministro Relator [convocado] considerou que o valor do proveito econômico no caso apreciado seria inestimável, aplicando a hipótese do § 8.º do art. 85 do CPC, para arbitrar os honorários sucumbenciais, conforme o princípio da equidade, em R\$ 500.000,00 [quinhentos mil reais].

O Ministro Antonio Carlos Ferreira, por sua vez, consignou ser o típico caso de aplicação do § 2.º do art. 85 do CPC, destacando que os percentuais do § 2.º se aplicam independentemente de o processo ser julgado sem resolução de mérito, desde que seja possível a aferição do proveito econômico e, caso não seja possível calculá-lo, aplica-se a parte final do mesmo § 2.º, considerando-se como base de cálculo o valor atribuído à causa.

Já o Ministro Marco Buzzi, votou pela aplicação do § 3.º do art. 85, que disciplina as causas em que a Fazenda Pública é parte, mesmo não sendo o caso *sub judice*, sob o fundamento de que os parâmetros fixados em tal dispositivo legal daria maior eficácia aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

O Ministro Luis Felipe Salomão votou no mesmo sentido que o Ministro Antonio Carlos Ferreira, afirmando que o art. 85 do CPC trata, em seus parágrafos, de diversas hipóteses com campos de incidência diferentes, dentre as quais não existe hierarquia, sedo inviável a aplicação dos §§ 3.º ou 8.º, quando forem preenchidos os critérios da hipótese prevista no § 2.º do art. 85.

Por fim, a Ministra Maria Isabel Gallotti, votou acompanhando o Relator, pela aplicação extensiva do § 8.º do art. 85 do CPC aos casos em que o valor for excessivamente alto, pois não seria possível que a aplicação da equidade se desse apenas para um lado. Segundo a Ministra, quando o Código de Processo Civil se referiu a “valor ínfimo”, na verdade, também quis se referir a valor enorme, muito grande. No final, a Ministra ainda sugeriu a aplicação do § 3.º do art. 85 do CPC, por analogia.

Segue, no quadro abaixo, de modo bem resumido, o posicionamento adotado pelos Ministros, integrantes da 4.ª Turma de Julgamento, que votaram no ARESF de n.º 262.900/SP:

<i>Agravo no Recurso Especial de n.º 262.900/SP Afetado à 2.ª Seção</i> <i>O CASO: Honorários de sucumbência nos Embargos à Execução foram fixados em R\$ 5.000,00, quando o valor da causa era superior a R\$ 50.000.000,00</i>	
•	Desembargador convocado Lázaro Guimarães: Votou pela aplicação do § 8.º do art. 85 do CPC e com base na equidade fixou a verba honorária em R\$ 500.000,00, por entender que o proveito econômico seria inestimável.
•	Ministros Antonio Carlos Ferreira e Luiz Felipe Salomão: Entenderam que seria o típico caso de aplicação do § 2.º do art. 85 do CPC.
•	Ministro Marco Buzzi: Votou pela aplicação do § 3.º do art. 85, que se refere às causas em que a Fazenda Pública é parte.
•	Ministra Maria Isabel Gallotti: Votou pela aplicação extensiva do § 8.º do art. 85 do CPC aos casos em que o valor for excessivamente alto, pois não seria possível que a aplicação da equidade se desse apenas para um lado.

No âmbito dos Tribunais Regionais Federais, identificamos diversas decisões proferidas pelos TRF's da 4.ª e da 5.ª Regiões²³, onde os honorários advocatícios de sucumbência foram fixados com base na equidade [§ 8.º do art. 85 do CPC], fora das hipóteses legais, sem a declaração de inconstitucionalidade dos enunciados prescritivos veiculados no § 3.º do art. 85 do CPC.

Já os Tribunais de Justiça dos Estados do Acre²⁴, do Amazonas²⁵, de Pernambuco²⁶ e do Rio de Janeiro²⁷ têm afastado expressamente a aplicação analógica ou extensiva do art. 85, § 8.º do CPC, quando configurada a hipótese do § 3.º do art. 85 do CPC.

Nos Tribunais de Justiça do Espírito Santo²⁸, de São Paulo²⁹, do Ceará³⁰, do Distrito Federal³¹ e de Goiás³² foram encontradas diversas decisões, afastando a aplicação do § 3.º do art. 85 do CPC, para fins de aplicação extensiva do art. 85, § 8.º do CPC aos casos em que o valor dos honorários advocatícios de sucumbência foram considerados “excessivamente altos”, com fulcro nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em resumo: a partir da análise da jurisprudência consultada, podemos constatar que, nas causas em que a Fazenda Pública é parte, relevante parcela das porções orgânicas que integram o Órgão-Judiciário tem deixado de aplicar os parâmetros objetivamente estabelecidos no art. 85, § 3.º do Código de Processo Civil, sobretudo nos casos em que a aplicação dos critérios estabelecidos pelo legislador resultaria em honorários advocatícios em montante elevado.

5 Conclusão

A competência jurisdicional para a fixação de honorários advocatícios de sucumbência no Código de Processo Civil em vigor está delimitada no art. 85. Ao julgar uma lide, de qualquer natureza, inclusive

tributária — o que se dá com a prolação da sentença —, o Órgão-Judiciário deverá condenar o vencido ao pagamento de honorários advocatícios. O *caput* do art. 85 do CPC/2015 é explícito ao estipular tal dever do Órgão-Jurisdicional.

Em razão dos inúmeros problemas, observados sob a égide do CPC/73, na tarefa de fixação do valor dos honorários de sucumbência devidos ao advogado da parte litigante vencedora, nas relações jurídicas processuais integradas pela Fazenda Pública, o legislador do CPC/2015 comprimiu significativamente a margem de subjetividade do Órgão-Judiciário.

São 02 [dois] os critérios objetivos demarcados no art. 85 do CPC — pessoal [que leva em consideração o sujeito de direito que integra a relação jurídica processual] e econômico [valor da condenação, do proveito econômico ou, excepcionalmente, o valor da causa] — para a fixação, respectivamente, das *faixas* e das *subfaixas de alíquotas*, que orientarão a tarefa de fixação dos honorários advocatícios de sucumbência pelo Órgão-Judiciário, nas causas em que a Fazenda Pública integra a relação jurídica processual.

Na forma prescrita no § 3.º do art. 85 do CPC, a faixa percentual aplicável nas referidas causas varia entre 1% [um por cento] e 20% [vinte por cento]. Já assubfaixas percentuais de honorários advocatícios de sucumbência oscilam conforme o valor — da condenação ou do proveito econômico — envolvido na ação judicial e são orientadas pela regressividade. Ou seja, quanto maior o valor da condenação ou do proveito econômico obtido, menor a alíquota.

Excetuadas as causas com valores de condenação ou de proveito econômico menores — até 200 (duzentos) salários-mínimos — onde a alíquota varia entre 10% [dez por cento] e 20% [vinte por cento]; nas demandas judiciais que envolvem quantias superiores a 200 [duzentos] salários-mínimos, a alíquota da verba honorária variará entre três pontos — de 8% a 10%, de 3% a 5% e de 1% a 3% — e quatro pontos percentuais [de 5% a 8%].

Para definir exatamente qual a alíquota entre as faixas e subfaixas de honorários advocatícios, previstas nos §§ 2.º e 3.º do art. 85 do CPC, será imposta no caso concreto, o Órgão-Judiciário deverá levar em conta os elementos fixados nos incisos I a IV do § 2.º do art. 85 do referido diploma normativo, a saber: o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e a importância da causa; o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para a prestação dos serviços.

Diversamente do que ocorre com a definição das faixas e das subfaixas de alíquotas dos honorários advocatícios de sucumbência — que são encontradas pelo Órgão-Judiciário a partir de uma análise objetiva do caso concreto —, a calibragem da alíquota dentro do espa-

ço percentual demarcado pelo legislador do Código de Processo Civil demanda valoração subjetiva do prolator da decisão judicial.

Já a disciplina da base de cálculo [elemento que juntamente com a alíquota perfaz o binômio de quantificação da referida verba sucumbencial] está estampada nos §§ 2.º e 3.º do art. 85 do Código de Processo Civil. De acordo com tais dispositivos legais, a base de cálculo dos honorários advocatícios de sucumbência deve corresponder ao valor da condenação ou ao proveito econômico obtido pela parte. Na forma prescrita na parte final do § 2.º e no inc. III do § 4.º do art. 85 do CPC, o valor atualizado da causa somente será adotado como base de cálculo pelo Órgão-Julgador nos casos de inexistência de condenação principal ou de impossibilidade de mensuração do proveito econômico obtido.

Portanto, nas ações tributárias em geral, em que a Fazenda Pública figura em um dos polos da relação jurídica processual, a base de cálculo dos honorários advocatícios devidos pela parte sucumbente será o valor da condenação ou do proveito econômico alcançado com a demanda judicial e, excepcionalmente, o valor da causa.

Ocorre, entretanto, que em algumas situações, a apuração dos honorários advocatícios a partir de tais grandezas [valor da condenação, do proveito econômico e atualizado da causa] não seria passível de efetivação ou redundaria em quantias ínfimas, incompatíveis com o trabalho desempenhado pelo profissional da advocacia.

Com o objetivo de disciplinar tais situações, em que a base para o cálculo da verba de sucumbência seria inexistente ou muito reduzida — proveito econômico não passível de ser estimado ou irrisório ou valor da causa muito baixo —, o Órgão-Jurisdicional foi autorizado, por meio do § 8.º do art. 85 do CPC, a fixar os honorários devidos ao advogado da parte vencedora, a partir de uma apreciação equitativa, que, nos moldes estabelecidos no Parágrafo Único do art. 140 do CPC, apenas pode ser efetuada nos casos expressamente previstos em lei.

A partir de uma análise conjunta dos enunciados prescritivos veiculados no § 8.º do art. 85 e no Parágrafo Único do art. 140 do CPC/2015, vemos que o Órgão-Judiciário só está autorizado a arbitrar honorários advocatícios com base na equidade em 03 [três] e somente 03 [três] situações: i) proveito econômico inestimável; ii) proveito econômico irrisório; iii) valor da causa muito baixo.

Apesar de o atual *Codex* Processual estabelecer no art. 85 do CPC inúmeros limites objetivos voltados a reduzir de modo substancial a carga de subjetividade do julgador no exercício da tarefa de arbitramento de honorários advocatícios nas causas em que a Fazenda Pública é parte, o que engloba as ações tributárias, pudemos observar que parcela relevante que integra a estrutura jurisdicional pátria tem afastado a aplicação de tais limites, para aplicar o § 8.º do art. 85 do CPC, fora

das hipóteses legais — proveito econômico inestimável ou irrisório ou valor da causa muito baixo — sob o fundamento de que tal prática prestigiaria os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Isso acontece, principalmente nos processos em que a apuração da verba honorária, a partir dos parâmetros fixados no § 3.º do art. 85 da Lei n.º 13.105/2015, resultaria na condenação da parte vencida ao pagamento de quantias elevadas.

Portanto, concluímos que a fixação de honorários advocatícios, com base em juízo de equidade, fora das hipóteses legais, nas causas em que a Fazenda Pública figura como parte, implica injustificada negativa de vigência às cuidadosas prescrições fixadas no § 3.º do art. 85 do CPC e restabelece toda a celeuma experimentada na pragmática jurídica sob à égide do Código Processual de 1973 [art. 20, § 4.º].

6 Referências

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

CAHALI, Yussef Said. *Honorários advocatícios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Direito Tributário – Linguagem e Método*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. *La Condanna Nelle Spese Giudiziali*. 2. ed., Roma, S.E. Foro Italiano, 1935.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os Princípios constitucionais e o código de processo civil*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: QuartierLatin. 2005.

IVO, Gabriel. *Norma Jurídica: Produção e Controle*. São Paulo: Noeses, 2006.

MENDONÇA, Cristiane. *Competência Tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em Matéria Tributária*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2011.

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

NERY JR. Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANTOS FILHO, Orlando Venancio. O ônus do pagamento dos honorários advocatícios e o princípio da causalidade. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 35 n. 137 jan./mar. 1998. p. 33-34. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/330/r137-04.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al., *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

1.4

SUBJETIVIDADES PÚBLICAS NA BASE DE CÁLCULO DO PERCENTUAL MÍNIMO ORÇAMENTÁRIO A SER APLICADO PELOS ESTADOS NA SAÚDE PÚBLICA: ANÁLISE DOS ARTIGOS 3º E 4º DA LEI COMPLEMENTAR 141/2012¹

FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMANN*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Subjetividades Públicas. 2.1 Vinculação e discricionariedade. 2.2 Espaço de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados. 2.3 Teoria da Apreciatividade versus Discricionariedade. 3 Subjetividades públicas interpretativas nos artigos 3º e 4º da Lei Complementar n. 141/2012. 3.1 Vigilância em saúde, incluindo a epidemiológica e a sanitária (inciso I do artigo 3º da LC 141/12). 3.2 Atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais (inciso II do artigo 3º da LC 141/12). 3.3 Capacitação do pessoal de saúde do Sistema Único de Saúde (inciso III do artigo 3º da LC 141/12). 3.4 Desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade promovidos por instituições do SUS (inciso IV do artigo 3º da LC 141/12). 3.5 Produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde do SUS, tais como: imunobiológicos, sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológicos (inciso IV do artigo 3º da LC 141/12). 3.6 Saneamento básico de domicílios ou de pequenas comunidades, desde que seja aprovado pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação e esteja de acordo com as diretrizes das demais determinações previstas na Lei Complementar (inciso VI do artigo 3º da LC 141/12). 3.7 Saneamento básico dos distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos (inciso VII do artigo 3º da LC 141/12). 3.8 Manejo ambiental vinculado diretamente ao controle de vetores de doenças (inciso VIII do artigo 3º da LC 141/12). 3.9 Investimento na rede física do SUS, incluindo a execução de obras

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado. Mestre em Direito. Doutorando em Direito na Universidade Federal Fluminense – UFF. Professor da Pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas (FGV-RIO).

1 Artigo científico originado do trabalho de conclusão da disciplina “Limitações constitucionais às escolhas públicas: discricionariedade na área médica”, no Programa de Pós-graduação (doutoramento) em Direitos, Instituições e Negócios (PPGDIN), na Universidade Federal Fluminense – UFF, sob a orientação do Professor Doutor André Saddy.

de recuperação, reforma, ampliação e construção de estabelecimentos públicos de saúde (inciso IX do artigo 3º da LC 141/12). 3.10 Remuneração do pessoal ativo da área de saúde em atividade nas ações de que trata este artigo, incluindo os encargos sociais (inciso X do artigo 3º da LC 141/12). 3.11 Ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS e imprescindíveis à execução das ações e serviços públicos de saúde (inciso XI do artigo 3º da LC 141/12). 3.12 Gestão do sistema público de saúde e operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde (inciso XII do artigo 3º da LC 141/12). 4 Conclusão. 5 Referências Bibliográficas.

1 Introdução

A saúde pública é direito de todos e dever irrenunciável do Estado, conforme estabelece o artigo 196 da Constituição Federal de 1988 (CRFB/88). O cidadão tem o direito fundamental de exigir do Estado a prestação de serviço público de saúde, sendo recorrente, nos dias atuais, a busca por tutela jurisdicional para fazer valer esse direito social².

A judicialização da política pública de saúde por cidadãos e por órgãos de controle – máxime o Ministério Público – evidencia um dos grandes problemas que assolam o Estado brasileiro: o serviço público de saúde, salvo raras exceções, é ruim no Brasil³.

2 A ideia de direito fundamental social da saúde na CRFB/88 foi bem explorada por Ricardo Augusto Dias da Silva: “A partir das dimensões estabelecidas do Direito Fundamental saúde, considerando-se que a saúde constitui um bem essencial para a pessoa humana, é de ser ressaltado o fato desse direito ser objeto tutelado tanto pelo direito internacional como pelos direitos humanos, bem como no plano interno nos Estados na condição de Direito Fundamental, como defende-se ser o caso do Brasil.

No caso específico do direito brasileiro, constata-se que o direito à saúde foi reconhecido como um Direito Fundamental nos artigos 6º e 196 e ss., respectivamente, da Constituição Federal.

(...)

Com relação à sua característica de direito prestacional, a dimensão positiva, infere-se que o Direito Fundamental à saúde reclama a ação positiva do Estado e da iniciativa privada, as políticas públicas e as ações afirmativas, respectivamente, para o exercício desse direito.

Esse viés prestacional relaciona-se no plano material à logística a ser disponibilizada a todos os titulares do Direito Fundamental à Saúde, no caso do Estado constitucional brasileiro a ser provida pelo Estado através de políticas públicas concretizadas através da prestação de serviços e fornecimento de bens aos que necessitam”. (DIAS DA SILVA, Ricardo Augusto. *Direito Fundamental à Saúde – O Dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 84).

3 Vanice Regina Lírio do Valle acentua o fenômeno da judicialização de políticas de Estado como critério de proteção da dignidade humana e do fortalecimento da cidadania: “A judicialização da política – nisso se compreendendo as opções dessa mesma natureza, relacionadas à prospectiva do agir da Administração - a partir da constituição de 1988 se manifesta como fenômeno caracterizado pela presença expansiva dos direitos fundamentais, suas garantias e as instituições postas a seu serviço, expressando um ‘..avanço da agenda igualitária em um contexto que, tradicionalmente, não conheceu as instituições da liberdade..’. Compreensível, portanto, o entusiasmo com que a cidadania, por si ou por instituições que a representem, reencontrando-se com a democracia, tenha se lançado na persecução jurisdicional dos direitos assegurados pelo novo Texto Fundante, supostamente não garan-

É fora de dúvida que os avanços necessários no campo desse relevante e prioritário serviço público exige não apenas gestão eficiente, mas, sobretudo, alocação suficiente de recursos. Neste sentido, o constituinte e o Poder Legislativo impuseram aos entes públicos investimentos mínimos, tendo por base de cálculo, para os Estados e o Distrito Federal, as receitas tributárias. A Constituição hierarquizou e priorizou o serviço público de saúde e delegou à lei complementar (com exceção da União, cujo investimento mínimo já foi fixado pelo próprio texto constitucional em %) o dever de fixar os percentuais mínimos orçamentários para investimentos, com revisão periódica a cada cinco anos, conforme artigo 198, § 2º, inciso II e § 3º, II da CRFB/88 (com redações conferidas pelas Emendas Constitucionais nºs. 29/2000 e 86/2015).

A Lei complementar n. 141/2012, em seu artigo 6º, estabelece que *“os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea ‘a’ do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios”*.

Percebe-se, portanto, que a partir da citada legislação, os Estados e o Distrito Federal são obrigados a investirem, anualmente, o mínimo de 12 % das receitas oriundas de impostos estaduais e de outras fontes decorrentes de repasses de impostos pela União Federal previstas na CRFB/88^{4 5}. Em não o fazendo, os gestores públicos sujeitam-se à emissão

tidos, no todo ou em parte, pelas estratégias de ação do Estado. Previsíveis, de outro lado, os riscos de uma tendência a um ativismo de parte de um Judiciário que, apontado como o garantidor desses mesmos direitos, vê-se tentado a ampliar o seu espaço de atuação, em nome do valor maior de proteção à dignidade da pessoa”.

(VALLE, Vanice Regina Lirio. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 97).

- 4 Estudo produzido por Magali Geovana Ramlow Campelli e Maria Cristina M. Calvo em 2007 demonstrou que até aquele momento a União e os Estados não vinham cumprindo a Emenda Constitucional nº 29/2000; daí a importância da relevância da edição da LC nº 141/2012. Segundo as Autoras, “os dados do SIOPS (sistema de coleta e processamento de dados sobre receitas totais e gastos com ações e serviços públicos de saúde das três esferas de governo) revelam que também os Estados não vêm cumprindo a EC-29. A Tabela 3 indica que, no ano 2000, 11 Estados não cumpriram a EC-29, o que representou um passivo de R\$ 0,88 bilhão. No ano de 2001, esse número aumentou para 18, e deixaram de ser aplicados em saúde R\$ 1,08 bilhão. Em 2002, foram 16 Estados, representando um passivo de R\$ 1,66 bilhão. Em 2003, 13 Estados deixaram de cumprir o exigido pela EC-29, o que representa a não aplicação de recursos financeiros na ordem de R\$ 1,67 bilhão. O déficit acumulado até 2003 representa uma dívida de R\$ 5,29 bilhão com o SUS.” CAMPPELLI, Magali Geovana Ramlow; CALVO, Maria Cristina M. *O cumprimento da Emenda Constitucional nº 29 no Brasil*. Cadernos de Saúde Pública, Jul./2007, Volume 23, Nº 7, p. 1.615 (p. 1613 – 1623).
- 5 Claudio Hamilton Matos dos Santos, Bernardo Patta Schettini, Lucas Vasconcelos e Érica Lima Ambrosio destacam o aspecto positivo da vinculação do investimento mínimo à receita de impostos. “A existência de mínimos constitucionais para os gastos públicos em saúde e educação sugere a possibilidade de que acréscimos na arrecadação sejam seguidos de acréscimos nos gastos (sobretudo estaduais e municipais) nas áreas analisadas. Essa hipótese é, em princípio, testável.” (SANTOS, Claudio Hamilton Matos dos. SCHETTINI, Bernardo Patta. VASCONCELLOS, AMBROSIO, Érica. *A Dinâmica dos Gastos com Saúde e Educação Públicas no Brasil – 2006/2015 -*: Impacto dos mínimos constitucionais e relação

de parecer prévio contrário por parte dos Tribunais de Contas (artigo 71, I, da CRFB/88), além do cometimento de improbidade administrativa⁶.

Com o intuito de evitar distorções no conceito de “saúde” por parte dos gestores públicos (prática comum antes de 2012⁷), a Lei Complementar nº 141/2012 estabeleceu, em seu artigo 3º, quais medidas adotadas na área da saúde podem ser consideradas para atingimento do percentual mínimo de 12% anteriormente referido. E mais: em seu artigo 4º explicitou as medidas que não podem ser consideradas como despesas de saúde, para o mesmo objetivo; ou seja, vedando expressamente seu cômputo para fins de atingimento do percentual mínimo de vinculação.

À luz desse contexto normativo, o objetivo do presente estudo é analisar, de maneira detalhada, as medidas contidas nas normas dos artigos 3º e 4º da Lei Complementar nº 141/2012, e verificar se seus conceitos estão postos a partir de premissas vinculadas ou se, inversamente, permitem liberdade de interpretação e apreciação pelos gestores públicos.

Para tanto, buscar-se-á a análise dos conceitos contidos nos artigos 3º e 4º da Lei Complementar nº 141/2012 a partir de estudos doutrinários e da interpretação prática conferida pelos órgãos de controle, notadamente os Tribunais de Contas e o Poder Judiciário, com destaque nos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal. A finalidade, portanto, será encontrar balizas técnico-jurídicas para que o gestor da área de saúde possa ter suporte em suas escolhas e atuações para atingir o percentual mínimo a ser aplicado em saúde pública, a partir de concei-

com a arrecadação tributária. *Texto Para Discussão/Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada -IPEA. Nº 2289. Brasília: Rio de Janeiro: IPEA, p. 29*

- 6 O Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro emitiu pareceres prévios contrários à aprovação das “contas de governo” do Chefe do Poder Executivo nos anos de 2017 (processo TCE 101576-6/2017- Relatora Conselheira Marianna Montebello Willeman), 2018 (processo TCE 113304-9/2018, Relator Conselheiro Substituto Marcelo Verdini Maia) e 2019 (processo TCE 101.949-1, Relatora Conselheira Substituta Andrea Siqueira Martins), respectivamente, contas referentes aos exercícios de 2016, 2017 e 2018, ante o descumprimento da aplicação do limite mínimo de 12 % na saúde pública. Entretanto, a Assembleia Legislativa (ALERJ), a quem compete o julgamento das contas de governo (por simetria, o artigo 49, IX, da CRFB/88), acabou por aprovar as Contas dos nos anos de 2016 e 2017, sob a justificativa jurídico/política de um colapso financeiro no Estado; pendente, até a data final deste trabalho a análise das contas de 2018. A aprovação das contas pela ALERJ, porém, não obstatizou o ajuizamento, pelo Ministério Público, de ações de improbidade administrativa contra o ex-Governador do Estado Luiz Fernando Pezão.
- 7 Relevantes as observações de Rodrigo Nóbrega Farias sobre a mentalidade dos gestores brasileiros sobre a saúde pública e o anseio para cumprimento do percentual mínimo a ser investido com medidas que, em última análise, não representam gastos com saúde: “As discussões sobre a operacionalização da EC 29/2000, no Governo Federal, e os debates conceituais de despesas com saúde, em todos os níveis de Governo, bem como outros esforços de desvinculação de receitas, tinham, como objetivo, a fuga às determinações da lei, mostrando dificuldades em sua implementação. O que, no primeiro momento, constituiu um indiscutível avanço foi, paulatinamente, sendo desvirtuado pelo administrador público, buscando inserir, em uma conceituação ampla, todo e qualquer gasto público, como sendo da área da saúde. Essa tentativa reflete a mentalidade do administrador público brasileiro, que ainda trata a saúde não como um dos objetivos a serem alcançados pelo Estado, mas como uma obrigação”. (FARIAS, Rodrigo Nóbrega. *Direito à Saúde & Sua Judicialização*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 147-148).

tos jurídicos que lhes confirmam margem de subjetividade interpretativa para sua implementação na prática administrativa.

Contudo, antes de se desenvolver especificamente a análise proposta, faz-se necessário abordar, como premissa para sua compreensão, ainda que de maneira objetiva, o atual panorama dos principais institutos jurídicos convencionalmente adotados pela doutrina administrativista brasileira e que permitem ao administrador público livremente apreciar conceitos para, diante do caso concreto, tomar as decisões administrativas.

2 Subjetividades Públicas

2.1 Vinculação e discricionariedade

A doutrina tradicional do Direito Administrativo brasileiro, quando da classificação dos atos administrativos na perspectiva da liberdade de atuação dos agentes públicos, cuida dos atos *administrativos vinculados e dos atos administrativos discricionários*.

Assim o faz para expressar que a *vinculação* não permite ao agente público liberdade para valoração de qualquer aspecto subjetivo na prática do ato administrativo; desde que presentes as circunstâncias que tradicionalmente constituem seus elementos (competência, forma, finalidade, motivo e objeto), compete ao agente público atuar sem qualquer subjetividade. Isto é, os elementos do ato administrativo já estão predeterminados pela legislação⁸.

De outro lado, os *atos administrativos discricionários* apresentam elementos que permitem valoração subjetiva pelos agentes públicos, os quais, diante do caso concreto, poderão – orientados por critérios de conveniência e oportunidade – aquilatar o melhor momento de emitir a vontade administrativa à luz do que consideram interesse público⁹. Isto é, será permitido ao agente público certo grau de subjetividade para es-

8 “Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tomando-se passível de anulação pela própria Administração, ou pelo Judiciário, se assim o requerer o interessado.” (MEIRELLES, Hely Lopes (atualizado por José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle). *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 191.

9 “O regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações.” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 291-292).

colher uma dentre duas ou mais opções válidas, previstas na legislação, para dar lugar à tutela do interesse público¹⁰.

Doutrinadores há que sustentam a superação da classificação dos atos administrativos em vinculados e discricionários. Sob uma perspectiva de controle judicial, aduzem que todos os atos da Administração Pública possuem, em alguma medida, certo grau (ou nível) de vinculação à lei e, por isso, quanto maior o grau de vinculação, maior será a possibilidade de controle por órgãos externos à Administração Pública, notadamente o Poder Judiciário. Em outra medida, quanto maior a fluidez do conceito ou de sua tecnicidade, menor a interferência externa a cargo do Poder Judiciário. Cunhou-se, assim, o que se convencionou denominar de “teoria da juridicidade”, conferindo enfoque “jurídico-funcional” que busca escapar da categoria binária e estática da “vinculação *versus* discricionariedade”¹¹.

2.2 Espaço de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados

Os conceitos jurídicos indeterminados permeiam o ordenamento jurídico. Não é raro o agente público se deparar com comandos normativos

10 Mencione-se, por todos: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 131.

11 No Brasil esta teoria está bem assentada na doutrina de Gustavo Binenbojm, que, citando Andreas J. Krell, expôs: “(...) ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos. Todavia, a definição da densidade do controle não segue uma lógica puramente normativa (que se restrinja à análise dos enunciados normativos incidentes ao caso), mas deve atentar também para os procedimentos adotados pela Administração e para as competências e responsabilidades dos órgãos decisórios, compondo a pauta para um critério que se poderia intitular de jurídico-funcionalmente adequado.

(...)

Portanto, ao invés de uma predefinição estática a respeito da controlabilidade judicial dos atos administrativo (como em categorias binárias, do tipo ato vinculado *versus* ato discricionário), impõe-se o estabelecimento de critérios de uma dinâmica distributiva ‘funcionalmente adequada’ de tarefas e responsabilidades entre Administração e Judiciário, que leve em conta apenas a programação normativa do ato a ser praticado (estrutura dos enunciados normativos constitucionais, legais ou regulamentares incidentes ao caso), como também a ‘específica idoneidade (de cada um dos Poderes) em virtude da sua estrutura orgânica, legitimação democrática, meios e procedimentos de atuação, preparação técnica etc., para decidir sobre a propriedade e a intensidade da revisão jurisdicional de decisões administrativas, sobretudo das mais complexas e técnicas’.

Com efeito, naqueles campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nestas casos, a expertise e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle. Há também situações em que, pelas circunstâncias específicas de sua configuração, a decisão final deve estar preferencialmente a cargo do Poder Executivo, seja por seu lastro (direto ou mediato) de legitimação democrática, seja em deferência à legitimação alcançada após um procedimento amplo e efetivo de participação dos administrados na decisão”. (BINENBOJM. Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.224/225).

que permitem atuação diante de expressões como “notório saber”, “relevante interesse coletivo”, “interesse público”, “paz social”, dentre outras.

Os conceitos indeterminados possibilitam a atuação do agente público, mediante livre apreciação e com margem de atuação que o afasta, naturalmente, da noção técnica estrita de *vinculação*, que pressupõe a presença de todos os elementos do ato administrativo na norma jurídica. Há uma liberdade interpretativa do conceito vago e aberto à luz do caso concreto, ficando o agente “vinculado” à finalidade legal que lhe permite atuar¹².

Apesar de conferir aos agentes públicos liberdade de atuação, os conceitos indeterminados não se confundem com a discricionariedade, pois a atuação do agente não se submete a critérios tão objetivos de decisão¹³ previstos na norma, facultando-se a adoção de uma dentre duas ou mais opções válidas e possíveis.

Em verdade, a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados foi inserida no direito público brasileiro¹⁴ tendo por base a liberdade interpretativa e decisória em abstrato, mas, diante do caso concreto, o intérprete não passa por um juízo de indeterminação, pois somente tem uma única solução possível à luz do interesse da legislação que o permite atuar.

Pode-se dizer, pois, que o Poder Legislativo, ao inserir um conceito indeterminado na norma, concede ao Poder Executivo a liberdade de interpretá-lo e apreciá-lo para, diante de casos concretos, conformá-lo à finalidade imanente à norma autorizativa com a tomada de decisão a partir de uma solução justa e possível.

12 Serve de referência o estudo de António Francisco de Souza, talvez o primeiro publicado no Brasil, ainda nos idos de 1986, onde propôs estudar o termo “conceitos legais indeterminados” no direito alemão, abordando todas as teorias que lhe davam sustentação, sobretudo para traçar a diferença com os chamados poderes vinculado e discricionário. (SOUZA, António Francisco de. Os “Conceitos Legais Indeterminados” no Direito Administrativo Alemão. *In* Revista de Direito Administrativo, vol. 166, Rio de Janeiro, out/dez. 1986, p. 276-291).

13 Novamente Gustavo Binenbojm fornece, com a citação de José Manuel Sérvulo Correia, objetiva diferença entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados: “Como visto, o ato discricionário pressupõe um poder de escolha do administrador. Este, diante de uma situação concreta, pode optar por um ou outro caminho, de acordo com critérios racionais que, a seu ver, produzam a melhor solução. (...)”

Já os atos fundados em conceitos jurídicos indeterminados não são fruto de uma opção do administrador. SE é que há uma eleição, esta é do próprio legislador, que escolheu o uso de termos vagos e conceitos imprecisos, sendo que a sua aplicação resolve-se com a interpretação de seu sentido. Mais precisamente, a aplicação de um conceito jurídico indeterminado passa por duas operações lógicas: ‘a interpretação abstracta do conceito (Auslegung) e a sua sobreposição ao caso concreto por via da subsunção deste à hipótese da norma (Anwendung)’. (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 217-218).

14 Para o leitor interessado no estudo da evolução histórica dos conceitos jurídicos indeterminados e de sua atual aplicação no direito brasileiro e europeu, sugere-se a leitura da obra de André Saddy. (SADDY, André. *Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 214-240).

2.3 Teoria da *Apreciatividade* versus *Discricionariedade*

Modernamente foi desenvolvida no direito administrativo a *teoria da apreciatividade*, com traços distintivos do conceito de *discricionariedade*, para explicar a liberdade de atuação ou de conformação da vontade administrativa ao interesse público, a partir da atuação dos denominados “agentes da ponta” (ou de “linhas de frente” ou “agentes de rua”), assim considerados aqueles que lidam diretamente com os problemas do cotidiano da sociedade nas mais diversas atividades públicas, cuja necessidade de atuação deriva do momento e não têm suas opções previamente estabelecidas na norma jurídica. É a liberdade de atuação a partir de situações concretas, surgidas durante a atividade do agente público.

André Saddy, responsável pela elaboração e pela introdução da teoria no direito brasileiro, fornece o fundamento jurídico da *apreciatividade administrativa*:

(iv) Por fim, a *apreciatividade* administrativa seria a margem de liberdade que se projeta sobre fatos e critérios interpretativos, variando a intensidade de acordo com o âmbito que se exercite – existente em toda tomada de decisão na qual o agente público utiliza uma operação de discernimento ou ajuizamento para aplicar a norma -, usando-se de critérios e subcritérios, ponderando interesses e fatores em conflito e atribuindo pesos relativos às opções que tenha decorrentes das indeterminações do Direito, como o conteúdo do Direito, os defeitos do sistema jurídico e, principalmente, do exercício funcional, referindo-se, comumente, a ações não deônticas, sem prévio procedimento administrativo e não tendo, necessariamente, um ato administrativo formal ao final de seu exercício, mas atendendo, mormente, aos interesses públicos, mesmo que tenha de se afastar ou desviar da realização dos efeitos jurídicos fixados na norma – ou seja, da letra escrita da lei – para atingir a finalidade e o propósito da norma jurídica por razões compradas de especial relevância¹⁵.

Em verdade, essa liberdade de atuação dos agentes públicos não está previamente prevista na norma jurídica. Tem origem em uma liberdade

15 SADDY, André. *Discricionariedade e jurisdição nacional / supranacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p.133. o Autor ainda fornece a distinção entre *discricionariedade* e *apreciatividade*: [...] a *apreciatividade* é aquela margem de liberdade que a Administração dispõe para adotar uma eleição/decisão, normalmente rápida e rotineira, ante situações de fato que assim requeiram. São os casos em que as garantias procedimentais praticamente não existem, seja por estar diante de um caso de ação não deôntica ou pela imediatidade da atuação. A motivação formal prévia tampouco existe nessas hipóteses, ainda que se possa motivar ou justificar a atuação ulteriormente.” (SADDY, André. *Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa*. Op. cit., p. 270).

de atuação decorrente da atividade administrativa desempenhada, que impõe ao agente público a tomada de decisões práticas que não decorrem de uma típica discricionariedade administrativa (concebida em seu sentido técnico-jurídico por uma norma jurídica), mas sim da efetiva necessidade de implementar a vontade da administração em uma situação concreta surgida no cotidiano da sociedade. Possível citar como exemplo a atuação de um guarda de trânsito que decide, legitimamente, organizar o tráfego em “desacordo” com os sinais dos semáforos, por conta de causas extraordinárias (excesso de congestionamento, por exemplo); não estaria o agente público de trânsito, na hipótese, a atuar discricionariamente, mas sim apreciativamente, na medida em que não era possível prever o “caos” no trânsito na norma jurídica¹⁶; ao contrário, a situação concreta exigiu dele uma atuação apreciativa para melhor ordenar a vida em sociedade.

3 Subjetividades públicas interpretativas nos artigos 3º e 4º da Lei Complementar nº 141/2012

Após a breve e objetiva exposição teórica acerca do direito fundamental do cidadão à saúde pública e da obrigação constitucional e

16 André Saddy apresenta parte da diferença entre discricionariedade e da apreciatividade: “O importante, no entanto, é saber que a margem de manobra existentes nesses agentes é outorgada de maneira distinta das que possui os órgãos diretivos. Enquanto a discricionariedade deriva da norma jurídica, a apreciatividade deriva de outras fontes. No entanto, não se pode contemplar como usurpadores de tal autoridade nem infringentes do princípio da legalidade, pois o sistema modula suas funções para ser assim. Afinal de contas, não há nenhuma sanção substancial contra tais eleições ou decisões; pelo contrário, há, muitas vezes, sanções em caso de que o agente não respeite a ordem. (...)”

(...) A diferença da discricionariedade, a apreciatividade, normalmente, é concedida por outras fontes que não são as normas de conduta e competência, como as orientações políticas do governo; as diretrizes efetuadas pela própria Administração; a autoridade administrativa hierárquica; os treinamentos; as escolas de formação; a resolução contínua de igual forma de hipóteses semelhantes (aspectos conhecidos como o precedente administrativo); a celebração prévia ao exercício do poder de um convênio de um sujeito privado; as declarações de juízo emitidas por um órgão distinto daquele a quem corresponde iniciar, instruir ou resolver o procedimento, conhecido como informe; e até, inclusive, intuição.

Normalmente, a atribuição da apreciatividade para eger ou decidir entre atuar ou não e, quando se decide, escolher atuar entre uma infinidade de possibilidades, alternativas ou opções a seguir significa que o agente, em caso de colisão com outros bens ou tarefas, pode dar prioridade a mais importante ou urgente e delegar para um segundo plano o que é secundário e pode esperar.

(...)

O que defere a apreciatividade da discricionariedade é que, na segunda, decidindo atuar, deve o administrador optar por uma das consequências que a norma jurídica o autoriza. Na primeira, decidindo atuar, este tem total liberdade de eleição/decisão, não necessitando optar entre as distintas consequências jurídicas oferecidas alternativa e/ou disjuntivamente pela norma. Por não ser derivada da norma jurídica, a apreciatividade não ‘a autonomia de optar entre tais elementos perceptivos. Trata-se de um processo volitivo no qual existem possíveis diferentes soluções, todas corretas, e que não estão presentes em nenhuma ordem normativa, ao menos não de forma explícita”. (SADDY, André. *Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa*. Op. cit., p. 278, 282 e 284).

legal do Estado de investir, nesta área, valores mínimos do orçamento, passa-se ao objeto central do estudo; isto é, passa-se a investigar se as medidas previstas nos artigos 3º e 4º da Lei Complementar n. 141/2012 possuem subjetividades que permitem aos gestores conferir-lhes interpretação elástica (*fruto da discricionariedade ou da liberdade de apreciação de conceitos jurídicos indeterminados*), ou, alternativamente, se estarão vinculados aos conceitos predeterminados pela legislação.

A intenção da investigação é delimitar a dimensão da interpretação possível dos conceitos legais para fins de expansão das medidas administrativas na área da saúde, alargando-se, com isso, o espectro de ações da base de cálculo do investimento mínimo (12% do orçamento de impostos) dos Estados federados na saúde. Para tanto, o trabalho fará o cotejo das medidas que constituem a base de cálculo dos 12% do orçamento mínimo (artigo 3º da LC 141/12) e das ações que estão fora da referida base de cálculo (artigo 4º da LC 141/12).

3.1 Vigilância em saúde, incluindo a epidemiológica e a sanitária (inciso I do artigo 3º da LC 141/12)

Vigilância é um conceito aberto que permite aos administradores públicos interpretação razoável para disposição de recursos na área da saúde. Possui uma zona de certeza negativa (*não cuida de vigilância em sentido de segurança pública ou mesmo de segurança de redes hospitalares*) e uma zona de certeza positiva, que permite ao Estado computar na base de cálculo dos investimentos mínimos já referidos nas despesas com prevenção e investigação de doenças, incluindo aí o combate a epidemias.

A Lei Federal nº 8.080/90 fornece alguns parâmetros (abertos) para implementação do conceito de vigilância sanitária e epidemiológica nos §§§ 1º, 2º e 3º de seu art. 6º¹⁷. Há, todavia, ao que parece, uma *zona cinzenta* no conceito de “vigilância” a ser objeto de concretização interpretativa (*livre apreciação de um conceito jurídico indeterminado*) pelo gestor e que permite concluir ser possível a inclusão das atividades de manutenção de políticas públicas (inclusive publicidade) que visem ao combate e à erradicação de doenças para atingimento do percentual de 12% do orçamento oriundo de impostos para investimento mínimo na saúde.

O conceito de “vigilância em saúde” vem sendo objeto de debates perante os Tribunais de Contas estaduais para fins de contabilização de despesas no orçamento mínimo a ser empregado em saúde. O Tribunal

17 Art. 6º (...) “§ 2º Entende-se por vigilância epidemiológica um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos.

de Contas do Estado de São Paulo - TCE-SP, por exemplo, quando da emissão de parecer prévio às contas do Município de Patrocínio Paulista, referentes ao exercício de 2012¹⁸, considerou inserido no conceito de “vigilância em saúde” a castração de animais (cães e gatos).

Já o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais - TCE-MG, em 2016, em resposta à consulta formulada pelo Prefeito do Município de Poço Fundo, considerou abrangido pelo conceito de “vigilância em saúde” a atuação pública de coleta, tratamento e destinação final de resíduos sólidos hospitalares, tais como seringas contaminadas, curativos, ampolas etc. Isto é, o TCE-MG admitiu a possibilidade de inclusão das despesas com as referidas atividades para o computo no percentual constitucional mínimo obrigatório, desde que estritamente ligadas aos serviços de saúde, enquanto atividades-fim, de unidades hospitalares e ambulatoriais, mais especificamente as contidas nas Resoluções nº 306 da Diretoria Colegiada da ANVISA e nº 358 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA. Restaram excluídas, as despesas com manuseio de resíduos próprios de atividades de unidades de apoio administrativo¹⁹. Note-se, pois, a liberdade de conformação pelos gestores do conceito de “vigilância em saúde”.

Por fim, ainda com o intuito de descortinar o conceito indeterminado de “vigilância em saúde”, relevante mencionar a Portaria 1.378, de 09 de julho de 2013, editada pelo Ministério da Saúde, que regulamentou as responsabilidades e definiu as diretrizes para execução e financiamento das ações de Vigilância em Saúde pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, relativos ao Sistema Nacional de Vigilância em Saúde e Sistema Nacional de Vigilância Sanitária. No artigo 4º²⁰, detalhou as práticas voltadas ao atingimento do conceito jurídico indeterminado “vigilância”, destacando a realização de estudos para análise e planejamento para de-

18 TCE-SP. Prestação de Contas. TC-001952/02612. Relator: Conselheiro Robson Marinho. Julgado em 11/03/2014. Disponível em: <http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/274974.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2019.

19 TCE-MG. *Consulta*. 969155. Relator: Conselheiro Wanderley Ávila. Plenário, julgado em 02/03/2016, Disponível em: <<https://tcnatas.tce.mg.gov.br/tcjuris/Nota/BuscarArquivo/1254966>>. Acesso em: 08 mar. 2019.

20 “Art. 4º As ações de Vigilância em Saúde abrangem toda a população brasileira e envolvem práticas e processos de trabalho voltados para: I - a vigilância da situação de saúde da população, com a produção de análises que subsidiem o planejamento, estabelecimento de prioridades e estratégias, monitoramento e avaliação das ações de saúde pública; II - a detecção oportuna e adoção de medidas adequadas para a resposta às emergências de saúde pública; III - a vigilância, prevenção e controle das doenças transmissíveis; IV - a vigilância das doenças crônicas não transmissíveis, dos acidentes e violências; V - a vigilância de populações expostas a riscos ambientais em saúde; VI - a vigilância da saúde do trabalhador; VII - vigilância sanitária dos riscos decorrentes da produção e do uso de produtos, serviços e tecnologias de interesse a saúde; e VIII - outras ações de vigilância que, de maneira rotineira e sistemática, podem ser desenvolvidas em serviços de saúde públicos e privados nos vários níveis de atenção laboratórios, ambientes de estudo e trabalho e na própria comunidade”.

teção e tratamentos de doenças, o que, por certo, expressões abertas que serão implementadas pelos gestores públicos nos casos concretos.

3.2 *Atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais (inciso II do artigo 3º da LC 141/12)*

As medidas previstas nesta norma jurídica (“atenção integral e universal”) são amplas e possuem, por isso, grau mínimo de vinculação dos gestores. Talvez seja a regra mais “aberta” na legislação para ser objeto de implementação pelo gestor público à luz de critérios de conveniência e oportunidade e de conformação do interesse público.

Argumente-se, pois, que há liberdade interpretativa para decidir sobre os conceitos indeterminados “atenção integral e universal à saúde” e em “todos os níveis de complexidade”. Não pode restar dúvidas, porém, que a política pública deve estar diretamente relacionada à atividade de saúde pública, não sendo lícito ao gestor a utilização de medidas que se insiram em *zona de certeza negativa* do conceito, como, por exemplo, o fornecimento gratuito de alimentação à população carente, sob a perspectiva de que tal política social está contida em um conceito amplo de “atenção integral e universal à saúde”. A esse propósito, relevante anotar que o dispositivo legal em comento foi objeto de ressalva na proibição do artigo 4º, inciso IV da LC 141/12, quando vedou expressamente a inclusão das despesas com merenda escolar e outros programas de alimentação, ainda que executados em unidades do SUS, no *cômputo* das despesas mínimas com saúde pelos Estados.

O conceito de “assistência terapêutica” não se afigura vinculado; ao contrário, comporta subjetividades em sua aplicação, de modo a concluir pela abrangência, também, de tratamentos de psicoterapia, terapia, acupuntura e demais atividades relacionadas, desde que diretamente relacionados à saúde do cidadão.

No que diz respeito à recuperação de deficiências nutricionais, incluem-se as atividades para tratamento de carências nutricionais, tais como distribuição de leite especial e algumas vitaminas específicas, vedando-se a implementação do conceito com a distribuição de alimentos em programas de natureza assistencial²¹.

21 AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE (ASPS). TESOURO NACIONAL. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/483733/CPU_Item_1_4_LC_141_MDF_STN_Texto_revisado%2B_apos_reuniao_da_CT_em_06_10_2015.pdf/dd1ff5d4-a602-4d27-861f-05cd005e14e5>. Acesso em: 07 mar. 2019.

Ainda nesse contexto, importante também identificar técnicas ou parâmetros de concretização do indeterminado conceito “atenção universal”. O *princípio da universalidade*²² atribui aos usuários de serviços públicos (notadamente os de saúde) o direito de compelir o ente estatal competente (ou o particular concessionário para a sua prestação) a prestar-lhe de maneira eficiente, dentro dos padrões da razoabilidade e do princípio da reserva do possível²³. De outro lado, obriga o Estado a manter e a desenvolver políticas públicas constantes para atingir o maior número possível de usuários que necessitam do serviço de saúde, vendando a política desenvolvida para grupos específicos.

O Ministério da Saúde editou a Portaria n. 2.436, de 21 de setembro de 2017, e, com isso, aprovou a Política Nacional de Atenção Básica, estabelecendo a revisão de diretrizes para a organização da Atenção Básica, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). No anexo à portaria foram “definidos” os princípios da *universalidade*, *equidade* e da *integridade*, ressaltando-se a amplitude dos termos empregados, o que caracteriza, conforme já afirmado, liberdade de atuação e conformação do gestor à luz dos casos concretos²⁴.

22 Para Dinorá Adelaide Musetti Grotti, o princípio da universalidade consiste na “possibilidade de que o serviço possa ser exigido e usado por todos. Significa que o mesmo deve atender indistintamente, a todos que dele necessitem, independentemente do poder aquisitivo, satisfeitas as condições para sua obtenção. Sua manutenção se constitui num dever legal, podendo ser exigido tanto daqueles que tenham a competência para instituí-lo quanto daqueles que o executem”. (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 55/56). Celso Ribeiro Bastos comunga de sentimento parecido: “o direito que todos têm de utilizar os serviços públicos, dentro das modalidades estabelecidas, sem se negar a um usuário o que foi concedido a outro. As exclusões da utilização dos serviços não podem ser, em consequência, arbitrárias”. (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 170).

23 Merece registro o trabalho de Denise dos Santos Vasconcelos Silva sobre o princípio da reserva do possível e sua aplicação evolutiva (suas fases), sobretudo na área da saúde pública. A autora, na linha do que vem sendo decidido pelo Supremo Tribunal Federal, aduz que a terceira fase de evolução impõe ao Estado o ônus de provar que a obrigação ultrapassa a “reserva do financeiramente possível”. (SILVA, Denise Santos Vasconcelos. *Direito à Saúde – Ativismo Judicial*, Políticas Públicas e Reserva do Possível. Curitiba: Juruá, 2015, p.114-121).

24 “Os princípios e diretrizes, a caracterização e a relação de serviços ofertados na Atenção Básica serão orientadores para a sua organização nos municípios, conforme descritos a seguir:

1.1 - Princípios

- Universalidade: possibilitar o acesso universal e contínuo a serviços de saúde de qualidade e resolutivos, caracterizados como a porta de entrada aberta e preferencial da RAS (primeiro contato), acolhendo as pessoas e promovendo a vinculação e responsabilização pela atenção às suas necessidades de saúde. O estabelecimento de mecanismos que assegurem acessibilidade e acolhimento pressupõe uma lógica de organização e funcionamento do serviço de saúde que parte do princípio de que as equipes que atuam na Atenção Básica nas UBS devem receber e ouvir todas as pessoas que procuram seus serviços, de modo universal, de fácil acesso e sem diferenciações excludentes, e a partir daí construir respostas para suas demandas e necessidades.

- Equidade: ofertar o cuidado, reconhecendo as diferenças nas condições de vida e saúde e de acordo com as necessidades das pessoas, considerando que o direito à saúde passa pelas diferenciações sociais e deve atender à diversidade. Ficando proibida qualquer exclusão baseada em idade, gênero, cor, crença, nacionalidade, etnia, orientação sexual, identidade

Deste modo, terá o gestor público liberdade de interpretação para adoção de políticas públicas que, diante de situações concretas, buscarão concretizar os conceitos jurídicos indeterminados contidos na norma jurídica em comento, notadamente para conferir eficácia aos preceitos “*atenção universal e integral à saúde*”, sobretudo para prevenir e combater deficiências nutricionais e para implementar tratamentos terapêuticos (exemplos: terapias ocupacionais para pessoas idosas em praças públicas, terapias para combate à dependência química e ao alcoolismo). Por se tratar do dispositivo legal onde a subjetividade do gestor poderá ser mais aplicada, relevante mencionar decisão do Tribunal de Contas da União – TCU, que, respondendo consulta formulada pelo Presidente da Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados - CSSF sobre a classificação de certas despesas como ações e serviços públicos de saúde pelo Poder Executivo, para fins de apuração do orçamento mínimo, assim se posicionou:

“CONSULTA FORMULADA PELO PRESIDENTE DA COMISSÃO DE SEGURIDADE SOCIAL E FAMÍLIA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS (CSSF). DÚVIDAS A RESPEITO DAS DESPESAS A CARGO MINISTÉRIO DA SAÚDE QUE PODEM SER COMPUTADAS NO PISO CONSTITUCIONAL DA SAÚDE, HAJA VISTA O DISPOSTO NA LC 141/2012. CONHECIMENTO. RESPOSTA NEGATIVA A TODOS OS QUESTIONAMENTOS. 1. Não podem ser computadas para fins de cumprimento do piso constitucional da saúde, por não cumprirem os critérios estabelecidos na LC 141/2012, as despesas com o REHUF, a ANS, as Academias da Saúde²⁵, a integralização de capital da Hemobrás, o manejo de resíduos sólidos, nem as decorrentes da adoção de corte de 50.000 habitantes para execução,

de gênero, estado de saúde, condição socioeconômica, escolaridade ou limitação física, intelectual, funcional, entre outras, com estratégias que permitam minimizar desigualdades, evitar exclusão social de grupos que possam vir a sofrer estigmatização ou discriminação; de maneira que impacte na autonomia e na situação de saúde.

- Integralidade: É o conjunto de serviços executados pela equipe de saúde que atendam às necessidades da população adstrita nos campos do cuidado, da promoção e manutenção da saúde, da prevenção de doenças e agravos, da cura, da reabilitação, redução de danos e dos cuidados paliativos. Inclui a responsabilização pela oferta de serviços em outros pontos de atenção à saúde e o reconhecimento adequado das necessidades biológicas, psicológicas, ambientais e sociais causadoras das doenças, e manejo das diversas tecnologias de cuidado e de gestão necessárias a estes fins, além da ampliação da autonomia das pessoas e coletividade.”

25 *As Academias de Saúde constituem programa governamental lançado em 2011 pelo Ministério da Saúde, com a finalidade de promover a saúde da população por meio de incentivo à prática de exercícios físicos, adoção de alimentação balanceada, além de possibilitar interação social e cultural dos cidadãos.* BRASIL. Ministério da Saúde. Programa Academia da Saúde. Disponível em: <http://dab.saude.gov.br/portaldab/ape_academia_saude.php?conteudo=sobre_academia> Acesso em: 07 mar. 2019.

pela área da saúde, de ações de saneamento básico em municípios. 2. Não cabe ao TCU fixar o conceito de "pequenas comunidades", para identificação das ações e serviços de saneamento a serem contabilizados no piso constitucional da saúde, mas apenas de verificar a razoabilidade do critério adotado. 3. As ações orçamentárias referentes a saneamento básico de domicílios e de pequenas comunidades somente poderão ser contabilizadas para fins de cumprimento do piso constitucional da saúde caso previamente aprovadas, expressa e individualmente, pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação, que deverá decidir valendo-se de critérios consistentes de razoabilidade, a vista dos parâmetros estabelecidos pela LC 141/2012 para inclusão de despesas no piso; dos critérios legais de atuação do SUS na área de saneamento, em especial a excepcionalidade e a necessidade; e das circunstâncias do caso concreto."²⁶

Relevante anotar ainda que o Supremo Tribunal Federal - STF, em decisão proferida em setembro de 2018, na Ação Civil Originária - ACO 1.224/PE, excluiu do conceito de "atenção integral" as despesas do Estado com o custeio de assistência hospitalar e ambulatorial de policiais e bombeiros militares e seus dependentes, sob a perspectiva de que tal despesa não está amparada pelo princípio do acesso universal à saúde, bem assim por negar o caráter tripartite da Seguridade Social.

"(...)

7. Não são caracterizáveis como ações e serviços em saúde do SUS gastos da Secretaria de Defesa Social com assistência hospitalar e ambulatorial a policiais, bombeiros, militares e seus dependentes, e do Instituto de Recursos Humanos de Pernambuco com atendimento a seus beneficiários, por conta da seletividade dos destinatários. Do contrário, haveria ofensa aos princípios da universalidade das ações e prestações em saúde, tratamento equânime e acesso igualitário aos serviços públicos. Arts. 196, caput, da Constituição da República, e 7º, I e IV, da Lei 8.080/1990. Razões de decidir do RE-RG 581.488, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 03.12.2015."²⁷

26 TCU. Consulta. TC 046.061/2012-6. Relator: Ministro Augusto Sherman. Plenário, julgado em 18/01/2017, *Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet*: AC-0031-01/17-P. Acesso em: 07 mar. 2019.

27 STF. AÇÃO CIVIL ORIGINÁRIA : ACO 1.224/PE. Relator: Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 04-10-2018 PUBLIC 05-10-2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2636420>>. Acesso em: 07 mar. 2019.

Uma última nota sobre o inciso II do artigo 3º da LC 141/12. Despesas para o cumprimento de decisões judiciais que, a pretexto de conferir efetividade aos princípios da universalidade e integralidade do serviço de saúde, impuserem ao Estado obrigações não previstas em políticas públicas já existentes, poderão ser computadas para adimplemento do percentual mínimo de 12 % para investimento na área de saúde. E se forem tais decisões judiciais cumpridas mediante o sequestro de recursos de fontes vinculadas a outras políticas públicas, razoável e possível juridicamente o cômputo na base de cálculo de investimentos mínimos do Estado na área da saúde, excepcionalizando-se a vedação do artigo 4º, X, da LC 141/12²⁸.

3.3 Capacitação do pessoal de saúde do Sistema Único de Saúde (inciso III do artigo 3º da LC 141/12)

Este dispositivo legal atribui maior grau de vinculação do gestor à sua implementação, na medida em que “*capacitação*” induz à ideia de treinamento do pessoal que trabalha (direta ou indiretamente) com o serviço de saúde. Duas observações se fazem importantes: a) capacitação, por decorrência lógica, compreende o custeio de cursos técnicos, de pós-graduação (mestrado, doutorado ou meras especializações), participação em congressos e seminários, além de treinamentos de equipes e profissionais; e b) “pessoal da saúde” não se restringe apenas a agentes públicos concursados do Estado; ao contrário, permite-se o cômputo da despesa com a “capacitação” de todos os agentes (servidor efetivo, cargos em comissão, empregados públicos, servidores temporários etc) que o Estado utiliza para atuação no Sistema Único de Saúde (SUS).

3.4 Desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade promovidos por instituições do SUS (inciso IV do artigo 3º da LC 141/12)

A regra traz conceitos técnicos com margem de interpretação ampla. “*Desenvolvimento científico e tecnológico*” e “*controle de qualidade*” são conceitos indeterminados que possibilitam aos gestores margem de livre apreciação e concretização em situações práticas, mas com certo grau de

28 Art. 4o Não constituirão despesas com ações e serviços públicos de saúde, para fins de apuração dos percentuais mínimos de que trata esta Lei Complementar, aquelas decorrentes de: (...)

X - ações e serviços públicos de saúde custeados com recursos distintos dos especificados na base de cálculo definida nesta Lei Complementar ou vinculados a fundos específicos distintos daqueles da saúde.

“vinculação técnica” para possibilitar a utilização de todas as despesas nesta área na base de cálculo para atingimento do percentual mínimo de 12% da receita de impostos para investimentos na saúde pública.

Deste modo, estudo para desenvolvimento de medicamentos, vacinas, tratamentos experimentais, sistemas de gerenciamentos de hospitais e para controle de qualidade do serviço de saúde podem ser citados como exemplos para utilização, pelo Estado, para cumprir com sua missão constitucional e legal de investir o mínimo de 12% do seu orçamento de impostos em saúde pública.

O termo “controle de qualidade” deve ser compreendido de forma ampla; isto é, todo e qualquer gasto visando ao controle da qualidade dos serviços de saúde, inclusive em seus aspectos objetivo (qualidade de materiais, instalações e do serviço objetivamente considerado) e subjetivo (qualidade dos profissionais que atuam na área de saúde) devem ser computados para fins de atingimento do percentual mínimo a ser gasto em saúde.

Importante anotar que a liberdade de interpretação dos conceitos contidos no dispositivo legal em comento foi limitada pelo artigo 4º, inciso IX da LC 141/12, que veda a inclusão das despesas com “obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede de saúde”, no cômputo de gastos mínimos com saúde. Deste modo, as despesas com obras de infraestruturas não poderão ser objeto de interpretação extensiva e criativa pelos gestores, de modo a, partindo de uma noção de discricionariedade ou de colmatação de um conceito indeterminado, inclui-las no conceito de “desenvolvimento científico e tecnológico”.

3.5 *Produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde do SUS, tais como: imunobiológicos, sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológicos (inciso IV do artigo 3º da LC 141/12)*

O comando normativo permite ao gestor público relativa liberdade para concretizar a sua implementação. Há vinculação estrita na utilização dos conceitos “produção, aquisição e distribuição”, desde que relacionados com a saúde pública, vedando-se a utilização dos conceitos quando da implementação de programas de assistência social. Entretanto, há fluidez na noção de “insumos específicos”, servindo de prova a própria exemplificação contida no texto da norma, o que permitirá margem de livre apreciação dos gestores nos casos concretos, a depender, logicamente, de motivação.

Isto permite concluir que o gestor público terá liberdade de implementação do conceito jurídico indeterminado “insumos específicos”,

tendo por parâmetro, nos casos concretos, a necessidade de produção (desenvolvimento de técnicas), aquisição (compra, permuta, etc.) e despesas com distribuição. Todos os valores despendidos pelo Estado, a partir do cumprimento do comando normativo em comento, poderão ser utilizados para atingir o percentual mínimo para aplicação em saúde pública.

Nada obstante, a implementação do conceito de “insumos específicos” por agentes públicos tem gerado discussões nas Cortes de Contas. Mencione-se, como exemplo, debate sobre a inclusão na base de cálculo do valor mínimo a ser investido em saúde pública das despesas com órteses e próteses, cadeiras de roda e muletas, óculos, medicamentos, exames médicos, apoio financeiro para tratamentos de saúde fora do Município, dentre outros congêneres. Isto é, em sendo classificadas como “insumos específicos”, são despesas referidas atenderiam à saúde pública ou à promoção de assistência social?

O Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco – TCE-PE, em Consulta formulada pela Prefeita do Município de Condado²⁹, reafirmou entendimento de sua jurisprudência³⁰, no sentido de que as despesas das referidas atividades devem ser computadas como despesas de saúde, em razão de sua natureza, independentemente do público-alvo ser pessoas carentes. Isto porque a seguridade social, na medida em que engloba a saúde, a previdência e a assistência social, adota como critério para aproveitamento da assistência à saúde o da universalidade e integralidade, enquanto para a assistência social o critério adotado é o da necessidade.

Assim, nas palavras do Conselheiro Relator, “*a condição econômica da pessoa é parâmetro, única e exclusivamente, para a concessão de benefícios da Assistência Social, nunca de saúde*”³¹.

Em contraponto, o Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso - TCE-MT adota posicionamento divergente (ao que parece, mais consentâneo com a orientação do Supremo Tribunal Federal na ACO 1.224/PE, já mencionada), na medida em que considera imprescindível o caráter universal, igualitário e gratuito da ação ou serviço de uma despesa para sua contabilização no piso constitucional da saúde, de forma que se esta for direcionada a grupo específico, como pessoas ca-

29 TCE-PE. Consulta. TC nº 1304831-4. Relator: Conselheiro Carlos Porto. Tribunal Pleno, julgado em 18/09/2013. Disponível em: < http://www2.tce.pe.gov.br/processos/joomla/processos/consulta_processo.asp?ITHcprc=13048314>. Acesso em: 08 mar. 2019.

30 TCE-PE. Consulta. TC nº 1105902-3. Relator: Conselheiro Dirceu Rodolfo de Melo Júnior. Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2011. Disponível em: < http://www2.tce.pe.gov.br/processos/joomla/processos/consulta_processo.asp?ITHcprc=11059023>. Acesso em: 08 mar. 2019.

31 TCE-PE. Consulta. TC nº 1105902-3. Relator: Conselheiro Dirceu Rodolfo de Melo Júnior. Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2011. Disponível em: < http://www2.tce.pe.gov.br/processos/joomla/processos/consulta_processo.asp?ITHcprc=11059023>. Acesso em: 08 mar. 2019.

rentes, deve ser considerada despesa com assistência social. Tal posicionamento derivou de Consulta formulada pela Prefeitura Municipal de Brasnorte a respeito da possibilidade de inclusão de gastos com despesas com órteses e próteses e outros itens referentes à área da saúde; medicamentos, pagamento de exames médicos, tratamento de saúde fora do domicílio, transporte de doentes; leites e dietas de prescrição especial e fraldas descartáveis para pessoas que têm necessidades de uso, conforme disciplinados pelo artigo 1º da Resolução CNAS 39/2010³².

3.6 Saneamento básico de domicílios ou de pequenas comunidades, desde que seja aprovado pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação e esteja de acordo com as diretrizes das demais determinações previstas na Lei Complementar (inciso VI do artigo 3º da LC 141/12)

O artigo 4º, inciso V da LC 141/12 veda, como regra, a inclusão das despesas estatais com saneamento básico na base de cálculo dos investimentos mínimos em saúde pública. Por isso, o comando normativo do artigo 3º, VI da LC 141/12 não poderá ser interpretado de forma subjetiva; há vinculação para interpretar restritivamente o conteúdo do conceito “saneamento básico de domicílio e de pequenas comunidades”, observadas as condicionantes constantes do dispositivo legal (aprovação pelo Conselho Nacional de Saúde³³)

Entretanto, em se tratando de *domicílios e de pequenas comunidades*, computam-se todas as despesas realizadas para atingimento do conceito de *saneamento básico*, notadamente o estabelecido pelo artigo 2º, I-A, da Lei Federal nº 11.445/2007, com a redação conferida pela Medida Provisória n. 868/2018, para atingimento do percentual mínimo de saúde³⁴.

32 TCE-MT. Consulta. TC nº 3.925-0/2011. Relator: Auditor Substituto de Conselheiro Luiz Henrique Lima. Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2011. Disponível em: <http://www.tce.mt.gov.br/protocolo/decisao/num/39250/ano/2011/num_decisao/34/ano_decisao/2011>. Acesso em: 08 mar. 2019.

33 Cada ente público tem o seu Conselho de Saúde. A resolução nº 453, de 10 de maio de 2012, do Ministério da Saúde, aprovou diretrizes para instituição, reformulação, reestruturação e funcionamento dos conselhos de saúde.

34 “Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: I-A - saneamento básico - conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de: a) abastecimento de água potável, constituído pelas atividades, pela disponibilização, pela manutenção, pela infraestrutura e pelas instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e os seus instrumentos de medição; b) esgotamento sanitário, constituído pelas atividades, pela disponibilização e pela manutenção de infraestrutura e das instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até a sua destinação final para a produção de água de reuso ou o seu lançamento final no meio ambiente; c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, constituídos pelas atividades, pela infraestrutura e pelas instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente

É certo, porém, que os referidos Conselhos de Saúde estão vinculados ao conceito jurídico de *domicílio* para identificação dos gastos com saneamento, e terão maior liberdade de conformação para chegar ao conceito de “pequenas comunidades” para utilizar os investimentos com saneamento na base de cálculo dos gastos orçamentários mínimos de 12 % das receitas dos impostos com saúde pública.

3.7 Saneamento básico dos distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos (inciso VII do artigo 3º da LC 141/12)

Os índios e os quilombolas são destinatários de tratamento especial na Constituição Federal de 1988³⁵ e constituem motivo de preocupação da comunidade jurídica e acadêmica brasileira. Como consequência, a Lei Complementar 141/12 atribui um comando normativo específico para as despesas públicas com saúde que visem a protegê-los, excepcionando a regra dos incisos V e VI do artigo 4º, que excluem da base de cálculo do percentual mínimo de gastos com saúde as despesas com saneamento básico³⁶.

Conforme é de fácil percepção, o comando normativo comentado não apresenta margem de interpretação ampla por parte do gestor público. As despesas, para serem computadas no percentual mínimo de aplicação na saúde, devem estar diretamente relacionadas ao conceito (*de interpretação restrita e vinculada*) de atividade de saneamento básico dos distritos indígenas e dos quilombolas, não sendo possível o cômputo de despesas que apenas indiretamente se destinem à melhoria da referida atividade (como, por exemplo, o combate ao desmatamento próximo aos rios).

3.8 Manejo ambiental vinculado diretamente ao controle de vetores de doenças (inciso VIII do artigo 3º da LC 141/12)

O artigo 4º, inciso VII da LC 141/12 veda, como regra, a inclusão das despesas públicas com a preservação e correção do meio ambiente,

adequada dos resíduos sólidos domiciliares e dos resíduos de limpeza urbanas; e d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas, constituídos pelas atividades, pela infraestrutura e pelas instalações operacionais de drenagem de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas, contempladas a limpeza e a fiscalização preventiva das redes;”

35 A Constituição Federal dedicou o título VIII para tratar dos índios, mais especificamente nos artigos 231 a 232.

36 Sobre a evolução da legislação na saúde, protetiva das comunidades indígenas e da população negra, remete-se o leitor aos estudos de Karyna Rocha Mendes (MENDES, Karyna Rocha. *Curso de Direito da Saúde*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 200-236).

realizadas pelos órgãos de meio ambiente dos entes da Federação ou por entidades não governamentais, na base de cálculo dos investimentos mínimos em saúde pública.

Por isso, a aplicação dos investimentos previstos na norma em comento carece de interpretação vinculada pelos gestores públicos. Isto é, apenas serão considerados os gastos com o manejo ambiental diretamente utilizado para o controle de vetores de doenças. Não há liberdade de interpretação (interpretação extensiva) ou de conformação do conteúdo da norma, sobretudo do conceito de “manejo ambiental” em circunstâncias práticas. A regra é a não utilização de gastos com a proteção do meio ambiente na base de cálculo dos investimentos mínimos em saúde pública; a exceção é a utilização de recursos utilizados, de forma estritamente vinculada, ao manejo ambiental para combater vetores de doenças. Como exemplo, não serão consideradas ações de saúde projetos de revitalização dos rios com escopo ambiental; por outro lado, a drenagem de áreas para controle de dengue ou malária será considerada como despesa de saúde, ainda que indiretamente possa estar também afeta à proteção do meio ambiente³⁷.

Nesse contexto, faz-se relevante anotar que não há dúvidas sobre a importância da preservação do meio ambiente e sua conseqüente repercussão na área da saúde pública³⁸, circunstância que poderá fazer com que o legislador repense a vedação expressa contida na legislação comentada. Mencione-se, por exemplo, o efetivo ganho de saúde com as políticas públicas tendentes a evitar ou a diminuir todo o tipo de espécie de poluição. Todavia, por expressa previsão legal do artigo 4º,

37 AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE (ASPS). TESOURO NACIONAL. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/483733/CPU_Item_1_4_LC_141_MDF_STN_Texto_revisado%2B_apos_reuniao_da_CT_em_06_10_2015.pdf/dd1ff5d4-a602-4d27-861f-05cd005e14e5>. Acesso em: 07 mar. 2019.

38 Importantes as observações de Karyna Rocha Mendes a respeito do tema, que podem contribuir para eventual revisão da legislação objeto deste estudo para permitir o cômputo das despesas com efetiva prevenção de poluição na base de cálculo dos investimentos mínimos dos Estados com saúde pública: “Muito se tem discutido sobre o aquecimento global e muitas vezes a ótica economicista, ou seja, a que visa lucro é a única que impera entre os empresários.

Assim sendo, é importe o estudo que mostra que combater as emissões de gases do efeito estufa faz bem não apenas à natureza, mas também à saúde das pessoas – estudo encomendado por duas entidades europeias da área da saúde – a Health Care Without Harm, com sede em Bruxelas, e a Health and Environment Alliance – indica que aumentar o corte de emissões de gases de efeito estufa de 20% para 30 % levaria a União Europeia (UE) a economizar dezenas de bilhões de dólares em gastos com saúde.

(...)

A Organização Mundial da Saúde, no segundo semestre de 2011, alertou que a poluição do ar mata ao menos dois milhões de pessoas por ano. Foram analisados dados de 1.100 cidades, de 91 países, com mais de 100 mil habitantes e, segundo especialistas, a contaminação do ar pode levar a problemas cardíacos e respiratórios” (MENDES, Karyna Rocha. *Curso de Direito da Saúde*. Op. cit., p. 291).

inciso VII da LC 141/12, as despesas com o referido programa não poderão ser incluídas na base de cálculo do percentual mínimo orçamentário de saúde a ser aplicado pelos Estados.

3.9 Investimento na rede física do SUS, incluindo a execução de obras de recuperação, reforma, ampliação e construção de estabelecimentos públicos de saúde (inciso IX do artigo 3º da LC 141/12)

O dispositivo legal não comporta maiores discussões interpretativas. Todo e qualquer investimento físico em obra pública, aí incluídos os conceitos abertos de reforma, construção e ampliação será considerado para o cômputo do percentual mínimo aplicável em saúde³⁹. Entretanto, há vinculação do gestor aos conceitos “rede física do SUS” e “execução de obra”, não lhe sendo possível qualquer ato criativo para ampliação discricionária. Exemplo a ser mencionado é a vedação expressa, no artigo 4º, inciso IX da LC 141/12, de inclusão das despesas com “obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede de saúde”, no cômputo de gastos mínimos com saúde.

3.10 Remuneração do pessoal ativo da área de saúde em atividade nas ações de que trata este artigo, incluindo os encargos sociais (inciso X do artigo 3º da LC 141/12)

Não há liberdade de interpretação quanto à norma do artigo 3º, X da LC 141/12. A vinculação do gestor público é total, pois apenas os gastos com remuneração do pessoal ativo (cargos efetivos, comissionados, empregados públicos, temporários, etc.) que estiverem atuando na efetiva área de saúde (o inciso II do art. 4º subsequente expressamente veda o cômputo das despesas de pessoal ativo da área de saúde quando em atividade alheia à referida área) poderão ser incluídos na base de cálculo do investimento mínimo em saúde pública pelos Estados.

Como regra, apenas serão computadas as despesas com o pessoal ativo civil. Todavia, as despesas de pessoal de agentes militares custeadas pelos Estados, inclusive os das Forças Armadas, eventualmente, regulares ou extraordinárias, que estiverem diretamente relacionadas à área de saúde (exemplo: combatendo epidemias ou emergências outras) poderão ser computadas para atingimento do percentual mínimo de saúde.

39 O artigo 6º da Lei Federal n. 8.666/93 fornece o conceito de obra como “toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta”

O conceito de “encargos sociais” tem gerado debates nos órgãos de controle externo. O Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – TCE-RJ tem considerado as despesas com contribuições previdenciárias do pessoal ativo em efetivo serviço de saúde no Estado do Rio de Janeiro como passíveis de contabilização no percentual mínimo a ser aplicado em saúde. De igual modo, o TCE-RJ tem considerado que também se inserem no conceito de “encargos sociais” as despesas que compõem o “serviço da dívida”, assim consideradas as “amortizações e juros pagos dentro do exercício e comparadas com as receitas de impostos daquele mesmo exercício”, excluindo-se as despesas “custeadas com receita proveniente de Operações de Crédito, que, se computada, será considerada em duplicidade no cálculo.”⁴⁰

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, na já mencionada decisão proferida na Ação Civil Originária - ACO 1.224/PE, julgada em 20/09/2018, manifestou-se de forma categórica e contrária ao entendimento do TCE-RJ ao concluir que os valores pagos pelo Estado para a previdência dos agentes públicos que atuam na área da saúde não podem ser computados no percentual mínimo de 12% do orçamento de impostos, eis que não atendem ao princípio do acesso universal, além de negar o caráter tripartite da Seguridade Social. Confira-se a parte do acórdão que interessa aos comentários deste dispositivo legal:

“(…)

8. Despesas públicas do Poder Público com as contribuições previdenciária e complementar dos servidores que atuam na área de saúde não são computáveis como ações e serviços em saúde para efeitos do mínimo constitucional a ser aplicado na área. O custeio do Regime Próprio da Previdência Social não é atribuição do Sistema Único de Saúde. Acolhimento de argumento da defesa do Estado Réu implicaria em negação do caráter constitucional tripartite da Seguridade Social e, por eventualidade, da diferenciação entre Regimes Próprio e Geral. Arts. 40, 194, 195 e 201 da CFRB/88, 7º e 15 da Lei 8.080/1990.

9. Desde o advento do art. 4º, I e III, da LC 141/2012, é dever legal do Poder Público não caracterizar para fins orçamentários como ações e serviços em saúde os pagamentos de aposentadorias e pensões, inclusive dos servidores da saúde, e os gastos com assistência à saúde que não atendem ao princípio do acesso universal.”⁴¹

40 Parecer Prévio nas contas de governo do Município de Queimados, exercício de 2017. Processo TCE nº 212.767-1/2018, Relator Conselheiro Substituto Christiano Lacerda Ghuerrren. Disponível em: www.tce.rj.gov.br. Acesso em: 16 mar. 2019.

41 STF. AÇÃO CIVIL ORIGINÁRIA: ACO 1.224/PE. Relator: Ministro Edson Fachin. Tri-

Reitere-se que despesas com pessoal ativo da área de saúde em atuação em áreas outras não poderão ser computados no cálculo do valor mínimo de investimento, tendo em vista o inciso II do art. 4º, da LC 141/12. A propósito, Auditoria de Regularidade realizada pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal – TC-DF, que teve como Relator o Conselheiro Manoel de Andrade, ao verificar as despesas em ASPS da Secretaria de Estado de Saúde - SES, concluiu que despesas com pessoal da Secretaria de Estado de Saúde em atividade alheia à área de saúde não são enquadráveis como ASPS para aplicação do limite mínimo em saúde⁴².

A vinculação do gestor resta ainda reforçada com a proibição do artigo 4º, I, da LC 141/12 da inclusão na base de cálculo do investimento mínimo com saúde das despesas com o pagamento de aposentadorias e pensões, inclusive dos servidores da saúde.

3.11 Ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS e imprescindíveis à execução das ações e serviços públicos de saúde (inciso XI do artigo 3º da LC 141/12)

O dispositivo legal traz conceitos jurídicos abertos, que podem ser objeto de livre apreciação pelos gestores à luz de situações concretas.

“Ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS” permitem interpretação que englobe as despesas de todos os contratos de prestação de serviços de suporte administrativo às instituições públicas do SUS na base de cálculo do percentual mínimo de 12% a ser aplicado pelos Estados em saúde, desde que se comprove, direta ou indiretamente, servir de apoio administrativo às instituições do SUS. Não tivesse previsão em outro dispositivo legal permissivo, seria possível inserir o conceito de “treinamento” nas ações de apoio administrativo. Isto é exemplo da amplitude do conceito a permitir atuação de conformação interpretativa motivada dos gestores, nas hipóteses concretas por ele vivenciadas.

De igual maneira, a análise da “imprescindibilidade” contida no dispositivo legal também representa a interpretação de um conceito jurídico indeterminado, que ficará a cargo do gestor público nos casos

bunal Pleno, julgado em 20/09/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 04-10-2018 PUBLIC 05-10-2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2636420>>. Acesso em: 07 mar 2019.

42 TCDF. Auditoria de Regularidade. Processo nº 874/2014. Relator: Manoel de Andrade. Voto, em 01/12/2016. Disponível em: <<https://www.tc.df.gov.br/app/mesaVirtual/implementacao/?a=consultaETCDF&f=formPrincipal&nproc=874&anoproc=2014>>. Acesso em: 08 mar. 2019.

concretos e a partir de decisão tecnicamente motivada. Deste modo, possível incluir as despesas que estiverem em *zona de certeza positiva* de “imprescindibilidade” e as hipóteses que se enquadrarem em *zona cinzenta de certeza* e desde que não se tenha dados para se concluir pela “prescindibilidade”.

3.12 Gestão do sistema público de saúde e operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde (inciso XII do artigo 3º da LC 141/12)

Indeterminados, juridicamente, os conceitos de “*gestão do sistema público de saúde*” e “*operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde*”.

Possível ao gestor, no caso concreto, motivar tecnicamente a inclusão na base de cálculos dos gastos mínimos com saúde as despesas com a gestão de pessoal e de materiais no conceito indeterminado de “*gestão do sistema público de saúde*”.

Por igual, acredita-se na liberdade do agente público para livremente apreciar o conceito indeterminado “*operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde*” para nele incluir despesas com gastos para operação de hospitais públicos, de hospitais particulares conveniados, de hospitais públicos municipais ou federais conveniados ou mesmo de unidades de saúde administradas por entidades com ou sem fim lucrativo que atuam nas mais diversas formas de parcerias com o Estado, na base de cálculo do percentual mínimo de 12% a ser investido na saúde.

4 Conclusão

Em arremate final das ideias expostas neste trabalho, destaca-se, em um primeiro momento, a relevância social do direito fundamental à saúde, representada na determinação constitucional e legal de os entes federados destinarem um percentual mínimo de suas receitas oriundas de impostos e outras rubricas tributárias para investimento em saúde pública. No caso dos Estados, é direito do cidadão ter o mínimo de 12% das receitas orçamentárias dos impostos vertidos em saúde pública.

Para impedir a criatividade maléfica dos gestores públicos, a Lei Complementar nº141/2012 estabeleceu nos artigos 3º e 4º as despesas públicas que podem e as que não podem ser incluídas na base de cálculo dos 12 % do orçamento dos Estados, para gastos com saúde pública. Para tanto, demonstrou-se que há no artigo 3º da LC nº141/12 conceitos jurídicos vinculados, que não permitem qualquer margem de criação ao gestor, mas há, também, conceitos jurídicos abertos e indetermina-

dos, passíveis de livre apreciação de agentes públicos à luz do caso concreto, fato relevante para o atingimento do percentual mínimo antes referido. Isto porque, conforme já se mencionou, o descumprimento da obrigação de investimento mínimo em saúde pode acarretar para o gestor não apenas as sanções da Lei de Improbidade Administrativa, mas também sanções jurídico-políticas, tais como a emissão de parecer prévio contrário às contas do Chefe do Poder Executivo, a cargo dos Tribunais de Contas, bem assim a reprovação das contas de governo pelo Poder Legislativo.

5 Referências Bibliográficas

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CAMPELLI, Magali Geovana Ramlow; CALVO, Maria Cristina M. *O cumprimento da Emenda Constitucional nº 29 no Brasil*. Cadernos de Saúde Pública, Jul .2007, v. 23, n. 7.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes (atualizado por José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Karyna Rocha. *Curso de Direito da Saúde*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FARIAS, Rodrigo Nóbrega. *Direito à Saúde & Sua Judicialização*. Curitiba: Juruá, 2018.

FRANCISCO DE SOUZA, Antônio. Os "Conceitos Legais Indeterminados" no Direito Administrativo Alemão. *In Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, out/dez. 1986.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SADDY, André. *Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____. *Discricionariedade e jurisdição nacional / supranacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SANTOS, Claudio Hamilton Matos dos. SCHETTINI, Bernardo Patta. VASCONCELLOS. AMBROSIO, Érica. *A Dinâmica dos Gastos com Saúde e Educação Públicas no Brasil – 2006 /2015 -: Impacto dos mínimos constitucionais e relação com a arrecadação tributária. Texto Para Discussão/Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada -IPEA. Nº 2289. Brasília: Rio de Janeiro: IPEA, SILVA, Denise Santos Vasconcelos. *Direito à Saúde – Ativismo Judicial, Políticas Públicas e Reserva do Possível*. Curitiba: Juruá, 2015.*

SILVA. Ricardo Augusto Dias da. *Direito Fundamental à Saúde – O Dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

VALLE, Vanice Regina Lírio. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

1.5

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO EM FAVOR DOS ESTADOS: A REVISÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PASEP E A RECUPERAÇÃO DE VALORES PAGOS A MAIOR A ESTE TÍTULO

HENRIQUE ROCHA FRAGA*

RESUMO: Os entes públicos devem apurar a contribuição para o PIS/PASEP com base nas receitas arrecadadas e nas transferências correntes e de capital recebidas, devendo ser deduzidas as transferências efetuadas a outras entidades públicas. A Solução de Consulta nº 278 da RFB vedou a dupla incidência do PASEP nas operações de repasses do FUNDEB. Assim, os repasses ao FUNDEB devem ser excluídos da base de cálculo do PASEP.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP. 3 O fundo de manutenção e desenvolvimento da educação básica e de valorização dos profissionais de educação – FUNDEB. 4 Os recursos do FUNDEB e a base de cálculo do PIS/PASEP. Mudança de entendimento da Receita Federal a respeito dos recursos do FUNDEB como base de cálculo do PIS/PASEP. 5 Estudo de caso: planejamento tributário no estado do Espírito Santo e resultados parciais de outros estados. 6 Conclusões. 7 Referências bibliográficas.

1 Introdução

Apesar de expressa previsão constitucional e da existência de normais legais regulamentando a contribuição para o PASEP dos entes públicos, controvérsias ainda existem a respeito da interpretação e da aplicação da legislação tributária, bem como no tocante ao cumprimento desta obrigação pelos entes federativos.

Uma das discussões a respeito desta obrigação tributária é o valor devido a título de PASEP sobre as receitas do FUNDEB (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação).

* Procurador do Estado do Espírito Santo. Advogado e Professor Universitário. Mestre em Direito Tributário pela Univ. Cândido Mendes (RJ). Ex-Procurador dos Municípios do Rio de Janeiro (RJ) e de Vitória (ES).

Há anos, Estados e Municípios divergem da União a respeito do valor devido a cada Ente, sustentando que os valores do PASEP deveriam ser cobrados sobre os valores efetivamente recebidos do FUNDEB pelo Ente, e não sobre a totalidade destinada às demais entidades da Federação. Já a Receita Federal do Brasil, representando a União, sempre entendeu que o PASEP deveria incidir sobre a totalidade dos recursos alocados ao FUNDEB, independentemente se tais valores são efetivamente recebidos ou transferidos a outros entes públicos.

Em 1º de junho de 2017, enfim, essa controvérsia caminhou para sua pacificação. Isso porque, na referida data, foi editada a Solução de Consulta nº 278 – COSIT¹, da Receita Federal do Brasil, *garantindo-se aos entes públicos o direito de excluir da base de cálculo do PASEP os valores transferidos ao FUNDEB*.

Com a edição da referida Solução de Consulta nº 278, de 1º de junho de 2017², os entes públicos tiveram a *possibilidade de modificação da base de cálculo do PASEP em relação aos fatos geradores posteriores à edição do ato normativo*, garantindo-se a todos os entes federados o direito de *deduzir da contribuição devida ao PASEP as receitas transferidas para o FUNDEB*.

Acontece que a edição da Solução de Consulta nº 278 – COSIT/RFB representa uma *alteração na interpretação da Receita Federal Brasil em relação ao tema*. E reformula expressamente entendimento firmado na Solução de Divergência nº 02, de 10 de fevereiro de 2009³, e na Solução de Divergência nº 12, de 28 de abril de 2011⁴, em que não se permitia a exclusão das receitas para o FUNDEB da base de cálculo da contribuição devida ao PASEP.

Assim, inobstante o caráter pacificador da Solução de Consulta nº 278 – COSIT/RFB⁵, a edição deste recente ato normativo da Receita Federal representa uma mudança de entendimento a respeito da base de cálculo do PASEP, fazendo surgir alguns questionamentos que devem ser enfrentados, sendo os principais:

- I. Quem pode se beneficiar desta manifestação da Receita? Apenas o consulente ou todos os contribuintes na mesma situação?
- II. Como ficam os valores pretéritos pagos a maior?

1 BRASIL, Receita Federal do. *Solução de Consulta COSIT N° 278*, de 1º de junho de 2017. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=83446>>. Acesso em: 1 dez. 2017.

2 Ibidem.

3 BRASIL, Receita Federal do. *Solução de Divergência n° 02*, de 10 de fevereiro de 2009 e *Solução de Divergência n° 12*, de 28 de abril de 2011. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=59389&visao=anotado>>. Acesso em: 1 dez. 2017.

4 Ibidem.

5 Ibidem.

- III. É possível a repetição do indébito tributário?
- IV. Qual o período a ser alcançado pela repetição?
- V. E essa repetição pode ser feita de forma administrativa? Ou deve ser feita de forma judicial?

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

Para encontrar as soluções adequadas para as indagações aqui levantadas, indispensável analisar corretamente os conceitos da base de cálculo do PIS/PASEP, das receitas do FUNDEB, e depois se debruçar sobre os atos normativos da Receita Federal a respeito do assunto, buscando interpretá-los adequadamente e analisar seu alcance.

2 A base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP

O PASEP constitui contribuição à *seguridade social* destinada à formação do patrimônio do servidor público, instituída pela Lei Complementar n° 8, de 3 de dezembro de 1970⁶. A partir da Constituição Federal de 1988, restou estipulado que os recursos oriundos de tal tributo também iriam financiar o programa do seguro-desemprego e o abono salarial.

Atualmente, a contribuição para o PIS/PASEP dos entes públicos é regida pela Lei Federal n° 9.715, de 25 de novembro de 1998⁷, e regulamentada pelo Decreto n° 4.524, de 17 de dezembro de 2002⁸.

Preliminarmente, indispensável identificar o *sujeito passivo* da obrigação tributária de recolhimento do PIS/PASEP. Segundo a Lei 9.715 de 1998⁹, são contribuintes do PASEP as pessoas jurídicas de direito público interno, cujo conceito é dado pelo Código Civil Brasileiro (Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002¹⁰):

Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

6 BRASIL. *Lei Complementar n. 8*, de 3 de dez. de 1970. Institui o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, e dá outras providências. Brasília, DF, dez. 1970.

7 BRASIL. *Lei Federal n. 9.715*, de 25 de nov. de 1998. Dispõe sobre as contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP, e dá outras providências. Brasília, DF, nov. 1998.

8 BRASIL. *Decreto n. 4.524*, de 17 de dez. de 2002. Regulamenta a Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins devidas pelas pessoas jurídicas em geral. Brasília, DF, dez. 2002.

9 Ibidem.

10 BRASIL. *Lei Federal n. 10.406*, de 10 de jan. de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, jan. 2002.

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III - os Municípios;

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;

(Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Para identificar a *base de cálculo* da Contribuição para o PIS/Pasep dos entes públicos em geral, bem como algumas de suas regras específicas, importante analisar o conceito dado pela Lei nº 9.715, de 1998¹¹, *in verbis*:

Art. 2º A contribuição para o PIS/PASEP será apurada mensalmente:

(...)

III - pelas pessoas jurídicas de direito público interno, com base no valor mensal das receitas correntes arrecadadas e das transferências correntes e de capital recebidas. (grifo nosso)

(...)

§ 3º Para determinação da base de cálculo, não se incluem, entre as receitas das autarquias, os recursos classificados como receitas do Tesouro Nacional nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União. (grifo nosso)

(...)

§ 6º A Secretaria do Tesouro Nacional efetuará a retenção da contribuição para o PIS/PASEP, devida sobre o valor das transferências de que trata o inciso III. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001) § 7º Excluem-se do disposto no inciso III do caput deste artigo os valores de transferências decorrentes de convênio, contrato de repasse ou instrumento congênere com objeto definido. (Incluído pela Lei nº 12.810, de 2013)

(...)

Art. 7º Para os efeitos do inciso III do art. 2º, nas receitas correntes serão incluídas quaisquer receitas tributárias, ainda que arrecadadas, no todo ou em parte, por outra entidade da Administração Pública, e deduzidas as transferências efetuadas a outras entidades públicas. (grifo nosso)

Art. 8º A contribuição será calculada mediante a aplicação, conforme o caso, das seguintes alíquotas:

11 Ibidem.

(...)

III - um por cento sobre o valor das receitas correntes arrecadadas e das transferências correntes e de capital recebidas.

Analisando-se a legislação, verifica-se que a base de cálculo do PIS/PASEP é composta por *receitas correntes, transferências correntes e transferências de capital*. E, para entender o conceito de cada uma destas receitas, deve-se analisar a Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964¹², que trata de conceituar, caracterizar e distinguir cada uma destas fontes de recursos que compõem a base de cálculo deste tributo (PIS/PASEP). Assim, segundo a Lei nº 4.320 de 1964¹³:

Art. 11 - A receita classificar-se-á nas seguintes categorias econômicas: Receitas Correntes e Receitas de Capital. (Redação dada pelo Decreto Lei nº 1.939, de 1982)

§ 1º São Receitas Correntes as receitas tributária, de contribuições, patrimonial, agropecuária, industrial, de serviços e outras e, ainda, as provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em Despesas Correntes.

(...)

Art. 12. A despesa será classificada nas seguintes categorias econômicas:

(...)

§ 2º Classificam-se como Transferências Correntes as dotações para despesas as quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manifestação de outras entidades de direito público ou privado.

(...)

§ 6º São Transferências de Capital as dotações para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços, constituindo essas transferências auxílios ou contribuições, segundo derivem diretamente da Lei de Orçamento ou de lei especialmente anterior, bem como as dotações para amortização da dívida pública.

12 BRASIL. *Lei 4.320*, de 17 de mar 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. Brasília, DF, mar 1964.

13 *Ibidem*.

Nos termos da Lei nº 9.715, de 1998¹⁴, a base de cálculo da Contribuição para o PIS/PASEP incidente sobre Receitas Governamentais corresponde às receitas correntes *arrecadadas* e às transferências correntes e de capital *recebidas* pelas pessoas jurídicas de direito público interno.

A controvérsia está em *incluir* ou não na base de cálculo do PASEP os valores que têm natureza tributária, mas que são transferidos a outras entidades públicas, por força do princípio constitucional da repartição das receitas tributárias.

3 O fundo de manutenção e desenvolvimento da educação básica e de valorização dos profissionais de educação – FUNDEB

O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, mais comumente conhecido como FUNDEB, está previsto no art. 202 da Constituição Federal¹⁵ e no art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)¹⁶ e é regulado pela Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007¹⁷, e pelo Decreto nº 6.253, de 13 de novembro de 2007¹⁸.

A Lei n. 11.494/07¹⁹ regulamenta o FUNDEB, como substituto do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF), que vigorou de 1997 a 2006, e se estenderá até o ano de 2020, sendo um compromisso do Brasil com a educação básica.

O referido Fundo se constitui de receitas de todos os entes federados, e os recursos ali aportados são posteriormente distribuídos a cada

14 BRASIL. *Lei 4.320*, de 17 de mar 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. Brasília, DF, mar 1964.

15 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1998.

16 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, DF, Senado, 1998.

17 BRASIL. Lei n. 11.494, de 20 de jun. de 2007. Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, de que trata o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; altera a Lei no 10.195, de 14 de fevereiro de 2001; revoga dispositivos das Leis nos 9.424, de 24 de dezembro de 1996, 10.880, de 9 de junho de 2004, e 10.845, de 5 de março de 2004; e dá outras providências. Brasília, DF, jun. 2007.

18 BRASIL. *Decreto n. 6.253*, de 13 de nov. de 2007. Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, regulamenta a Lei no 11.494, de 20 de junho de 2007, e dá outras providências. Brasília, DF, nov. 2007.

19 *Ibidem*.

ente federado. Por conta destas características, o FUNDEB não tem personalidade jurídica, mas sim natureza meramente contábil.

As receitas do FUNDEB são compostas da parcela de participação dos Estados, Distrito Federal e Municípios, das receitas listadas no art. 3º da Lei nº 11.494, de 2007²⁰, e da parcela de complementação da União prevista no art. 60 do ADCT²¹ e no art. 4º do mesmo diploma normativo. Para entender a sistemática deste Fundo, deve-se destacar a legislação em vigor a respeito do tema, *in verbis*:

ADCT, art. 60

Art. 60. Até o 14º (décimo quarto) ano a partir da promulgação desta Emenda Constitucional, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação, respeitadas as seguintes disposições:

I - a distribuição dos recursos e de responsabilidades entre o Distrito Federal, os Estados e seus Municípios é assegurada mediante a criação, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, de natureza contábil;

II - os Fundos referidos no inciso I do caput deste artigo serão constituídos por 20% (vinte por cento) dos recursos a que se referem os incisos I, II e III do art. 155; o inciso II do caput do art. 157; os incisos II, III e IV do caput do art. 158; e as alíneas a e b do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, e distribuídos entre cada Estado e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos das diversas etapas e modalidades da educação básica presencial, matriculados nas respectivas redes, nos respectivos âmbitos de atuação prioritária estabelecidos nos §§ 2º e 3º do art. 211 da Constituição Federal;

(...)

IV - os recursos recebidos à conta dos Fundos instituídos nos termos do inciso I do caput deste artigo serão aplicados pelos Estados e Municípios exclusivamente nos respectivos âmbitos de atuação prioritária, conforme estabelecido nos §§ 2º e 3º do art. 211 da Constituição Federal;

V - a União complementarará os recursos dos Fundos a que se refere o inciso II do caput deste artigo sempre que, no Distrito Federal e em

20 Ibidem.

21 Ibidem.

cada Estado, o valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente, fixado em observância ao disposto no inciso VII do caput deste artigo, vedada a utilização dos recursos a que se refere o § 5º do art. 212 da Constituição Federal;

(...)

VII - a complementação da União de que trata o inciso V do caput deste artigo será de, no mínimo:

(...)

Lei nº 11.494, de 2007

CAPÍTULO II

DA COMPOSIÇÃO FINANCEIRA

Seção I

Das Fontes de Receita dos Fundos

Art. 3º Os Fundos, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, são compostos por 20% (vinte por cento) das seguintes fontes de receita:

I - imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos previsto no inciso I do caput do art. 155 da Constituição Federal;

II - imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transportes interestadual e intermunicipal e de comunicação previsto no inciso II do caput do art. 155 combinado com o inciso IV do caput do art. 158 da Constituição Federal;

III - imposto sobre a propriedade de veículos automotores previsto no inciso III do caput do art. 155 combinado com o inciso III do caput do art. 158 da Constituição Federal;

IV - parcela do produto da arrecadação do imposto que a União eventualmente instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelo inciso I do caput do art. 154 da Constituição Federal prevista no inciso II do caput do art. 157 da Constituição Federal;

V - parcela do produto da arrecadação do imposto sobre a propriedade territorial rural, relativamente a imóveis situados nos Municípios, prevista no inciso II do caput do art. 158 da Constituição Federal;

VI - parcela do produto da arrecadação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza e do imposto sobre produtos industrializados devida ao Fundo de Participação dos Estados e do Dis-

trito Federal – FPE e prevista na alínea a do inciso I do caput do art. 159 da Constituição Federal e no Sistema Tributário Nacional de que trata a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966;

VII - parcela do produto da arrecadação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza e do imposto sobre produtos industrializados devida ao Fundo de Participação dos Municípios – FPM e prevista na alínea b do inciso I do caput do art. 159 da Constituição Federal e no Sistema Tributário Nacional de que trata a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966;

VIII - parcela do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados devida aos Estados e ao Distrito Federal e prevista no inciso II do caput do art. 159 da Constituição Federal e na Lei Complementar nº 61, de 26 de dezembro de 1989; e

IX - receitas da dívida ativa tributária relativa aos impostos previstos neste artigo, bem como juros e multas eventualmente incidentes.

(...)

Seção II

Da Complementação da União

Art. 4º A União complementarará os recursos dos Fundos sempre que, no âmbito de cada Estado e no Distrito Federal, o valor médio ponderado por aluno, calculado na forma do Anexo desta Lei, não alcançar o mínimo definido nacionalmente, fixado de forma a que a complementação da União não seja inferior aos valores previstos no inciso VII do caput do art. 60 do ADCT.

(...)

CAPÍTULO III

DA DISTRIBUIÇÃO DOS RECURSOS

Seção I

Disposições Gerais

Art. 8º A distribuição de recursos que compõem os Fundos, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, dar-se-á, entre o governo estadual e os de seus Municípios, na proporção do número de alunos matriculados nas respectivas redes de educação básica pública presencial, na forma do Anexo desta Lei.

Analisando-se o conceito do FUNDEB dado pela Constituição e pela legislação infraconstitucional em vigor, observa-se que suas recei-

tas são compostas de participação direta de cada Ente, mas também de transferências ocorridas entre os Entes Federados.

Como as receitas que compõem o FUNDEB têm origem tributária, e como base de cálculo do PASEP é composta por todas as receitas correntes de natureza tributária dos Entes Públicos, não há dúvidas de que as receitas do FUNDEB compõem a base de cálculo da contribuição ao PASEP.

A controvérsia está em compreender como os recursos do FUNDEB compõem a base de cálculo do PASEP e quem é o ente responsável por tal recolhimento.

4 Os recursos do FUNDEB e a base de cálculo do PIS/PASEP. Mudança de entendimento da Receita Federal a respeito dos recursos do FUNDEB como base de cálculo do PIS/PASEP

Entendidos os conceitos da base de cálculo do PIS/PASEP e das receitas do FUNDEB, deve-se analisar como as receitas do FUNDEB devem ser consideradas como base de cálculo do PIS/PASEP.

No entender de Estados e Municípios, uma vez que suas receitas são compostas não só por receitas próprias, mas também pelas transferidas pelos demais Entes Federados, há dúvida na base de cálculo do PASEP com relação a tais receitas, uma vez que os valores destinados aos entes federados pela União não correspondem com os valores efetivamente recebidos pelos mesmos, em virtude dos critérios de distribuição estabelecidos pela Lei 11.494/2007²².

Sustentam Estados e Municípios que a base de cálculo do PASEP deve incidir sobre as receitas efetivamente recebidas e não sobre a quantia alocada quando do repasse de verbas pela União, como ora acontece com o FUNDEB.

Assim, o valor devido a título de PASEP deve incidir sobre o valor que os entes efetivamente recebem do FUNDEB e não sobre o valor alocado. Com esse raciocínio, o PASEP incidente sobre o FUNDEB seria de responsabilidade do ente receptor dos recursos, devendo-se excluir essa obrigação do Ente transferidor.

Segundo este entendimento, nos termos do inciso III do art. 2º da Lei nº 9.715, de 1998²³, deveria o ente transferidor excluir os valores transfe-

22 BRASIL. *Decreto n. 6.253*, de 13 de nov. de 2007. Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, regulamenta a Lei no 11.494, de 20 de junho de 2007, e dá outras providências. Brasília, DF, nov. 2007.

23 *Ibidem*.

ridos de sua base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep incidente sobre Receitas Governamentais e o ente beneficiário dos recursos deveria incluir tais montantes na base de cálculo da sua contribuição.

Esse é o entendimento defendido pelos Entes Públicos há anos. Ocorre que a Receita Federal assim não entendia, impedindo que Entes Públicos excluíssem da base de cálculo do PIS/PASEP as receitas destinadas ao FUNDEB.

Entretanto, a partir de 1º de junho de 2017, por meio da edição da Solução de Consulta nº 278 – COSIT/RFB²⁴, a Receita Federal do Brasil passou a permitir a *exclusão da base de cálculo do PASEP, as receitas alocadas para o FUNDEB*.

A edição da Solução de Consulta nº 278 – COSIT/RFB²⁵ representa uma *alteração na interpretação da Receita Federal Brasil em relação ao tema*. E reformula expressamente entendimento firmado na Solução de Divergência nº 02, de 10 de fevereiro de 2009²⁶, e na Solução de Divergência nº 12, de 28 de abril de 2011²⁷, em que não se permitia a exclusão das receitas para o FUNDEB da base de cálculo da contribuição devida ao PASEP.

Com essa mudança de entendimento por parte da Receita Federal do Brasil, a partir de junho de 2017, abriu-se uma oportunidade para os Entes Públicos calcularem o valor devido a título de PASEP deduzindo-se o valor transferido ao FUNDEB. Pela sua importância, transcreve-se o item 21.3.3 da Solução de Consulta nº 278 – COSIT/RFB, de 1º de junho de 2017²⁸:

FUNDEB

21.1. O FUNDEB está previsto no art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e regulado pela Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007, e pelo Decreto nº 6.253, de 13 de novembro de 2007. Ele se constitui de fundos de âmbito estadual e meramente contábeis, ou seja, esses fundos apenas distribuem os recursos a eles aportados.

21.2. As fontes de financiamento do FUNDEB compõem-se da parcela de participação dos estados, Distrito Federal e municípios, das receitas listadas no art. 3º da Lei nº 11.494, de 2007, e da parcela de complementação da União prevista no art. 60 do ADCT e no art. 4º do mesmo

24 BRASIL. *Decreto n. 6.253*, de 13 de nov. de 2007. Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, regulamenta a Lei no 11.494, de 20 de junho de 2007, e dá outras providências. Brasília, DF, nov. 2007.

25 Ibidem.

26 Ibidem.

27 Ibidem.

28 Ibidem.

diploma normativo. Abaixo, apresentam-se os trechos da legislação considerados essenciais para o entendimento da sistemática do fundo:

(...)

21.3. Em linhas gerais, tanto a participação como a complementação dos recursos do FUNDEB são transferências intergovernamentais constitucionais operacionalizadas de modo indireto, já que é criado um fundo meramente contábil para distribuir recursos a diversas entidades, devendo seguir a regra das transferências constitucionais e/ou legais já exposta nesse trabalho. Portanto, seus recursos devem ser inseridos na base de cálculo do ente receptor (o ente que efetivamente receber as receitas do FUNDEB) e o ente transferidor deve excluir de sua base de cálculo os valores repassados. Tendo em vista a complexidade da sistemática de transferência dos diversos recursos que compõem o fundo, apresenta-se o tratamento tributário a ser dado para cada espécie de receita do FUNDEB:

(...)

21.3.3. Quanto às parcelas de participação das receitas próprias dos Estados, DF e Municípios transferidas ao FUNDEB, os entes transferidores devem excluir de sua base de cálculo os valores repassados ao fundo, em razão da parte final do art. 7º da Lei nº 9.715, de 1998. Tais valores sofrerão a incidência da contribuição quando os entes beneficiados receberem os recursos distribuídos por meio do fundo.

Com a edição da referida Solução de Consulta nº 278, de 1º de junho de 2017²⁹, não há mais dúvidas a respeito da *possibilidade de modificação da base de cálculo do PASEP com relação aos fatos geradores posteriores à edição do ato normativo, garantindo-se a todos os entes federados o direito de deduzir da contribuição devida ao PASEP as receitas transferidas para o FUNDEB.*

Tal direito decorre da força vinculativa dos atos normativos denominados “Solução de Consulta”. A denominada Solução de Consulta é o instrumento para o esclarecimento de dúvidas a respeito da interpretação da legislação tributária, e, a partir de sua publicação, *tem efeito vinculante* para a Receita Federal do Brasil e para todos os demais sujeitos passivos que se enquadrem na hipótese por ela apreciada, *independentemente de ser o consulente.*

Esse é o entendimento previsto expressamente no art. 9º da Instrução Normativa nº 1.396, de 16 de setembro de 2013 (com a redação dada

29 BRASIL. Decreto n. 6.253, de 13 de nov. de 2007. Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, regulamenta a Lei no 11.494, de 20 de junho de 2007, e dá outras providências. Brasília, DF, nov. 2007.

pela Instrução Normativa n° 1.434, de 30 de dezembro de 2013)³⁰, que regulamenta o processo de consulta no âmbito da Receita Federal do Brasil:

Art. 9º A Solução de Consulta Cosit e a Solução de Divergência, a partir da data de sua publicação, têm efeito vinculante no âmbito da RFB, respaldam o sujeito passivo que as aplicar, independentemente de ser o consulente, desde que se enquadre na hipótese por elas abrangida, sem prejuízo de que a autoridade fiscal, em procedimento de fiscalização, verifique seu efetivo enquadramento.

Assim, em decorrência dos efeitos vinculantes da Solução de Consulta e com base no art. 9º da Instrução Normativa n° 1.396, de 16 de setembro de 2013 (com a redação dada pela Instrução Normativa n° 1.434, de 30 de dezembro de 2013)³¹, o entendimento firmado na Solução de Consulta n° 278, de 1º de junho de 2017³², alcança e beneficia todos os entes federados que pagaram ou pagam o PASEP sem a dedução dos valores transferidos ao FUNDEB, garantindo-se a esses a alteração da base de cálculo da referida contribuição.

Entretanto, como a edição da Solução de Consulta n° 278, de 1º de junho de 2017³³, representa uma mudança de entendimento a respeito da base de cálculo do PASEP, *como ficam os valores pagos a maior?* É possível a repetição do indébito tributário? Qual o período a ser alcançado pela repetição? E essa repetição pode ser feita de forma administrativa? Ou deve ser feita de forma judicial?

Mais uma vez, as respostas a estas indagações estão na força vinculativa dos atos normativos de “Solução de Consulta”.

Como a Solução de Consulta visa dirimir dúvida sobre a interpretação da legislação tributária, uma vez publicada, o entendimento ali firmado vincula a Administração e todos os sujeitos passivos que se enquadram na hipótese apreciada, *atingindo inclusive os fatos gerados pretéritos*, desde que o entendimento ali firmado represente uma alteração de entendimento de Solução de Consulta anterior e que tal mudança seja favorável ao sujeito passivo.

30 BRASIL, Receita Federal do. *Instrução Normativa n. 1.396*, de 16 de set. de 2013. Dispõe sobre o processo de consulta relativo à interpretação da legislação tributária e aduaneira e à classificação de serviços, intangíveis e outras operações que produzam variações no patrimônio, no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil. Brasília, DF, set 2013. Disponível em: < <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=46030>>. Acesso em: 1 dez. 2017.

31 Ibidem.

32 Ibidem.

33 Ibidem.

Neste sentido, assim dispõe o art. 17 da Instrução Normativa n° 1.396, de 16 de setembro de 2013³⁴:

Art. 17. Na hipótese de alteração de *entendimento expresso em Solução de Consulta* sobre interpretação da legislação tributária e aduaneira, a nova orientação alcança apenas os fatos geradores que ocorrerem depois da sua publicação na Imprensa Oficial ou depois da ciência do consultante, *exceto se a nova orientação lhe for mais favorável, caso em que esta atingirá, também, o período abrangido pela solução anteriormente dada.* (grifo nosso)

Pela força vinculante das Soluções de Consulta e de Divergência, até a edição da Solução de Consulta n° 278/2017³⁵, os entes públicos estavam obrigados a pagar o valor devido ao PASEP, sem a dedução dos valores transferidos ao FUNDEB. Isto porque as Soluções de Divergência n° 02/2009 e 12/2011³⁶ não permitiam tal exclusão.

Entretanto, com a mudança de posicionamento da Receita Federal trazida pela Solução de Consulta n° 278/2017³⁷, fica também garantida aos entes públicos a aplicação deste novo entendimento sobre os valores já pagos, na medida em que lhe beneficiam.

Desta forma, todas as contribuições feitas ao PASEP sem a dedução dos valores transferidos ao FUNDEB foram pagas a maior, tendo o ente público direito a repetição do indébito, *que pode ser feito de forma administrativa*, pela força vinculante das Soluções de Consulta e com base no art. 17 da Instrução Normativa n° 1.396, de 16 de setembro de 2013³⁸.

Entretanto, a repetição do indébito tributário deve respeitar o prazo prescricional de 5 (anos), contados a partir de cada pagamento indevido, face a natureza tributária dos valores recolhidos a maior a título de PASEP.

5 Estudo de caso: planejamento tributário no estado do

34 BRASIL. *Decreto n. 6.253*, de 13 de nov. de 2007. Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, regulamenta a Lei no 11.494, de 20 de junho de 2007, e dá outras providências. Brasília, DF, nov. 2007.

35 Ibidem.

36 Ibidem.

37 Ibidem.

38 Ibidem.

Espírito Santo e resultados parciais de outros estados

No caso do Espírito Santo, a aplicação do planejamento tributário acima proposto importou numa revisão da memória de cálculo dos valores pagos a título de PASEP dos últimos 5 (cinco) anos.

Esta revisão consistiu em revisar a base de cálculo do PASEP, deduzindo-se desta base os valores destinados ao FUNDEB.

Este trabalho de revisão identificou o montante de R\$ 101.375.186,31 (cento e um milhões, trezentos e setenta e cinco mil, cento e oitenta e seis reais e trinta e um centavos), a título de valores do PASEP pagos a maior e indevidamente nos últimos 5 (cinco) anos.

Os valores pagos a maior estão sendo objeto de compensação administrativa, de forma a se compensar o valor do crédito apurado com as parcelas mensais futuras e vincendas devidas a título de PASEP. No caso do Espírito Santo, essa compensação representou uma ampliação do superávit primário do ano de 2018 em torno de R\$ 90.000.000,00 (noventa milhões) e um saldo de aproximadamente R\$ 11.000.000,00 (onze milhões) em créditos a serem utilizados no ano de 2019.

Exemplo semelhante foi aplicado no Estado de Pernambuco que apurou um crédito administrativo da ordem de R\$ 60 milhões de reais. E o Estado de Goiás que recuperou R\$ 50 milhões de reais.

6 Conclusões

Uma vez apresentadas as controvérsias a respeito da inclusão ou não dos valores do FUNDEB na base de cálculo do PASEP e os efeitos no mundo jurídico da edição da Solução de Consulta nº 278 – COSIT/RFB³⁹, pode-se responder adequadamente aos principais questionamentos a respeito do assunto:

1º. O entendimento firmado pela Receita Federal do Brasil na Solução de Consulta nº 278 – COSIT/RFB⁴⁰ tem efeito vinculante para a Receita Federal Brasil e para todos os demais sujeitos passivos que se enquadrem na hipótese por ela apreciada, independentemente de ser o consulente, na forma do art. 9º da Instrução Normativa nº 1.396, de 16 de setembro de 2013⁴¹. Logo, todos os Estados e Municípios podem se beneficiar desta manifestação da Receita Federal.

39 BRASIL. *Decreto n. 6.253*, de 13 de nov. de 2007. Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, regulamenta a Lei no 11.494, de 20 de junho de 2007, e dá outras providências. Brasília, DF, nov. 2007.

40 *Ibidem*.

41 *Ibidem*.

2º. Todas as contribuições feitas ao PASEP sem a dedução dos valores transferidos ao FUNDEB foram pagas a maior, tendo o ente público direito a repetição do indébito.

3º. É possível a compensação tributária dos valores apurados a maior a título de PASEP, em decorrência da mudança de entendimento da Receita Federal do Brasil firmado na Solução de Consulta nº 278, de 1º de junho de 2017⁴².

4º. A compensação pode ser feita de forma administrativa, sendo dispensável o ajuizamento de ação judicial neste caso, por força do caráter vinculante das Soluções de Consulta, e com base no art. 17 da Instrução Normativa nº 1.396, de 16 de setembro de 2013⁴³.

5º. A repetição do indébito deve respeitar o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, contados a partir de cada pagamento indevido.

6º. O Estado do Espírito Santo obteve um resultado de mais de R\$ 101 milhões apuração de créditos a título de PASEP, com a utilização do planejamento tributário proposto. Resultados favoráveis também foram obtidos pelos Estados de Pernambuco e Goiás.

7 Referências bibliográficas

FEDERAL, Receita. *Solução de Consulta COSIT N° 278*, de 1º de junho de 2017. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=83446>>. Acesso em: 1 dez. 2017.

BRASIL, Receita Federal do. *Solução de Divergência n° 02*, de 10 de fevereiro de 2009, e *Solução de Divergência n° 12*, de 28 de abril de 2011. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=59389&visao=anotado>>. Acesso em: 1 dez. 2017.

BRASIL. *Lei Complementar n. 8*, de 3 de dez. de 1970. Institui o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público e dá outras providências. Brasília, DF, dez. 1970.

BRASIL. *Lei Federal n. 9.715*, de 25 de nov. de 1998. Dispõe sobre as contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e dá outras providências. Brasília, DF, nov. 1998.

42 Ibidem.

43 Ibidem.

BRASIL. *Decreto n. 4.524*, de 17 de dez. de 2002. Regulamenta a Contribuição para o PIS/Pasep e a COFINS devidas pelas pessoas jurídicas em geral. Brasília, DF, dez. 2002.

BRASIL. *Lei Federal n. 10.406*, de 10 de jan. de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, jan. 2002.

BRASIL. *Lei 4.320*, de 17 de mar. 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. Brasília, DF, mar. 1964.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. *Lei n. 11.494*, de 20 de jun. de 2007. Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, de que trata o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; altera a Lei no 10.195, de 14 de fevereiro de 2001; revoga dispositivos das Leis nos 9.424, de 24 de dezembro de 1996, 10.880, de 9 de junho de 2004, e 10.845, de 5 de março de 2004; e dá outras providências. Brasília, DF, jun 2007.

BRASIL. *Decreto n. 6.253*, de 13 de nov. de 2007. Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, regulamenta a Lei no 11.494, de 20 de junho de 2007, e dá outras providências. Brasília, DF, nov. 2007.

BRASIL, Receita Federal do. *Instrução Normativa n. 1.396*, de 16 de set. de 2013. Dispõe sobre o processo de consulta relativo à interpretação da legislação tributária e aduaneira e à classificação de serviços, intangíveis e outras operações que produzam variações no patrimônio, no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil. Brasília, DF, set. 2013. Disponível em: < <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=46030>>. Acesso em: 1 dez. 2017.

1.6

DIREITO PROCESSUAL ADMINISTRATIVO ESTADUAL, SUA DESMATERIALIZAÇÃO E RELEVÂNCIA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIGITAL

HORÁCIO AUGUSTO MENDES DE SOUSA*
FERNANDA MEDEIROS E RIBEIRO RODOR**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A importância de uma lei de processo administrativo estadual, seus limites e possibilidades normativas diante da administração pública digital. 2.1 Breves notas sobre o princípio constitucional do devido processo legal administrativo. 2.2 A relevância de uma lei do processo administrativo estadual à luz dos princípios jurídicos setoriais da administração pública. 3 Relevância do processo administrativo digital estadual. 3.1 Limites, riscos e desafios da implementação do processo administrativo digital estadual. 3.2 Vantagens pragmáticas a partir de cases advindos da implantação do processo digital. 4 Conclusão. 5 Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Administrativo. Lei Federal nº 9.784/99. Princípio da Eficiência. Princípio da Transparência. Princípio da Celeridade.

1 Introdução

Integra o conhecimento jurídico convencional a premissa nuclear de que toda a atividade administrativa estatal, em quaisquer das suas formas de manifestação, deve surgir, se desenvolver, produzir efeitos, reais e práticos, e se extinguir na vida em sociedade, sempre em observância ao princípio constitucional do devido processo legal, sob pena

* Procurador do Estado do Espírito Santo, com atuação na Procuradoria da Consultoria Administrativa. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Cândido Mendes – RJ. Especialista em Economia e Direito do Consumidor pela Universidad Castilla-La Mancha – Espanha. Professor de Direito Administrativo e Econômico da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo. ES, Brasil.

** Residente jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo, com atuação na Procuradoria da Consultoria Administrativa. Mestranda em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especialista em Direito Tributário (Planejamento Tributário Estratégico) pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). Graduada, cum laude, em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogada. ES, Brasil.

de inconstitucionalidade, ilegalidade, em última análise, de injuridicidade do agir estatal.

Consubstanciando tais premissas é que a União Federal, em 1999, tratou do processo administrativo federal na Lei de nº 9.784. Todavia, é preciso rememorar que tal lei tem abrangência federal e não nacional, o que nos faz inquirir se a aplicação analógica da lei do processo administrativo federal, no âmbito do Estado, é suficiente para garantir segurança jurídica e eficiência na atividade processual administrativa estadual e, caso não seja, quais são os limites e possibilidades para a edição de lei estadual disciplinadora do processo administrativo.

Nada obstante isso, existem Estados brasileiros que ainda não editaram as suas respectivas leis disciplinadoras do processo administrativo estadual¹. Sem embargo disso, significativa parcela de entes políticos federativos que já editaram as suas específicas leis, no desempenho das suas competências constitucionais legislativas e administrativas para o tratamento do tema em nível regional.²

Neste contexto, é possível formular algumas questões importantes. Assim, vale indagar, desde logo, se, na ausência de lei de processo administrativo estadual, a sua edição, pelo Estado, ainda se apresenta relevante, diante da administração pública digital³ do século XXI? Quais as contribuições que uma lei de processo administrativo estadual pode conferir para a segurança jurídica e eficiência das atividades ad-

1 Não há lei em sentido formal disciplinando o processo administrativo no Estado do Espírito Santo. Nada obstante isso, a Procuradoria de Consultoria Administrativa já se manifestou favorável a proposta normativa de lei disciplinadora do processo administrativo no âmbito desse Estado, nos autos de nº 37865307, tendo como interessada a SEGER, no ano de 2010.

2 Há dezesseis unidades da Federação que possuem lei de processo administrativo: RO (Lei n.º 3.830/16), AM (Lei n.º 2.794/03), RR (Lei n.º 418/04), MA (Lei n.º 8.959/09), PI (Lei n.º 6.782/16), RN (LC n.º 303/05), PE (Lei n.º 11.781/00), AL (Lei n.º 6.161/00), SE (LC n.º 33/96), BA (Lei n.º 12.209/11), GO (Lei n.º 13.800/01), DF (Lei n.º 2.834/01), MT (Lei n.º 7.682/02), RJ (Lei n.º 5.427/09), SP (Lei n.º 10.177/98), MG (Lei n.º 14.184/02). In: KUNERT, Maria Luiza de Moraes. *Aspectos Princiopológicos das Leis de Processo Administrativo Estadual*. Disponível: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/51515/aspectos-principiologicos-das-leis-de-processo-administrativo-estadual>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

3 O presente estudo adota o termo administração pública digital, em razão da amplitude do mesmo, para abranger o uso, os efeitos, os limites, possibilidades e impactos das inovações digitais, tecnológicas e eletrônicas na forma de administrar os interesses públicos pelo Estado, quer diretamente, quer em parcerias com a iniciativa privada. Como se sabe, cuida-se de um fenômeno em contínua evolução e construção, mas que já vem impactando profundamente as atividades administrativas do Estado. Nada obstante, é comum a utilização de outros termos para designar esse fenômeno, como governo eletrônico ou administração pública eletrônica. Todavia, parece oportuna, ao menos nesse momento, a busca de uniformização dos termos aplicados, muito embora os mesmos sejam utilizados, muitas vezes, como sinônimos. Terminologia semelhante à aqui adotada é aplicada no âmbito da OCDE. In: "Revisão do Governo Digital do Brasil Rumo à Transformação Digital do Setor Público". Disponível: <<http://editor.planejamento.gov.br/seminariodigital/seminario/digital-gov-review-brazil-portugueses.pdf>>. Acesso em 28 set. 2018. Consoante também, utiliza-se com maior intensidade a ideia de digitalização, ao lado da tecnologia, como pressuposto das revoluções em curso. In: SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. São Paulo: Edipro, trad. de Daniel Moreira Miranda, 2016, p. 17.

ministrativas estatais? Ademais disso, cabe indagar se a aplicação analógica da lei do processo administrativo federal, no âmbito do Estado, é suficiente para garantir segurança jurídica e eficiência na atividade processual administrativa estadual? E mais: quais são os limites e possibilidades para a edição de lei estadual disciplinadora do processo administrativo? Quais são as consequências jurídicas e efeitos práticos da não edição de uma lei de processo administrativo estadual? Quais são os limites, riscos e desafios para a opção administrativa pelo processo administrativo digital estadual? Quais são as consequências jurídicas e pragmáticas da não edição de uma lei de processo administrativo digital estadual?

Nesta ordem de ideias, sob o prisma metodológico, o presente estudo se divide em duas partes. Na primeira, parece oportuno investigar sobre a importância de uma lei de processo administrativo estadual, seus limites e possibilidades normativas, à luz do direito brasileiro vigente. Em seguida, vale perquirir a relevância da lei do processo administrativo estadual no contexto da administração pública digital, assim como os limites, possibilidades, riscos e desafios para a sua implementação, de modo a buscar revestir a atividade processual administrativa estadual da máxima juridicidade possível, com destaque para a concretização real e efetiva, dos princípios da segurança jurídica e da eficiência da atividade processual administrativa estadual. É o rumo metodológico⁴ que se pretende enveredar.

2 A importância de uma lei de processo administrativo estadual, seus limites e possibilidades normativas diante da administração pública digital

Como se sabe, as atividades administrativas do Estado se dividem, fundamentalmente, em 04 (quatro) categorias fundamentais, consoante nos ensina a doutrina⁵, como se passa a demonstrar. Em primeiro lugar,

4 Como assevera a doutrina: “Método é o caminho que deve ser percorrido para a aquisição da verdade, ou, por outras palavras, de um resultado exato ou rigorosamente verificado. Sem método não há ciência. [...] A ciência é uma verificação de conhecimentos, e um sistema de conhecimentos verificados”. REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 10.

5 Vale lembrar que essa forma de conceber as atividades administrativas do Estado, por nós adotada, é proposta por SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2003, a partir da concepção originária desenvolvida por MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, que agrupa as atividades administrativas do Estado em 05 (cinco) categorias básicas: a polícia administrativa, a prestação dos serviços públicos, o ordenamento econômico, o ordenamento social e o fomento. Nada obstante, na linha sustentada pelo primeiro autor, parece-nos que o fomento está inserido tanto na atividade de ordenamento econômico quanto naquela de ordenamento social, não constituindo, assim, categoria autônoma de

destaca-se a função de polícia administrativa ou poder de polícia administrativa, que é a função estatal exercida com a finalidade de condicionar ou restringir as liberdades individuais em vista da preservação do interesse público⁶.

Em segundo lugar, destaca-se a prestação dos serviços públicos, que se constitui na função de asseguramento de atividades positivas concretas, pelo Estado, na forma da Constituição e das leis, visando ao atendimento de determinados interesses da sociedade, diretamente ou mediante concessão ou permissão, admitidas outras formas de parcerias⁷.

Em terceiro lugar, destaca-se o ordenamento econômico⁸. Este pode ser entendido como o conjunto de técnicas do Estado de intervenção na ordem econômica. Neste caso, a atividade estatal interventiva na economia se subdivide em 04 (quatro) categorias fundamentais, consoante assinala a doutrina⁹, notadamente o planejamento econômico¹⁰, que é a atividade estatal de previsão de metas e resultados eficientes, em determinado setor ou região; o fomento econômico¹¹, que se constitui em técnica de incentivo pelo Estado, aos particulares, para que estes venham a aderir ao plano econômico estatal, decorrente do planejamento, e, assim, desenvolverem atividades em setores e regiões consideradas relevantes; a exploração direta de atividades econômicas pelo Estado¹² caracterizada, tal técnica, pela criação de empresas públicas e sociedades de economia mista, excluindo ou competindo com a iniciativa privada e a prevenção e a repressão ao abuso poder econômico¹³, que se caracteriza como a técnica de intervenção do Estado na economia visando a prevenir, impedir ou afastar os efeitos nocivos da referida manifestação de poder ao regular funcionamento do mercado.

Destaque-se, por fim, o ordenamento social¹⁴, que significa, em apertada síntese, a preocupação estatal com todos aqueles segmentos

atuação administrativa.

6 CRFB/88, art. 145, II, 1ª parte c/c CTN, art. 78.

7 CRFB/88, art. 175 c/c Lei nº 11.107/2005 c/c Lei nº 11.079/2004 c/c Lei nº 8.987/95.

8 CRFB/88, art. 170 e ss.

9 Essa classificação adotada é didaticamente sugerida por SOUTO, Marcos Juruena Villela. In: *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2003, p. 16. Ver, também, SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. A intervenção do Estado no domínio Econômico à luz da jurisprudência, constante da obra coletiva sob a coordenação conjunta de SOUTO, Marcos Juruena Villela e MARSHALL, Carla C. intitulada *Direito Empresarial Público*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2002, p. 45-88. Ver, também, SADDY, André. *Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na Economia*. 2. ed, Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2016.

10 CRFB/88, art. 174.

11 CRFB/88, art. 174.

12 CRFB/88, art. 173 c/c Lei nº 13.303/2016.

13 CRFB/88, art. 173, § 4º c/c a Lei nº 12.529/2011.

14 CRFB/88, art. 193 e ss.

sociais sensíveis que se encontram sob os efeitos diretos dos processos econômicos, tais como as crianças, os adolescentes, os idosos, as pessoas com deficiências, os índios, entre outros coletivos vulneráveis.

No que interessa ao presente estudo, essas técnicas de atuação administrativa do Estado, além de buscarem as suas fundamentações na Constituição da República de 1988, devem, também, se operar a partir da normatividade constitucional informadora do modelo de Estado Democrático de Direito¹⁵, notadamente por meio da concretização do princípio constitucional do devido processo legal administrativo¹⁶, cujo conteúdo se passa a examinar no item seguinte.

2.1 Breves notas sobre o princípio constitucional do devido processo legal administrativo

Neste contexto, é corrente o entendimento de que a nossa Constituição consagrou, expressamente, ao lado do princípio do devido processo legal jurisdicional, um outro, desenvolvido no âmbito da atividade administrativa do Estado, denominado devido processo legal administrativo. Significa dizer que a legitimidade do devido processo legal administrativo pressupõe uma decisão processual administrativa fundada nas pautas normativas constitucionais, legais e no tempo exatamente necessário ao resguardo dos direitos e demais posições jurídicas de vantagem das partes, inclusive do próprio Estado, que tem total interesse no desfecho legal, eficiente e tempestivo dos seus procedimentos sancionatórios. A rigor, o princípio do devido processo legal administrativo pode ser considerado um sistema principiológico, na medida em que o seu conteúdo é informado por um conjunto sistêmico de princípios constitucionais harmônicos, expressos e implícitos.

E esse sistema, vale repetir, decorre do princípio constitucional fundamental do Estado Democrático de Direito, acima aludido, assim como do princípio da legitimidade dos atos e decisões estatais. Sem a pretensão de exaurir o rol principiológico contido no sistema do devido processo legal, podem ser citados, como princípios expressos na matriz constitucional, os princípios do contraditório, da ampla defesa, da celeridade processual, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, da economicidade e da motivação. Como princípios constitucionais implícitos inerentes ao devido processo legal administrativo, cite-se o princípio da segurança das relações jurídicas, da autotutela, da oficialidade, da verdade real, do formalismo modera-

15 CRFB/88, art. 1º, *caput*.

16 CRFB/88, art. 5º, LIV e LV.

do, da boa-fé, da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade dos interesses públicos. Os aludidos princípios, em grande parte, também mereceram tratamento de densidade infraconstitucional, consoante se infere da lei geral do processo administrativo federal, qual seja, a Lei nº 9.784/99, art. 2º.

Pelo sistema principiológico aludido, a decisão administrativa decorrente do processo administrativo deve ser, simultaneamente, contraditada por todos os envolvidos, com os meios e recursos possíveis e adequados, tempestiva, conforme à lei, impessoal, moral, pública, eficiente, com o menor custo social possível, motivada, passível de correção, proferida sem qualquer provocação, perquirindo a verdade dos fatos, formalmente adequada e considerando, sempre, o comportamento, a vontade do agente público e os interesses públicos envolvidos. Destarte, não há processo administrativo fora do crivo de tais princípios. A jurisprudência do E. STF é firme no sentido da necessidade de garantia de efetividade dos princípios do contraditório e ampla defesa nos processos administrativos, notadamente quando se tratar de restrições à esfera jurídico-subjetiva de agentes públicos ou mesmo de terceiros¹⁷.

Significa dizer, toda a atividade administrativa estatal, para ser dotada de juridicidade, deve observar a processualidade administrativa fixada em lei, ao menos em seus aspectos estruturantes, sob pena de gerar grande insegurança jurídica na atividade processual administrativa do Estado, obstando a concretização dos diversos interesses públicos primários e secundários, dos direitos fundamentais dos cidadãos, em especial, o direito à boa administração pública digital¹⁸.

2.2 *A relevância de uma lei do processo administrativo estadual à luz dos princípios jurídicos setoriais da administração pública*

A edição de uma lei de processo administrativo estadual atende, desde logo, às legítimas expectativas dos cidadãos à segurança jurídica¹⁹, transparência, certeza, clareza e calculabilidade, boa-fé e proteção

17 A propósito do tema, confira-se: MS nº 26358/DF, Rel. MIN. CELSO DE MELLO, publicada no DJU de 02.03.07 e noticiada no Informativo de Jurisprudência do STF nº 457 fev./mar. de 2007.

18 CRFB/88, art. 37, *caput*. A expressão “direito fundamental à boa administração pública digital” foi apresentada pelo Professor Juarez Freitas, por ocasião da sua palestra proferida no XXXII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, nos dias 17, 18 e 19 de setembro de 2018, em Florianópolis – SC. Com isso, o eminente doutrinador atualiza o conceito elaborado em sua obra pioneira sobre o tema. No tema, confira-se: FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. Ed, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 167.

19 CRFB/88, art. 1º, *caput* c/c art. 5º, XXXVI.

da confiança nas bases dos seus diversificados relacionamentos jurídicos com a administração pública. Ao assim estabelecer, a lei estadual, viabiliza, também, que a decisão estatal a ser tomada, como ato administrativo culminante decorrente do indispensável devido processo legal administrativo, seja mais eficiente, econômica e eficaz, tendo em vista a mitigação e objetivação de riscos administrativos decorrentes da maior previsibilidade dos comportamentos processuais da administração pública, o que é essencial, notadamente na acelerada, complexa e dinâmica vida na sociedade digital contemporânea, diante de uma administração pública crescentemente digital.

E, neste passo, a disciplina legal estadual do processo administrativo confere maior segurança jurídica e eficiência à administração pública física e, sobretudo, digital, que, sem deixar de buscar a máxima aplicação de inovações tecnológicas²⁰, eletrônicas e digitais no atuar do Estado, de modo a melhor atender os interesses públicos primários e secundários da sociedade, terá, sempre, de maneira clara, visível e segura, a base fundamental de juridicidade constitucional e legal, fundamental para o processo administrativo, notadamente o digital, o que é salutar, como será desenvolvido adiante.

É dizer, o processo administrativo legalmente estabelecido, diante do princípio constitucional do devido processo legal, é e sempre será o meio constitucional para a concretização das atividades inerentes à administração pública digital²¹, conciliando-se, desse modo, as exigências de segurança jurídica e eficiência em todo o atuar processual do Estado.

20 Em sentido semelhante, relacionando o princípio da eficiência à necessidade de superação do atraso tecnológico na administração pública, cf.: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal*. 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 43.

21 Neste sentido, é relevante destacar as seis dimensões do governo digital, consoante se extrai do documento denominado "Revisão do Governo Digital do Brasil Rumo à Transformação Digital do Setor Público", decorrente do Projeto Governo Digital da OCDE, a saber: "1. De uma administração centrada no usuário para uma administração conduzida pelo usuário: Um governo que adota abordagens e toma medidas para que os cidadãos e as empresas possam definir e comunicar as suas próprias necessidades para conduzir a elaboração de políticas e serviços públicos. 2. De reativo a proativo na elaboração de políticas públicas e prestação de serviços: Um governo que formula políticas públicas e serviços em antecipação aos processos de desenvolvimento econômico e social e em respeito às necessidades dos usuários proporciona um serviço aos usuários antes de ser solicitado. O mesmo se aplica à liberação de dados sob a forma de dados abertos (de forma proativa) ao invés de ser reativo aos pedidos de acesso à informação pública. 3. De um governo centrado na informação para um setor público orientado por dados: Um governo que é capaz de antecipar as tendências sociais e compreender as necessidades dos usuários, transformar a formulação, fornecimento e monitoramento de políticas públicas e serviços por meio da gestão e da utilização de dados. 4. Da digitalização de processos existentes ao processo por concepção digital (*digital by design*): Um governo que considera todo o potencial das tecnologias digitais e dos dados desde o início do processo de formulação de políticas e de serviços, a fim de mobilizar novas tecnologias para repensar, reestruturar e simplificar processos internos e procedimentos a fim de fornecer o mesmo setor público eficiente, sustentável e orientado para o cidadão, independentemente do canal utilizado pelo usuário para interagir com as autoridades públicas. 5. De um governo provedor de serviços para um governo como plataforma

Daí porque uma lei de processo administrativo estadual tem muito a contribuir para a adoção das melhores decisões estatais, num ambiente informado pelo contraditório substancial, amplo e participativo, num contexto de efetiva defesa diante de atos estatais que possam restringir liberdades, bens e direitos fundamentais dos administrados. Tudo isso sem contar as imensas possibilidades de concretização do princípio da consensualidade na administração pública digital por meio do processo administrativo, uma das grandes tendências do atuar processual da administração pública contemporânea²².

Tamanha é a relevância da disciplina legal do processo administrativo estadual que tanto a doutrina²³ quanto a jurisprudência²⁴ têm reconhecido a indispensabilidade da lei do Estado sobre o tema, admitindo-se mesmo que seja aplicada a excelente disciplina federal, prevista na

para cocriação de valor público: Um governo que utiliza tecnologias digitais e dados para permitir a colaboração com e entre as partes interessadas da sociedade, a fim de aproveitar a sua criatividade e suas capacidades para enfrentar os desafios de um país. 6. Do acesso à informação para abertura como padrão (*open by default*): Um governo que se compromete de forma proativa na divulgação de dados em formatos abertos e a tornar acessíveis seus processos apoiados por tecnologias digitais, a menos que haja uma justificação legítima para não o fazer". Disponível em: <<http://editor.planejamento.gov.br/seminariodigital/seminario/digital-gov-review-brasil-portugues.pdf>>. Acesso em: 23 jul.19.

22 O tema é fascinante e amplo. Todavia, os limites do presente trabalho não nos permitem ir mais além, nesse momento. Sobre o tema, confira-se a lição pioneira e autorizada de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: "A participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (*eficiência*); propiciam mais freios contra o abuso (*legalidade*); garantem a atenção a todos os interesses (*justiça*); proporcionam decisão mais sábia e prudente (*legitimidade*); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (*civismo*); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (*ordem*). Em suma, a consensualidade como alternativa preferível à imperatividade, sempre que possível, ou em outros termos, sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo, o que se vai tornando válido até mesmo nas atividades delegadas, em que a coerção não é mais que uma fase eventual ou excepcional". MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 41 - grifos no original. A respeito do princípio da consensualidade e da necessidade de negociação administrativa proba, vale conferir: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018 e FREITAS, Juarez. *Negociação proba na esfera administrativa: dever constitucional de promoção da sociedade pacífica*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício (Coord.). *O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 227-236.

23 Em sede doutrinária, cf. o relevante trabalho intitulado "Para uma reforma nacional em favor da liberdade econômica e das finalidades públicas da regulação", consubstanciado em proposta acadêmica para a reforma das bases jurídicas da regulação e de sua governança nos âmbitos municipal, estadual, distrital e federal, com minuta de projeto para a Lei Nacional da Liberdade Econômica, sob a responsabilidade dos professores Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP, coordenador), Eduardo Jordão (FGV-RJ), Egon Bockmann Moreira (UFPR), Floriano Azevedo Marques Neto (USP), Gustavo Binbenojm (UERJ), Jacintho Arruda Câmara (PUC-SP), José Vicente Santos de Mendonça (UERJ) e Marçal Justen Filho (ex-UFPR). Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/04/Lei-Nacional-da-Liberdade-Econ%C3%B4mica-FGV-Direito-SP-sbdp-vers%C3%A3o-final-04.04.19.docx.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

24 Neste sentido, a recente súmula do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se: "Súmula 633: A Lei 9.784/1999, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria".

Lei nº 9874/99, no âmbito dos Estados-membros, até que se tenha lei específica estadual sobre a temática.

Em que pese a razoabilidade e acerto dessa orientação doutrinária e jurisprudencial, na realidade, há um significativo espaço de conformação legal do processo administrativo pelos Estados, desde o advento da citada Lei federal nº 9784/99. Isto porque, muito embora as suas normas sejam excelentes, já contam com mais de duas décadas e merecem a devida atualização, em razão da própria evolução do Direito Público brasileiro, notadamente e sem qualquer pretensão de exaurimento das referências: (i) pelo advento da Lei do Processo Judicial Eletrônico, no ano de 2006²⁵, cujas bases podem contribuir para o aprimoramento do processo administrativo digital; (ii) pelo advento do Código de Processo Civil brasileiro de 2015²⁶, cuja sistemática, especialmente em relação à teoria dos precedentes, tem a contribuir para a consolidação da teoria dos precedentes administrativos no Brasil; (iii) pela Lei de autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, de 2015²⁷; (iv) pela edição da Nova Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, cuja normatividade de 2018²⁸ tem muito a oferecer para o aprimoramento sistêmico do processo administrativo estadual; (v) pelos diversos precedentes jurisprudenciais, inclusive vinculantes, tratando de temas relevantes para o processo administrativo brasileiro²⁹ e (vi) no plano do direito comparado, à normatividade trazida pelo Código de Procedimento Administrativo Português³⁰, que, com os devidos cuidados, adaptações e olhares para a realidade jurídica e administrativa brasileira, pode contribuir para o aperfeiçoamento do processo administrativo no Brasil, até mesmo pela influência da doutrina portuguesa em relação à doutrina e à jurisprudência brasileira³¹. Daí porque uma lei de processo administrativo estadual, inspirada nessas diretrizes normativas, doutrinárias e jurisprudenciais, no contexto da administração pública digital, tem muito a colaborar para a maior segurança jurídica e eficiência da atividade processual do Estado.

25 Lei nº 11.419/2006.

26 Lei nº 13.105/2015.

27 Lei nº 13.140/2015.

28 Lei nº 13.655/2018.

29 Sobre o tema, cf.: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

30 Decreto-Lei nº 04/2015. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/66041468/details/maximized?p_auth=a0a2asGQ>. Acesso em: 23 jul. 2019.

31 Sobre o tema, cf.: OTERO, Paulo. *Direito do procedimento administrativo*. Coimbra: Almedina, Vol. I, 2019 e OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, Vol. I, 2016.

Nesta ordem de ideias, bem se percebe a existência de significativo espaço de conformação legislativa estadual para a disciplina do processo administrativo estadual, observados os limites e possibilidades decorrentes da atenção aos princípios jurídicos e diretrizes normativas, doutrinárias e jurisprudenciais acima destacadas. E mais, a ausência de normatividade legal do processo administrativo poderá ter como possíveis consequências reais o aumento da insegurança jurídica das decisões estatais, a probabilidade de redução da transparência, da eficiência e o possível aumento da arbitrariedade das decisões estatais, que deveriam observar o devido processo legal administrativo estadual previamente estabelecido, o que não é desejável em um modelo de Estado Democrático de Direito, como adotado no Brasil.

Não é por outra razão que a doutrina tem afirmado que a ausência de edição da lei de processo administrativo configura inconstitucionalidade por omissão e, uma vez editada a normatividade legal, as novas disposições não podem retroceder no nível de segurança jurídica, eficiência e eficácia já alcançados³². Essas lições são aplicáveis no Brasil, seja porque a matriz constitucional estabelece o princípio do devido processo legal administrativo, quer porque o processo administrativo é pressuposto de todo o agir democrático da administração pública brasileira, ainda que a lei estabeleça normas gerais essenciais para o processo administrativo estadual, fixando, por exemplo, o regime de direitos dos administrados no processo administrativo, os limites para a atividade consensual na administração pública, o regime processual de autotutela administrativa, dentre outras matérias, deixando para o ato administrativo normativo ou regulamentar a procedimentalização, por exemplo, do processo administrativo eletrônico, como será visto adiante.

Demonstrada a relevância de uma lei de processo administrativo estadual, torna-se necessário perquirir a importância do processo administrativo digital estadual, que passará a ser abordada no item seguinte.

3 Relevância do processo administrativo digital estadual

A grande expansão tecnológica em curso nas últimas décadas, especialmente, quanto aos meios de comunicação e de informação, faz com que inevitavelmente a administração pública tenha que acompa-

32 Sobre o tema, cf.: OTERO, Paulo. *Op. Cit.*, 2019, p. 49-50.

nhar tal desenvolvimento. Isso porque o aprimoramento das tecnologias transformou o cidadão do século XXI em um indivíduo “mais exigente, melhor informado, mais individualista e autossuficiente”³³.

Esta nova sociedade, bem informada, passou a exigir atos e serviços públicos de maior qualidade, que sejam menos burocráticos, sejam disponibilizados de forma mais célere e, ainda, onerem menos os cofres públicos³⁴. Na lição de Odete Medauar, é indubitável que o desenvolvimento tecnológico provoca reflexos no Poder Público e no regime jurídico administrativo³⁵.

Em paralelo a toda esta revolução tecnológica, pode-se afirmar que, ao menos, desde 1990, o direito administrativo vem sofrendo reformas, com objetivo de tornar a administração pública mais eficiente, buscando-se atingir mais resultados e exigir menos burocracias desnecessárias³⁶.

Com essa progressiva desburocratização, maior acesso à informação dos administrados, digitalização dos serviços públicos e, conseqüente desnecessidade de deslocamento físico até o órgão público, pode-se dizer que há evidente fortalecimento da democracia. Ou seja, há uma maior participação da sociedade no processo de decisão no âmbito do poder público.

Ocorre que para que o cidadão consiga de fato exercer tal influência na tomada de decisão estatal e se relacionar com a administração pública, é necessária a existência de um processo administrativo, conforme já mencionado em tópicos anteriores, pois o processo administrativo está muito além do simples *iter* processual que consubstancia os atos administrativos, em verdade, é o real “instrumento de garantia dos administrados em face de outros administrados e, sobretudo, da própria administração”³⁷.

Diante disso, a disciplina legal do processo administrativo estadual deve contemplar normas sobre o processo administrativo digital,

33 TELLO, Diana Carolina Valencia; LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *A administração pública nas sociedades da informação e do conhecimento*. Revista de Direito Administrativo – RDA. Rio de Janeiro, v. 262, jan./abr., 2013, p. 149-153.

34 PEDROSO NETO, Marcos. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. (Org.). *Os novos valores do direito nas organizações: isomorfismo pelas novas tecnologias e análise econômica do direito*. 1. ed. Brasília: Forum, 2018, p. 325-349. In: SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. *Processo Administrativo Eletrônico: o ponto de partida para uma nova administração pública*. Trabalho conclusão do curso de graduação em direito da UFSC, 2018, p. 1 – 161.

35 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 362. In: SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. *Op. Cit.*, 2018, p. 1 – 161.

36 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 41-42.

37 FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 26-31.

considerando que, com o acelerado desenvolvimento dos recursos de tecnologia e da informação aplicáveis ao direito administrativo, torna-se progressivamente obsoleto o processo administrativo físico, frente aos anseios da sociedade de informação.

Isso porque, com a tramitação eletrônica dos processos administrativos, há a expectativa de que sejam obtidas as mesmas ou semelhantes vantagens advindas da implementação do processo judicial eletrônico, com as devidas adequações, tais como:

“a) a celeridade na realização das intimações e do protocolo de petições, que serão, via de regra, automáticas; b) o monitoramento estatístico e o acompanhamento da produtividade em tempo real; c) a eliminação do “tempo vazio do processo”, exteriorizado nas rotinas cartorárias dispensadas em decorrência da automação do processo eletrônico, tais como as certificações; d) a humanização e a qualificação dos Servidores; e) a proteção ao meio ambiente; f) a redução e o reaproveitamento da mão de obra, que poderá ser deslocada para o gabinete; g) o retorno automático do processo à conclusão, o que será predefinido, de acordo com o ato anteriormente realizado; h) a contagem automática dos prazos processuais, melhorando sobremaneira a gestão do tempo processual”³⁸.

Evita-se, ainda, riscos de extravio de documentos, bem como permite um maior controle quanto às irregularidades cometidas na formação dos atos administrativos, com o aumento da publicidade dos mesmos. Além disso, contribui para uma maior economia dos custos com o processo (como gastos com espaço de armazenagem dos processos, com serviços de deslocamento dos autos, aquisições de papéis, impressora, *toner* e seus serviços de manutenção correlatos).

Não obstante essas vantagens em comum com o processo judicial, é possível aventar outros benefícios inerentes ao processo administrativo, como a ampliação da participação social nas tomadas de decisões estatais. Isto porque, com a divulgação do processo administrativo na rede mundial de computadores, o processo se mostra mais transparente e seu conteúdo passa a ser amplamente acessível em qualquer tempo

38 PORTO, Fábio Ribeiro. *O impacto da utilização da inteligência artificial no executivo fiscal*. Estudo de caso do TJRJ. Direito em movimento. Rio de Janeiro, v. 17, n.1, p. 142- 199, 1º sem. 2019. Disponível: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume17_numero1/volume17_numero1_142.pdf>. Acesso em: 23 jul.2019.

e lugar³⁹, o que permite que a decisão administrativa seja, de fato, compatibilizada com as reais aspirações sociais⁴⁰.

Outro ponto positivo do processo administrativo digital é a tramitação simultânea em diferentes órgãos públicos, consubstanciando o princípio da razoável duração do processo e da celeridade, uma vez que existem vários atos administrativos que dependem de manifestação de mais de um órgão do poder público.

Consoante a garantia de tais princípios⁴¹, observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro, quando interpretado sistematicamente, torna obrigatória a adoção das tecnologias de informação e comunicação pela administração pública, com a consequente implementação do processo administrativo digital⁴².

Neste contexto, é importante rememorar dispositivos constitucionais que substanciam a implementação do processo administrativo digital, além da previsão do Estado Democrático de Direito no artigo 1º, está disposto no artigo 37, *caput*, da CRFB/88, que a administração pública obedecerá aos princípios da publicidade, transparência e eficiência. Há também a garantia à “razoável duração do processo aos meios que garantam a celeridade” na tramitação processual judicial e administrativa, aludida no artigo 5º, inciso LXXVIII da CRFB/88. Assim como, o inciso IV do artigo 175 assevera que o poder público tem a obrigação de manter o serviço público adequado⁴³. Importante ressaltar, ainda, a combinação do artigo 24, IX com o artigo 218 da CRFB/88, que permite concluir que todos os entes federativos podem legislar sobre “tecnologia, desenvolvimento e inovação”, devendo a administração promover e incentivar “o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”.

Tal incentivo para inovação, pesquisa científica e tecnológica ganha ainda mais destaque em 2004 com a promulgação da Lei Nacional de Inovação (Lei nº 10.973/04). Ressaltando que, em 2016, a Lei nº 13.243 atualiza aquela, trazendo a previsão de que a promoção da tecnologia deve se dar de forma descentralizada, abarcando todos os entes federa-

39 SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Diálogos publico-privados: da opacidade à visibilidade na administração pública*. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016. p. 171. In: SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. *Op. Cit.*, 2018, p. 1 – 161.

40 MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.*, p. 298.

41 Princípios da eficiência, transparência, publicidade, celeridade, economicidade, sustentabilidade, dentre outros.

42 SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. *Op. Cit.*, 2018, p. 56.

43 Artigo este que deve ser combinado com o artigo 5º da Lei Federal nº 13.460/17 que determina que o serviço público deve ser prestado de forma adequada, aplicando soluções tecnológicas que visem simplificar processos e procedimentos de atendimento ao usuário.

dos, conforme se depreende do inciso IV, do parágrafo único do artigo 1º desta Lei.

Inquestionavelmente corroboram essas premissas os princípios delineados na Lei de Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/99), abordados na primeira parte dessa pesquisa. Cumpre ressaltar, também, o artigo 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/00) “responsável por tratar da transparência da gestão fiscal” que “impõe ao Poder Público um amplo dever de publicidade por meios eletrônicos de acesso público, como, evidentemente, a internet”⁴⁴. No mesmo sentido, o Decreto Federal nº 5.482/05, que implementou o Portal da Transparência do Poder Executivo Federal e, por fim, a Lei das Estatais (Lei nº 13.303/16), que se preocupou com a transparência, publicidade e *compliance* na administração dessas empresas⁴⁵.

Além destas normas, destaca-se a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11), que recomenda no seu artigo 3º, inciso III, que o poder público deve viabilizar o direito de acesso à informação pela tecnologia de informação. Ademais, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) também parece fomentar o uso da internet como uma forma de conduzir os assuntos públicos, conforme disciplina, em especial, o inciso II do artigo 4º.

Destaca-se, ainda, o Decreto Federal nº 8.539/15, o qual tornou obrigatória a tramitação eletrônica de documentos nos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Dentre os principais objetivos desse Decreto estão justamente: i) assegurar eficiência, eficácia e a efetividade das ações governamentais; ii) realizar os processos administrativos com maior segurança, transparência e economia; iii) ampliar a sustentabilidade ambiental com a redução do uso do papel e outros insumos; e iv) facilitar o acesso do cidadão às instâncias administrativas.

Por fim e, não menos importante⁴⁶, temos a Lei Federal nº 13.726/18, que objetiva racionalizar atos e procedimentos administrativos dos poderes dos entes federativos, mediante “a supressão ou a simplificação de formalidades ou exigências desnecessárias ou superpostas, cujo custo econômico ou social, tanto para o erário como para o cidadão, seja

44 SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. *Op. Cit.*, 2018, p. 73.

45 CARDOSO, André Guskow. *Governança corporativa, transparência e compliance nas empresas estatais: o regime instituído pela Lei 13.303/2016*. Disponível: <<http://www.justen.com.br/pdfs/IE116/IE116-Andre-governan%C3%A7a-e-compliance-empresas-estatais.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

46 Salienta-se que não busca com essa pesquisa exaurir todos atos normativos que corroboram para a implementação do processo administrativo digital, mas sim trazer a título de exemplificação normas vigentes que atestam tal objetivo.

superior ao eventual risco de fraude, e institui o Selo de Desburocratização e Simplificação”.

Seguindo a mesma tendência federal, o Estado do Espírito Santo, em 18 de abril de 2019, publicou o Decreto nº 4410-R, prevendo as mesmas premissas do Decreto Federal nº 8.539/15, que tornou obrigatório o uso do processo eletrônico no âmbito federal. Merece destaque, no Decreto Estadual, o seu artigo 22, o qual determinou que o “uso do sistema de processo eletrônico deverá estar implementado no prazo de 2 (dois) anos, contado da data da publicação deste Decreto”.

Desse modo, o Decreto Estadual nº 4411-R/2019 instituiu o e-doc⁴⁷, no âmbito dos órgãos e das entidades do Poder Executivo Estadual, com o objetivo de aumentar a “eficiência e transparência dos processos administrativos” estaduais. Ressaltando que a Portaria nº 19-R/2019 definiu a obrigatoriedade de que todos os novos processos de projetos, obras, reformas e manutenções do Executivo Estadual e de indicações parlamentares deverão ser autuados e tramitados exclusivamente de forma eletrônica, por meio do e-Docs⁴⁸.

Nesse contexto, revela-se a intenção do Poder Executivo Estadual em modernizar a administração pública. Isso é claramente observado com a publicação do Decreto Estadual nº 4464-R de julho de 2019, que instituiu o Programa *Pitch Gov.ES*, o qual objetiva encontrar soluções inovadoras para os desafios da gestão pública.

Todavia, ainda que o Estado do Espírito Santo demonstre uma tendência em acompanhar a vontade do legislador nacional de implementação do processo administrativo digital por meio de tais Decretos Estaduais, ainda há uma necessidade de que seja editada uma lei de processo administrativo digital estadual, a fim de disciplinar a estrutura básica do processo digital em todos os poderes do Estado. E, resguardar, de fato, a observância aos princípios da segurança jurídica, do devido processo legal e da ampla defesa.

3.1 Limites, riscos e desafios da implementação do processo administrativo digital estadual

A despeito das vantagens obtidas com a implementação do processo administrativo digital, ainda há dúvidas acerca dos riscos e desafios

47 Art. 2º do Decreto Estadual nº 4411-R/19: “O e-Docs é um sistema corporativo de gestão de documentos arquivísticos eletrônicos, que contempla os procedimentos de autuação, captura, despacho, tramitação, classificação, temporalidade, arquivamento e destinação final”. Além desse Decreto há a Portaria nº 11-R/19 da SEGER que também dispõe sobre o e-Docs.

48 Portaria 19-R/2019. Disponível: < <https://processoeletronico.es.gov.br/Media/ProcessoEletronico/E-Docs%20Leis%20Decretos%20e%20Portarias/SEGER%20PORTARIA%20N%2019-R%202022-07-2019.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

que devem ser perpassados pela administração pública na adoção dessas tecnologias processuais.

Utilizando-se como referencial teórico o Manual de Direito Administrativo do Professor Paulo Otero⁴⁹, é possível destacar algumas incertezas que a implantação do processo digital ainda precisa perquirir: i) em que pese a redução dos custos com o processo digital, é preciso avaliar o investimento inicial em meios técnicos e equipamentos de informática; ii) a necessidade de uniformizar melhor as decisões administrativas; iii) a problemática que o armazenamento e o tratamento de dados pessoais pode causar em face dos valores de segurança, de confidencialidade e privacidade informacional; iv) a genérica desconfiança dos cidadãos perante tecnologias que não dominam; v) o aumento da desigualdade entre os cidadãos que possuem acesso à tecnologia e os que não têm, devido a fatores econômicos, diferenças etárias, causas oriundas da educação e, até mesmo, local de residência; vi) no campo técnico, há problemas quanto a compatibilidade e interoperatividade de equipamentos e programas, obstando a comunicação entre órgãos públicos.

Muitas dessas questões podem ser evitadas com o advento de um marco regulatório do processo administrativo digital, que discipline todos os direitos e as garantias dos administrados, de modo a trazer segurança aos cidadãos e manter a paridade garantística entre a forma física do direito administrativo e as novas formas eletrônicas do agir estatal⁵⁰. É preciso que uma lei mantenha a confiança nas informações e documentos digitais, que confira o modo como as notificações e as comunicações processuais se realizarão, salvaguardando o princípio do devido processo legal e da ampla defesa, dentre outros aspectos processuais relevantes.

Além disso, é necessário que haja uma ponderação entre a garantia da transparência da ação administrativa e o princípio da confidencialidade, de modo a reprimir problemas quanto a armazenagem de dados pessoais. A fim de solucionar tal questão, rememora-se a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/18, atualizada pela Lei nº 13.853/19), que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa de direito público, com objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade, privacidade e da personalidade da pessoa natural.

Não obstante, parece que a problemática mais sensível dos processos digitais diz respeito à incompatibilidade e dificuldade de inte-

49 OTERO, Paulo. *Op. Cit.*, 2016, p. 484-496.

50 OTERO, Paulo. *Op. Cit.*, 2016, p. 493.

gração de todos os sistemas eletrônicos. Essa questão é levantada, por exemplo, pela área técnica do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, o qual afirma que “hoje, o SEI do ministério ainda não conversa com SEI de outros órgãos”⁵¹.

A fim de solucionar esse obstáculo, parece que, mais uma vez, uma das alternativas que poderia ajudar nessa questão seria a edição de um Marco Legal de Processo Administrativo Digital, prescrevendo a necessária utilização de um mesmo sistema de processo digital, interligando todos os órgãos estaduais e, evitando problemas de incompatibilidade de programas no âmbito do Estado. Até mesmo porque apenas uma Lei poderia impor tal obrigação.

3.2 *Vantagens pragmáticas a partir de cases advindos da implantação do processo digital*

O Processo Eletrônico Nacional (PEN), integrado pelo Sistema Eletrônico de Informações (SEI), o Barramento de Integração do SEI⁵² e o Protocolo Integrado, é um exemplo de implementação de processo administrativo digital que começou no final de 2013 e que já rendeu grandes resultados. O Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão relata que “um ano de implantação foram reduzidos em 28% o gasto com compra de material e escritório e em 11% o custo de serviços postais. O tempo de tramitação dos documentos no ministério caiu, em média, de 77 dias para 31”⁵³.

Além disso, membros do Ministério aduziram que o sistema contribuiu para a preservação dos documentos, ou seja, “antes, muitos papéis se perdiam porque era um volume enorme, por desorganização ou até má-fé. Isso não acontece mais” com a tramitação eletrônica⁵⁴.

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), o governo do Distrito Federal e a Empresa Brasileira de Agropecuária (Embrapa), que participaram do programa do PEN, registraram uma redução de até 99% do tempo da tramitação das ações, uma maior produtividade dos servi-

51 AMARO, Mariana. *JOTA - Processo eletrônico reduz custos e tempo de tramitação de casos administrativos*. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/coberturas-especiais/Inova-e-acao/processo-eletronico-reduz-custos-09042019>. Acesso em: 23 jul. 2019.

52 SORDI, Neide de. *Conjur – Poder Público é obrigado a ter processo administrativo eletrônico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-25/poder-publico-obrigado-processo-administrativo-eletronico>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

53 AMARO, Mariana. *Op. Cit.* Acesso em: 23 jul. 2019.

54 _____. *Op. Cit.* Acesso em: 23 jul. 2019.

dores públicos e a “redução de 52% nos custos de aquisição de papel, materiais de escritório, serviço de postagem e serviços de impressão”⁵⁵.

De igual modo, a prefeitura municipal de Florianópolis e Tribunal de Justiça do Mato Grosso também apresentaram um resultado positivo com a adoção da tramitação eletrônica nos seus processos administrativos. A prefeitura reduziu em média 54% do tempo de trâmite processual quando comparado com o processo administrativo físico⁵⁶, igualmente o TJMT obteve uma redução de 60% no tempo da tramitação dos seus processos. “Por exemplo, antes durava em média 247 dias para que um processo de licitação na modalidade de Pregão fosse finalizado, hoje tem ocorrido em média em 100 dias”⁵⁷.

Além de benefícios advindos com a maior celeridade do processo digital em comparação com o físico, há também vantagens obtidas quanto a redução de custos com papel, impressão, deslocamento de processos físicos, entre outros serviços, que foram registrados em 2015 pelo Ministério da Justiça, órgão que relatou uma economia de R\$ 2 milhões com a implementação do sistema eletrônico⁵⁸.

Insta salientar que, afóra a economicidade obtida com a implementação do processo digital, há uma maior concretização do princípio da sustentabilidade ambiental, uma vez que, ao investir em tecnologia, a administração pública adota práticas ambientalmente mais responsáveis, com reflexos em uma utilização mais comedida dos recursos ambientais. Como exemplo, cita-se o Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, o qual diminuiu em 60% a utilização de papel com a adoção do Processo Administrativo Digital (PAD)⁵⁹.

Cumpre ressaltar que os exemplos abordados nesse tópico não são taxativos, não esgotando os casos em que fora alcançada uma melhora no trâmite processual nos órgãos da administração. Nada obstante, é possível que, a partir desses exemplos, possa-se concluir que a opção pelo processo administrativo digital tem demonstrado uma maior eficiência, celeridade e transparência na gestão pública.

55 _____. *Op. Cit.* Acesso em: 23 jul. 2019. Ressalte-se que conforme o artigo a adoção desse Processo Administrativo Nacional já resultou em uma economia de R\$200.000.000,00 (duzentos milhões) anuais.

56 EBOOK. E-gestão pública. *Decreto de Tramitação Eletrônica*. Disponível em: <https://www.e-gestao-publica.com.br/landing_page/tramitacao-eletronica/>. Acesso em: 23 jul. 2019.

57 LALIO, Ulisses. *Sem papel: processo digital reduz tempo na tramitação de ações administrativas do PJMT*. Disponível em: <<https://www.tjmt.jus.br/noticias/55790#XTfAOuhKjIU>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

58 EBOOK. E-gestão pública. *Op. Cit.*. Acesso em: 23 jul. 2019.

59 TRE-BA. *Processo Administrativo Digital diminui utilização de papel no TRE-BA*. Disponível em: <<http://www.tre-ba.jus.br/imprensa/noticias-tre-ba/2015/Maio/processo-administrativo-digital-diminui-utilizacao-de-papel-no-tre-ba>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

4 Conclusão

Pelo exposto, é possível oferecer algumas proposições conclusivas. Dentre elas, como se pretendeu demonstrar, toda a atividade administrativa estatal, para ser dotada de juridicidade, deve se pautar na processualidade administrativa fixada em lei, ao menos em seus aspectos estruturantes, sob pena de causar grande insegurança jurídica aos administrados. Assim como, a inexistência de uma lei disciplinadora do processo administrativo estadual, acaba por atrasar a concretização de diversos interesses públicos primários e secundários, de direitos fundamentais dos cidadãos, em especial, o direito à boa administração pública digital.

Por essa razão, uma lei de processo administrativo estadual, prevendo a tramitação digital, acaba atendendo melhor às legítimas expectativas dos cidadãos quanto à segurança jurídica, à transparência (certeza, clareza e calculabilidade), à boa-fé, à proteção da confiança nos relacionamentos jurídicos com a administração pública, à eficiência, à celeridade processual e à sustentabilidade ambiental.

Assim, a existência de uma lei de processo administrativo estadual viabiliza que a decisão estatal seja tomada com a adequada participação do administrado em fidedigno respeito ao devido processo legal administrativo, tendo em vista que permite que o cidadão consiga ter maior previsibilidade quanto aos comportamentos processuais da administração pública.

Tamanha é a relevância da disciplina legal do processo administrativo estadual que tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm reconhecido a indispensabilidade da lei do Estado sobre o tema, admitindo-se mesmo que seja aplicada a disciplina federal, prevista na Lei nº 9.874/99, no âmbito dos Estados-membros, até que se tenha lei específica estadual sobre a temática. Em que pese a razoabilidade e acerto dessa orientação, há um significativo espaço de conformação legal do processo administrativo pelos Estados, isso porque ainda que as normas da Lei Federal sejam excelentes, já contam com mais de duas décadas e merecem a devida atualização, em razão da própria evolução do Direito Público brasileiro, como se pretendeu demonstrar. Logo, uma lei de processo administrativo estadual, inspirada nas diretrizes normativas, doutrinárias e jurisprudenciais mencionadas, no contexto da administração pública digital, tem muito a oferecer para a maior segurança jurídica e eficiência da atividade processual do Estado.

Nesta ordem de ideias, observados os limites e possibilidades decorrentes da observância dos princípios jurídicos e diretrizes normativas, doutrinárias e jurisprudenciais acima destacadas. A ausência de

normatividade legal do processo administrativo poderá ter como possíveis consequências reais o aumento da insegurança jurídica das decisões estatais, a probabilidade de redução da transparência, da eficiência e, ainda, possível aumento da arbitrariedade das decisões estatais, o que não é desejável em um modelo de Estado Democrático de Direito como adotado no Brasil.

5 Referências

AMARO, Mariana. JOTA - Processo eletrônico reduz custos e tempo de tramitação de casos administrativos. Disponível: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/processo-eletronico-reduz-custos-09042019>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. Decreto Estadual nº 4410-R/19. Disponível: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=376847>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. Decreto Estadual nº 4411-R/19. Disponível: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=376848>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. Decreto Estadual nº 4464-R/19. Disponível: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=379086>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. Decreto Federal nº 8.539/15. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8539.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. Decreto nº 04/15. Disponível: <https://dre.pt/home/-/dre/66041468/details/maximized?p_auth=a0a2asGQ>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.987/95. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.784/99. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. LC nº 101/00. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.079/2004. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.973/04. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.107/05. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.419/06. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.527/11. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.529/11. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.303/16. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.243/16. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13243.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.965/14. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.140/15. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105/15. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.655/18. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.709/18. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.726/18. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13726.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.853/19. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13853.htm#art1>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. Portaria nº 11-R/19 da SEGER. Disponível: <<https://processoeletronico.es.gov.br/Media/ProcessoEletronico/E-Docs%20Leis%20>>

Decretos%20e%20Portarias/SEGER%20PORTARIA%20N%2011-R%2003-05-2019.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2019.

Portaria 19-R/2019. Disponível em: <<https://processoeletronico.es.gov.br/Media/ProcessoEletronico/E-Docs%20Leis%20Decretos%20e%20Portarias/SEGER%20PORTARIA%20N%2019-R%2022-07-2019.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

CARDOSO, André Guskow. Governança corporativa, transparência e compliance nas empresas estatais: o regime instituído pela Lei 13.303/2016. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/pdfs/IE116/IE116-Andre-governan%C3%A7a-e-compliance-empresas-estatais.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal*. 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício (Coord.). *O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

EBOOK. *E-gestão pública*. Decreto de Tramitação Eletrônica. Disponível em: <https://www.e-gestaopublica.com.br/landing_page/tramitacao-eletronica>. Acesso em: 23 jul. 2019.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2014.

LALIO, Ulisses. *Sem papel*: processo digital reduz tempo na tramitação de ações administrativas do PJMT. Disponível em: <<https://www.tjmt.jus.br/noticias/55790#.XTfAOuhKjIU>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

KUNERT, Maria Luiza de Moraes. Aspectos Princiológicos das Leis de Processo Administrativo Estadual. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/51515/aspectos-pricipiologicos-das-leis-de-processo-administrativo-estadual>>. Acesso em 23 jul. 2019.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *O Direito Administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

OCDE. *Revisão do Governo Digital do Brasil Rumo à Transformação Digital do Setor Público*. Disponível em: <<http://editor.planejamento.gov.br/seminariodigital/seminario/digital-gov-review-brazil-portugues.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 4^o Edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

_____. *Precedentes no direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Edições Almedina, 2016.

_____. *Direito do procedimento administrativo*. Coimbra: Almedina, Vol. I, 2019.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. (Org.). PEDROSO NETO, Marcos. *Os novos valores do direito nas organizações: isomorfismo pelas novas tecnologias e análise econômica do direito*. In: 1. ed. Brasília: Forum, 2018.

Projeto para a Lei Nacional da Liberdade Econômica. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/04/Lei-Nacional-da-Liberdade-Econ%C3%B4mica-FGV-Direito-SP-sbdp-vers%C3%A3o-final-04.04.19.docx.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

PORTO, Fábio Ribeiro. *O impacto da utilização da inteligência artificial no executivo fiscal*. Estudo de caso do TJRJ. Direito em movimento. Rio de Janeiro, v. 17, n.1, p. 142- 199, 1^o sem. 2019. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume17_numero1/volume17_numero1_142.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2019.

REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

SADDY, André. *Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na Economia*. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Diálogos público-privados: da opacidade à visibilidade na administração pública*. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016.

SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. *Processo Administrativo Eletrônico: o ponto de partida para uma nova administração pública*. Trabalho conclusão do curso de graduação em direito da UFSC, 2018.

SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. São Paulo: Edipro, trad. de Daniel Moreira Miranda, 2016.

SORDI, Neide de. *Conjur – Poder Público é obrigado a ter processo administrativo eletrônico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-25/poder-publico-obrigado-processo-administrativo-eletronico>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *A intervenção do Estado no domínio Econômico à luz da jurisprudência*. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela e MARSHALL, Carla C. *Direito Empresarial Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula 633. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Primeira-Secao-aprova-tres-novas-sumulas-sobre-prazos-e-regime-prescricional.aspx>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS nº 26358/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo STF nº 457. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo457.htm>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

_____. MS nº 24831/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo do STF nº 434. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo434.htm>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

TELLO, Diana Carolina Valencia; LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *A administração pública nas sociedades da informação e do conhecimento*. Revista de Direito Administrativo – RDA. Rio de Janeiro, v. 262, jan./abr., 2013.

TRE-BA. *Processo Administrativo Digital diminui utilização de papel no TRE-BA*. Disponível em: <<http://www.tre-ba.jus.br/imprensa/noticias-tre-ba/2015/Maio/processo-administrativo-digital-diminui-utilizacao-de-papel-no-tre-ba>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

1.7

GESTÃO DE RISCOS NAS EMPRESAS DO ESTADO: LIMITES, POSSIBILIDADES E CAUTELAS JURÍDICAS PARA A CONTRATAÇÃO DE SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PARA ADMINISTRADORES DAS ESTATAIS

HORÁCIO AUGUSTO MENDES DE SOUSA*
LUCAS FERNANDO DUMMER SERPA**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Regime jurídico geral do contrato de seguro de responsabilidade civil de administradores de empresas. 2.1 Regime jurídico geral do contrato de indenidade de administradores de empresas. 3 A relevância jurídica da contratação de seguro de responsabilidade civil para administradores das empresas estatais 4 Cautelas jurídicas para a contratação de seguro de responsabilidade civil e contrato de indenidade para administradores das empresas estatais. 5 Conclusões. 6 Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Empresas estatais. Responsabilidade civil dos administradores. Contrato de seguro. Contrato de Indenidade. Princípios setoriais da administração pública. Segurança Jurídica. Transparência. Eficiência. Economicidade.

1 Introdução

Como se sabe, o Estado regulador contemporâneo pode intervir e atuar na economia por meio de quatro categorias fundamentais, con-

* Procurador do Estado do Espírito Santo, com atuação na Procuradoria da Consultoria Administrativa. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Cândido Mendes – RJ. Especialista em Economia e Direito do Consumidor pela Universidad Castilla-La Mancha – Espanha. Professor de Direito Administrativo e Econômico da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo. ES, Brasil.

** Residente jurídico da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo, com atuação na Procuradoria da Consultoria Administrativa. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-graduando em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Advogado. ES, Brasil.

soante assinala a doutrina¹, quais sejam, o planejamento econômico², o fomento econômico³, a repressão ao abuso do poder econômico⁴ e a exploração direta de atividades econômicas com a criação de empresas estatais⁵. Cuida-se, pois, da ordenação estatal da economia ou ordenamento econômico estatal⁶.

Neste contexto, é sabido que a matriz constitucional fixou limites e possibilidades para a intervenção do Estado-empresário na economia⁷. Em primeiro lugar, a atuação empresarial estatal se submete ao princípio da subsidiariedade⁸, de modo que o Estado só deve criar empresas estatais nos casos previstos na Constituição ou quando necessário aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo definidos previamente em lei⁹, sob pena de intromissão inconstitucional estatal em área reservada à livre iniciativa econômica, que é fundamento da República, direito fundamental do cidadão e princípio setorial da ordem econômica¹⁰. Daí porque as estatais exploradoras de atividades econômicas, no desempenho das suas atividades, como regra, não podem ter privilégios, sobretudo fiscais, não extensíveis às demais sociedades empresárias criadas pelo próprio mercado¹¹.

1 O planejamento econômico, que é a atividade estatal de previsão de metas e resultados eficientes, em determinado setor ou região; o fomento econômico, que se constitui em técnica de incentivo pelo Estado, aos particulares, para que estes venham a aderir ao plano econômico estatal, decorrente do planejamento, e, assim, desenvolverem atividades em setores e regiões consideradas relevantes; a exploração direta de atividades econômicas pelo Estado caracterizada, tal técnica, pela criação de empresas públicas e sociedades de economia mista, excluindo ou competindo com a iniciativa privada e a prevenção e a repressão ao abuso de poder econômico, que se caracteriza como a técnica de intervenção do Estado na economia visando a prevenir, impedir ou afastar os efeitos nocivos da referida manifestação de poder ao regular funcionamento do mercado. Revela a obrigação estatal de submeter o exercício da liberdade de concorrência a limitações legitimamente fixadas pelo próprio Estado por meio do direito. Essa classificação adotada é didaticamente sugerida por SOUTO, Marcos Juruena Villela. In: *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 16. Ver, também, SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *A intervenção do Estado no domínio Econômico à luz da jurisprudência*, constante da obra coletiva sob a coordenação conjunta de SOUTO, Marcos Juruena Villela e MARSHALL, Carla C. intitulada *Direito Empresarial Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 45-88. Ver, também, SADDY, André. *Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na Economia*. 2 ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

2 CRFB/88, art. 174.

3 CRFB/88, art. 174.

4 CRFB/88, art. 173, § 4º c/c a Lei nº 12.529/2011.

5 CRFB/88, art. 173 c/c Lei nº 13.303/2016.

6 CRFB/88, art. 170 e ss.

7 CRFB/88, art. 173.

8 CRFB/88, art. 173, *caput*.

9 Lei nº 13.303/2016, art. 27.

10 CRFB/88, art. 1º, IV c/c art. 5º, XIII c/c art. 170, *caput*.

11 CRFB/88, art. 173, § 2º.

Em segundo lugar, a atuação empresarial do Estado deve se submeter aos limites e possibilidades fixados, sobretudo, no marco regulatório nacional das estatais, concretizado notadamente na Lei nº 13.303/2016, sob pena de ilegalidade e antijuricidade¹². Em terceiro lugar, a atuação do Estado empresarial deve respeitar a função social da empresa estatal¹³. Em quarto lugar, as empresas estatais devem se sujeitar aos mecanismos de fiscalização do próprio Estado e da sociedade¹⁴.

Em quinto lugar, as estatais devem se submeter ao regime jurídico próprio das demais sociedades empresárias privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, com as naturais derivações constitucionais inerentes ao regime de direito público, como, por exemplo, a observância dos princípios constitucionais setoriais da administração pública¹⁵. Mas aqui, como será visto adiante, é importante frisar a aplicação, para as estatais, do regime jurídico securitário de direito privado, para fins de responsabilização civil dos administradores das estatais, com as naturais limitações constitucionais e legais inerentes ao regime de direito público aplicável às estatais.

Em sexto lugar, a submissão das empresas estatais ao dever de licitar, observando-se os princípios setoriais da administração pública¹⁶. Em sétimo lugar, as estatais devem possuir uma estrutura de governança corporativa capaz de viabilizar, simultaneamente, o alcance dos seus fins de interesse público, sem prejuízo, também, da obtenção do lucro justo e razoável por parte dos demais sócios, razão pela a matriz constitucional destacou a necessidade de instituição de conselho de administração e fiscal, inclusive com a participação de acionistas minoritários¹⁷. Daí, também, a importância do marco regulatório nacional acima aludido, disciplinando as relações das empresas estatais com o Estado e a sociedade¹⁸.

Como pressuposto dessa governança corporativa, esses administradores estarão sujeitos à mandatos com prazos determinados, avaliação de desempenho e, em especial para o presente estudo, a um regime

12 CRFB/88, art. 173, § 1º.

13 CRFB/88, art. 173, § 1º, I, primeira parte.

14 CRFB/88, art. 173, § 1º, I, segunda parte.

15 CRFB/88, art. 37, *caput*. Neste sentido, cf.: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres et al. *Comentários à Lei das Empresas Estatais: Lei nº 13.303/2016*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 64 e ARA-GÃO, Alexandre Santos de. As empresas estatais e os princípios constitucionais da Administração Pública. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (Coord.) *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 541.

16 CRFB/88, art. 173, § 1º, III.

17 CRFB/88, art. 173, § 1º, IV.

18 CRFB/88, art. 173, § 3º.

de responsabilização próprio para os tomadores de decisões relevantes e estratégicas das estatais¹⁹, o que reforça a importância de um regime securitário para esses administradores, de modo a viabilizar as suas atuações de forma mais segura e eficiente.

Assim, a atuação direta do Estado na economia, por meio de empresas estatais, em um cenário de competição global cada vez mais intensificado, em razão do desenvolvimento das atividades econômicas na era digital, requer uma estrutura segura, eficiente e adequada na atuação e governança das empresas do Estado. Ou seja, ser administrador de empresa estatal em um mercado global, dinâmico e competitivo, em uma sociedade complexa e de riscos, é tarefa cada vez mais desafiadora.

Por conta disso, é importante que esses riscos decisórios de administradores de estatais estejam, na maior medida possível, mensurados, objetivados e precificados, de modo a trazer maior segurança jurídica e eficiência para as empresas estatais, para o mercado e seus administradores, com benefícios para o Estado acionista e para a sociedade como um todo. Daí a possibilidade da contratação de seguros de responsabilidade civil de administradores de estatais.

Mas, qual é a importância efetiva da contratação, pela empresa estatal, de seguro de responsabilidade civil para os seus administradores? Essa contratação é relevante para que as empresas estatais alcancem seus objetivos de maneira mais eficiente? Quais são os limites, possibilidades e cautelas necessárias, pela empresa estatal, para a contratação estatal de seguro de responsabilidade civil para administradores das empresas estatais? O que as práticas empresariais de seguro de responsabilidade civil de administradores adotadas no mercado podem contribuir para a modelagem do contrato de seguro ou mesmo contrato de indenidade firmado no âmbito das empresas estatais?

Esses questionamentos assumem incontestável relevância e atualidade, principalmente com o advento do novo marco regulatório das empresas estatais concretizado na já citada Lei federal nº 13.303/2016, que pretendeu conferir efetivo reforço à segurança jurídica e eficiência na atuação das empresas do Estado, o que passa necessariamente por uma adequada sistemática de gerenciamento de riscos no âmbito dessas empresas estatais.

Nada obstante essas considerações, sob a perspectiva histórica²⁰ e atual, não se pode deixar de reconhecer que as empresas estatais já

19 CRFB/88, art. 173, § 1º, V.

20 Sob o aspecto histórico a respeito da gênese das estatais, cf.: TÁCITO, Caio. "Controle das Empresas do Estado". TÁCITO, Caio. In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 11, p. 1-9, 1973. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 64 e FILHO, Alberto Venâncio. *A Intervenção do Estado no domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1968, p. 428.

ostentaram maior prestígio enquanto instrumentos de intervenção do Estado na economia. Isto porque, com o quadro atual de crise fiscal brasileiro e de esgotamento dos recursos públicos, vai se alinhando um novo fluxo de processos de desestatização, em sentido amplo, no Brasil, abrangendo-se, inclusive, a privatização de empresas estatais²¹, como forma de reduzir o tamanho do Estado, redimensionar a atuação estatal e tornar a administração pública brasileira mais eficiente e comprometida com o alcance de resultados concretos de interesse público, voltados ao alcance dos objetivos fundamentais da República previstos na matriz constitucional²².

Dito isso, sob o prisma metodológico, em um primeiro momento, vale inicialmente investigar o regime jurídico geral do contrato de seguro de responsabilidade civil dos administradores de empresas em geral, inclusive realçando alguns aspectos relevantes do regime jurídico geral do contrato de indenidade de administradores de empresas, destacando-se aquilo que essas modalidades securitárias podem contribuir para o regime jurídico dos seguros dos administradores das empresas estatais. Num segundo momento, examina-se a relevância jurídica da contratação estatal de seguro de responsabilidade civil para administradores das empresas estatais, no contexto da necessidade de gerenciamento e mitigação de riscos, à luz do marco regulatório nacional das empresas estatais. Por fim, apontam-se algumas cautelas jurídicas importantes para a contratação de seguro de responsabilidade civil para administradores das empresas estatais. Ao final ofertam-se algumas proposições conclusivas. É o rumo metodológico que se pretende enveredar.

2 Regime jurídico geral do contrato de seguro de responsabilidade civil de administradores de empresas

Em um primeiro momento, mostra-se essencial esclarecer que os institutos jurídicos em discussão no presente artigo, quais sejam, contratos de indenidade e contratos de responsabilidade civil de administradores de empresas, são espécies de um abrangente campo que aqui será conceituado como sistema de resguardo e gerenciamento das decisões de administradores de sociedades.

21 Existem diversas iniciativas desestatizantes, inclusive a privatização de empresas estatais, no âmbito dos três níveis federativos de poder. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/01/21/uniao-estados-e-capitais-possuem-ao-menos-229-projetos-de-privatizacao-e-concessao-no-brasil.ghtml>>. Acesso em: 5 jun. 2019.

22 CRFB/88, art. 3º. Sobre o tema, cf.: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 65.

Por sua vez, a pertinência para a aplicação desses modelos negociais se dá, sobretudo, no mercado de capitais e, mais precisamente, no âmbito das companhias abertas, nas quais o vínculo de afetividade, próprio das sociedades fechadas ou contratuais, é substituído pelo quase exclusivo intento lucrativo.

No Brasil, sobretudo a partir da década de 1990²³, o contrato de seguro de responsabilidade civil de administradores de empresas surge na comunidade jurídica nacional como forma de respaldar e proteger o patrimônio universalmente considerado daquele que assume a figura gerencial e decisória das sociedades empresariais. Noutro passo, o seguro também traz vantagens à sociedade, acionistas e terceiros lesados pelos prejuízos patrimoniais decorrentes de decisões tomadas no mercado de capitais, na medida em que representa um reforço à indenização²⁴.

Também denominado de contrato de seguro de D&O - *Directors and Officers Liability Insurance*, o negócio jurídico em comento é, em sua essência, uma espécie de seguro privado de danos. Com efeito, trata-se de figura jurídica que, em princípio, não encontra regulamentação específica em lei em sentido estrito, sendo fruto da dinamicidade e da experiência do mercado empresarial. Nada obstante, pode-se extrair como fundamento dessa espécie contratual o disposto no artigo 787 do Código Civil brasileiro de 2002, segundo o qual “No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro”. O alcance do instituto aqui tratado, todavia, é muito maior.

Em linhas gerais, o seguro RC D&O é fruto de uma relação comercial estabelecida, geralmente, pela sociedade (tomadora), em benefício de pessoas que nela exerçam, passem a exercer ou tenham exercido cargo de administração ou de gestão (segurados). Não se limita, portanto, ao administrador em sentido estrito, mas todo aquele que influi na tomada de decisões pela sociedade empresária. Por sua vez, a so-

23 Sobre os fatores externos que levaram à utilização dessa espécie de contrato de seguro, assevera a doutrina: “No Brasil esses seguros foram introduzidos na década de 1990. Contudo, tornaram-se mais populares com as privatizações, as quais levaram à contratação de executivos de multinacionais de empresas desestatizadas, que passaram a exigí-lo a fim de aceitar o cargo. Outro fator que impulsionou seu aumento foi a crise financeira de 2008, que causou uma maior percepção das empresas sobre os riscos financeiros a que estão expostas e dos executivos sobre a possibilidade de responsabilização por seus atos de gestão, a exemplo do que ocorreu com as sociedades empresárias Aracruz Celulose S.A. e a Sadia S.A. Por fim, com a entrada em vigor da Lei Anticorrupção no ano de 2014, bem como a deflagração da denominada “Operação Lava Jato”, a proteção ao patrimônio particular voltou a ser uma preocupação dos executivos, aumentando a demanda pelo Seguro de D&O” (TEIXEIRA, Bárbara Bittar. A crise da responsabilidade civil e o seguro D&O. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Vol. 80/2018. p. 229/247. Abr/Jun 2018).

24 Consoante ensina a doutrina: “O seguro D&O mostrou-se uma ferramenta relevante, tanto para solucionar os empecilhos enfrentados pelos acionistas minoritários na busca de serem indenizados pelos danos causados pelos administradores, quanto para garantir aos administradores certo conforto na execução de suas funções na companhia”. (GATTAZ, Luciana de Godoy Penteado. A responsabilidade civil dos administradores de companhias abertas não financeiras e o seguro D&O. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Vol. 74/2016. P. 53-70. Out – Dez 2016).

cidade seguradora garante aos segurados, quando responsabilizados por danos causados a terceiros, praticados no exercício das funções, o reembolso de indenizações a que forem obrigados a pagar, a título de reparação, por sentença judicial ou arbitral irrecorrível, ou por acordo com aqueles prejudicados.

A razão de ser do instituto decorre, sobretudo, das amarras fixadas no regime geral de responsabilização eleito pela Lei nº 6.404/1976 - Estatuto das Sociedades Anônimas, que estabelece que o administrador, embora não seja pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão, responde pelos prejuízos que causar quando proceder, dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; ou, ainda, por conduta que viole a lei ou o estatuto²⁵. Nada obstante, dentro da margem de responsabilização, o conceito jurídico indeterminado “ato regular de gestão” pode, na prática, diante das entidades reguladoras do mercado de capitais ou, mesmo no âmbito do Poder Judiciário, ter maior ou menor alcance, o que pode gerar incerteza jurídica para o administrador, que precisa tomar decisões cuja solução, muitas vezes, implica no sopesamento de alternativas com maior ou menor grau de riscos.

Além disso, quando os prejuízos são causados à companhia em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o seu funcionamento, o administrador pode ser responsabilizado até mesmo por deveres que não lhe incumbem totalmente²⁶. Nesse sentido, uma nítida margem de insegurança jurídica é revelada no campo de atuação dos administradores das ditas sociedades, o que abre caminho para a contratação de seguros de RC D&O.

Ademais, deve-se consignar que a cobertura do seguro não cobre atos dolosos ou cometidos com culpa grave, bem como aqueles atos que importarem em violação às normas legais ou estatutárias. Isto porque, nessas hipóteses, não há dúvidas sobre a conduta do administrador, que age em contrariedade ao ordenamento jurídico. Deve ser ele, portanto, responsabilizado pessoalmente por seus atos.

Por se tratar de uma espécie de seguro, o contrato em análise deve obedecer aos parâmetros fixados pelo sistema nacional de seguros privados e, dentro desse contexto, a Superintendência de Seguros Pri-

25 Lei nº 6.404/76, Art. 158, caput. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II - com violação da lei ou do estatuto.

26 Lei nº 6.404/76, art. 158, § 2º.

vados - SUSEP, autarquia fiscalizadora do mercado de seguros, traça orientações gerais a serem obedecidas na pactuação desses contratos²⁷.

A normatividade citada estabelece, dentre outros pontos relevantes: (i) que a cobertura do seguro abranja os custos de defesa, honorários advocatícios, multas e penalidades administrativas²⁸; (ii) as espécies de seguro - apólice à base de ocorrências e à base de reclamações, com ou sem cláusula de notificações²⁹; (iii) a possibilidade da seguradora, alternativamente, realizar o pagamento direto aos terceiros prejudicados ou reembolsar o tomador, caso tenha adiantado, para o segurado, o valor das perdas e danos³⁰; (iv) a exclusão da cobertura dos riscos de responsabilização decorrentes de (iv.i) danos causados a terceiros, pelos segurados, quando não estiverem no exercício da função³¹; (iv.ii) danos causados a terceiros no exercício de profissões liberais e (iv.iii) danos ambientais enquadrados em outra modalidade de seguro³² e (v) estipula que o termo contratual deve conter cláusulas com condições gerais, especiais e particulares.

Nesta ordem de ideias, pode-se dizer que os contratos de seguro de responsabilidade civil de administradores estão adquirindo cada vez mais relevância no âmbito das sociedades empresárias, havendo um aumento substancial na sua utilização³³. Esse contexto fático, por sua vez, chamou a atenção do gestor público, o que culminou na previsão específica de utilização dessa modalidade no âmbito das empresas estatais, na forma da Lei nº 13.303/2016, que, em seu art. 17, § 1º, asse-

27 Atualmente, a Circular SUSEP nº 553/2017 é o diploma que traça essas diretrizes. Essa normatividade expedida pela SUSEP encontra fundamento legal no art. 36, alínea "b", do Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, *in verbis*: Compete à SUSEP, na qualidade de executora da política traçada pelo CNSP, como órgão fiscalizador da constituição, organização, funcionamento e operações das Sociedades Seguradoras: (...) b) baixar instruções e expedir circulares relativas à regulamentação das operações de seguro, de acordo com as diretrizes do CNSP;".

28 Art. 5º, §§ 3º e 5º da Circular SUSEP nº 553/2017.

29 Art. 3º, I a III da Circular SUSEP nº 553/2017.

30 Art. 5º, § 2º da Circular SUSEP nº 553/2017.

31 O STJ, ao analisar o tema, considerou que "*O seguro de RC D&O somente possui cobertura para (i) atos culposos de diretores, administradores e conselheiros (ii) praticados no exercício de suas funções (atos de gestão). Em outras palavras, atos fraudulentos e desonestos de favorecimento pessoal e práticas dolosas lesivas à companhia e ao mercado de capitais, a exemplo do insider trading, não estão abrangidos na garantia securitária*". (REsp: 1601555/SP. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. Data de Julgamento: 14/02/2017. Data de Publicação: DJe 20/02/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502315417&dt_publicacao=20/02/2017> Acesso em: 21 jul. 2019.

32 Art. 6º da Circular SUSEP nº 553/2017.

33 "*Dados oficiais da Susep indicam que o seguro de responsabilidade civil de administradores, conhecido como D&O, gerou receita de prêmios da ordem de R\$ 77,9 milhões nos dois primeiros meses deste ano. Esse valor é 55,5% maior que o montante apurado no mesmo período, em 2018*" (Disponível em: <<https://www.fenacor.org.br/noticias/seguro-do-cresceu-555-no-primeiro-bimestre>>. Acesso em: 20 jul. 2019. Sobre o tema, ver, ainda: <http://www.susep.gov.br/menuestatistica/SES/relatorios-de-analise-e-acompanhamento-dos-mercados-supervisionados>.

vera que “*O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias poderá dispor sobre a contratação de seguro de responsabilidade civil pelos administradores*”. O tema será retomado em tópico específico adiante.

Nada obstante, não se trata de mecanismo que implica em blindar o patrimônio do administrador, mas, tão somente, de um reforço à indenização legitimado por uma espécie de transferência econômica da responsabilidade³⁴. É importante consignar, no entanto, que o seguro não protege o gestor que comete ilícitos, pois, como visto, a modalidade securitária em apreço exclui do seu âmbito de incidência atos cometidos com dolo, culpa grave ou violação ao estatuto ou lei.

Pelo que se denota, o contrato de seguro de responsabilidade civil de administradores é uma espécie de contrato de seguro de danos que, embora não tenha regulamentação legal específica, é objeto de controle por entidades estatais, notadamente a SUSEP. Assim, com o intuito de conferir-lhe a força necessária e atrativa para os interesses das sociedades empresárias, faz-se dessa espécie contratual uma técnica de proteção à atuação de administradores societários, frente à observância de deveres fiduciários que lhes incumbem. Isso gera, por consequência, verdadeiro incentivo à adoção de maior cautela nas decisões, na medida em que, se determinada decisão não for reconhecidamente objeto de proteção de cobertura do seguro, terá o gestor que suportar os ônus de eventual prejuízo com seu próprio patrimônio.

Vistos alguns aspectos jurídicos do contrato de seguro de responsabilidade civil dos administradores, passa-se, no item seguinte, a abordar o regime jurídico geral do contrato de indenidade de administradores de empresas.

2.1 Regime jurídico geral do contrato de indenidade de administradores de empresas

Dentro do regime protetivo das decisões de administradores societários, o contrato de indenidade se revela como outro instrumento jurídico disponível às sociedades empresárias. Diversamente do seguro de responsabilidade civil, em que há intervenção de um terceiro (a seguradora), o contrato de indenidade constitui-se como uma espécie de solução empresarial interna, no âmbito institucional da própria sociedade, para os atos de risco, na medida em que é a própria companhia

34 Nesse sentido, cf.: PIMENTA, MELISA CUNHA. *Seguro de responsabilidade civil*. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO: São Paulo, 2009. p. 112.

que garante o pagamento da indenização em caso de danos a terceiros por atos regulares de gestão dos administradores.

Destarte, em linhas gerais, trata-se de contrato atípico³⁵, pelo qual se busca manter indene o administrador, ou qualquer outro ocupante de cargo com poder decisório na sociedade, vale repetir, por atos regulares de gestão. É formada, pois, por uma relação jurídica obrigacional entre a sociedade empresária e seu membro administrador. Não se exclui a possibilidade, outrossim, de contratualização de riscos de outros sujeitos, advogados, por exemplo, quando acionados pela empresa para analisar a juridicidade de uma questão que poderá fundamentar o direcionamento de uma decisão da companhia. Nesse sentido, eventual prejuízo decorrente do parecer jurídico poderá ser objeto de celebração de compromisso de indenidade, resguardando-se o patrimônio do causídico³⁶.

O uso dessa modalidade contratual vem se mostrando como uma pertinente opção nos últimos anos, em paralelo aos contratos de seguro de responsabilidade, acima mencionados, em um momento em que aumentam exponencialmente os riscos da gestão de sociedades frente as constantes denúncias de corrupção, lideradas, sobretudo, pela Operação “Lava Jato”³⁷. Mais uma vez, desperta-se o interesse de empresas estatais, também, no manejo desse instrumento jurídico, como será visto adiante.

A atualidade dessa modalidade contratual e o seu exponencial crescimento despertou a necessidade de uma regulação dos seus contornos jurídicos, a fim de se conferir segurança jurídica aos seus partícipes.

35 Classifica-se como atípico porque não encontra correspondência legal. Sobre o tema, Nelson Rosendal e Cristiano Chaves de Faria lecionam: “Os contratos atípicos são aqueles que não contêm na lei um modelo típico de disciplina própria, mesmo que difundidos no tráfico jurídico. Pode ocorrer de um contrato estar consagrado na prática social, versado em doutrina e jurisprudência, mas ser legalmente atípico. Basta cogitarmos das figuras do factoring, da concessão de know-how e da utilização de cartões de crédito, legalmente atípicos, apesar de socialmente típicos (...). Consistem os contratos atípicos justamente nesta maior amplitude de ação reservada aos particulares em sua autonomia privada e sua liberdade contratual.”. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos - teoria geral e contratos em espécie*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 369-370.

36 Tal exemplo é citado pela Dra. Nair Saldanha, coordenadora da Comissão de Direito Societário e mercado de capitais do IBRADEM (Instituto Brasileiro de Direito Empresarial) e vice-presidente da Comissão Jurídica da Abrasca, Associação Brasileira de Companhias Abertas, em entrevista cedida ao canal eletrônico da entidade. Disponível em: <https://youtu.be/WIL0IJAgE_A>. Acesso em: 22 jul. 2019.

37 Como anota a doutrina: “Em 2015, o crescimento anual do ramo D&O foi o maior da série histórica, tanto em termos absolutos, quanto em relação a todo o mercado segurador. Este desenvolvimento torna-se ainda mais singular, devido à sua ocorrência em um contexto de recessão econômica, indicada pela queda anual do PIB de - 3,77%. A hipótese desta pesquisa, é a de que a performance do seguro D&O em 2015 está relacionada à deflagração da operação Lava Jato em 2014. A associação entre o seguro D&O e a investigação da Polícia Federal não é inédita. FERNANDES e GUERRA (2018) consideram a operação como um verdadeiro divisor de águas para este mercado, fazendo com que as seguradoras sejam mais cautelosas na subscrição do risco de seus segurados”. CARVALHO, João Vinicius de França; RENSI, Rafael Tonet. *O impacto da Operação Lava Jato no mercado de seguros de Responsabilidade Civil de Administradores e Diretores no Brasil*. XIX USP International Conference in Accounting. Disponível em: <https://congressosp.fipecafi.org/anais/Anais2019_NEW/ArtigosDownload/1316.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2019.

Nesse sentido, a Comissão de Valores Mobiliários, autarquia federal responsável por disciplinar e fiscalizar o mercado de valores mobiliários, editou o Parecer CVM nº 38/2018³⁸, a fim de discorrer a respeito dos deveres fiduciários dos administradores no âmbito dos contratos de indenidade entre as companhias abertas e os citados administradores.

Ao que tudo indica, preocupou-se a CVM com o impacto patrimonial dessa contratação para a companhia, além da possível deflagração de conflito de interesses, na medida em que a deliberação acerca da celebração do contrato, bem como o posterior desembolso do capital para cobertura das despesas de responsabilidade, é deliberada por órgão composto pelos próprios membros da companhia.

O citado parecer, por conseguinte, fixou parâmetros a serem observados nos contratos de indenidade, a começar por sua cobertura, reforçando sua aplicabilidade apenas para despesas sofridas em razão de cargo ou função, ficando excluídos os atos praticados: (i) fora do exercício de atribuições; (ii) com má-fé, dolo, culpa grave ou mediante fraude; ou (iii) em interesse próprio ou de terceiros, em detrimento do interesse social da companhia.

Exige-se, igualmente, que o contrato preveja regras claras e objetivas sobre o órgão responsável por avaliar o ato do administrador, de modo que as decisões sejam tomadas com independência, delegando-se a decisão para a Assembleia-Geral, órgão máximo da companhia, quando: (i) mais da metade dos administradores sejam beneficiários diretos da deliberação sobre o dispêndio de recursos; (ii) houver divergência de entendimento sobre o enquadramento do ato do administrador como passível de indenização; ou (iii) a exposição financeira da companhia se mostre significativa, considerando os valores envolvidos. Não se exclui, nada obstante, a possibilidade de regras adicionais de controle, a fim de se evitar o conflito de interesses.

Há, ainda, no parecer CVM nº 38/2018, ora em análise, recomendações para a inserção de cláusulas que permitam conferir maior segurança jurídica à contratação. Entende-se, no entanto, que não é o caso de se engessar a estrutura do contrato, mas de apenas conferir-lhe um mínimo de normatização frente a exigências do mercado de capitais.

O contrato de indenidade, pelo que se denota, é um importante instrumento política de governança corporativa³⁹, que, somada ao se-

38 COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Parecer de Orientação SE/CVM nº 38, de 25.09.2018. *Deveres fiduciários dos administradores no âmbito dos contratos de indenidade celebrados entre as companhias abertas e seus administradores*. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/legislacao/pareceres-orientacao/pare038>>.html. Acesso em: 23 jul. 2019.

39 Sobre o conceito de governança corporativa, confira-se: *“Governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e*

guro de responsabilidade civil de administradores, vem despertando o interesse do Estado, na condição de acionista das empresas estatais. As peculiaridades das normas cogentes da administração pública, no entanto, exigem uma análise específica desses institutos frente ao interesse público envolvido, o que será visto adiante.

Por conta da liberalidade inerente à dinâmica dos negócios jurídicos, o contrato de indenidade exige cautela em sua pactuação. Nesse sentido, por representar o encontro de vontades entre a sociedade empresária e o gestor, ou entre aquela e outra pessoa cuja atividade demande análise de riscos, necessita ser bem delineado, a fim de que a sua concepção original, qual seja, a proteção do patrimônio do beneficiário, não seja desvirtuada pela superveniência de conflitos de interesses.

Pelo que se apresentou até o momento, denota-se que, apesar de o contrato de indenidade e o contrato de seguro de responsabilidade civil estarem dentro de um mesmo sistema, são institutos dotados de particularidades que lhes são próprias. A principal e mais clara das diferenças entre eles, sem dúvidas, está na análise dos titulares dos polos das relações jurídicas firmadas. Enquanto no contrato de seguro o gestor é mero beneficiário, sendo o contrato diretamente firmado entre a empresa e a seguradora, no compromisso de indenidade há a participação direta do administrador, que negocia com a sociedade a esfera de cobertura da responsabilidade. Sendo assim, enquanto no contrato de seguro a análise da conduta do beneficiário, para fins de recebimento do prêmio (ou pagamento direto da quantia ao indenizado) passa pelo crivo da seguradora, que dará a decisão sobre a aplicabilidade ou não do caso ao seguro firmado, no contrato de indenidade a decisão sobre a proteção do patrimônio perpassa pela análise da própria sociedade. A importância de tais técnicas, nada obstante, é clarividente, de modo que, como será explicitado, podem estar disponíveis às empresas estatais como importante fator de gerenciamento de riscos decisórios.

Vistos alguns aspectos jurídicos do contrato de indenidade dos administradores, passa-se, no item seguinte, a abordar a relevância jurídica da contratação de seguro de responsabilidade civil para administradores das empresas estatais.

demais partes interessadas. As boas práticas de governança corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum. (Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015. p. 20).

3 A relevância jurídica da contratação de seguro de responsabilidade civil para administradores das empresas estatais

No presente item, cabe examinar a importância da contratação, pela empresa estatal, de seguro de responsabilidade civil para os seus administradores, verificando em que medida essa contratação é relevante para que as empresas estatais alcancem seus objetivos institucionais de maneira mais segura e eficiente. Desde logo, da análise do marco regulatório nacional das empresas estatais, bem se percebe uma preocupação, geral e sistêmica, com os riscos, em sentido amplo, das atividades desenvolvidas pelas empresas do Estado⁴⁰. Esse tratamento é plenamente compatível com a disciplina constitucional das estatais, como destacado acima⁴¹.

Destarte, se por um lado, elas se submetem ao regime jurídico próprio das demais empresas do mercado, com as naturais derrogações previstas na matriz constitucional, em razão do interesse público que justifica a criação dessas entidades, por outro, uma vez atuando no mercado⁴², suas atividades geralmente ensejam riscos significativos para si, para o Estado e para terceiros. Daí, portanto, a preocupação do legislador com o estabelecimento de mecanismos voltados à mitigação e mensuração desses riscos, assim como eventual responsabilização dos administradores por danos causados às estatais em que exercem as suas funções⁴³. Se isso deve ocorrer nos casos em que as empresas do Estado não detenham controle acionário⁴⁴ em suas operações societárias, com maior razão nas hipóteses em que o ente político estatal e as respectivas estatais detenham tal controle.

Neste contexto, o estatuto das estatais deverá disciplinar, na maior medida possível, os mecanismos, estruturas e práticas voltadas à gestão dos riscos envolvidos⁴⁵ em suas atividades. Assim, em concretude ao princípio da transparência, as empresas estatais deverão divulgar, de forma tempestiva e atualizada, em carta anual, de forma clara e direta, os fatores de risco inerentes às suas atividades⁴⁶, inclusive a previ-

40 Neste sentido, cf. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres et al. *Comentários à Lei das Empresas Estatais*: Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 68.

41 CRFB/88, art. 173.

42 CRFB/88, art. 173, § 1º, II.

43 CRFB/88, art. 173, § 1º, V.

44 Lei nº 13.303/2016, art. 1º, § 7º.

45 Lei nº 13.303/2016, art. 6º.

46 Lei nº 13.303/2016, art. 8º, III e VIII.

são clara dos custos dos riscos envolvidos⁴⁷, o que se justifica, também, pela indisponibilidade do interesse público que informa a atuação das empresas estatais.

Ademais, as empresas do Estado, obrigatoriamente, devem adotar regras, estruturas e práticas de gestão de riscos que contemplem, em especial para o presente estudo, as ações dos administradores e empregados, bem como a estruturação de área ou setor responsável pela gestão dos riscos societários envolvidos na atuação da estatal, sem prejuízo da edição do respectivo código de conduta e integridade, que deverá prever treinamento e capacitação, envolvendo administradores e empregados, voltados para a gestão de riscos societários pertinentes⁴⁸. Essa mesma normatividade interna deverá ser constantemente atualizada, com a finalidade de acompanhar e aprimorar, permanentemente, as boas práticas de governança da estatal⁴⁹. Além disso, merece registro a necessidade de estruturação da necessária auditoria interna, que tem a responsabilidade de verificar a efetividade da política de gerenciamento de riscos, de modo a revestir de maior segurança jurídica e eficiência a atuação empresarial estatal⁵⁰.

Sob outro prisma, o maior rigor na escolha dos administradores também se justifica na necessidade de mitigação de riscos no desempenho das atividades das estatais. Ou seja, quando mais eficiente o quadro de administradores das estatais, menores os riscos de tomadas de decisões equivocadas, muito embora esses riscos jamais tendam a chegar ao nível zero, pelos riscos inerentes a qualquer atividade empresarial, inclusive das estatais. Nesse contexto, merece destaque a previsão geral de contratação, pela empresa estatal, de seguro de responsabilidade civil para os administradores⁵¹.

Como visto na primeira parte do presente estudo, na prática, tem-se optado pela adoção do contrato de seguro *D&O - Directors and Officers Liability Insurance* ou, ainda, o contrato de indenidade, cada um com as suas peculiaridades, como se pretendeu demonstrar acima. Nada obstante, sob o ponto de vista do marco regulatório nacional das

47 Lei nº 13.303/2016, art. 8º, § 2º.

48 Lei nº 13.303/2016, art. 9º, I, II c/c § 1º, VI.

49 Lei nº 13.303/2016, art. 12, II.

50 Lei nº 13.303/2016, art. 9º, § 3º, II.

51 Lei nº 13.303/2016, art. 17, § 1º. Confira-se: “Art. 17. Os membros do Conselho de Administração e os indicados para os cargos de diretor, inclusive presidente, diretor-geral e diretor-presidente, serão escolhidos entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento, devendo ser atendidos, alternativamente, um dos requisitos das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso I e, cumulativamente, os requisitos dos incisos II e III: [...] § 1º O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias poderá dispor sobre a contratação de seguro de responsabilidade civil pelos administradores”.

empresas estatais, mister se faz o atendimento de alguns requisitos legais prévios para essas contratações, em respeito ao princípio constitucional setorial da legalidade administrativa⁵², como se sabe, também aplicável às empresas estatais.

Assim, em primeiro lugar, há necessidade de previsão estatutária específica, que deverá disciplinar os limites, possibilidade e cautelas para a contratação das modalidades securitárias aludidas. E nem poderia ser diferente, pois essa disciplina estatutária, com reflexos no contrato de seguro a ser firmado, fixará a disciplina dos riscos a serem suportados pelo seguro, assim como os valores máximos objeto das coberturas securitárias, o que se justifica não só pelo princípio da segurança jurídica, mas, também, pelos princípios da transparência, eficiência e economicidade na mensuração, quantificação e precificação dos riscos a serem suportados pela empresa estatal.

Destarte, atende-se ao princípio da segurança jurídica, ao se estabelecer um regime jurídico previsível de cobertura de riscos que serão assumidos pela estatal. Da mesma forma, realiza-se o princípio da transparência, ao mensurar e objetivar, de forma clara, os riscos que serão suportados pela empresa estatal. Densifica-se o princípio da eficiência ao conferir um respaldo securitário preciso aos administradores para a tomada de decisões de risco em nome da estatal, o que os habilitarão a decidir da melhor forma para os interesses da companhia, ainda que a decisão comporte riscos de variadas ordens. Por fim, concretiza-se o princípio da economicidade, na medida em que o contrato de seguro fixará os limites econômicos e financeiros a serem suportados pela estatal.

Em segundo lugar, a norma prevê certa margem de discricionariedade motivada para a estatal na previsão estatutária do regime de seguros para os administradores, de modo que, diante da realidade técnica, econômica e de riscos de cada empresa, em cada mercado de atuação, será possível se estabelecer uma disciplinada securitária mais real e adequada às necessidades da estatal. É claro que a ausência de disciplina securitária pode afastar o interesse de bons quadros de administradores das estatais. Ademais, nas grandes estatais, é recomendável mesmo que se tenha essa disciplina, notadamente pela diretriz geral que se extrai do marco regulatório em exame no sentido da necessidade de se mensurar e prevenir riscos, na maior medida possível, em relação aos negócios da estatal.

Não é por outra razão que o Conselho de Administração tem papel de relevo na implementação e supervisão dos sistemas de gestão de

52 CRFB/88, art. 37, *caput*.

riscos inerentes às atividades da estatal⁵³. Da mesma forma, o corpo de diretores das estatais, que deverão apresentar ao Conselho de Administração estratégia de longo prazo, atualizada com a análise de riscos empresarias para, no mínimo, os 5 (cinco) anos⁵⁴ seguintes, em atendimento aos já citados princípios da segurança jurídica, transparência, eficiência e economicidade no desempenho das atividades das estatais. Além disso, merece destaque a atuação do comitê de auditoria estatutário, que também deverá monitorar a exposição de riscos nas atividades da estatal⁵⁵.

Demonstrada a necessidade de prevenção, mitigação, objetivação e precificação dos riscos nas atividades das estatais, no próximo item investiga-se alguns limites, possibilidades e cautelas para a contratação dos seguros, pelas estatais, para os seus administradores.

4 Cautelas jurídicas para a contratação de seguro de responsabilidade civil para administradores das empresas estatais

Vistos alguns aspectos relevantes do marco regulatório nacional das empresas estatais, acerca do regime jurídico de mitigação de riscos para os administradores, cabe examinar alguns limites, possibilidades e cautelas jurídicas necessárias, a serem adotadas, pela empresa estatal, para a contratação de seguro de responsabilidade civil para os seus administradores.

Em primeiro lugar, como se pretendeu demonstrar acima, é necessária a previsão, objetiva e transparente, no estatuto das estatais, acerca dos limites e possibilidades para a contratação de seguros de responsabilidade civil para os seus administradores, o que se justifica pelos princípios da segurança jurídica, transparência, eficiência e economicidade na disciplina dos riscos a serem assumidos pelas estatais na adoção de seguros para os seus administradores.

Em segundo lugar, a estatal deverá empreender adequado planejamento para a contratação de seguros, lastreado em estudos técnicos e econômicos voltados à identificação, mensuração, quantificação e precificação dos riscos inerentes às atividades da estatal, de modo a definir objetivamente os limites para a contratação aludida, em benefício dos seus administradores. Cuida-se, pois, da atividade de planejamento e prevenção de riscos, como demonstrado acima, um dos pilares estruturantes da atuação das empresas estatais.

53 Lei nº 13.303/2016, art. 18, II e III.

54 Lei nº 13.303/2016, art. 23, § 1º, II.

55 Lei nº 13.303/2016, art. 24, § 1º, V.

Trata-se, portanto, da necessidade de planejamento administrativo consistente para a governança de riscos na contratação de seguros de responsabilidade civil para administradores de empresas estatais, seja pela opção do contrato de seguro de responsabilidade civil previamente licitado, quer pela adoção do contrato de indenidade.

Esses estudos técnicos e econômicos vão embasar a motivação necessária para a contratação do seguro, assim como o projeto básico ou termo de referência destinado à licitação para a contratação dos serviços securitários. Assim, a regra é a licitação, na modalidade pregão, sob a forma eletrônica, para a contratação do seguro dos administradores⁵⁶. Será possível a contratação direta do seguro caso a empresa estatal celebre contrato com alguma subsidiária sua, cuja atividade seja na área de seguros, uma vez demonstrada a eficiência e a economicidade dessa escolha sem licitação⁵⁷.

Essa via licitatória⁵⁸ e contratual, em princípio, apresenta mais vantagens e menores impactos patrimoniais substanciais, em relação ao contrato de indenidade⁵⁹, que também é juridicamente possível, eis que inserido no amplo contexto sistêmico de medidas voltadas a prevenção de riscos nas atividades das estatais. Isto porque a contratação, no primeiro caso, vai se dar em bases mais objetivas, previamente definidas em edital de licitação⁶⁰, submetido à ampla disputa no mercado,

56 Lei nº 13.303/2016, art. 28.

57 Lei nº 13.303/2016, art. 29, XI.

58 Pouco mais de três anos após a publicação da Lei nº 13.303/2016, observa-se que o seguro de RC D&O já foi objeto de inclusão nos estatutos da Petrobrás e do BNDES, tendo as referidas entidades contratado serviços de natureza securitária para a proteção dos seus administradores. O artigo 46 do Estatuto Social do BNDES define: Art. 46. O BNDES assegurará aos empregados, administradores, e integrantes do Conselho Fiscal, dos Comitês de Auditoria, de Remuneração e de Elegibilidade, presentes e passados, nos casos em que não houver incompatibilidade com os interesses da empresa, a defesa em processos judiciais e administrativos contra eles instaurados pela prática de atos no exercício do cargo ou função. § 1º O BNDES poderá manter, na forma e extensão definida pela Diretoria, observado o disposto no *caput*, contrato de seguro permanente em favor das pessoas mencionadas, para resguardá-las de responsabilidade por atos ou fatos pelos quais eventualmente possam vir a ser demandadas judicial ou administrativamente. Em consonância com o estatuto aludido, a citada estatal, por meio do Pregão Eletrônico nº 65/2017, e contratou sociedade empresária pelo período de doze meses, com possibilidade de aditamento para até 60 meses. Informações disponíveis em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/licitacoes-contratos/licitacoes/pregoes-eletronicos/pregoes-eletronicos-2017>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

59 Em sentido semelhante, cf. o Parecer de Orientação CVM nº 38, de 25.09.2018. *Deveres fiduciários dos administradores no âmbito dos contratos de indenidade celebrados entre as companhias abertas e seus administradores*. - DOU de 26.09.2018. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/legislacao/pareceres-orientacao/pare038.html>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

60 Em nível estadual, o Banco de Desenvolvimento do Espírito Santo S.A (BANDES) também promoveu, por meio de pregão eletrônico 2019/001, a busca por candidatos interessados no contrato de “Seguro D&O”. A licitação, no entanto, restou fracassada em razão da desclassificação das propostas dos licitantes inscritos, que excederam o valor máximo para disputa. Edital e anexos estão disponíveis em: <<http://www.bandess.com.br/Site/Dinamico/Show/876/Pregao2019>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

de modo a conferir maior transparência, eficiência e economicidade na contratação do seguro⁶¹.

Além disso, caso o Estado possua mais de uma empresa estatal, em sua organização administrativa, em respeito aos princípios da padronização, da eficiência e da economicidade nas contratações das estatais, é possível a realização de pregão único para as diversas estatais, com vistas a economia de escala na contratação de seguros.

Daí porque a opção pelo contrato de indenidade, que não foi submetido à disputa licitatória, já que é firmado diretamente entre o administrador e a empresa estatal, como visto acima, deve merecer um reforço argumentativo significativo, de natureza técnica e econômica, de modo a demonstrar, no caso concreto, à luz da realidade empresarial pública, que essa escolha se apresenta a melhor, a mais razoável e proporcional, quando comparada com a licitação para a contratação do seguro de responsabilidade civil para os administradores das estatais.

Em terceiro lugar, em caso de opção pelo contrato de indenidade, é importante a adoção de algumas cautelas, em especial, a observância de critérios de razoabilidade e proporcionalidade na assunção de riscos e responsabilidades por parte das empresas estatais, mediante decisão motivada das esferas institucionais estatutárias competentes para tanto.

Ademais, também é prudente e relevante a previsão de limite indenizatório máximo para a cobertura de riscos pela empresa estatal, pois a ausência do mesmo não permite a empresa estatal mensurar, sobretudo, os riscos econômicos envolvidos, o que não atende aos princípios da eficiência, transparência e economicidade também aplicáveis às atividades das estatais, como destacado acima.

Outra cautela, também lastreada nos princípios aos princípios da eficiência, transparência e economicidade das contratações das estatais, é a possibilidade de patrocínio jurídico dos administradores das empresas do Estado por meio de advogados da própria estatal. Nesse caso, não haverá, praticamente, custos econômicos com a contratação de serviços jurídicos para a defesa de administradores, além da vantagem no sentido de que, como regra, os advogados das estatais conhecem, de maneira especializada, os temas jurídicos que gravitam em torno da vida das empresas do Estado.

61 O C. Tribunal de Contas da União, antes mesmo da edição da lei que regula as estatais, teve oportunidade de se manifestar sobre a contratação dessa espécie de seguro na esfera pública, principalmente no que diz respeito à sua compatibilização com a atuação de órgãos fiscalizadores e reguladores do Estado. Com efeito, entendeu a Corte de Contas que a proibição para que empresas estatais contratem esse seguro as colocariam em situação de desvantagem em relação às concorrentes privadas. (TCU, Representação TC 043.954/2012-0. Plenário. Relator: Raimundo Carreiro. Data de Julgamento: 20/11/2013. Disponível: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRlf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultadaPagina=S&item0=489973>. Acesso em: 21 jul. 2019.

Ainda que os advogados empregados das estatais não possam empreender o patrocínio jurídico aludido, por quaisquer razões – escassez de advogados empregados ou especialidade da matéria jurídica em discussão – ainda assim será possível que a própria estatal contrate, mediante licitação, escritório especializado para a defesa dos administradores, medida essa que também atende aos princípios da transparência, eficiência e economicidade dos atos e negócios jurídicos das estatais.

Será possível, também, a contratação, pela estatal, de escritório de advocacia indicado pelo próprio dirigente, desde que haja prévia aprovação de valores e condições pela empresa estatal, por meio dos órgãos independentes competentes. Todavia, essa deve ser a última das opções, pois, nesse formato, há mitigação, sobretudo, no atendimento aos princípios da impessoalidade e transparência na escolha do escritório de advocacia contratado, razão pela qual deverá ser reforçada e objetivamente justificada pela empresa estatal a respectiva contratação.

Em quarto lugar, é importante reiterar e aprofundar, como já destacado acima, algumas recomendações da CVM, constantes do citado Parecer CVM nº 38/2018⁶², para fins de elaboração, aprovação e execução dos contratos de indenidade, notadamente:

(i) a limitação dos casos de cobertura securitária para os administradores de estatais, contemplando somente atos regulares de gestão, no exercício das atribuições e no interesse da companhia, excluindo-se os atos dolosos, fraudulentos, praticados com culpa grave ou erro grosseiro, ímprobos ou criminosos;

(ii) a previsão objetiva de excludentes de responsabilização dos administradores;

(iii) o pagamento de indenização condicionado à prévia verificação de sua legitimidade no caso concreto, por meio de órgão independente da estatal, de modo a evitar conflitos de interesses, pois não faz sentido, à luz dos princípios da moralidade e da probidade administrativas, que o administrador que pretenda a indenização participe da deliberação a respeito da mesma;

(iv) a fixação de processualidade administrativa interna, objetiva e transparente, para as análises dos pedidos de indenização, ressarcimento ou mesmo adiantamento de despesas para a realização de defesa do administrador;

62 COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Parecer de Orientação SE/CVM nº 38, de 25.09.2018. *Deveres fiduciários dos administradores no âmbito dos contratos de indenidade celebrados entre as companhias abertas e seus administradores*. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/legislacao/pareceres-orientacao/pare038>>.html. Acesso em: 23 jul. 2019.

(v) a previsão de mecanismos processuais administrativos para a devolução célere dos valores adiantados, caso o administrador tenha praticado atos ilegais e irregulares, nos termos acima delimitados;

(vi) a delimitação da abrangência da cobertura econômico-financeira dos seguros;

(vii) a processualidade administrativa adicional de governança para as decisões a respeito das indenizações, como a deliberação prévia em assembleia geral da estatal;

(viii) a publicidade e transparência dos atos inerentes ao contrato de indenidade, desde a aprovação da minuta padronizada por assembleia geral, disponibilizada no sítio institucional da estatal, até a clareza e visibilidade do processo de deferimento das indenizações e ressarcimentos;

(ix) o período de cobertura, os administradores beneficiários, os casos de exclusão do direito à indenização e os tipos de despesas que poderão ser indenizadas ou ressarcidas e

(x) o encaminhamento dos instrumentos firmados à CVM, por meio de sistema eletrônico próprio para tanto.

Como se percebe, poderão as empresas estatais optar tanto pelo contrato de seguro de responsabilidade civil, previamente licitado, como pelo contrato de indenidade firmado diretamente com os administradores. Nada obstante, como se pretendeu demonstrar, existem limites, possibilidades e cautelas jurídicas que devem ser adotadas pelas empresas estatais para a implementação de contratos de seguros para os seus administradores, tudo de modo a tornar essa contratação mais segura e eficiente, atendendo-se aos interesses finalísticos das estatais e dos seus respectivos administradores.

5 Conclusões

Pelo que foi exposto, podem ser apresentadas algumas conclusões, consoante se passa a fazer adiante.

As empresas estatais devem se submeter ao regime jurídico próprio das demais sociedades empresárias privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, com as naturais derrogações constitucionais inerentes ao regime de direito público, notadamente a observância dos princípios constitucionais setoriais da administração pública.

Nada obstante, é importante frisar a aplicação, para as empresas do Estado, do regime jurídico securitário de direito privado, para fins

de responsabilização civil dos seus administradores, com as naturais limitações constitucionais e legais inerentes ao regime de direito público aplicável às estatais.

Da análise do marco regulatório nacional das empresas estatais – Lei nº 13.303/2016 – bem se percebe uma preocupação, geral e sistêmica, com os riscos, em sentido amplo, das atividades desenvolvidas pelas empresas do Estado. Esse tratamento é plenamente compatível com a disciplina constitucional das estatais, como destacado acima.

Destarte, se por um lado, elas se submetem ao regime jurídico próprio das demais empresas do mercado, com as naturais derrogações previstas na matriz constitucional, em razão do interesse público que justifica a criação dessas entidades, por outro, uma vez atuando no mercado, suas atividades geralmente ensejam riscos significativos para si, para o Estado e para terceiros. Daí, portanto, a preocupação do legislador com o estabelecimento de mecanismos voltados à mitigação e mensuração desses riscos, assim como eventual responsabilização dos administradores por danos causados às estatais em que exercem as suas funções.

Neste contexto, o regime jurídico de seguros de responsabilidade civil para administradores confere maior segurança jurídica e eficiência na atuação dos mesmos, na medida em que resguarda as decisões e atos regulares dos administradores, ainda que os mesmos tenham elevada carga de riscos, como acontece com as atividades empresariais em geral. Logo, esse sistema securitário viabiliza melhores decisões dos administradores, em benefício do Estado, enquanto acionista controlador, da própria estatal e da sociedade como um todo.

Como se pretendeu demonstrar, poderão as empresas estatais optar tanto pelo contrato de seguro de responsabilidade civil previamente licitado como pelo contrato de indenidade firmado diretamente com os administradores. Sem embargo dessas possibilidades, como também se pretendeu demonstrar, existem limites, possibilidades e cautelas jurídicas que devem ser adotadas pelas empresas estatais para a implementação de contratos de seguros para os seus administradores, tudo de modo a tornar essa contratação dotada de maior segurança jurídica e eficiência, atendendo-se aos interesses finalísticos das estatais e dos seus respectivos administradores.

6 Referências

ALVARENGA, Darlan. *União, estados e capitais possuem ao menos 229 projetos de privatização e concessão*. Disponível em: [Mhttps://g1.globo.com/economia/noticia/2019/01/21/uniao-estados-e-capitais-possuem-](https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/01/21/uniao-estados-e-capitais-possuem-)

-ao-menos-229-projetos-de-privatizacao-e-concessao-nobrasil.ghtml>. Acesso em: 06 jun. 2019.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As empresas estatais e os princípios constitucionais da Administração Pública. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (Coord.) *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BANCO DE DESENVOLVIMENTO DO ESPÍRITO SANTO. Pregão eletrônico 2019/001. Disponível em: <<http://www.bandes.com.br/Site/Dinamico/Show/876/Pregao2019>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. Pregão Eletrônico nº 65/2017. Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/licitacoes-contratos/licitacoes/pregoes-eletronicos/pregoes-eletronicos-2017>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.303/16. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 6.404/76. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em: 20 jul. 2019.

CARVALHO, João Vinícius de França; RENSI, Rafael Tonet. *O impacto da Operação Lava Jato no mercado de seguros de Responsabilidade Civil de Administradores e Diretores no Brasil*. XIX USP International Conference in Accounting. Disponível em: <https://congressosp.fipecafi.org/anais/Anais2019_NEW/ArtigosDownload/1316.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2019.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Parecer de Orientação SE/CVM nº 38, de 25.09.2018. *Deveres fiduciários dos administradores no âmbito dos contratos de indenidade celebrados entre as companhias abertas e seus administradores*. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/legislacao/pareceres-orientacao/pare038>>.html. Acesso em: 23 jul. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos - teoria geral e contratos em espécie*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FEDERAÇÃO NACIONAL DOS CORRETORES DE SEGUROS PRIVADOS E DE RESSEGUROS, DE CAPITALIZAÇÃO, DE PREVIDÊN-

CIA PRIVADA, DAS EMPRESAS CORRETORAS DE SEGUROS E DE RESSEGUROS. *Seguro D&O cresceu 55,5% no primeiro bimestre*. Disponível em: <<https://www.fenacor.org.br/noticias/seguro-do-cresceu-555-no-primeiro-bimestre>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

FILHO, Alberto Venâncio. *A Intervenção do Estado no domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1968.

GATTAZ, Luciana de Godoy Penteado. *A responsabilidade civil dos administradores de companhias abertas não financeiras e o seguro D&O*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. v. 74. p. 53-70. out./dez 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres et al. *Comentários à Lei das Empresas Estatais: Lei nº 13.303/2016*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PIMENTA, MELISA CUNHA. *Seguro de responsabilidade civil*. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO: São Paulo, 2009.

SADDY, André. *Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na Economia*. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SALDANHA, Nair. Entrevista cedida ao canal eletrônico da Associação Brasileira de Companhias Abertas. Disponível em: <https://youtu.be/WIL0IJAgE_A>. Acesso em: 22 jul. 2019.

SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *A intervenção do Estado no domínio Econômico à luz da jurisprudência*. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela e MARSHALL, Carla C. *Direito Empresarial Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela et al. *Direito Administrativo Empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. 7º Relatório de Análise e Acompanhamento dos Mercados Supervisionados - Maio/2019. Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/menuestatistica/SES/relato>>

rios-de-analise-e-acompanhamento-dos-mercados-supervisionados>. Acesso em: 20 jul. 2019.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. Circular SUSEP nº 553/2017. Disponível em: <<https://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=40599>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp: 1601555/SP. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. Data de Julgamento: 14/02/2017. Data de Publicação: DJe 20/02/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502315417&dt_publicacao=20/02/2017>. Acesso em: 21 jul. 2019.

TÁCITO, Caio. “Controle das Empresas do Estado”. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 11, p. 1-9, 1973.

TEIXEIRA, Bárbara Bittar. *A crise da responsabilidade civil e o seguro D&O*. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 80. p. 229-247. abr./jun 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Representação TC 043.954/2012-0. Plenário. Relator: Raimundo Carreiro. Data de Julgamento: 20/11/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=489973>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

1.8

CONCESSÕES RODOVIÁRIAS PELO MODELO DE LEILÃO DO MENOR VALOR PRESENTE DAS RECEITAS (MVPR)¹: POR QUE NÃO AGORA, NO BRASIL?

IGOR GIMENES ALVARENGA DOMINGUES*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A experiência chilena. 2.1 Vantagens do MVPR. 2.2 Limitações do MVPR. 3 Aplicabilidade no Brasil. 3.1 Recomendações de conduta para adoção do MVPR. 4 Conclusão. 5 Referências.

PALAVRAS CHAVES: Concessões rodoviárias. Leilão de menor valor presente de receitas. MVPR. LPVR. Receitas totais da concessão. RTC. Contratos com prazos flexíveis.

1 Introdução

Passadas quase duas décadas e meia da edição da Lei nº 8.987/95, a Lei das Concessões, o Brasil se prepara para um novo ciclo de contratações, em que as concessões firmadas na “primeira rodada” da vigência do marco legal serão relicitadas. Diante disto, e principalmente no campo das concessões rodoviárias, é bastante provável que o modelo de concessão inicialmente escolhido não mais se revele o que melhor atenda aos atuais anseios. Em muitas das rodovias concedidas as grandes obras de infraestrutura – que eram vitais ao projeto inicial de concessão – já foram concluídas, não havendo necessidade de novos investimentos no mesmo volume. Logo, surge para a Administração Pública a possibilidade de voltar seus olhos para benefícios sociais de outra natureza, como a melhoria da prestação do serviço, ou mesmo a redução tarifária.

Aliado a tudo isso, a inovação tecnológica, que em tempos pretéritos só fazia aumentar o tráfego de usuários pelas rodovias, já começou a gerar efeitos contrários: os aplicativos de transporte anunciam operações em veículos aéreos, o transporte de cargas vem crescendo

* Mestrando em Direito Público pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Procurador do Estado do Espírito Santo.

1 Tradução livre para *Least Present Value of Revenue* (LPVR)

exponencialmente através de outros modais diversos do rodoviário, e a própria oferta de serviços digitais, nos mais variados setores, diminuiu drasticamente a necessidade do deslocamento físico das pessoas.

Neste cenário de grandes incertezas, a diminuição dos riscos assumidos pelas partes, e a estipulação de normas claras, e de fácil aplicação, para a garantia do equilíbrio econômico-financeiro, surgem como fatores predominantes a serem observados na escolha do novo modelo de contratação. É neste ponto que a contratação com prazos flexíveis, em que o vencedor do certame é escolhido através de um leilão do menor valor presente das receitas (MVPR), e o contrato dura até que a receita estimada tenha sido alcançada, surge como uma alternativa bastante interessante a ser considerada.

Tal modelo fora instituído inicialmente, com êxito, pelo Chile, e vem sendo utilizado por outros países, ainda não tendo sido testado no Brasil. Através do estudo da experiência chilena, serão apontadas as vantagens e limitações deste modelo de contratação. Ao final, serão sugeridas adaptações ao modelo original de MVPR – algumas já testadas e outras empíricas – de modo a reduzir suas limitações e torná-lo mais atraente. Com a devida adaptação, pretende-se demonstrar que o MVPR aparece como uma boa opção a ser considerada no processo de relicitação das rodovias brasileiras.

2 A experiência chilena

Até a década de 1990, o Chile não tinha experiência em sistemas de financiamento de obras de infraestrutura de grande porte. Sua legislação era incipiente e havia dúvidas se o retorno apresentado pelos projetos seria suficiente para viabilizar o negócio e atrair investidores (CAMPOS NETO; MOREIRA; MOTTA, 2018: 43). Sob o amparo da Lei nº 19.0688/91, que trouxe importantes inovações no marco regulatório do país, fora licitada a primeira concessão de obras públicas, o túnel El Melón (1993).

Nesta licitação fora utilizado um complexo mecanismo para a seleção da proposta vencedora, baseado em sete variáveis. Ao fim, o concorrente vencedor da licitação foi o que apresentou a oferta de maior valor de pagamento de outorga ao Poder concedente, o que acabou resultando em tarifas de pedágio elevadas. Diante disto, muitos usuários, principalmente os veículos de carga, passaram a privilegiar rotas alternativas, o que reduziu o tráfego de veículos esperado e, com isso,

colocou em perigo a rentabilidade do investimento, ocasionando o fenômeno denominado “maldição do ganhador”² (Chile, 2016: 101).

Esta primeira experiência chilena demonstrou, desde cedo, que era preciso evoluir para um modelo que mitigasse os riscos da demanda e trouxesse maior segurança jurídica às concessões. Uma outra grande dificuldade enfrentada foi a crise asiática, cujos efeitos foram sentidos com mais força entre 1996 e 1998, atingindo países emergentes como o Chile, que dependia muito das exportações de cobre. Como consequência, constatou-se a retração do fluxo de veículos e das receitas das concessionárias de rodovias, que passaram a apresentar dificuldades financeiras, inclusive para honrar os compromissos de suas dívidas junto aos seus credores (Chile, 2016: 87).

Diante deste cenário, o processo de concessão de rodovias no Chile foi sendo aperfeiçoado, inclusive com a colaboração de diversos especialistas internacionais e da Universidade do Chile, onde foi formalizado e especificado um novo modelo de contratação, que ficou conhecido na literatura sobre regulação econômica como “modelo chileno”, MVPR³ ou Receitas Totais da Concessão (RTC)⁴.

Trata-se de um mecanismo que utiliza, como critério de escolha do vencedor, o licitante que oferta o menor valor presente de receita total que se espera obter com a concessão, receita essa que seja apta a financiar os investimentos programados e o custeio necessário à execução do projeto, além da sua taxa de retorno⁵. Logo, o principal fator distintivo do MVPR é o fato de não possuir um prazo de vigência contratual predefinido. O prazo contratual é flexível, variando de acordo com o fluxo das receitas efetivas que vem sendo obtidas ao longo da execução contratual. Assim, se o fluxo real de veículos for superior ao estimado, significa que a receita requerida será alcançada em um menor prazo e o contrato atingirá seu termo final com maior brevidade. Por outro lado,

2 Que é conceituado por Tim HARFORD da seguinte forma: “Um exemplo conhecido é a “maldição do ganhador”. A maldição decorre de uma característica dos leilões: você só ganha quando os outros interessados acham que você está fazendo um lance muito alto. [...] Isso ocorre não porque o leilão produza algum tipo de comportamento psicológico excêntrico, mas sim porque, enquanto a pesquisa com as pessoas nos dá uma estimativa média do valor das moedas, o leilão não produz essa média. Ao contrário, o leilão seleciona automaticamente o maior lance; quanto mais extravagante, melhor. A pesquisa revela aquilo que James Surowiecki, colunista do *New Yorker*, chama de “sabedoria das multidões”. O leilão, por sua vez, revela o maior dos tolos. (HARFORD, 2009:71-72)

3 Tradução livre para Menor Valor Presente de Los Ingresos (MVPI).

4 Tradução livre para Ingresos Totales de la Concesión (ITC).

5 Estudo realizado pelo IPEA define o MVPR como: “Em resumo, o MVPR é um cálculo financeiro que possibilita a elaboração de um fluxo de caixa com as estimativas dos valores de investimento e de custeio do projeto ao longo do tempo, trazido a valor presente por uma taxa de retorno considerada adequada pelo licitante. Portanto, o licitante vencedor é aquele que apresenta o menor valor presente para realizar os investimentos e o custeio necessários à execução do projeto, incluída a taxa de retorno.” (CAMPOS NETO; MOREIRA; MOTTA, 2018: 51)

se a demanda se mostrar inferior à esperada, o prazo necessário para auferir a receita requerida será mais dilatado, de modo que também será dilatado o termo final do contrato. Isso não impede, todavia, que seja estipulado um prazo máximo em que o contrato será extinto, ainda que a receita estimada não seja alcançada. Como consequência desta metodologia, o MVPR atenua sensivelmente o risco de demanda do projeto, isto é, de erros nas projeções do fluxo de veículos.

A rota 68, que une Santiago a Valparaíso, foi a primeira concessão implantada neste modelo, no ano de 1998. No seu Edital de licitação⁶, a *cláusula 1.5.6*, ao estabelecer o prazo da concessão, estipulava que a concessão se extinguiria no mês em que o valor presente das receitas da sociedade concessionária (*Valor Presente de los Ingresos de la Sociedad Concesionaria - VPI_m*) alcançasse o montante das Receitas Totais da Concessão solicitadas pelo licitante vencedor (*Ingresos Totales de la Concesión - ITC*). Para tanto, o VPI_m deveria ser calculado mensalmente, tomando-se por base uma fórmula pré-estabelecida que levava em conta as receitas mensais auferidas com a cobrança do pedágio, a taxa média de juros do sistema financeiro para operações de captação de recursos e a taxa fixa de desconto estipulada (6,5% ao ano). Por sua vez, a *cláusula 1.9.3* estabelecia que a concessão seria extinta por decurso do prazo máximo, acaso esta equação não fosse alcançada em 300 (trezentos) meses. Neste caso, o concessionário não teria direito a qualquer tipo de compensação pela diferença entre o VPI_m, calculado no mês 300, e o ITC solicitado pelo Licitante vencedor em sua oferta. Após a extinção da concessão, a concessionária deverá entregar ao Poder Concedente todas as obras e instalações afetas à concessão, sem qualquer direito à indenização. Para julgamento das propostas, a *cláusula 3.3* estabelecia que o licitante vencedor seria aquele que apresentasse o menor valor das Receitas Totais da Concessão (*Puntaje = - ITC*), sendo que apenas em caso de empate, o vencedor seria escolhido conforme a melhor pontuação na Oferta Técnica.

Importante também citar que o Edital adotou um segundo instrumento de afastamento de riscos, em sua *cláusula 1.12*, que garantia ao concessionário um mecanismo de receitas mínimas (*Ingresos Mínimos Garantizados por el Estado*). Através dele era disponibilizado à concessionária, em caráter opcional, a contratação de um seguro junto ao próprio Poder Concedente, que, em troca, passava a garantir uma receita míni-

6 Disponível em: <<http://www.concesiones.cl/proyectos/Documents/Interconexion%20Santiago%20-%20Valparaíso%20-%20Vina/Bases%20TR%20Ruta%2068.pdf>>. Último acesso em: 15.07.2019.

ma anual ao concessionário, em caso de faturamento abaixo dos limites mínimos esperados.

Como afirma ENGEL et al, citado por Gabriella Marques dos Santos⁷, diante do expressivo afastamento do risco da demanda ao concessionário, a licitação contou com a participação de cinco licitantes, tendo a oferta vencedora superado as expectativas das autoridades públicas, apresentando uma proposta com valores abaixo do esperado.

Na visão do Ministério de Obras Públicas Chileno, o MVPR tornou-se um elemento chave para garantir o sucesso das concessões rodoviárias chilenas, uma vez que visava corrigir uma incerteza inerente ao novo negócio de concessões rodoviárias que era implantado naquele país. Desde a concessão da rota 68, no ano de 1998, o mecanismo MVPR foi consolidado como a abordagem padrão para a licitação da maioria dos projetos rodoviários e aeroportuários chilenos, alcançando um total de quinze projetos rodoviários e seis aeroportuários até o ano de 2016 (Chile, 2016: 103).

2.1 *Vantagens do MVPR*

O MVPR apresenta vantagens expressivas, quando comparado aos demais modelos de concessão já testados no Brasil, no que se refere a três causas que são comumente associadas ao insucesso de projetos de concessão: 1- erros de projeções em relação à futura demanda do serviço; 2- participação de empresas oportunistas, que apresentam propostas irresponsáveis ou inexecutáveis; e 3- negligência do Poder concedente em proceder ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, de forma adequada e tempestiva, quando surgem causas que assim justifiquem.

No que se refere ao primeiro ponto, o MVPR é o modelo que mitiga, de forma mais eficaz, o risco exógeno de demanda. No cenário atual de grandes incertezas, isto não representa pouca coisa. Diante das revoluções tecnológica-sociais, que ocorrem em ritmo cada vez mais acelerado, é bastante ingloria, para não dizer impossível, a tarefa de prever, com um mínimo de precisão, qual será a demanda em determinada rodovia daqui a dez ou vinte anos.

7 O modelo de leilão menor valor presente de receita foi usado em março de 1998 no Chile para a rodovia Santiago-Valparaíso, uma das principais estradas do país, com o custo estimado de aproximadamente US\$ 300 milhões. O cronograma foi fixado antecipadamente, em termos reais, assim como foi a taxa de desconto. Cinco empresas participaram do leilão e o lance vencedor estava abaixo dos custos estimados de construção e manutenção, provavelmente refletindo o fato de que as taxas de desconto para o nível de risco relativamente baixo associado ao próprio modelo de leilão proposto. Além disso, as empresas tiveram a opção de comprar seguro do governo contra riscos de demanda, mas o vencedor recusou a oferta". (SANTOS, 2016: 66)

A inovação tecnológica, que em tempos pretéritos só fazia aumentar o tráfego de usuários pelas rodovias, já começou a gerar efeitos contrários: os aplicativos de transporte anunciam operações em veículos aéreos⁸, o transporte de cargas vem crescendo exponencialmente através de outros modais diversos do rodoviário⁹, e a própria oferta de serviços digitais, nos mais variados setores, diminuiu drasticamente a necessidade do deslocamento físico das pessoas. Em sendo assim, realmente faz todo sentido que o Poder concedente reconheça sua incapacidade de exercer futurologia, e estabeleça um sistema de contratação que tenha por norte os resultados reais a serem alcançados, ao invés de se limitar num prazo contratual engessado, que muitas vezes tem que ser revisto posteriormente.

Já em relação à participação de empresas oportunistas nas licitações – algo que o Poder concedente busca evitar, mas muitas vezes se encontra amarrado pela obrigação de não restringir demasiadamente a competitividade – a modelagem de contratação pelo MVPR também apresenta vantagens significativas. Infelizmente, não são raros os casos de empresas que apresentam propostas artificialmente baixas para vencer os certames, na expectativa de que futuramente poderá conseguir uma renegociação contratual com o Poder concedente, que venha a tornar atrativo o contrato, seja pelo aumento das tarifas cobradas dos usuários, seja pela prorrogação de prazo contratual, ou mesmo pela alteração de qualquer outra obrigação imposta na licitação.

Neste aspecto, o MVPR tende a reduzir também este risco, na medida em que a elasticidade temporal desestimula que concessionários criem esta expectativa de renegociar o contrato, visto que a extensão do prazo, se necessária, ocorrerá de maneira automática. Além disso, um aumento injustificado de tarifas é ineficaz, porque promoveria a extinção precoce do contrato sem aumentar o montante global que a empresa receberá. Não bastasse isso, seria bastante difícil contar com a anuência dos órgãos de controle em qualquer tipo de renegociação contratual que não fosse pautada pela imposição de novas obrigações por parte do Poder concedente, uma vez que a concessionária não pode argumentar que receberá menos receita do que a esperada no momento do leilão.

8 Conforme reportagem do site “techtudo”, o início das operações do “uberAIR” está previsto para o ano de 2023. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/noticias/2018/05/tudo-sobre-o-uberair-saiba-como-vai-funcionar-o-taxi-voador-da-uber.ghtml>>. Acesso em: 05.08.19.

9 Vide a edição 2018 do Anuário Estatístico divulgado pelo Ministério da Infraestrutura. Disponível em: <http://transportes.gov.br/images/BIT_TESTE/Publica%C3%A7oes/Apresentacao_AET_2018.pdf>. Acesso em: 05.08.19.

Esta constatação restou demonstrada na prática com a experiência chilena. No período de 1993 a 1998 foram realizadas 15 concessões rodoviárias, sendo que todas passaram por renegociações até o final da década de 1990 (crise asiática), à exceção da concessão da rodovia Santiago-Valparaíso, única licitada na modelagem MVPR (RANGEL, 2017: 73). Isso nos leva a concluir pela terceira grande vantagem deste modelo de concessão, que é a de reduzir drasticamente a necessidade de renegociações contratuais.

A *mutabilidade* em contratos concessionais é inevitável. Por mais que se busque prever antecipadamente todos os possíveis fatores que poderão afetar o equilíbrio econômico-financeiro ao longo da relação contratual, sempre surgirão elementos não previstos, internos ou externos, que irão demandar a renegociação. GARCIA (2017: 426-441) defende, inclusive, que os contratos deveriam se preocupar mais em estabelecer uma *procedimentalização* da *mutabilidade* do que em discriminar suas causas. É aí que o MVPR, mais uma vez, se destaca positivamente, eis que ao estabelecer uma *endogenização dos prazos da concessão*, ele acabou por criar um procedimento de reequilíbrio econômico financeiro que ocorre de forma automática, preocupando-se mais com os resultados efetivos alcançados do que com as causas que justificariam, ou não, uma renegociação contratual.

Outra vantagem pouco percebida e utilizada no Brasil, que se revela bastante interessante em momentos como o atual, de grandes incertezas quanto à demanda futura, reside no fato de que o MVPR traz grande flexibilidade, permitindo que o Poder concedente retome o serviço antecipadamente, indenizando o concessionário por um valor justo e de fácil verificação, que será a diferença entre o valor que foi apresentado na proposta vencedora e a receita auferida até o momento, subtraídos os custos esperados de manutenção. Assim, se, por exemplo, um aumento inesperado de tráfego tornar necessária a injeção de altos investimentos com certa velocidade, o Poder concedente pode avaliar com mais critério a opção de relicitação do projeto. É claro que a possibilidade de encampação da concessão não foi criada com o MVPR, estando expressamente prevista no art. 37 da Lei de Concessões. Ocorre que nas outras modalidades de concessão os cálculos da indenização a ser paga ao concessionário são de tal forma complexos que, na prática, acabam inviabilizando esta medida.

Por fim, e talvez no que seja o mais natural, a modelagem de contratação através do MVPR, ao reduzir os riscos assumidos pelo licitante, termina por proporcionar economia, afinal, quanto maior o risco, maior a taxa de retorno que será cobrada pelo investidor. Ademais, a simplificação e transparência do critério de escolha incentiva propostas mais agressivas e reais, tornando a seleção mais competitiva, confor-

me se observou na concessão chilena da rota 68. Por fim, a redução do risco também diminui a demanda de que o Poder concedente forneça garantias adicionais, tornando mais improvável a hipótese de licitações desertas¹⁰.

2.2 Limitações do MVPR

Em que pesem as vantagens apontadas, assim como qualquer outro modelo de concessão o MVPR possui suas limitações. A principal queixa feita pelas concessionárias é a de que seria um modelo assimétrico, que elimina a possibilidade de *upside*, mas não a de *downside*. Isso ocorre em consequência do estabelecimento de um prazo máximo para o encerramento do contrato, impossibilitando a concessionária de obter o retorno pretendido caso não alcance as receitas totais esperadas no período. Embora a crítica até seja procedente, deve-se lembrar que desde a primeira concessão pelo MVPR no Chile já fora previsto um instrumento que garantia receitas mínimas ao concessionário (*Ingresos Mínimos Garantizados por el Estado*), através do pagamento de um seguro, o que, na prática, reduz bastante a possibilidade de *downside*.

Todavia, se o Poder concedente desejar, o MVPR não impede seja eliminado por completo o risco de *downside*, de modo a tornar a concessão o mais atraente possível. Para tanto, basta oferecer a garantia de que se a concessão for extinta pelo decurso do prazo máximo, o concessionário será indenizado com base na diferença entre o valor que foi apresentado na sua proposta e a receita total efetivamente auferida até o momento, semelhante ao que já ocorre nos modelos tradicionais, em casos em que se tem que indenizar os investimentos não amortizados ao término do contrato. Os recursos para esta indenização poderiam, inclusive, ser provenientes da subsequente relicitação, de modo a não comprometer o orçamento público. E mesmo que não se adote esta garantia, o simples estabelecimento de um prazo mínimo, em conjunto com o prazo máximo, elimina a indigitada assimetria, na medida em que passa a permitir, também, o *upside*.

Uma outra crítica bastante pertinente é a de que o modelo desestimula o concessionário a realizar investimentos não obrigatórios que melhorem a qualidade do serviço e, com isso, aumentem a demanda, eis que o aumento da demanda provocaria o encurtamento do prazo

10 A primeira licitação realizada pelo Programa de Investimento em Logística (PIL) do Governo Federal foi a da BR-262, no trecho entre Belo Horizonte (Minas Gerais) a Vitória (Espírito Santo), em setembro de 2013, que resultou deserta, isto é, não acudiram interessados. A alegação foi de que a modelagem econômico-financeira realizada mostrava que o projeto não era viável (CAMPOS NETO; MOREIRA; MOTTA, 2018: 26)

contratual. Em face disto, este modelo só deve ser utilizado quando a qualidade do serviço oferecido puder ser detalhadamente estabelecida no contrato, ou seja, quando a concessionária não puder influenciar a demanda do projeto, cujos padrões de qualidade possam ser objetivamente medidos e exigidos. Esta característica impõe que o Poder concedente, ao adotar o MVPR, mantenha uma fiscalização efetiva e permanente sobre o cumprimento das obrigações contratuais pelo concessionário. Para minorar este efeito colateral, além da fiscalização poderiam ser criados incentivos ao concessionário acaso fossem atingidas metas objetivas de qualidade na prestação do serviço, como, por exemplo, a manutenção do contrato por um número adicional de meses, mesmo após alcançada a receita total da concessão (respeitando-se sempre o prazo máximo estipulado).

Existe ainda um aspecto negativo que constantemente é associado ao MVPR, relativo a uma maior dificuldade de financiabilidade. Isso ocorreria pelo fato de que, como o prazo é flexível, as instituições financeiras teriam resistência em conferir empréstimos por prazos alargados, na medida em que a concessão poderia se extinguir antes da quitação total do empréstimo. Conforme afirma Senna & Michel, citado por RANGEL (2017:61):

“as instituições financeiras locais não ficam confortáveis com o período flexível da concessão, caso sejam requisitadas a prover bonds ou empréstimos não recursivos de longo prazo. Por esse lado, tal mecanismo diminui a viabilidade financeira do projeto.”

Esta crítica, todavia, não é pacífica. O Ministério de Obras Públicas chileno entende de forma diversa, afirmando que o mecanismo oferece uma vantagem adicional aos detentores de títulos dos projetos concedidos sob este esquema de redução de risco, uma vez que, embora seja mantida a incerteza sobre o momento de ingresso das receitas, se adquire certeza de que elas se realizarão (Chile, 2016: 94). Este também é o entendimento manifestado em estudo do IPEA¹¹. De fato, a certeza que o agente financiador terá sobre o volume de receitas efetivas que o concessionário ainda pode arrecadar demonstra ser uma garantia maior do que o simples estabelecimento de um prazo fixo para duração do contrato. Ademais, mesmo a incerteza gerada pelo prazo flexível pode ser

11 *“Uma consequência positiva na adoção do MVPR refere-se ao mecanismo de financiamento do projeto. A redução do risco de demanda fornece maior garantia ao financiador, uma vez que, ainda que haja uma frustração da demanda esperada, a receita requerida será alcançada, mesmo que em um prazo mais dilatado.”* (CAMPOS NETO; MOREIRA; MOTTA, 2018:51)

superável através do instrumento de cessão dos créditos operacionais futuros previsto no art. 28-A da Lei n. 8.987/95¹², que faz muito mais sentido de ser utilizado quando se tem a certeza de qual é o montante real destes créditos futuros.

Não bastasse isso, a adoção de um prazo mínimo para a concessão, sugerida acima para acabar com a assimetria do MVPR, também pode ter efeito positivo no aspecto da financiabilidade do projeto, eis que os agentes financeiros poderiam atrelar este prazo mínimo aos empréstimos, com a tranquilidade de que a concessão não seria extinta antes de sua quitação.

3 Aplicabilidade no Brasil

O primeiro questionamento que se faz quando se pensa na aplicabilidade do MVPR no Brasil é se o arcabouço jurídico existente permite sua adoção imediata, ou se seria necessária alteração legislativa prévia. Os que defendem esta última hipótese alegam que o art. 15 da Lei n. 8.987/95 prevê um rol limitado de critérios de julgamento da licitação, dentre os quais não se encontra expressamente previsto o critério do "menor valor presente de receitas". Além disso, pontua-se que tanto o edital quanto o contrato de concessão deveriam estabelecer obrigatoriamente o "prazo da concessão", tendo em vista a exigência legal prevista no art. 18, I, e no art. 23, I, da mesma lei.

Alinhamo-nos, todavia, com o pensamento de PRADO e PINHEIRO (2017:413), no sentido de que o critério de "menor valor presente de receitas" está claramente contido dentro do critério geral de "menor preço" (art. 45, I, Lei n.º 8.666/93), que, por sua vez, se relaciona intimamente com os critérios expressamente previstos de "menor tarifa" ou de "maior outorga".

Diante do ordenamento jurídico pátrio, a ausência de prazo determinado – mas que é *determinável* – só seria ilegítima se não fosse fixado um prazo máximo, na medida em que esta hipótese permitiria que uma concessão deficitária acabasse se tornando uma concessão de prazo indeterminado, isto sim, vedado. Todavia, não há qualquer ofensa à lei e aos princípios aplicáveis ao regime jurídico das concessões quando se estipula um prazo máximo para a concessão e, em paralelo, condiciona-se a extinção antecipada do contrato à ocorrência de evento futuro e

12 Lei n.º 8.287/95. Art. 28-A. Para garantir contratos de mútuo de longo prazo, destinados a investimentos relacionados a contratos de concessão, em qualquer de suas modalidades, as concessionárias poderão ceder ao mutuante, em caráter fiduciário, parcela de seus créditos operacionais futuros, observadas as seguintes condições: [...]

certo. Basta pensar que os efeitos práticos deste regramento seriam exatamente iguais ao de uma concessão “padrão”, com prazo determinado (prazo máximo estipulado no contrato), mas que estaria submetida a uma condição resolutiva (obtenção das receitas totais da concessão que foram solicitadas pela concessionária). Analisando-se desta forma, dificilmente o raciocínio contrário à possibilidade de estipulação do prazo flexível seria o mesmo, na medida em que é bastante comum o estabelecimento de condições resolutivas nos contratos de concessão firmados nos demais modelos.

E qual seria o prazo máximo possível de ser estipulado? Por um lado, o alargamento do prazo máximo diminui bastante o risco da concessionária, sem permitir qualquer ganho excessivo (como ocorreria em outros modelos), tendo em vista que, independentemente do prazo máximo fixado, o contrato continuará a se extinguir com o atingimento das receitas totais esperadas. Por outro lado, a Lei de Concessões não traz um prazo máximo determinado, diferente da Lei da n.º 11.079/2004, que regula as PPPs, e em seu artigo 5.º, I, estabelece que o prazo máximo de vigência do contrato não será superior a 35 (trinta e cinco) anos. Na falta de uma norma específica sobre o MVPR, andaria bem o Poder Concedente em estipular no contrato o prazo máximo de 35 (trinta e cinco) anos, de forma a extrair o máximo proveito da extensão do prazo para fins de minoração de riscos, mantendo harmonia com o sistema jurídico de execução compartilhada público-privada de serviços públicos.

Ainda que se defenda a possibilidade de imediata aplicação do MVPR, não há a menor dúvida de que uma evolução legislativa, que trouxesse expressamente a previsão de adoção deste modelo, seria de todo desejável para garantir maior segurança jurídica e evitar possíveis reações contrárias dos órgãos de controle. Defende-se, inclusive, que na falta de uma legislação federal específica, poderiam os demais Entes da Federação editar leis que trouxessem a previsão de adoção do MVPR, na medida em que a competência legislativa da União é privativa para editar normas gerais de contratação (art. 22, XXVII, CF), o que confere aos Estados e Municípios a competência para legislar de forma supletiva para atender suas peculiaridades¹³.

13 O conceito do que seriam “normas gerais de licitação” é bastante controverso, não tendo o STF chegado a um posicionamento definitivo sobre o tema. No julgamento do RE 1188352 RG, ocorrido no dia 14/03/2019, o STF admitiu a existência de Repercussão Geral no recurso em que se questionava a constitucionalidade de Lei n.º 5.345/2014 do DF, que estabelecia a inversão das fases do procedimento de licitação em relação ao regramento da legislação federal. Neste artigo defende-se que o MVPR não afronta as normas gerais já estabelecidas pela União (Lei n.º 8.987/95), de modo que sua regulamentação pelos demais entes da República seria possível.

3.1 *Recomendações de conduta para adoção do MVPR*

A primeira recomendação que se faz para a adoção do MVPR em concessões nacionais é a de que sejam selecionados com critério os projetos em que sua utilização faz sentido. Logo, ao menos nesta etapa inicial da experiência nacional, a utilização do modelo deverá ser limitada aos casos em que a qualidade do serviço concedido pode ser detalhadamente elencada no contrato, de modo que a concessionária não possa influenciar a demanda. Além disso, seu uso só deve ser estimulado quando o Poder concedente tiver estrutura adequada para manter uma fiscalização, efetiva e permanente, das obrigações contratuais, seja através de um órgão ou agência reguladora. Como ainda existe divergência sobre o prejuízo à financiabilidade do projeto que o MVPR proporcionaria, uma medida válida de precaução seria iniciar sua utilização por projetos que demandassem menor investimento inicial do concessionário, expandindo seu uso posteriormente, caso esta restrição ao financiamento não se demonstrasse na prática.

Embora se tenha concluído pela possibilidade de adoção imediata do modelo de MVPR no Brasil, não há dúvida de que é de todo recomendável que seja precedido de previsão legislativa expressa, ainda que na esfera do próprio Poder concedente, em nome da segurança jurídica. Além disso, recomenda-se que sempre seja adotado um prazo máximo contratual, de modo a impedir que “elefantes brancos” acabem se tornando uma concessão com prazo indeterminado. Ao mesmo tempo, sugere-se que este prazo seja o mais alargado possível, o que diminui bastante os riscos do concessionário e a necessidade de garantias adicionais a serem ofertadas pelo Poder concedente. Na falta de previsão legal, o prazo máximo de 35 (trinta e cinco) anos previsto na Lei n.º 11.079/2004 afigura-se como o ideal, de modo a trazer harmonia entre o sistema regulatório das concessões e das parcerias público-privadas, tornando a concessão atrativa.

Recomenda-se ainda, que também seja estipulado um prazo mínimo para a concessão, o que teria a dupla vantagem de facilitar a captação de financiamentos e de acabar com a assimetria do modelo, que passaria a permitir, também, o *upside* para a concessionária. Ademais, revelar-se-ia benéfica a estipulação de uma garantia para a concessionária de que esta seria indenizada pela diferença do que deixar de receber acaso o contrato alcance seu termo final sem que sua expectativa de receitas totais da concessão tenha sido alcançada. É preciso ter em mente que quanto menor for o risco da concessão para o parceiro privado, maior será a economicidade do projeto, seja pelo aumento da competitividade, seja pela diminuição da expectativa da taxa de retorno,

que sempre está proporcionalmente vinculada ao risco assumido pelo investidor.

4 Conclusão

Através da experiência chilena, pode-se constatar que o modelo de concessão de rodovias através do MVPR já se encontra suficientemente testado e consolidado para que sua utilização no Brasil seja recomendada. Tal modelo possui vantagens expressivas, em relação a todos os demais já aplicados no Brasil, no que se refere à redução de riscos, aumento da economicidade e da segurança jurídico-econômica do projeto. Tais características revelam-se extremamente adequadas ao cenário atual de grandes incertezas, em que a própria evolução tecnológica vem afetando a utilização dos serviços, tornando praticamente impossível a previsibilidade da demanda futura nos contratos de longa duração.

Todavia, assim como qualquer outro modelo de contratação, o MVPR possui suas limitações, que devem ser cuidadosamente confrontadas com o perfil do projeto que se deseja licitar, e com a própria capacidade do Poder concedente de exercer fiscalização efetiva e permanente da execução contratual. O conjunto destas vantagens e limitações aponta que o MVPR pode se revelar um modelo extremamente interessante para o novo ciclo de contratações que irá resultar do término de vigência das primeiras concessões rodoviárias pátrias. Nestes casos, é bem provável que as balizas do serviço concedido já estejam suficientemente consolidadas pelos anos de execução contratual, além de que já não exista a necessidade de investimentos tão grandes em obras de infraestrutura, o que aponta um caminho fértil para a utilização do MVPR. Afinal, se modelo vem apresentando resultados tão positivos na experiência internacional, por que não testá-lo agora em rodovias brasileiras?

5 Referências

CAMPOS NETO, Carlos Alvares da Silva; MOREIRA, Sérvulo Vicente; MOTTA, Lucas Varjão. *Modelos de concessão de rodovias no Brasil, no México, no Chile, na Colômbia e nos Estados Unidos: evolução histórica e avanços regulatórios*. Rio de Janeiro: IPEA, 2018.

CHILE. Ministério de Obras Públicas (MOP). Coordinación de Concesiones de Obras Públicas (CCOP). *Concesiones de obras públicas en Chile 20 años*. Chile: CCOP-MOP, jun. de 2016.

GARCIA, Flávio Amaral. “Mutabilidade nos contratos concessionais: aspectos endocontratuais e procedimentais”. *Direito Administrativo na Atualidade*, coords. Arnaldo Wald; Marçal Justen Filho e Cesar Augusto Guimarães Pereira. São Paulo: Malheiros, 2017.

HARFORD, Tim. *A lógica da vida*. Rio de Janeiro: Record, 2009.

PRADO, Lucas Navarro; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. “O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo de vigência e sua prorrogação”. *Direito da Infraestrutura 1*, coords. Fernando S. Marcato e Mário Engler Pinto Junior, São Paulo, SaraivaJur, 2017.

RANGEL, Maria Caroline dos Santos. *Alocação de risco de demanda em concessões de rodovia*. 2017. 119f. Dissertação (mestrado), Escola de Pós-Graduação em Economia da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2017.

SANTOS, Gabriella Marques de Azevedo dos. *Prazos flexíveis às concessões de infraestrutura*. 2016. 96 f. Dissertação (mestrado), Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2016.

1.9

PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE PARA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA ESTADUAL DE DESSALINIZAÇÃO DE ÁGUA MARINHA PARA ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL¹

MARCOS PAULO MARQUES DE ARAÚJO*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Do delineamento jurídico do regime de concessão. 2. 1 Do marco regulatório. 2.2 Da tipologia das concessões. 3 Do procedimento de manifestação de interesse (PMI): paradigma estadual. 3.1 Da conceituação da PMI estadual. 3.2 Da tipologia da PMI estadual e suas modelagens. 3.3 Do rito procedimental da MIP estadual. 3.4 Do chamamento público da MIP estadual e sua modelagem. 3.5 Dos estudos técnicos subsidiadores da parceria público-privada estadual. 3.6 Da ausência de direitos e de obrigações decorrentes da MIP estadual. 4 Da manifestação de interesse privada de dessalinização de água do mar para abastecimento de água potável. 4.1 Aspectos preliminares. 4.2 Da ausência de outorga do uso de água salina. 4.3 Da exigibilidade do licenciamento ambiental da usina de dessalinização. 4.4 Da manifestação dos demais órgãos federais a respeito da instalação e a da operação da usina de dessalinização. 5 Do estado da arte da gestão dos serviços de saneamento básico na Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro. 5.1 Da ação direta de inconstitucionalidade n.º1842, do Rio de Janeiro e os seus reflexos jurídicos sobre a Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro. 5.2 Da gestão associada dos serviços de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário dos Municípios da Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro. 5.3 Da interface do parceiro privado operador da usina de dessalinização com o sistema público de abastecimento de água potável. 5.4 Da regulação e da fiscalização dos serviços de abastecimento de água potável e de

* Bacharel em Ciências Sociais e Jurídicas (UFRJ). Mestrando em Direito da Cidade (UERJ). Especialista em Direito Ambiental Brasileiro (PUC-Rio) e Especialista em Direito da Administração Pública (UFF). Advogado e Consultor Jurídico Sênior da MARQUES ARAUJO – Consultores Associados LTDA. Ex- Assessor Jurídico da Secretaria de Estado do Ambiente do Rio de Janeiro (SEA/RJ). Ex-Assessor Jurídico do Instituto Brasileiro de Administração Municipal (IBAM). Professor, palestrante e autor de livros e artigos sobre Direito Ambiental, do Saneamento Básico e dos Recursos Hídricos.

1 O presente artigo, em sua versão integral, foi premiado em 3º lugar no concurso de monografia, na categoria pós-graduação, no I Congresso de Direito Administrativo do Rio de Janeiro, que foi realizado pelo Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro, nos dias 04 a 06 de setembro de 2019.

esgotamento sanitário. 6 Conclusão. 7 Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Parceria Público-Privada. Procedimento de Manifestação de Interesse. Dessalinização. Água do Mar. Abastecimento de Água.

1 Introdução

O saneamento ambiental, hoje, constitui Direito Humano Essencial reconhecido, pela Organização das Nações Unidas (ONU), que o Brasil é membro, por meio da Resolução n.º 64/292, de 28 de julho de 2010. Complementarmente, a ONU, calcada na AGENDA 2030, formulou os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS), destacam-se, dentre todos, o ODS 6 (Água Potável e Saneamento) que estabelece metas para os países signatários assegurem o acesso seguro e adequado aos serviços de saneamento para a população até 2030.

Todavia, a população brasileira ainda passa por graves problemas de saúde e o meio ambiente fica cada vez mais comprometido pela falta de condições de saneamento básico pelo país afora. Não é diferente perante a população fluminense residente nos Municípios da Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro (RMERJ), cujo acesso aos serviços de abastecimento de água potável é bem reduzido, e de esgotamento sanitário praticamente não existe.

Diante desse contexto, algumas soluções podem, e devem ser implementadas para superar esse desafio da prestação inadequada dos serviços de saneamento básico. Uma delas é a realização da dessalinização de água do mar por meio de tecnologia por osmose reversa para fornecimento de água para o sistema de abastecimento de água potável para Municípios da RMERJ. Contudo, os investimentos para a implementação dessa tecnologia ainda são altos, e o Estado do Rio de Janeiro não teria condições de fazê-lo, de per si. Com efeito, torna-se natural o Estado do Rio de Janeiro recorrer à via da parceria público-privada para implementá-lo, facultando-se, porém, a instauração, antes, de procedimento de manifestação de interesse (PMI) para aferir, de fato, a viabilidade jurídica, técnica, operacional, financeira e econômica desse empreendimento.

Daí, o presente artigo tem por objeto um estudo de caso sobre a realização de PMI de dessalinização de água do mar para fornecimento de abastecimento de água potável para Municípios da RMERJ com vista à futura parceria público-privada correspondente. Por isso, faz-se necessário, antes, revisar os fundamentos teóricos da parceria público-privada e, ainda, do PMI, ambos voltados para os serviços de saneamento básico em ambiência de gestão associada dada a relação travada

entre o Estado do Rio de Janeiro e os Municípios da RMERJ. Indo mais adiante, o PMI deverá levar em consideração a relação jurídica travada entre o futuro parceiro público-privado com os demais atores do setor.

Outrossim, espera-se que este trabalho possa contribuir para o início de reflexões, debates e discussões críticas a respeito da utilização da parceria público-privada para a dessalinização de água do mar, a fim de possibilitar a ampliação do acesso aos serviços de saneamento básico para a população fluminense. Este é o desafio do presente trabalho.

2 Do delineamento jurídico do regime de concessão

2.1 Do marco regulatório

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CFRB/1988), em seu art. 175, parágrafo único, estabelece que incumbe ao Estado promover, direta ou indiretamente, por meio de concessão ou de permissão, a prestação de serviço público, na forma da lei. Esta lei, por sua vez, deverá estabelecer (i) o regime jurídico do concessionário e do permissionário, o caráter essencial do contrato e sua prorrogação, as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou da permissão, (ii) os direitos dos usuários, (iii) a política tarifária e (iv) a obrigação de manter o serviço adequado.

Coube à Lei Federal n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, Regime Jurídico das Concessões e Permissões (RJCP), que, mais tarde, foi objeto de complementação pela Lei Federal n.º 9.074, de 07 de julho de 1995, integrar a eficácia do art. 175, da CRFB/1988, instituindo, assim, o regime jurídico da concessão e da permissão que viabilizam a delegação contratual dos serviços públicos para a iniciativa privada.

Em 30 de dezembro de 2004, editou-se a Lei Federal n.º 11.079, Lei das Parcerias Público-Privadas (LPPP), que, ao realizar também a integração do art. 175, da CRFB/1988, instituiu, de forma consensual e harmônica com o regime da concessão e da permissão vigentes, o regime de parceria público-privada para assegurar também a delegação dos serviços públicos para o setor privado.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, foi editada, inicialmente, a Lei Estadual n.º 2.869, de 18 de dezembro de 1997, que dispõe sobre o regime de prestação do serviço público de transporte ferroviário e metrôviário de passageiros, assim como de saneamento básico do Estado do Rio de Janeiro, estabelecendo-se, assim, o regime de concessão e de permissão desses serviços para o Estado do Rio de Janeiro, notadamente a Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro (RMERJ) criada pela Lei Complementar Estadual n.º 87, de 16 de dezembro de 1997.

Todavia, tanto a Lei Complementar Estadual n.º87/1997 quanto os dispositivos que norteavam a prestação dos serviços de saneamento básico previstos na Lei Estadual n.º2.869/1997 foram declarados inconstitucionais pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal (E. STF), em sede da ação direta de inconstitucionalidade n.º1.842, do Rio de Janeiro (ADI n.º 1.842/RJ). Por isso, editou-se, por conseguinte, a Lei Complementar Estadual n.º 184, de 27 de dezembro de 2018, que institui a nova RMERJ. Este tema será retomado adiante.

Em 10 de julho de 2007, foi editada a Lei Estadual n.º5.068, que institui o Programa de Estadual de Parcerias Público-Privadas (PROPAR), e disciplina a parceria público-privada no âmbito do Governo Estadual, conferindo, assim, a devida efetividade dessa parceria nos mais diversos serviços públicos, dentre eles, os serviços de saneamento básico, sem prejuízo da observância do disposto da LPPP.

2.2 *Da tipologia das concessões*

Conforme percebe-se da leitura do item “2. 1. Do Marco Regulatório”, deste artigo, é possível afirmar que, nessa quadra atual, o instituto da concessão abrange dois tipos, a comum e a especial, sendo esta última chamada também de parceria público-privada (PPP) (ARAGÃO, 2008). Interessa-nos a PPP.

Na PPP, o Poder Público, chamado de parceiro público, que está com o seu limite de endividamento esgotado ou em vias de esgotamento, busca uma gestão privada do serviço público, especialmente o de infraestrutura, sem o aporte, a princípio, de recursos públicos. Por outro lado, a iniciativa privada, chamada de parceiro privado, tem, ao menos em tese, certeza que receberá o que lhe é devido, em razão do sistema de garantias positivado pela LPPP. Sem contar que há uma repartição de riscos, porque, ao contrário da concessão comum, o parceiro público pode fazer aporte de recursos públicos em prol do parceiro privado, diminuindo, assim, a margem de prejuízo que este último poderia ter com os serviços tidos como deficitários. A PPP pode ser patrocinada ou administrativa (art. 2º, da LPPP).

Na PPP patrocinada, a remuneração do parceiro privado decorre, em parte, do pagamento das tarifas pelos usuários e, de outra parte, de recursos públicos ofertados pelo parceiro público (arts. 2º, §1º; e, 3º, §1º, da LPPP). Destina-se aos serviços públicos de cunho econômico, os quais não são autossustentáveis integralmente. De outra banda, na PPP administrativa, a remuneração do serviço é realizada integralmente pelo parceiro público, vez que é o tomador, exclusivo, do serviço (arts. 2º, §2º; e, 3º, da LPPP). Mais do que isso, tem por objeto serviços, cuja cobrança da tarifa é inviável sob o ponto de vista técnico e/ou eco-

nômico ou, ainda, vedada, como se dá, por exemplo, nos serviços de educação e de saúde.

O emprego dos tipos de concessão vai depender da natureza jurídica do serviço a ser concedido, da possibilidade de identificação ou não de quem seja usuário e como ele pode vir a ser beneficiado, assim como da própria sustentabilidade ou não financeira desse serviço. Trata-se, assim, de consolidação do princípio da subsidiariedade, segundo o qual se não for cabível a concessão comum pelos motivos suscitados, passa-se para a PPP patrocinada e, se pelas mesmas razões não for cabível, deve-se empregar a PPP administrativa (ARAÚJO, 2010).

3 Do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI): paradigma estadual

3.1 Da conceituação da PMI estadual

O procedimento de manifestação de interesse (PMI) constitui, em síntese, um instrumento técnico que institucionaliza um diálogo entre o setor público e a iniciativa privada a respeito da viabilidade de implementação de um empreendimento de interesse público liderado pelo Estado, e que dependerá de um engajamento do setor privado para que possa tornar-se realidade. Trata-se, portanto, de um mecanismo técnico demandado junto ao mercado privado, em que o Poder Público busca aferir a viabilidade técnica, operacional, econômica, jurídica, institucional, ambiental e social para a implementação, segundo o princípio da subsidiariedade, da concessão, desde a comum até PPP administrativa, no setor público prospectado (SCWIND; e, RESIDORFER, 2015).

O Estado do Rio de Janeiro editou o Decreto Estadual n.º 43.277, de 07 de novembro de 2011, que, ao regulamentar a Lei Estadual n.º 5.068/2007, não só disciplina o procedimento de apresentação, análise e aproveitamento das propostas de PMI junto ao Conselho Gestor do PROPARG (CGP) para a inclusão no PROPARG, mas também traz o conceito da PMI como *“a apresentação de propostas, estudos ou levantamentos, de Parcerias Público-Privadas, por pessoas físicas ou jurídicas da iniciativa privada, com vistas à inclusão no PROPARG”* (art. 1º).

3.2 Da tipologia da PMI estadual e suas modelagens

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a apresentação da PMI ocorre em duas hipóteses. A primeira se dá quando há solicitação decorrente de edital de manifestação interesse expedido pelo Poder Público estadual junto ao mercado privado para a realização de estudos com vista à futura parceria público-privada. A segunda hipótese se dá quando há apresen-

tação espontânea da iniciativa privada interessada perante a Administração Pública estadual, constituindo-se, neste último caso, em manifestação de interesse privada (MIP) (art. 2º, do Decreto Estadual n.º 43.277/2011). Interessa-nos, para fins deste artigo, a MIP propriamente dita.

A modelagem da MIP deverá respeitar o conteúdo mínimo estabelecido no art. 3º, inc. I até V, do Decreto Estadual n.º 43.277/2011, sob pena de comprometer da sua própria validade. Finda a elaboração da MIP, deverá ser endereçada para o Presidente do CGP ou, ainda, à Secretaria de Estado competente pelo desenvolvimento do projeto, sem prejuízo de que haja, neste último, o encaminhamento de cópia da MIP para Presidente do CGP.

3.3 *Do rito procedimental da MIP estadual*

O Presidente da CGP, de posse da MIP, dará ciência à CGP, que, por sua vez, deliberará sobre seu encaminhamento ou não à Secretaria de Estado competente, a fim de promover a análise e a avaliação do caráter prioritário do projeto, segundo as diretrizes governamentais vigentes (art. 4º, do Decreto Estadual n.º43.277/2011). Adite-se que, a qualquer tempo, o CGP, por intermédio do Presidente, poderá solicitar para a iniciativa privada interessada a adequação da proposta da MIP à modelagem do art.3º, do Decreto Estadual n.º43.277/2011 para fins de subsidiar a análise e, por conseguinte, deliberação correspondente (art. 5º, do Decreto Estadual n.º43.277/2011).

Se, porventura, a MIP não for aprovada pela CGP, a Secretaria Executiva dará ciência dessa deliberação à iniciativa privada interessada (art. 6º, do Decreto Estadual n.º 43.277/2011).

Ao revés, se a MIP for aprovada pelo CGP, a MIP, que tiver sido apresentada espontaneamente pela iniciativa privada, será recebida como proposta preliminar do projeto de parceria público-privada.

Por conseguinte, a Secretaria Executiva dará ciência da deliberação do CGP para a iniciativa privada interessada, e, ato contínuo, solicitará as informações necessárias para, em conjunto com a Secretaria de Estado competente para o desenvolvimento do projeto, publicar chamamento público, que terá por finalidade acolher MIP do mesmo objeto apresentada por outros eventuais interessados (art. 7º, do Decreto Estadual n.º43.277/2011).

Vale, aqui, abrir um parêntese para esclarecer que, atualmente, a Presidência do CGP é desempenhada pelo Secretário de Estado de Desenvolvimento Econômico, Energia, Indústria e Serviços do Estado do Rio de Janeiro (SEDEIS), e a Secretaria Executiva do CGP também será alocada no âmbito da SEDEIS, que, por sua vez, contará com o apoio e o assessoramento da Unidade de Parceria Público-Privada (Unidade de PPP), que será exercida pela Agência Estadual de Fomento (AGE-RIO)

(§1º, do art. 6º, da Lei Estadual nº 5.068/2007 com a redação dada pela Lei Estadual n.º 7043/2015)

3.4 Do chamamento público da MIP estadual e sua modelagem

O chamamento público, que tiver por finalidade a apresentação de MIP do mesmo objeto por eventuais interessados, deverá conter o que segue: (1) prazo para a apresentação da proposta de MIP; (2) descrição resumida da proposta e dos estudos técnicos a serem desenvolvidos; (3) prazo para a conclusão dos estudos; e, (4) indicação dos critérios de aproveitamento dos elementos do projeto apresentado e limites para o ressarcimento dos custos incorridos (art. 8º, incs. I e II, do Decreto Estadual n.º 43.277/2011).

Vale o reparo que o chamamento público poderá veicular o ressarcimento dos custos da iniciativa privada elaboradora da MIP pelo parceiro privado, que vier a ser adjudicado no objeto do certame da parceria público-privada (parágrafo único, do art. 16, do Decreto Estadual n.º 43.277/2011).

Feita a publicação desse chamamento público, a Secretaria Executiva franqueará, pelo prazo de 10 (dez) dias, aos eventuais interessados a consulta aos termos do projeto que deu origem a MIP (art. 9º, do Decreto Estadual n.º 43.277/2011).

3.5 Dos estudos técnicos subsidiadores da parceria público-privada estadual

Uma vez aprovada a MIP decorrente do chamamento público, será dada autorização para a realização dos estudos técnicos correspondentes, cuja responsabilidade será pessoal e intransferível da iniciativa privada vencedora, sendo admissível, porém, o seu cancelamento a qualquer tempo por razões de oportunidade e conveniência, sem direito a qualquer espécie de indenização (art. 11, do Decreto Estadual n.º 43.277/2011).

Consoante estabelecido no art. 12, Decreto Estadual n.º 43.277/2011, a elaboração dos estudos técnicos referidos deverá ser acompanhada pela Unidade de PPP, que, repita-se, é exercida pela AGE-RIO, e ofertará apoio e assessoramento para a Secretaria Executiva do CGP, que, por sua vez, será encartada na SEDEIS.

A Secretaria Executiva, ao receber estudos técnicos, coordenará os trabalhos de consolidação da modelagem final, cuja duração será de 60 (sessenta) dias (art.13, do Decreto Estadual n.º 43.277/2011).

Findo o trabalho de modelagem final dos estudos técnicos, a Secretaria Executiva, após avaliar, sob o aspecto técnico, o grau de aproveitamento dos estudos apresentados e os respectivos percentuais de ressarcimento segundo previsto no chamamento público, submeterá a versão final desse trabalho à deliberação do CGP (art.14, do Decreto Estadual n.º43.277/2011).

Aprovada a modelagem final do CGP e, mais do que isso, somente depois de emitida a autorização do Governador de Estado, o projeto será incluído no PROPAR, e serão iniciados os preparativos necessários para realização do certame da parceria público-privada, na forma da Lei Estadual n.º 5.068/2007 e da LPPP (art. 15, do Decreto Estadual n.º43.277/2011).

O parceiro privado, que vier a ser sagrado vencedor do certame da parceria público-privada, ressarcirá os custos dos estudos técnicos utilizados pela Administração Pública estadual na modelagem final aprovada, segundo autorizado pelo art. 21, da RJCP (art. 16, parte inicial, do Decreto Estadual n.º 43.277/2011).

Adite-se que o proponente da MIP poderá participar do certame da parceria público-privada (art. 16, parte final, do Decreto Estadual n.º 43.277/2011).

3.6 *Da ausência de direitos e de obrigações decorrentes da MIP estadual*

Consoante previsto pelo art. 17, incs. I e II, do Decreto Estadual n.º43.277/2011, a aprovação da MIP, a autorização para a realização dos estudos técnicos e, ainda, o aproveitamento desses estudos não geram: (1) para a iniciativa privada interessada, o direito de exclusividade ou de qualquer espécie de preferência para a adjudicação no objeto da parceria público-privada; e, (2) para o Poder Público, a obrigação de ressarcir os custos incorridos ou de adjudicar no objeto da parceria público-privada a iniciativa privada interessada.

4 *Da manifestação de interesse privada de dessalinização de água do mar para abastecimento de água potável*

4.1 *Aspectos preliminares*

A pretensão de apresentação de MIP perante o Estado do Rio de Janeiro com vista à realização de estudos para a instalação e operação de unidade de dessalinização de água do mar por meio de tecnologia por osmose reversa para fornecimento de água do sistema de abas-

tecimento de água potável para Municípios da RMERJ deverá atender ao art. 3º, incs. I até V, do Decreto Estadual n.º 43.277/2011, observados, evidentemente, os aspectos técnico-operacionais que envolvem o tema. De toda a feita, parece de todo o razoável concluir que o avanço do empreendimento proposto se desdobra em duas fases.

A primeira fase é preliminar, e demanda a oitiva e, porque não dizer, a autorização das instâncias ambientais e federais competentes para fins de uso da água do mar como matéria-prima do empreendimento.

A outra fase é posterior à instalação do empreendimento, e deve ser estabelecida a partir da relação jurídica travada entre o Estado, os Municípios da RMERJ e a Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro (CEDAE), vez que a água dessalinizada será usada na atividade de captação para abastecer o sistema de abastecimento de água potável.

4.2 Da ausência de outorga do uso de água salina

A água, bem pertencente ao Patrimônio Ambiental Nacional, é de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, segundo determina o art. 225, da CRFB/1988.

O Decreto Federal n.º 24.643, de 10 de julho de 1934, Código de Águas (CA), em seu art. 2º, alínea “a”, define que são águas públicas de uso comum as localizadas nos mares territoriais. Estas, por sua vez, fazem parte das chamadas águas marinhas (formadas pelo mar territorial, zona contígua e alto mar), que integram o ambiente marinho, juntamente a plataforma continental e a zona econômica (MILARÉ, 2009). Adite-se que as águas situadas no mar territorial são categorizadas como interiores e, conforme estabelece a Lei Federal n.º 8.617, de 04 de janeiro de 1993, tem o limite de 12 milhas marítimas a partir de baixa-mar do litoral brasileiro.

Acerca do Patrimônio Ambiental Nacional, a CRFB/1988 tratou de dividir os bens públicos ambientais entre as unidades da Federação, e consta expressamente em seu art. 20, nos incisos V, VI e VII que os seguintes bens públicos estariam sob o domínio da União, a saber: (1) os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; (2) o mar territorial; e, (3) os terrenos de marinha e seus acrescidos.

Assim sendo, observa-se que as águas salinas que serão utilizadas pela usina de dessalinização são recursos hídricos sob domínio da União, e, em razão disso, resta necessária autorização desta última, a União, para tanto.

Cabe recordar que o uso dos recursos hídricos atinentes às águas doces é autorizado pela unidade da Federação que detém o domínio, mediante a outorga dos direitos de uso ao interessado, público ou pri-

vado (arts. 5º, inc. IV; e, 11, da Lei Federal n.º 9.433, de 08 de janeiro de 1997, Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) combinado com a Resolução n.º 357, de 17 de março de 2005, expedida pelo Conselho Nacional de Meio Ambiente - CONAMA)

No caso da União, a competência para emissão da autorização do uso desta classe de águas é feita pela Agência Nacional de Águas (ANA), segundo estabelece o art. 4º, inc. IV, da Lei Federal n.º 9.984, de 17 de julho de 2000. Todavia, a competência da ANA se limita à outorga de uso de recursos hídricos de água doce. Portanto, foge da competência desta autarquia qualquer manifestação a respeito do uso de água do mar, que resta classificada como salina, nos termos dos arts. 2º, inc. III e 5º, da Resolução n.º 357/2005, do CONAMA.

4.3 Da exigibilidade do licenciamento ambiental da usina de dessalinização

Apesar da ausência de outorga da água salina, é certo que a usina de dessalinização dever ser precedida de prévio licenciamento ambiental, que, por sua vez, constitui *“um importante instrumento de gestão do Ambiente, na medida em que, por meio dele, a Administração Pública busca exercer o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais”* (MILARÉ, 2009).

A CRFB/1988, em seus arts. art. 23, incs. III, VI e VII e parágrafo único; e, 225, §1º, inc. IV, instituiu a competência material comum deferida aos entes políticos para desempenharem atividades executivas em prol da preservação e da proteção do meio ambiente na condição de macro bem encartado no direito difuso de 3ª Geração, especialmente a realização, com respaldo no princípio da precaução, de licenciamento ambiental de empreendimento potencial ou efetivamente degradador. Daí, faz-se necessário definir quem é o ente político responsável por desempenhar essa atividade executiva ambiental e, por conseguinte, qual o órgão ou a entidade administrativa interna responsável pelo licenciamento ambiental.

A Lei Complementar Federal n.º 140, de 08 de dezembro de 2011, ao integrar a eficácia do parágrafo único, do art. 23, da CRFB/1988, estabeleceu, em síntese, as normas para a atuação cooperada entre entes dos políticos para a consecução das atividades executivas ambientais, destacando-se, dentre elas, o licenciamento ambiental. A Lei Complementar Federal n.º 140/2011 adotou, como regra geral, o critério da localidade para definir qual o ente político é responsável pelo licenciamento ambiental, ou seja, preponderará o local onde o empreendimento será instalado para a definição do ente político responsável pelo seu licenciamento. Todavia, a própria LC n.º 140/2011 flexibiliza

essa regra geral, e admite outros critérios para definir o ente político competente para promover o licenciamento ambiental. De toda a feita, prevalece, hoje, a competência de uma única instância para promover o licenciamento ambiental.

Em relação ao licenciamento ambiental da usina de dessalinização, a competência a União parece preponderar no licenciamento desse empreendimento, seja pelo critério da localização seja pelo critério de competência residual. Contudo, não é isso o que ocorre. Explique-se.

A alínea “b”, do inc. XIV, do art. 7º, da Lei Complementar Federal n.º 140/2011, respaldado no critério da localização, atribui à União competência para promover o licenciamento ambiental de empreendimento localização ou desenvolvido no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva.

A alínea “h”, do inc. XIV, do art. 7º, da Lei Complementar Federal n.º140/2011, com base no critério da competência residual, também confere à União competência para licenciar atividades que atendam tipologia estabelecida por decreto federal, a partir de provocação de comissão tripartite nacional, assegurada a participação de membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), levando-se em consideração o porte, potencial poluidor e natureza dessa atividade a ser licenciada. Complementarmente, o parágrafo único, do art. 7º da Lei Complementar Federal n.º140/2011 estabelece que os empreendimentos localizados em áreas de faixas terrestres e marítimas, assim como em zona costeira deverão ser licenciados pela União, estendidas, para tanto, as determinações previstas na alínea “h”, do inc. XIV, do art. 7º, da Lei Complementar Federal n.º140/2011.

Cabe, aqui, abrir um parêntese para ressaltar que a Lei Federal n.º 7.661, de 16 de maio de 1988, Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, e o seu Decreto Federal n.º 5.300, de 7 de dezembro de 2004, consagram definições legais a respeito das faixas terrestres e marítimas e, ainda, das zonas costeiras. Logo, a zona costeira é compreendida como o *“espaço geográfico de interação do ar, do mar e da terra, incluindo seus recursos renováveis ou não, abrangendo uma faixa marítima e outra terrestre, que serão definidas pelo Plano”* (art. 2º, parágrafo único, da Lei Federal n.º 7.661/1988). A faixa marinha é definida como o *“espaço que se estende por doze milhas náuticas, medido a partir das linhas de base, compreendendo, dessa forma, a totalidade do mar territorial”*, enquanto que a faixa terrestre representa *“o espaço compreendido pelos limites dos Municípios que sofrem influência direta dos fenômenos ocorrentes na zona costeira”* (art. 3º, incs. I e II, do Decreto Federal n.º 5.300/2004).

Em 22 de abril de 2015, foi editado o Decreto n.º 8.437, que, ao regulamentar o art. 7º, inc. XIV, alínea “h” e seu parágrafo único, da Lei Complementar Federal n.º 140/2011, estabeleceu as tipologias de

empreendimentos e atividades cujo licenciamento ambiental será de competência da União.

A partir do exame do disposto no art. 3º, do Decreto Federal n.º 8.437/2015, é certo a instalação e a operação da usina de salinização nos Municípios da RMEJ no espaço compreendido entre a linha base e o mar territorial, não constituem atividades que estão encartadas entre as tipologias que demandam o licenciamento ambiental a ser feito pelo órgão ambiental federal (ANTUNES, 2015).

Ademais, a instalação e a operação da usina de dessalinização de água salina servirá para o fornecimento de água para o sistema de abastecimento de água potável municipal, razão pela qual é possível sustentar, não sem livre de críticas, que o empreendimento em apreço não tende a gerar impacto de âmbito nacional ou regional; o que, por conseguinte, também afasta a competência do órgão ambiental federal à realização do poder de polícia administrativa (Art. 4º, da Resolução n.º 237/1997, CONAMA).

Registre-se que tudo indica que a instalação da usina de dessalinização acabará por ocorrer na área situada antes da linha base, que, por sua vez, é *“formada pela combinação de linhas de Base Retas (LBR) e Linhas de Base Normais (LBN), de acordo com as definições emanadas pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar”* (Art. 1º, do Decreto Federal nº 8.400, de 4 de fevereiro de 2015). Mais do que isso, a linha de base possui *“como ponto inicial e final, os pontos cujas coordenadas servem de referência para o traçado dos limites laterais marítimos entre Brasil e França ao norte e Brasil e Uruguai ao Sul”* (Art. 1º e seu parágrafo único, do Decreto Federal nº 8.400, de 4 de fevereiro de 2015). O art. 4º, do Decreto Federal n.º 8.400/2015 esclarece, ainda, que a linha de base do Brasil é *“definida exclusivamente para o traçado dos limites do mar territorial, da zona contígua, da zona econômica exclusiva e da plataforma continental”*.

Justamente por conta dessas definições da área onde a usina de dessalinização será instalada, é certo que essa usina não chegará a ultrapassar os limites do mar territorial; o que corrobora ainda mais a tese sustentada sobre a ausência de competência do órgão ambiental federal para licenciar o empreendimento em apreço.

A Lei Complementar Federal n.º 140/2011, por meio do art. 9º, inc. XIV, alíneas *“a”* e *“b”*, estabelece a competência do Município para a realizar o licenciamento ambiental, observados os critérios de especificação dessa competência, a saber: (i) localidade, posto abranger os empreendimentos instalados em unidade de conservação ambiental municipal, exceto área de proteção ambiental, e, ainda, (ii) impacto local, vez que pauta-se nas atividades ou empreendimentos que possam causar impacto ambiental local. Todavia, essa competência para licenciar respalda no impacto local está condicionada à regulamentação de

Conselho Estadual de Meio ambiente, que deverá definir a tipologia desse impacto levando em consideração critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade degradadora ambiental.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, o Conselho Estadual de Meio Ambiente (CONEMA) expediu a Resolução Estadual nº 42, de 17 de agosto de 2012, que dispõe sobre as atividades e empreendimentos que causam ou possam causar impacto ambiental local.

O parágrafo único, do art. 1º da Resolução Estadual n.º 42/2012, do CONEMA, trouxe algumas restrições para que o licenciamento ambiental possa ser realizado pelo Município. Com efeito, os incs. II e III, do parágrafo único, do art. 1º, da Resolução Estadual n.º42/2012, do CONEMA, estabelecem as hipóteses, em que o impacto ambiental ultrapassará o âmbito local, a saber: (1) *“atingir ambiente marinho ou unidades de conservação do Estado ou da União, à exceção das Áreas de Proteção Ambiental”*; e (2) *“a atividade for listada em âmbito federal ou estadual como sujeita à elaboração de Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e respectivo relatório de impacto ambiental (RIMA)”*.

Uma vez que a instalação e operação da usina de dessalinização irão afetar, apenas, o ambiente marinho dos Municípios da RMERJ e, mais do que isso, sujeitar-se-á à elaboração do EIA/RIMA, conclui-se que a falece competência aos órgãos ambientais municipais para promover o licenciamento ambiental desse empreendimento, restando, por conseguinte, ao órgão ambiental estadual, no caso, o Instituto Estadual do Ambiente (INEA), fazê-lo, nos termos do art. 8º, inc. XIV, da Lei Complementar n.º140/2011.

4.4 Da manifestação dos demais órgãos federais a respeito da instalação e a da operação da usina de dessalinização

Sem embargo do exposto no item *“4.3 Da Exigibilidade do Licenciamento Ambiental da Usina de Dessalinização”*, deste artigo, a Secretaria de Patrimônio, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que possui competência para disciplinar a utilização de bens de uso comum do povo de domínio da União (art. 1º, XVII, da Portaria n.º232, de 03 de agosto de 2005), deve ser provocada sobre a instalação da usina de dessalinização, ainda mais se vier a ser implantada em área do domínio do Governo federal, a fim de que adote as providências necessárias à fiscalização de seu uso, nos termos do Anexo VII, da Portaria nº 232/2005.

Tendo em vista que a usina de dessalinização será instalada próxima à zona costeira e, ainda, utilizará de águas provenientes do mar territorial, é prudente que se obtenha a manifestação da Marinha do

Brasil, a fim de resguardar os aspectos de segurança da navegação, sinalização e polícia naval daquela região.

5 Do estado da arte da gestão dos serviços de saneamento básico na região metropolitana do estado do Rio de Janeiro

5.1 Da ação direta de inconstitucionalidade n.º 1842, do Rio de Janeiro e os seus reflexos jurídicos sobre a região metropolitana do estado do Rio de Janeiro

Passados quase 20 (vinte) anos, chegou ao fim a indefinição sobre a titularidade dos serviços de saneamento básico, notadamente de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário. Coube ao E. STF, ao promover o julgamento da ADI n.º 1842/RJ em face da Lei Complementar Estadual n.º 87/1997 e da Lei Estadual n.º 2.869/1997, revelar, e pacificar o entendimento sobre o titular dos serviços de saneamento básico.

No caso, alegava-se que o Estado do Rio de Janeiro, sob o pretexto de criar regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerados urbanos, acabou por avocar, para si, os serviços de interesse local, na hipótese, os de saneamento básico, encartados na competência dos Municípios (art. 30, incs. I e V, da CRFB/1988), alijando-os do processo decisório sobre a gestão desses serviços, violando, assim, o princípio do pacto federativo com a agressão à autonomia constitucional municipal (art. 18, da CRFB/1988).

O E. STF decidiu que, quando o Estado vier a instituir o regime jurídico da gestão compartilhada a ser implementada nessas regiões, chamadas de aglutinações municipais, para integrar o planejamento, a organização e a prestação dos serviços de saneamento básico, a titularidade desses serviços caberá, ao mesmo tempo, ao Estado e aos Municípios integrantes das regiões. Consequentemente, os Municípios, que não fazem parte dessas regiões, estão investidos na titularidade dos serviços de saneamento básico.

O E. STF não estabeleceu, de forma clara, como poderá ocorrer a governança da gestão compartilhada, mas sinalizou algumas balizadas legais e institucionais, que devem ser observadas. A governança das aglutinações municipais deverá ser desempenhada por um órgão colegiado interfederativo composto, pelo menos, por representantes do Estado e dos Municípios. Faz-se necessário assegurar o controle social sobre as deliberações da governança, razão pela qual a sociedade civil organizada deve ter voz e vez nas ações estratégicas emitidas pelas aglutinações municipais. As deliberações da governança podem ser paritárias ou propor-

cionais, sendo que, neste último caso, deve-se evitar a preponderância decisória nas mãos de um único ente político da aglutinação municipal.

Tudo leva a crer, porém, que há uma sinalização que as funções públicas de interesse comum no âmbito das aglutinações municipais podem vir a ser materializadas pela via da gestão associada concretizada pelos consórcios públicos (art. 241, da CRFB/1988) ou, ao revés, por meio de lei complementar estadual a partir da gestão compartilhada segundo a forma definida pelo legislador estadual (art. 25, §3º, da CRFB/1988).

A decisão emanada do julgamento da ADI n.º 1842/RJ teve a postergação dos seus efeitos decisórios para 24 (vinte e quatro) meses a contar da sua publicação, em razão potencial insegurança jurídica que a declaração imediata da inconstitucionalidade poderia ocasionar para o setor do saneamento do Estado do Rio de Janeiro. A publicação da ADI n.º 1842/RJ ocorreu em 16 de setembro de 2013, razão pela qual a Lei Complementar n.º 87/1997 e a Lei Estadual n.º 2.869/1997 eram constitucionais até o prazo findo de 16 de setembro de 2015.

No intuito de recuperar a legalidade da RMERJ e, por conseguinte, cumprir a determinação do E. STF, o Estado do Rio de Janeiro editou a Lei Complementar Estadual n.º 184/2018, que não só instituiu a nova RMERJ, mas também disciplinou sobre a sua composição, organização, gestão e funções públicas e serviços de interesse comum, incluso, aqui, os serviços de saneamento básico, assim como cria a autoridade de execução dessa região.

5.2 Da gestão associada dos serviços de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário dos municípios da região metropolitana do estado do Rio de Janeiro

Ressalte-se, inicialmente, que o inc. IX, do art. 2º, do Decreto Federal n.º 7.217, de 21 de junho de 2010 define a gestão associada como *“associação voluntária de entes federados, por convênio de cooperação ou consórcio público, conforme disposto no art. 241 da Constituição”*. Interessa-nos o convênio de cooperação.

O convênio de cooperação, ao contrário do consórcio público que foi disciplinado à exaustão pela Lei Federal n.º 11.10, de 06 de abril de 2007, Lei de Consórcios Públicos (LCP), veio a ser definido como o *“pacto firmado exclusivamente por entes da Federação, com o objetivo de autorizar a gestão associada de serviços públicos, desde que ratificado ou previamente disciplinado por lei editada por cada um deles”*, segundo previsto no inc. VIII, do art. 2º, do Decreto Federal n.º 6.017/2007.

Trata-se, assim, de acordo administrativo que concretiza a relação jurídica entre os entes políticos com a definição das prerrogativas e de-

veres para buscar a convergência de interesses em prol da gestão de serviço público propriamente dito, sem, porém, acarretar a formação de nova pessoa jurídica.

A sustentabilidade jurídica e institucional do convênio de cooperação é alcançada mediante o disciplinamento, por lei, da sua modelagem por cada ente político conveniente, sob pena de não produzir efeitos no ordenamento jurídico. Ainda que não haja legislação de referência do convênio de cooperação editada pelos convenientes, é mais do que recomendável, que, depois da sua modelagem a partir da convergência de vontade desses convenientes, haja, pelo menos, a ratificação pelo Legislativo, possibilitando a adesão formal e expressa de cada conveniente em prol da gestão associada dos serviços públicos.

Uma vez instalada a ambiência de gestão associada por meio de convênio de cooperação, nada impede que os entes políticos convenientes lancem mão do contrato de programa para possibilitar que um ente político conveniente contrate o outro conveniente para a execução de dado serviço público propriamente dito mediante o pagamento da devida tarifa, sem prejuízo das demais regras asseguradoras da sustentabilidade financeira desse contrato.

O art. 13, §1º até §6º, da LCP delinea a forma do contrato de programa, que, por sua vez, foi objeto de detalhamento pelo Decreto Federal n.º 6.017/2007, especialmente do art. 30 até art. 36. O art. 2º, inc. XVI, do Decreto Federal n.º 6.017/2007 reitera o disposto no art.13, caput, da LCP e, mais do que isso, conceitua o contrato de programa como o *“instrumento pelo qual devem ser constituídas e reguladas as obrigações que um ente da Federação, inclusive sua administração indireta, tenha para com outro ente da Federação, ou para com consórcio público, no âmbito da prestação de serviços públicos por meio de cooperação federativa”*.

O contrato de programa, por pressupor a sua formalização em ambiente de gestão associada materializada por consórcio público ou por convênio de cooperação, materializa um vínculo que gera uma convergência de interesses comuns, em que as partes estabelecem, em regime contratual de direitos e obrigações recíprocos, metas para o alcance desses interesses. *“Pela sua fisionomia e pelos fins a que se preordena, o contrato de programa ostenta a natureza jurídica de ajuste de caráter cooperativo, à semelhança da natureza que também qualifica os convênios e outros negócios jurídicos análogos”* (CARVALHO FILHO, 2009).

Apesar dessa característica de consensualidade que norteia o contrato de programa, o inc. I, do §1º, do art. 13, da LCP submete este contrato, no que couber, ao regime jurídico das concessões e permissões (leia-se, RJCP e LPPP); o que é reiterado pelo art. 30, caput, do Decreto Federal n.º 6.017/2007.

A submissão do contrato de programa ao regime jurídico das concessões e permissões tem a sua razão de ser na complexidade que envolve os serviços públicos objeto de delegação, sendo necessário, então, *“amarrar os contratantes aos seus termos, condições, critérios, metas, direitos e deveres, obrigações e garantias, além de outras regulamentações necessárias à manutenção da incolumidade do serviço público, dos direitos dos usuários e das partes contratantes”* (CANÇADO, 2008)

A formalização do contrato de programa entre os entes políticos e/ou as entidades da Administração Pública indireta desses entes não precisará ser precedida de prévio processo licitatório, porque, como está instalado o ambiente de gestão associada, não há competitividade entre as partes, mas, sim, o somatório de esforços convergentes em prol da execução dos serviços públicos. Daí, o inc. XXVI, do art. 24, da LLCA assegura a contratação direta mediante dispensa de licitação da prestação de serviços públicos em ambiente de gestão associada, nos termos autorizados pelo contrato de consórcio público ou pelo convênio de cooperação.

Em suma, após a formalização de convênio de cooperação entre o Estado do Rio de Janeiro e os Municípios integrantes da RMERJ para a instalação da ambiência de gestão associada, estes Municípios poderão formalizar, por meio de contratação direta com dispensa de licitação (art. 24, inc. XXVI, da LLCA), contrato de programa com a CEDAE para a consecução dos serviços de saneamento básico. Esta é a regra geral, que ocorre na prática. A exceção fica por conta da relação jurídica travada entre o Estado do Rio de Janeiro, o Município do Rio de Janeiro e a CEDAE para a gestão dos serviços de saneamento básico, posto que pauta-se em um instrumento jurídico consensual precário intitulado *“Termo de Reconhecimento Recíproco de Direitos e Obrigações”*, que, dada a sua natureza jurídica de convênio comum, viola o art. 10, a Lei Federal n.º11.445, 05 de janeiro de 2007, Lei de Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico (LDNSB), e, portanto, resta gravado de ilegalidade desde a sua edição.

Complemente-se que, antes da formalização do contrato de programa, deverão ser cumpridas as exigências estabelecidas no art. 11, incs. I até IV, da LDNSB, sob pena de nulidade contratual por vício quanto à forma (art. 104, inc. III c/c art. 166, inc. IV, da Lei Federal n.10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil) e responsabilização do gestor, que o subscrever, por ato de improbidade administrativa, por omissão, seja pela via culposa seja por meio doloso, por acarretar prejuízo ao erário público decorrente da prestação inadequada de serviço público (art. 10, inc. XIV, da Lei Federal n.º8.429, de 02 de junho de 1992, Lei de Improbidade Administrativa - LIA).

5.3 Da interface do parceiro privado operador da usina de dessalinização com o sistema público de abastecimento de água potável

Tendo em vista que o futuro parceiro privado irá promover a operação da usina de dessalinização, que, depois do emprego da técnica de osmose reversa da água salina, possibilitará a captação da água tratada para o serviço público de abastecimento de água potável para os Municípios da RMERJ, é certo que deverá haver uma interface com o operador público deste sistema, que, atualmente, é feito pela CEDAE, na forma do convênio de cooperação, que, por sua vez, confere validade para o contrato de programa.

Assim sendo, tanto convênio de cooperação quanto o contrato de programa em exames deverão ser objeto de termo aditivo, possibilitando, por conseguinte, o compartilhamento do sistema público de saneamento básico local outorgado à CEDAE com o parceiro privado, que será incumbido do desempenho da captação de água.

Complementarmente, ressalte-se que o termo aditivo do convênio de cooperação deverá veicular autorização para o Estado do Rio de Janeiro promover a licitação e a prestação contratada indireta pela via da parceria público-privada em prol dos Município da RMERJ, vez que, em regra, o convênio de cooperação limita-se a indicar a execução dos serviços de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário pela CEDAE em ambiência de gestão associada.

Ressalte-se, ainda, que o compartilhamento do sistema pública de saneamento básico entre o futuro parceiro privado e a CEDAE vai representar uma interdependência de redes de um mesmo sistema, que demandará a formalização de um contrato de articulação de serviços públicos.

O contrato de articulação dos serviços de saneamento básico, que sede no art. 12, da LDNSB e no art. 44, do Decreto Federal n.º 7.217/2010, tem por objetivo disciplinar a relação jurídica travada entre diferentes prestadores, que executem atividades diversas desses serviços, mas são interdependentes umas das outras – tal qual no caso em comento -, e deve ser modelado na forma dos incs. I até X, do §2º, do art. 12, do LDNSB e dos incs. I até X, do §1º, do art. 44, do Decreto Federal n.º 7.217/2010.

5.4 Da regulação e da fiscalização dos serviços de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a Agência Reguladora de Energia e de Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA) é a entidade de regulação responsável pela regulação e fisca-

lização dos serviços de abastecimento água potável e de esgotamento sanitário prestados pela CEDAE, nos termos do art. 1º, caput, e §1º, do Decreto Estadual n.º 45.344, de 17 de agosto de 2015.

Os Municípios da RMERJ deverão designar uma entidade de regulação para regular e fiscalizar os serviços públicos de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário, sejam os serviços compartilhados entre o futuro parceiro privado e a CEDAE sejam os demais serviços prestados pela CEDAE, somente; o que poderá ocorrer em sede do próprio convênio de cooperação que estabelecer a gestão associados dos serviços. Isso se explica porque, a prestação contratada dos serviços de saneamento básico, seja pela via da delegação contratual seja por intermédio da gestão associada materialização por convênio de cooperação com a formalização de contrato de programa, deve ser precedida da designação de entidade de regulação (art. 11, inc. III, parte final, da LDNSB e art. 39, inc. III, parte final, do Decreto Federal n.º 7.217/2010), repita-se.

O entendimento exposto acima se estende ao contrato de articulação dos serviços públicos de saneamento básico já suscitado, que pressupõe uma uniformidade na regulação e na fiscalização desses serviços compartilhados (art. 12, parte final, e seu §2º, inc. X, da LDNSB e §1º, inc. X e §2º, ambos do art. 44, do Decreto Federal n.º 7.17/2010). Com efeito, nada impede que a AGENERSA seja designada, pelo Estado em consensualidade com os Municípios da RMERJ, nos termos do convênio de cooperação cabível, como entidade de regulação da atividade de captação de água advinda da usina de dessalinização, que for objeto de prestação contratada por intermédio de parceria público-privada.

6 Conclusão

A PPP, seja na modalidade patrocinada seja no tipo administrativa, que, no Estado do Rio de Janeiro, tem sede no PROPAR, possibilita que o parceiro público, sem promover, a princípio, o aporte inicial de recursos públicos, aufira a gestão privada dos serviços de abastecimento de água potável para os Municípios da RMERJ decorrente da dessalinização de água do mar a ser executada por parceiro privado, que, em tese, tem a certeza que receberá o que lhe é devido dado o sistema de garantias dessa concessão, sem contar a repartição de riscos inerentes a essa parceria.

Para tanto, a Administração Pública, com respaldo no Decreto Estadual n.º 43.277/2011, pode instaurar um PMI, ou, se vier a ser provocada pela iniciativa privada, receber uma MPI, a fim de promover, segundo rito próprio estabelecido na legislação de referência, a aferição da viabilidade técnica, operacional, econômica, jurídica, institucional,

ambiental e social do empreendimento de dessalinização de água do mar, cujo licenciamento ambiental para a instalação e operação da usina de dessalinização será realizado pelo INEA, nos termos do art. 8º, inc. XIV, da Lei Complementar n.º 140/2011.

Os serviços de saneamento básico dos Municípios da RMERJ ocorrem em ambiência de gestão associada, exceto o Município do Rio de Janeiro que conta com instrumento jurídico precário, e, portanto, inválido desde a sua edição, em razão da violação do art. 10, da LDNSB.

Nesse sentido, os Municípios da RMERJ firmam com o Estado do Rio de Janeiro convênio de cooperação, que deverá ser submetido à ratificação legislativa por ambas unidades federadas, para dispor sobre o planejamento, regulação, fiscalização e prestação dos serviços de saneamento básico, inclusa a designação da AGENERSA como entidade de regulação desses serviços. Feito isso, os Municípios, por meio da contratação direta na modalidade dispensa de licitação, podem formalizar contrato de programa com a CEDAE, que terá por objeto a prestação dos serviços.

Consequentemente, a introdução da tecnologia de dessalinização no sistema de abastecimento de água potável importará que o futuro parceiro privado trave uma relação jurídica com a CEDAE. Para tanto, será necessário, além de promover termos aditivos ao convênio de cooperação e ao contrato de programa, formalizar-se um contrato de articulação dos serviços de saneamento básico para regrear a relação jurídica travada entre o parceiro privado e a CEDAE para fins de gerir, de forma compartilhada, o abastecimento de água potável, e este contrato deverá ser objeto de regulação pela AGENERSA.

7 Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. “*Delegações de Serviços Públicos*”. Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF - IDAF, Curitiba, n.º 82, p. 955/956, maio de 2008.

ARAÚJO, Marcos Paulo Marques. “*Concessão da Disposição Final de Resíduos Sólidos Urbanos à luz da Lei de Saneamento Básico - LSB*”. Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF - IDAF, Curitiba, n.º 82, p. 993/1008, maio de 2008.

ARAÚJO, Marcos Paulo Marques. *Parcerias Público-Público e Público-Privada no Serviço de Limpeza Urbana: Uma Proposta de Modelagem de*

Regionalização. In: *“Direito Municipal Contemporâneo; Novas Tendências”*. FRAGA, H. R. e SOUZA, H. A. M. (coord.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. p. 109/151.

BRASIL – Supremo Tribunal Federal – Plenário – ADI nº 1842/RJ – Rel. Min. Mauricio Corrêa – *“Estado Membro: Criação de Região Metropolitana”* (Título) - Informativo do STF nº 697 – 4 a 8 de março de 2013 – Disponível em: www.stf.jus.br

CANÇADO, Maria de Lourdes Flexa de Lima Xavier. *“Serviço Público no âmbito dos Consórcios Públicos”*. BARBOSA, Maria Elisa Braz e PIRES, Maria Coeli Simões (coordenadoras). *Consórcios Públicos; Instrumentos do Federalismo Cooperativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Consórcios Públicos (Lei n.º 11.107, de 06.04.2005, Decreto n.º 6.017, de 17.01.2001)*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente: A Gestão Ambiental em Foco: Doutrina, Jurisprudência, Glossário*, 6ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SCHWIND, Rafael Walbach e REISDORFER, Guilherme F. Dias. *“O Decreto 8428/2015 e a nova regulamentação do procedimento de manifestação de interesse (PMI) no âmbito federal”*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 98, abril de 2015. Disponível em: www.justen.com.br/informativo. Acesso em: 06 maio 2015.

1.10

ÁREAS DE PRESEVAÇÃO PERMANENTE E O DIREITO A PROPRIEDADE

MARINA SANTOS DE ALCÂNTARA*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Intervenção do Estado na propriedade. 2.1 A propriedade no ordenamento jurídico brasileiro. 2.2 A função social da propriedade. 2.3 A Função ambiental da propriedade. 3 Áreas de preservação permanente. 3.1 Conceito e objetivos da criação de área de preservação permanente. 3.2 As restrições ao direito de propriedade. 3.3 A natureza jurídica das áreas de preservação permanente e o cabimento de indenização em favor do proprietário ou possuidor atingido pelo gravame. 4 Conflitos socioambientais em áreas de preservação permanente. 5 Conclusão.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção ambiental. Propriedade. Intervenção administrativa.

1 Introdução

O Brasil apresenta, atualmente, um complexo sistema institucional para a gestão do meio ambiente, contudo, para se chegar ao modelo de legislação ambiental vigente, foi necessário um longo processo envolvendo diferentes contextos sociais, políticos e econômicos.

O reconhecimento da condição primordial que as florestas exercem para a garantia do equilíbrio ecológico emanou a formação de um sistema jurídico florestal mais consistente, que hoje em dia é composto por leis, decretos, resoluções, portarias e outros atos normativos.

Assim, as primeiras ideias no sentido de proteger áreas dos ecossistemas naturais no território brasileiro, convergiram com a criação do Código Florestal de 1934, que representou uma grande inovação para a época, com características preservacionistas que passaram a estabelecer o uso da propriedade em função do tipo florestal existente, passando a ser definindo em categorias. As florestas classificadas como protetoras apresentavam, para a época, um indício do que seria o instituto das áreas de preservação permanente, instituído posteriormente pelo Código Florestal de 1965.

* Bacharel em direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Estácio de Sá e; pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Faculdade Cândido Mendes e estagiária de pós-graduação na assessoria da 5ª Vara Cível da Serra/ES.

Inobstante o caráter bastante conservacionista do Código Florestal de 1934, a inércia e displicência das autoridades públicas culminaram com a não aplicação da legislação, principalmente em áreas de localização mais remota.

Entretanto, com a edição do segundo Código Florestal, em 1965, o antigo Código Florestal de 1934, pode ser aperfeiçoado. Este novo Código representou importante instrumento disciplinador das atividades florestais ao declarar as florestas existentes no território nacional como bens de interesse comum do povo, em razão da sua essencialidade para uma qualidade de vida saudável.

Após anos de debates e discussões políticas, um novo Código Florestal é aprovado em 2012, sem mudanças significativas em termos estruturais. A proteção do meio ambiente natural continuou sendo obrigação do proprietário, mediante a manutenção de espaços protegidos de propriedade privada, divididos entre Área de Preservação Permanente (APP) e Reserva Legal (RL).

Dessa forma, as áreas de vegetação e sua relação com o direito de propriedade passaram a apresentar uma diversidade de aspectos e relações jurídicas, impondo restrições e, até mesmo, limitações administrativas ao uso da propriedade.

Diante disso, o presente artigo busca analisar a problemática que envolve a matéria ambiental e o direito de propriedade, levando em consideração a complexidade da relação entre a proteção do meio ambiente e o direito de propriedade.

2 Intervenção do estado na propriedade

2.1 *A propriedade no ordenamento jurídico brasileiro*

A propriedade constitui modalidade de direito real com definição e regime jurídico determinados pela legislação civil, sendo definida pelo art. 1228, do Código Civil, como a “faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha” (BRASIL, 2019). Neste sentido, nos termos do direito civil, em regra, é titular da propriedade em sua plenitude aquele que detém o poder para exercer todos os atributos definidos no preceito legal: *ius utendi, fruendi et abutendi* (PEREIRA, 2008, p. 92).

Historicamente o direito de propriedade surgiu a partir do desenvolvimento da agricultura e da domesticação de animais, sendo, a princípio, um direito coletivo, não importando o bem em si, mas tão somente os frutos produzidos pela terra. Considerada dessa forma, a

garantia da propriedade acabou por configurar um estímulo à produção e, portanto, ao desenvolvimento econômico.

Em um contexto jurídico, a segurança e estabilidade criada pelo direito a propriedade passou a promover a necessária valorização do trabalho enquanto atividade humana. Nessa perspectiva, trabalho e propriedade podem ser tidos como aspectos inerentes “à *conditio* humana, à liberdade pessoal e à dignidade dos direitos humanos” (HÄRBELE, 2007, p. 393).

Carvalho Filho (2012), considera a propriedade um instituto de caráter político, cabendo a ordem jurídica reconhecer ou não as características que dão forma a esse instituto. Afirma ainda que, tradicionalmente, a propriedade constitui verdadeiro direito natural, passando ao *status* de direito fundamental nas declarações de direito da época do constitucionalismo.

Tal noção se encontra manifestamente consagrado nas principais declarações de direitos que, inspiradas em ideais de defesa e proteção da liberdade, marcaram os movimentos revolucionários que contestaram os regimes despóticos que imperaram nos séculos XVII e XVIII.

A Constituição brasileira de 1988 é categórica no que se refere ao reconhecimento desse direito: “É garantido o direito de propriedade” (art. 5º, XXII), o que demonstra a sua natureza de inviolabilidade. Enquanto o art. 170, da CF, insere a propriedade privada entre os princípios da ordem econômica.

Contudo, isso não significa que a propriedade assume, em face da ordem constitucional, caráter absoluto, que inadmite restrições. Assim como outros direitos fundamentais, o direito de propriedade permite limites e atenuações em sua aplicação em nome de outros valores também tutelados pelo texto constitucional. Da mesma forma, muitos princípios constitucionais também admitem restrição em face do direito de propriedade. A colisão entre princípios constitucionais, mormente no caso de direitos fundamentais, requer moderação na aplicação de uns em face de outros.

Quanto as definições contidas no Código Civil e na Constituição, afirma-se que “as normas de direito privado devem ser compreendidas em conformidade com a disciplina que a Constituição lhe impõe” (SILVA, 2003, p. 273), para concluir que é, “assim, o direito positivo, a lei ordinária mesma, que fixa o conteúdo desse direito que é institucionalmente garantido pela Constituição (art. 5º, XXII)”. (SILVA, 2003, p. 271).

Neste sentido, prevalece o entendimento que confere maior alcance ao direito fundamental de modo a abranger não apenas a definição de propriedade constante na legislação civil, mas também outros direitos de conteúdo patrimonial (BASTOS, 2000, p. 207-208; CORREIA, 1998, p. 477, 530; FERREIRA FILHO, 2008, p. 309; MENDES, 2004, p. 150- 151).

Desse modo, deve-se compreender o direito inscrito no art. 5º, caput e inciso XXII, da Constituição, de forma mais abrangente, como “o direito fundamental de não ser alguém despojado de direitos de seu patrimônio, sem justa indenização” (FERREIRA FILHO, 2008, p. 309).

Ou seja, a privação, ainda que parcial, da propriedade gera, em regra, o dever de indenizar. A reparação financeira pela limitação da propriedade encontra guarida desde da criação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que contempla, em caráter excepcional, a possibilidade de privação da propriedade “quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir manifestamente”, o art. 17 da Declaração define como condição o pagamento de “justa e prévia indenização”.

2.2 *A função social da propriedade*

A ideia de impor limitações ao uso da propriedade, no sentido de que ela, além de servir aos interesses de seu titular, pudesse também atender as demandas coletivas da sociedade, isto é, cumprir sua função social, surgiu a partir do século XX, em razão do avanço do liberalismo econômico, que acabou por ensejar profunda revisão sobre o alcance e o significado do direito de propriedade.

No entanto, a égide constitucional da função social da propriedade criou diversas interpretações quanto ao seu alcance e significado. Para alguns, sua imposição implica o acréscimo de aspecto essencial ao conteúdo do direito de propriedade, sem o qual fica afastada sua garantia jurídico-constitucional por desfiguração do instituto. Ou seja, tal corrente considera que “o bem apropriável, mas que desatenda à função social a que se destina, não é objeto de direito constitucionalmente protegido” (ROCHA, 2003, p. 577; GRAU, 2003, p. 214). Não se enquadraria, em última análise, no conceito constitucional de propriedade.

Segundo Carvalho Filho (2012, p. 769), “hoje o direito de propriedade só se justifica diante do pressuposto que a Constituição estabelece para que se torne suscetível de tutela: a função social”.

Acerca do assunto, Guilherme Purvin de Figueiredo explicou:

O proprietário, pelo fato de possuir uma riqueza, deve cumprir uma função social. Seus direitos de proprietário só estarão protegidos se ele cultivar a terra ou não permitir a ruína de sua casa. Caso contrário, será legítima a intervenção dos governantes no sentido de obrigarem o cumprimento, do proprietário, de sua função social”. (FIGUEIREDO, 2004. Op. cit. p. 70)

Ou seja, se a propriedade não está atendendo a sua função social, deve o Estado intervir para amoldá-la nessa qualificação. Para Maria

Sylvia di Pietro (1998), essa função autoriza não só a determinação de obrigações de fazer, como de não fazer, sempre no intuito de impedir o uso absolutista da propriedade.

Seguindo essa concepção seria possível admitir a tomada injustificada do bem que não estivesse cumprindo com a sua função social, inclusive mediante invasão forçada, pois não estaria mais abrangido pelo direito de propriedade em virtude da ausência de aspecto elementar essencial.

O texto constitucional, no entanto, permite cogitar de solução diversa. O descumprimento da função social da propriedade não descaracteriza o direito de propriedade, mas determina a imposição de penalidades, podendo resultar, inclusive, em desapropriação (BASTOS, 2000, p. 210).

No caso de imóveis rurais, o art. 184 da Constituição sujeita o bem à desapropriação para fins de reforma agrária caso não seja observada a função social da propriedade. Em relação ao imóvel urbano, o art. 182, § 4º, do texto constitucional, comina a aplicação sucessiva de penalidades em face do descumprimento da função social.

A Constituição brasileira de 1988, em seu art. 5º, XXIV, autoriza ainda o legislador a estabelecer “o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos” pelo próprio texto constitucional.

Ao dispor sobre o instituto da requisição administrativa, o art. 5º, XXV, do texto constitucional permite que, em “caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.

A imposição do dever de indenizar em face de privação ao direito de propriedade tem encontrado guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme se extrai do julgamento do REsp nº 134.297-8/SP, conduzido pelo Ministro Celso de Mello:

(...) a circunstância de o Código Florestal (Lei no 4.771/65) definir como bens de interesse comum tanto as florestas existentes no território nacional quanto as demais formas úteis de vegetação que revestem as áreas por elas ocupadas não impede que se reconheça a obrigação de o Poder Público indenizar o proprietário do solo naquelas hipóteses em que as limitações administrativas, suprimindo ou reduzindo a possibilidade de exploração dos recursos naturais da terra, venham a virtualmente esterilizar, em seu conteúdo essencial, o direito de propriedade. (Cf. RE no 134.297-8/SP, Rel. Min. Celso de Mello, in DJU de 22.09.95)

Em outras palavras, as limitações administrativas à propriedade, ainda que de caráter ambiental, que culminarem em redução ou esvaziamento do seu conteúdo econômico impõem ao poder público o dever de indenizar, como forma de assegurar o direito definido no art. 5º, XXII, da Constituição.

2.3 *A função ambiental da propriedade*

O exercício do direito de propriedade não pode bastar à satisfação do seu titular, devendo adequar-se também à preservação do meio ambiente natural e social, com escopo coletivo e difuso.

A Constituição de 1988 institui a proteção ambiental, consoante o art. 170, incisos II e III, bem como impôs a necessidade de se alcançar a justiça social, permeando a função social da propriedade. Dessa maneira, determinou a realização do desenvolvimento sustentável, com harmonia entre os esforços da coletividade e da Administração Pública, a fim de se obter o equilíbrio entre a propriedade privada e preservação ambiental (MESQUITA, 2009). Significa que o direito de propriedade deve ser analisado paralelamente ao desenvolvimento social e ambiental.

Neste sentido, para Délton Winter de Carvalho (2018), a função ambiental exerce uma orientação fundamental para a realização do processo interpretativo das regras em matéria ambiental, promovendo a harmonização entre o uso sustentável da propriedade privada e a proteção das florestas. Para tanto, este processo deve sempre ser conduzido pela ideia de que apenas a lei tem “esse poder de criar normas concernentes a deveres e a direitos de propriedade” (MACHADO, 1994, p. 126).

Ao contrário da função social, que incide apenas sobre a propriedade privada, a função ambiental submete sua aplicação tanto ao regime de propriedade pública quanto privada. Nesta toada, engendra o pensamento de Paulo de Bessa Antunes:

A função ambiental independe do regime dominial, pois uma floresta, pública ou privada, desempenha a função ambiental, ou não, sem que o *status* jurídico de seu proprietário seja relevante. Aliás, somente a desatenção a realidade pode ver contradição entre regime de propriedade e proteção ao meio ambiente. Assim, parece-me um despropósito tratar da propriedade, em relação ao seu aspecto ambiental, utilizando-se o *já quase centenário conceito da função social da propriedade*. (ANTUNES, 2011. p. 33)

Assim, o instituto da função social não se mostra suficiente para resguardar as necessidades inerentes ao caráter limitado dos recursos naturais, sendo mais adequado nas manifestações de repercussão eco-

nômica do uso da propriedade. Por outro lado, a função ambiental está empenhada em assegurar que o uso da propriedade, pública ou privada, preserve os interesses ecológicos, ambientais e de proteção dos recursos naturais, submetendo o exercício do direito de propriedade às determinações presentes na legislação ambiental, sem, entretanto, promover o fim do direito de propriedade (CARVALHO, 2018).

Importante destacar que a função ambiental decorre da previsão constitucional do bem tutelado como “meio ambiente ecologicamente equilibrado”, consistindo em “bem de uso comum”, por ser “essencial à sadia qualidade de vida”¹.

Portanto, a função ambiental não permite uma ampla discricionariedade, pelo contrário, deve ser exercida dentro da legalidade e com o devido equilíbrio com os demais direitos fundamentais que possam estar em conflito. Dessa forma, além da previsão normativa, a função ambiental depende da aquisição de um ganho ambiental transindividual proporcional e razoável para a imposição de restrições ao direito de propriedade (CARVALHO, 2018).

O atual Código Florestal cumpre com o objetivo de lei geral florestal para proteção e uso sustentável do meio ambiente. Esse intento legal é descrito em seu próprio texto ao prever que sua normatividade recai sobre:

(...) a proteção da vegetação, Áreas de Preservação Permanente e áreas de Reserva Legal; a exploração florestal, o suprimento de matéria-prima florestal, o controle da origem dos produtos florestais e o controle e prevenção dos incêndios florestais, e prevê instrumentos econômicos e financeiros para o alcance de seus objetivos².

Por conseguinte, é a legislação florestal que atribui categoricamente a condição de bens de interesse comum às florestas³ e, por conseguinte, aos seus serviços e funções ambientais. Em contrapartida, a legislação florestal estabelece como um de seus objetivos a “compatibilização e harmonização entre o uso produtivo da terra e a preservação da água, solo e vegetação”⁴, atendendo à consagração constitucional do meio ambiente e da propriedade como Princípios da Ordem Econômica⁵.

Desta forma, a função ambiental impõe o dever de usar a propriedade conforme a orientação legislativa e em equilíbrio com os demais direitos

1 Art. 225, Constituição Federal.

2 Conforme texto artigo 1º-A da Lei nº 12.651/12.

3 Conforme art. 2º da Lei nº 12.651/12.

4 Art. 1º-A, Lei nº 12.651/12.

5 Art. 170, incisos II, III e VI, CF.

fundamentais, a fim de assegurar a todos um meio ambiente ecologicamente equilibrado, sujeitando os que desrespeitarem este preceito à tripla responsabilidade em matéria ambiental (civil⁶, administrativa⁷ e criminal⁸).

3 Áreas de preservação permanente

3.1 *Conceito e objetivos da criação de área de preservação permanente*

O novo Código Florestal (Lei 12.651/2012) alterou o regime jurídico até então vigente sob a égide da antiga Lei Florestal de 1965 (Lei 4.771/1965), mantendo dois institutos essenciais, que são as Áreas de Reserva Legal e as Áreas de Preservação Permanente. Tais institutos constituem limitações administrativas a uma série de áreas que são listadas pelo referido diploma legal.

Neste sentido, as Áreas de Preservação Permanente consistem em espaços territoriais legalmente protegidos, ambientalmente frágeis e vulneráveis, podendo ser áreas públicas ou privadas, urbanas ou rurais, cobertas ou não por vegetação nativa, que devem ser preservadas, independente de quem seja a propriedade.

Segundo o inciso II, artigo 3º do Código Florestal, a Área de Preservação Permanente (APP), pode ser conceituada como:

Área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

Constata-se que a Lei 12.651/2012, em seu artigo 3º, manteve o conceito de Área de Preservação Permanente, não tendo trazido qualquer alteração ao quadro normativo revogado.

A criação de Áreas de Preservação Ambiental, foi uma das maneiras encontradas pelo Estado, enquanto organismo político-administrativo, de garantir a função ambiental da propriedade.

O conceito de Área de Preservação Permanente disposto no art. 3º, II, do Código Florestal (Lei nº 12.651/12) faz referência expressa ao

6 Assentada no §1º do art. 14º, da Lei nº 6.938/81.

7 Arts. 70 a 76 da Lei nº 9.605/98 e Decreto Federal nº 6.514/08.

8 Lei nº 9.605/98.

cumprimento da função ambiental, a exemplo do que já ocorria na legislação revogada (Lei nº 4.771/65, art. 1º, § 2º, II).

Vale destacar que, embora a nova legislação, no caput do artigo 4º, considere como Área de Preservação Permanente “zonas rurais ou urbanas”, é necessário observar a função finalística da norma à luz da hidrologia, da botânica ou de outra ciência ambiental aplicada, para se atribuir função ambiental a área (ANTUNES, 2016).

Nestes termos, para avaliar a existência ou não de função ambiental, a Lei 12.651/2012 estabeleceu a possibilidade de que estudos técnicos para a admissão de edificação nas áreas consolidadas em Áreas de Preservação Permanente urbanas, devendo tais estudos contemplar, no mínimo, as seguintes hipóteses previstas no art. 64, § 2º:

- (i) caracterização da situação ambiental da área a ser regularizada;
- (ii) especificação dos sistemas de saneamento básico;
- (iii) proposição de intervenções para a prevenção e o controle de riscos geotécnicos e de inundações;
- (iv) recuperação de áreas degradadas e daquelas não passíveis de regularização;
- (v) comprovação da melhoria das condições de sustentabilidade urbano-ambiental, considerados o uso adequado dos recursos hídricos, a não ocupação das áreas de risco e a proteção das unidades de conservação, quando for o caso;
- (vi) comprovação da melhoria da habitabilidade dos moradores propiciada pela regularização proposta; e
- (vii) garantia de acesso público às praias e aos corpos d’água (Artigo 64, § 2º).

Acrescenta-se que, na forma do artigo 65 da Lei 12.651/2012, quando se tratar de regularização fundiária de interesse específico dos assentamentos inseridos em área urbana consolidada que ocupem área de preservação permanente não identificadas como áreas de risco, o legislador admitiu, ao longo de rios ou qualquer curso d’água, a manutenção de faixa não edificável de largura mínima de 15 (quinze) metros⁹.

Desse modo, fica evidente que o próprio Código Florestal é dotado de normas aptas a munir o administrador de instrumentos para, no caso concreto, identificar a função ambiental das chamadas Áreas de Preservação Permanente urbanas e dar-lhes tratamento adequado ao conjunto da legislação aplicável (ANTUNES, 2019).

9 Art. 65 da Lei 12.651/2012.

3.2 *As restrições ao direito de propriedade pelo poder público*

Em seu texto normativo, o atual Código Florestal refere-se expressamente à função ambiental ou ecológica como elemento constitutivo e justificador da imposição de limitações administrativas ao direito de propriedade. Todavia, por se tratarem de intervenções de índole geral e com o caráter de atendimento ao bem-estar social, estas limitações podem não gerar direito a indenização ao proprietário.

Diversamente da servidão e da desapropriação, a limitação administrativa é “toda a imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública, condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social” (MEIRELLES, 2015), razão pela qual devem sempre ser submetidas à observância da estrita legalidade e a uma interpretação restritiva (CARVALHO, 2018).

Tratando-se de Áreas de Preservação Permanente, estas devem ser especialmente protegidas haja vista sua “função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas”¹⁰.

À vista disso, a limitação administrativa pode ser tida como um estado de sujeição ou de restrição, que o Poder Público impõe ao particular diretamente ou aos bens deste, em obediência a determinadas normas, fazendo-o no exercício da sua soberania, dentro dos princípios constitucionais que lhe são próprios.

Por serem preceitos de ordem pública, as limitações administrativas devem se amparar nos limites impostos pela Constituição Federal e leis vigentes. Hely Lopes Meirelles ainda observa que “só são legítimas quando representam razoáveis medidas de condicionamento do uso da propriedade, em benefício do bem-estar social, e não impedem a utilização da coisa segundo sua destinação natural” (MEIRELLES, 2001).

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

(...) não cabe ao particular qualquer medida, administrativa ou judicial, visando impedir a incidência da limitação sobre o imóvel de sua propriedade; o Estado age imperativamente, na qualidade de poder público, e somente poderá sofrer obstáculos, quando a Administração aja com abuso de poder, extravasando os limites legais. Neste caso, cabe ao particular, além de opor-se à limitação estatal, pleitear a indenização por prejuízos dela decorrentes. (DI PIETRO, 1998)

10 Art. 3º, II, Lei nº 12.651/12.

Como figura do direito administrativo, as Áreas de Preservação Permanente são limitações administrativas, que incidem sobre o pleno uso da propriedade em benefício da coletividade. São impostas na modalidade de limitação administrativa negativa, de não fazer, isto é, o particular fica impedido pela lei de fazer algo, no caso em espécie a exploração ou supressão de matas e vegetação em áreas predeterminadas de sua propriedade.

3.3 A natureza jurídica das áreas de preservação permanente e o cabimento de indenização em favor do proprietário ou possuidor atingido pelo gravame

Definir a natureza jurídica das Áreas de Preservação Permanente é indispensável para delimitar o cabimento de indenização ao proprietário ou possuidor de imóvel sobre o qual pesam as restrições impostas pelas normas especiais de proteção ambiental.

Em relação ao tema, houve importante debate doutrinário e jurisprudencial, diante do conflito aparente entre o direito de propriedade e o direito ao meio ambiente.

A doutrina majoritária considera as áreas de preservação permanente como uma forma de limitação administrativa, definida por Hely Lopes Meirelles (2001) como sendo “toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social”. Tratam-se de restrições ao uso, sem a perda da posse.

Considerando que a grande característica da limitação administrativa é a sua generalidade, uma vez que não é imposta a destinatários específicos e sim a toda uma categoria de bens, inobstante condicione a plenitude do exercício do direito de propriedade, não demandaria, segundo parte da doutrina, o pagamento de nenhum tipo de indenização ao proprietário. Eventual prejuízo daí decorrente seria para todos (proprietários de determinada categoria de bens) e em favor de todos (do interesse coletivo).

Assim é o posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho:

Sendo imposições de ordem geral, as limitações administrativas não rendem ensejo à indenização em favor dos proprietários. As normas genéricas, obviamente, não visam a uma determinada restrição nesta ou naquela propriedade, abrangem quantidade indeterminada de propriedades. Desse modo, podem contrariar interesses dos proprietários, mas nunca direitos subjetivos. Por outro lado, não há prejuízos individualizados, mas sacrifícios gerais a que se devem obrigar os membros da coletividade em favor desta. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 790-792)

É possível identificar precedentes jurisprudenciais no mesmo rumo, afastando por completo os pleitos de indenização em decorrência das regras protetivas das áreas de preservação permanente, como no caso do REsp 1.090.607, que tratava de demanda sobre desapropriação para construção de usina hidrelétrica. A Primeira Turma do STJ considerou que não caberia indenização relativa à cobertura vegetal componente de área de preservação permanente do imóvel desapropriado.

O relator do REsp 1.090.607, ministro Sérgio Kukina, explicou que o conceito de indenização pressupõe a existência de um decréscimo patrimonial, porque “não é possível vislumbrar a possibilidade de se compensar a cobertura vegetal que não poderia ser explorada economicamente pelo proprietário do imóvel, porquanto localizada em área de preservação permanente”.

Contudo, há entendimento no sentido de que o Poder Público, ao impor limitações administrativas aos particulares proprietários de terras localizadas em Áreas de Preservação Permanente, no intuito de tutelar o meio ambiente, tem também o dever de pagar indenização quando a limitação administrativa impedir ou afetar a válida exploração econômica da propriedade.

Nessa senda, Hely Lopes Meirelles, defende que a limitação administrativa não pode promover o aniquilamento da propriedade, isto é, a total impossibilidade de sua adequada utilização econômica, pois nesse caso “deixará de ser limitação para ser interdição de uso da propriedade e, nesse caso, o Poder Público ficará obrigado a indenizar a restrição que aniquilou o direito dominial e suprimiu o valor econômico do bem” (MEIRELLES, 2001, p. 612-613).

De acordo com as pesquisas jurisprudenciais realizadas, concluiu-se que o Poder Judiciário não é pacífico quanto ao assunto, sendo que em determinados casos afasta por completo os pleitos de indenização, ao passo que em outros, concede a indenização.

4 Conflitos socioambientais em áreas de preservação permanente

Não obstante a criação de Áreas de Preservação Permanente, muitas cidades brasileiras ainda apresentam ocupações urbanas em áreas que deveriam ser protegidas, gerando impactos na qualidade de vida da população, bem como nas condições de preservação do meio ambiente.

A intensa ocupação desordenada intensifica problemas sociais de um conglomerado urbano, contribuindo ainda mais para a perda da qualidade da paisagem e a geração de espaços de segregação social.

Conforme Silva (1997), historicamente, o crescimento urbano no Brasil se deu de forma desorganizada. Ele ressalta ainda que o processo de urbanização gera impactos de toda ordem, mas que o planejamento trata o processo de maneira eficaz, garantido maior equilíbrio na qualidade ambiental.

Neste sentido, a manutenção das Áreas de Preservação Permanente no meio urbano é um instrumento jurídico essencial tanto para a conservação da qualidade de vida da população, quanto para a preservação de diversos ecossistemas e manutenção da paisagem das cidades, entre outros benefícios. Sua preservação tem ainda uma importância econômica, pois com a manutenção das belezas naturais e paisagísticas, o turismo é incentivado.

Contudo, as imposições administrativas na propriedade podem, muitas vezes, suscitar conflitos socioambientais nas áreas protegidas. Segundo Scotto e Limonic (1997), conflitos socioambientais são formas de conflitos sociais entre interesses individuais e coletivos, envolvendo a relação natureza-sociedade. Dessa forma, se iniciam em torno de problemas socioambientais, em razão de confrontos entre agentes sociais que defendem diferentes lógicas para a gestão dos bens coletivos de uso comum, seguindo lógicas próprias para cada um deles.

No Brasil, o grande aumento de investimentos voltados à exploração de recursos naturais, bem como a construção e operação de obras desenvolvimentistas, tem resultado no crescimento dos conflitos sociais e ambientais.

Para Acselrad (2004), os conflitos socioambientais ocorrem quando são envolvidos grupos sociais com diferentes modos de apropriação, uso e significado do território. São originados quando pelo menos um dos grupos sofre ameaças quanto à continuidade das formas sociais de apropriação do seu meio. Estas ameaças podem acontecer por impactos indesejáveis ocorridos com o solo, água, ar ou sistemas vivos, decorrentes do exercício e das práticas de outros grupos. Ou seja, o conflito socioambiental é visualizado quando os atores sociais estabelecem uma associação lógica imediata entre a degradação do ambiente e a ação dos agentes sociais determinados sob dadas condições históricas.

Segundo Highton e Alvarez (1999) os conflitos socioambientais também podem ser considerados favoráveis ao desenvolvimento sustentável, visto que sua existência demonstra que diferentes setores da sociedade, com visões variadas, estão se contrapondo na busca pela satisfação de suas necessidades e garantia da qualidade de vida, estando está intimamente ligada à qualidade do meio ambiente.

Scotto e Limonic definem os conflitos socioambientais como aqueles

[...] que têm elementos da natureza como objeto e que expressam relações de tensão entre interesses coletivos e interesses privados.
[...] Em geral, eles se dão pelo uso ou apropriação de espaços e recur-

... sos coletivos por agentes econômicos particulares, pondo em jogo interesses que disputam o controle dos recursos naturais e o uso do meio ambiente comum, sejam esses conflitos implícitos ou explícitos. (SCOTTO E LIMONCIC, 1997, p. 58)

No Brasil os conflitos socioambientais são comuns, tanto nos espaços urbanizados quanto nas zonas rurais. Nas áreas urbanas destaca-se a busca por soluções conjuntas, por meio da estruturação legal e parcerias que visam solucionar ou amenizar os conflitos socioambientais. Nas zonas rurais, os conflitos socioambientais se referem à apropriação dos recursos naturais, como terra, floresta e água, ou a preservação de culturas envolvendo as populações tradicionais, como os povos indígenas, remanescentes de quilombos, ribeirinhos, povos da floresta e outros.

5 Conclusão

A matéria ambiental e o exercício do direito de propriedade apresentam inegável ligação, tendo em vista que propriedades cobertas por vegetação podem sofrer restrições no seu uso e gozo, em virtude dos interesses transindividuais¹¹ que permeiam a função ambiental das florestas. Neste sentido, o presente artigo teve como objetivo apresentar uma análise sobre a importância da função ambiental como critério de modulação para a solução de conflitos entre as dimensões do direito ao meio ambiente e o direito à propriedade privada.

A tutela de espaços territoriais especialmente protegidos através da demarcação de áreas de preservação permanente pelo Poder Público, é uma importante ferramenta de controle ambiental, que busca garantir a manutenção ecológica desses espaços, de forma a assegurar o equilíbrio ecológico essencial à sadia qualidade de vida – princípio assegurado constitucionalmente.

O atual Código Florestal faz expressa referência ao cumprimento da função ambiental, e a criação de Áreas de Preservação Permanente é um dos instrumentos utilizados na busca pela harmonização entre o uso sustentável da propriedade privada e a proteção das florestas.

Dessa forma, o Poder Público deve agir no sentido de conferir efetividade a esse instrumento, não só criando novos espaços destinados à preservação do ambiente natural, mas também através do desenvolvimento de ações capazes de garantir o respeito, tanto por entes públicos

11 Conforme o inciso I, do art. 81 do CDC, são interesses ou direitos difusos, os assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

quanto particulares, das restrições impostas ao desempenho de atividades nesses locais, de forma a assegurar a manutenção das funções ecológicas essenciais por eles tuteladas.

A criação de espaços territorialmente protegidos deve, neste sentido, integrar uma política ambiental a ser desenvolvida pelo Poder Público, de modo a estabelecer critérios e estratégias para sua implantação e manutenção. Com efeito, tal política pública deve estar integrada às políticas de desenvolvimento local e uso de recursos naturais, devendo contemplar também as questões de natureza social e administrativa envolvidas, de forma a viabilizar a consecução de seus objetivos de proteção ambiental sem criar empecilhos ao desenvolvimento econômico e social na região de abrangência.

6 Referências

ACSELRAD, Henri. *As práticas espaciais e o campo dos conflitos ambientais*. In: *Conflitos Ambientais no Brasil*, Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2004.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Áreas Protegidas e Propriedade Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARVALHO, Délton Winter de. *A Função Ambiental da Propriedade: Caráter Conceitual para a Modulação de Conflitos Socioambientais*. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n.3. ISSN 2317-7721. p. 1662-1691, 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. Rev., ampl. e atual. Até a lei 12.587, 2012.

CORREIA, Maria Lúcia C. A. Amaral Pinto. *Responsabilidade do Estado e dever de indenizar do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1998.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 28 abril 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 9. ed., São Paulo: Atlas, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

- _____. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no direito ambiental*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004. p. 70.
- FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas S.A., p. 790-792. 2012
- HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Buenos Aires: Ástrea, 2007.
- HIGHTON, Elena I.; ALVAREZ, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Estudos de Direito Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MESQUITA, Margarida Maria Moura. *Função sócio-ambiental da propriedade privada urbana*. 2009. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 03-57.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SCOTTO, María Gabriela; LIMONCIC, Flávio (Org.). *Conflitos sócio-ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: IBASE, 1997. (v. 2).
- SILVA, J. A. da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2. ed. rev. At. 2ª tiragem. São Paulo MALHEIROS EDITORES, 1997, 421 p.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela Penal do Meio Ambiente: breves considerações à lei n. 9605, de 12/02/1998*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp Nº 1.090.607 - SC (2008/0208893-0). Relator: Ministro Sérgio Kukina. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=42466503&tipo=51&nreg=200802088930&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20150211&formato=PDF&salvar=false%20>>. Acesso em: 26 abril 2019.

1.11

TERMO DE COLABORAÇÃO E TERMO DE FOMENTO: PROPOSTAS PARA A ESTRUTURAÇÃO DO CHAMAMENTO PÚBLICO E DO CONTEÚDO DESSES NEGÓCIOS

PERICLES FERREIRA DE ALMEIDA*

RESUMO: Este texto apresenta sugestões de estruturação do processo de chamamento público e do conteúdo dos termos de colaboração e de fomento. Para tanto, propõe que pode ser revertida a tendência legislativa de tratar de forma homogênea as etapas de formação e de execução dos dois tipos de parceria, quando são devidamente considerados os traços característicos das atividades administrativas prestacional e de fomento.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Termos de colaboração e de fomento: o critério legal e regulamentar de classificação. 3 A distinção entre a execução indireta de serviços e a atividade de fomento. 4 Fase de formação. 4.1 A experiência do Direito Espanhol. 4.2 Propostas para a estruturação do chamamento público. 5 Fase de execução: propostas para a estruturação do conteúdo das parcerias. 6 Conclusão. 7 Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Parceria. Termo de colaboração. Termo de fomento. Chamamento público. Serviço público, fomento e subvenção.

1 Introdução

O propósito desta investigação é demonstrar a insuficiência do critério-base de distinção entre o termo de colaboração e o termo de fomento, preconizado pela Lei 13.019/2014, regulamentada pelo Decreto 8.726/2016, o que se supõe produto da falta de assimilação das diferenças essenciais entre a atividade de fomento e a atividade prestacional.

Confirmando os efeitos desta falha legislativa, notadamente a indesejável tendência legislativa de uniformizar o regime jurídico desses negócios jurídico-administrativos desde a etapa de formação até a etapa de execução, procurar-se-á oferecer propostas para a estruturação do processo de chamamento público e do conteúdo dos termos de cola-

* Mestre em direito administrativo pela PUC/SP. Procurador do Estado do Espírito Santo.

boração e de fomento, respeitando os traços característicos das atividades administrativas desenvolvida em cada uma dessas hipóteses.

O estudo compõe-se da forma seguinte. Aos dois primeiros capítulos (itens 2 e 3) corresponderão as tarefas de demonstrar a insuficiência do critério legal e regulamentar de distinção entre os termos de colaboração e de fomento e de lapidar os conceitos de fomento e de atividade prestacional, inclusive em regime de execução indireta. O tópico seguinte (item 4) será dedicado a indicar propostas para a estruturação do chamamento público, oferecendo caminhos diferentes consoante a colaboração ou o fomento, para tanto utilizando uma breve incursão no direito espanhol. Por fim, procurar-se-á oferecer propostas para a modulação das regras contratuais das duas categorias, enfatizando que o desenho do negócio não será necessariamente análogo na colaboração e no fomento (item 5).

2 Termos de colaboração e de fomento: o critério legal e regulamentar de classificação

A Lei 13.019/2014 apresenta o termo de colaboração como o instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias propostas pela Administração Pública que envolvam a transferência de recursos financeiros, e o termo de fomento como o instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias propostas pelas organizações da sociedade civil, igualmente quando ocorrer a transferência de recursos financeiros (art. 2º, VII e VIII)¹. A mesma Lei repisa que o termo de colaboração deve ser adotado para a consecução de planos de trabalho de iniciativa da Administração, e que o termo de fomento cabe para a execução de planos de trabalho propostos por organizações da sociedade civil (arts. 16 e 17)².

1 Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se: VII - termo de colaboração: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015) VIII - termo de fomento: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

2 Art. 16. O termo de colaboração deve ser adotado pela administração pública para consecução de planos de trabalho de sua iniciativa, para celebração de parcerias com organizações da sociedade civil que envolvam a transferência de recursos financeiros. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

Art. 17. O termo de fomento deve ser adotado pela administração pública para consecução de planos de trabalho propostos por organizações da sociedade civil que envolvam a transferência de recursos financeiros. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

Por sua vez, o Regulamento (Decreto 8.726/2016), buscando aprimorar as definições legais, esclarece que o termo de colaboração será adotado para a execução de planos de trabalho cuja concepção seja da Administração Pública, com o objetivo de executar projetos ou atividades por ela parametrizadas, enquanto terá uso o termo de fomento para a execução de planos de trabalho cuja concepção seja das organizações da sociedade civil, com o objetivo de incentivar projetos desenvolvidos ou criados por essas organizações (art. 2º, §§ 1º e 2º)³.

Assim, pode-se afirmar que para o direito legislado a diferença entre essas duas vias de ação administrativa reside na autoria pública ou na autoria privada do projeto de atuação, registrado no designado plano de trabalho, em último termo, se revelando a iniciativa em propor a parceria uma mera exteriorização do critério da paternidade do planejamento do objeto⁴.

3 Art. 2º § 1º O termo de fomento será adotado para a consecução de planos de trabalhos cuja concepção seja das organizações da sociedade civil, com o objetivo de incentivar projetos desenvolvidos ou criados por essas organizações. § 2º O termo de colaboração será adotado para a consecução de planos de trabalho cuja concepção seja da administração pública federal, com o objetivo de executar projetos ou atividades parametrizadas pela administração pública federal.

4 A doutrina especializada aceita com naturalidade o critério legal e regulamentar de distinção. Por exemplo, Leopoldo Gomes Muraro escreve: "Entre os critérios diferenciadores de instrumentos jurídicos a serem utilizados pelas partes interessadas, a Lei nº 13.019/2014 mais uma vez inovou e apresentou um elemento de discriminação até então não usado em nosso ordenamento jurídico pátrio: a parte que propõe a parceria indicará o tipo de negócio jurídico a ser praticado. De fato, tanto na legislação civil quanto na administrativista os critérios para definir instrumentos jurídicos tradicionalmente foram a natureza jurídica das partes (contrato civil ou administrativo), o tipo de negócio jurídico a ser praticado (doação ou compra e venda), o interesse das partes (contrato ou convênio), entre outros, mas até o advento da Lei nº 13.019/2014 a pessoa que toma iniciativa nunca tinha sido um critério diferenciador... Portanto, para se definir qual instrumento jurídico deve ser utilizado nas relações envolvendo as organizações da sociedade civil, cabe observar quem o concebe, ou seja, qual parte apresenta para a outra uma proposta de parceria de interesse comum e finalidade pública" (Termo de colaboração e termo de fomento. In: MENDES: Michelle Diniz (Coord.). Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 49-50). De igual modo, Laís de Figueirêdo Lopes registra que "como distinção mais objetiva, o que era apenas 'iniciativa' de determinada parte na proposta do GT [grupo de trabalho], se aperfeiçoou na versão final para a ideia de proposição de concepção do plano de trabalho, pela qual o Termo de Colaboração corresponde à implementação de atividades ou projetos vinculados a programas ou políticas exercidos pelos particulares sem fins lucrativos, e o Termo de Fomento ao desenvolvimento de projetos das Organizações da Sociedade Civil" (Novo regime jurídico da Lei nº 13.019/2014 e do Decreto Federal nº 8.726/2016: construção, aproximações e diferenças das novas relações de fomento e de colaboração do Estado com Organizações da Sociedade Civil. In: MOTTA, Fabrício; et al. (coord.) Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14, 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 48). Também Cristiana Fortini, Luana Magalhães de Araújo Cunha e Priscila Giannetti Campos Pires dizem apenas que "se houver recursos públicos a serem transferidos a escolha dependerá da parte que propuser o plano de trabalho: sendo de iniciativa da Administração Pública, o instrumento será o Termo de Colaboração; tratando-se de iniciativa da Organização da Sociedade Civil o instrumento será o Termo de Fomento" (O regime jurídico das parcerias voluntárias com as organizações da sociedade civil: inovações da Lei nº 13.019/2014. In: MOTTA, Fabrício; et al. (coord.) Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14, 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 77). Já criticando a pluralidade da "terminologia adotada" pela Lei 13.019/2014, com expressões que "são, em sua essência, sinônimas", José dos Santos Carvalho Filho reconhece: "As diferenças entre os negócios for-

Esse critério de distinção não deixa de ser artificial e de difícil compatibilização com as regras traçadas pela própria Lei e por seu Regulamento.

Antes de mais, em qualquer hipótese o plano de trabalho deverá ser elaborado e apresentado pela organização da sociedade civil, sendo certo que a celebração tanto do termo de colaboração como do termo de fomento dependerá da aprovação de tal peça, pela Administração. E só ocorrerá a aprovação se estiver o plano de trabalho de acordo com as informações apresentadas na proposta oferecida no certame, observados os termos e as condições constantes no edital, não se descartando a possibilidade de a Administração condicionar a aprovação à realização de ajustes, pelo ente privado, em seu plano de trabalho (art. 35, IV, da Lei 13.019/2014; arts. 25, §§ 2º a 4º, do Decreto 8.726/2016).

Por outro prisma, é através do procedimento unilateral do chamamento público que a Administração selecionará a organização para a celebração da parceria, quer se cuide de termo de colaboração ou de termo de fomento, ressalvadas as hipóteses de contratação direta (arts. 24 e 35, I, da Lei 13.019/2014). Para isso, o edital de chamamento público especificará, entre outros tópicos, o objeto da parceria e os critérios de seleção e julgamento das propostas, considerando que o grau de adequação da proposta aos objetivos do programa ou da ação em que se insere o objeto da parceria constitui critério obrigatório de julgamento (arts. 24, § 1º, III e V, e 27 da mesma Lei). Mais claramente, o Regulamento dispõe que o edital deverá conter dados e informações sobre a política, o plano, o programa ou a ação objeto da parceria, para orientar a elaboração das metas e indicadores da proposta pela organização da sociedade civil (art. 9º, § 7º). Desta perspectiva, a concepção e a iniciativa em propor a parceria será sempre da Administração, e não há motivos para pensar que esse quadro se modificaria significativamente nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade, previstas nos arts. 29, 30 e 31 da Lei 13.019/2014.

Note-se que essa situação de construção unilateral, pelo poder público, das diretrizes gerais que serão seguidas pelo ente privado na elaboração de sua proposta e, se selecionado, na elaboração de seu plano de trabalho, também não se altera no caso de ser antecedido o chamamento público pelo procedimento de manifestação de interesse

malizados por tais instrumentos residem em aspectos secundários do ajuste. No termo de colaboração, as finalidades de interesse público são propostas pela Administração, ao passo que no termo de fomento a proposta emana da organização da sociedade civil. A diferença, pois, está apenas na iniciativa da proposta, fator notoriamente secundário" (Regime jurídico dos termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação. In. MOTTA, Fabrício; et al. (coord.) Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14, 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 188-189).

social. Com efeito, a abertura da gestão pública para a participação dos membros da sociedade, e inclusive das organizações da sociedade civil, de sorte a coletar as contribuições que desejarem oferecer em favor do desenho de políticas públicas a serem realizadas por termo de fomento ou de colaboração, sob a perspectiva jurídica, não rompe a relação de pertencibilidade entre o projeto e a Administração, porque para além do autor dos estudos inaugurais toda a sociedade será ouvida sobre o tema e poderá sugerir as devidas adequações, e em segundo lugar, porque apenas assumindo os estudos apresentados como próprios é que poderá o órgão ou ente público deflagrar o chamamento público (arts. 18 a 21 da Lei 13.019/2014). Seja como for, a provocação social poderá servir para iniciar o processo de seleção indiferentemente para qualquer tipo de parceria, colaboração ou fomento, daí que a participação na fase de formação da vontade pública não pode ser tomada como aspecto decisivo no problema em caso.

Nessa ordem de ideias, é fácil concluir que é impreciso o critério legal e regulamentar para divisar o termo de colaboração e o termo de fomento, na medida em que invariavelmente desponta em alguma medida a coautoria do projeto, reservando-se (a) sempre à Administração Pública a concepção estratégica, com a definição da política pública, dos objetivos, das diretrizes gerais e dos valores de referência, o que constará do próprio ato convocatório, e (b) sempre à organização da sociedade civil a concepção operacional, dentro do campo de liberdade deixado pelo poder público, fixando especialmente os contornos restantes do projeto, o cronograma de execução, as metas a serem atingidas e as previsões de receitas e despesas, o que constará do plano de trabalho por ela confeccionado.

Mas há mais. O regime jurídico do termo de fomento e do termo de colaboração é fundamentalmente idêntico, tanto na fase de formação (*v.g.*, regime principiológico, planejamento, procedimento de manifestação de interesse, chamamento público ou o procedimento de sua dispensa) como na fase de execução e extinção da parceria (*v.g.*, fiscalização, sanções por descumprimento, modificações do objeto ou do prazo, prestação de contas). Algumas inovações regulamentares sobre aspectos secundários das duas categorias – note-se, de duvidosa procedência e relevância prática – não infirmam essa constatação.

Por exemplo, o Regulamento parece sugerir que existe diferença no papel dos custos do projeto nos casos de colaboração e de fomento, ao fixar de forma lacônica que o edital de chamamento público especificará o valor de referência para a realização do objeto, no termo de colaboração, ou o teto, no termo de fomento (art. 9º, V) e, além disso, também procura estabelecer diferença nos prazos máximos de vigência, que no caso do fomento será de cinco anos, ao passo que nos ca-

sos de celebração de termo de colaboração para execução de atividade, desde que tecnicamente justificado, poderá ser de até dez anos (art. 21, *caput*, e parágrafo único). Esses aspectos, entre outros de menor relevo, não prejudicam, ao contrário, contribuem para confirmar a constatação de que se pretendeu um regime legal uniforme para os institutos.

A partir desses desenvolvimentos, pode-se resumir que a hipótese de trabalho é que a linha de fronteira entre o termo de colaboração e o termo de fomento não está adequadamente positivada, precisamente por desconhecer os traços essenciais dos dois modos de intervenção administrativa em caso, em última instância, essa falta de compreensão da natureza das coisas projetando como efeito negativo uma tendência unificadora do regime legal nas fases de formação e de execução desses ajustes, com possível prejuízo para a eficiência da ação administrativa.

3 A distinção entre a execução indireta de serviços e a atividade de fomento

O indispensável ponto de partida é a tradicional classificação da atividade administrativa baseada nos modos de intervenção na esfera dos administrados, que estabelece como espécies o *serviço público*, a *polícia e o fomento*, divulgada notadamente a partir da clássica teorização da técnica do fomento por Jordana de Pozas⁵.

Abstraindo a atividade de polícia administrativa (e eventuais dobramentos, como a atividade de regulação e a atividade ordenadora), de sorte a concentrar a atenção na díade atividade prestacional e atividade de fomento, pode-se seguir com alguns desenvolvimentos, muito presentes na doutrina espanhola moderna⁶.

A *atividade prestacional* compreenderá as utilidades oferecidas pela Administração ou por quem lhe faça as vezes para o público em geral, possibilitando fruição direta (singular) ou indireta (inespecífica, indivisível), com ou sem reserva de titularidade pública, mediante remuneração ou não, executadas tanto em regime de direito público quanto de direito privado⁷.

5 *Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo*, REP nº 48, 1949.

6 Exemplificativamente, cf. Fernando Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, v. II, p. 170-172 e Ramón Parada, *Derecho administrativo*, v. II, 293-297. Entre nós, em sentido aproximado, cf. Carlos Ari Sundfeld, *Fundamentos de direito público*, p. 79-85, e, do mesmo autor, *Direito administrativo ordenador*, p. 16-17.

7 Mais importante do que a mudança do rótulo (serviço público) é não se perder de perspectiva que a atividade prestacional não se resume ao serviço público econômico, que malgrado ser apenas uma das suas espécies tem frequentemente seus caracteres alargados de modo a definir todo o gênero.

Assim, a atividade prestacional abrange: (a) *serviços públicos econômicos*, que dizem respeito a prestações materiais individualmente fruíveis, de titularidade exclusiva do Estado, admitida a delegação, remuneradas por tarifa ou taxa, em consonância com o art. 175 da CF; (b) *serviços sociais*, também relacionados a prestações materiais individualmente fruíveis, mas caracterizadas por transcenderem a dimensão individual – é que, promovendo o desenvolvimento do indivíduo, importam em ganhos expressivos para a sociedade – sendo marcados pela inexistência de titularidade pública exclusiva, ao contrário, a atuação privada originária, sem delegação, é autorizada expressamente pela Constituição, mantidos por recursos públicos e não por contribuições dos usuários, servindo de exemplo os serviços de saúde, educação, cultura e assistência social, a teor dos arts. 199, 204, 206 e 209 da CF; (c) *serviços administrativos* (instrumentais ou *uti universi*), prestados para atendimento das necessidades internas da Administração ou para a promoção de uma utilidade social sem beneficiários identificáveis com precisão, logo, sem que existam propriamente usuários, tomando-se como exemplo os serviços de captação e gestão de recursos financeiros, os sistemas de controle da atividade administrativa em geral, a seleção de agentes públicos, os serviços de segurança pública e de administração de prisões; (d) *atividades econômicas*, próprias dos particulares, mas admitida em termos de exceção a exploração direta pelo Estado em regime predominantemente de direito privado nos casos previstos na Constituição (notadamente monopólios), bem assim quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei, nos termos dos arts. 173 e 177 da CF; (e) *obras públicas*, a atividade de construção de um bem imóvel para fruição pelos administrados, desvinculada de uma das atividades anteriores.

Por sua vez, a *atividade de fomento* se consubstancia na pretensão de influenciar a conduta dos administrados por meio de estímulos, notadamente econômicos, de sorte que a adesão ao comportamento esperado se dá de forma não compulsória, ou seja, a satisfação do interesse público se opera pela colaboração do administrado que espontaneamente aceita executar certa atividade como condição para o gozo de um benefício. É clássico o conceito de Jornada de Pozas:

“La acción de fomento es una vía media entre la inhibición y el intervencionismo del Estado, que pretende conciliar la libertad con el bien común mediante la influencia indirecta sobre la voluntad del individuo para que quiera lo que conviene para la satisfacción de la necesidad pública de que se trate.

Podríamos definirla como la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a

*los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin utilizar la coacción ni crear servicios públicos*⁸.

A mais relevante classificação da atividade de fomento, igualmente devida a Jordana de Pozas, é a que agrupa as suas manifestações em função do tipo de estímulo psicológico que move a ação humana – a honra, o direito e o proveito econômico – elaborando assim três categorias de vantagens outorgadas, as *honoríficas*, as *jurídicas* e as *econômicas*⁹.

Entre os meios de *fomento honorífico* estão as distinções e recompensas outorgadas como reconhecimento público de um ato ou conduta exemplar. Os instrumentos sempre lembrados são as condecorações e medalhas civis e militares, títulos, autorização de uso de emblemas ou símbolos, troféus, prêmios e diplomas. Ainda que às vezes levem consigo algumas vantagens de caráter jurídico ou econômico, estas seriam acessórias, permanecendo intocado o escopo de enaltecimento social do beneficiário.

Quanto aos *meios jurídicos*, estes são caracterizados pelo outorgamento de uma condição privilegiada que represente vantagens econômicas ou de segurança. A situação de privilégio consiste na dispensa do cumprimento de normas de ordem geral ou em preferência excepcional. Os exemplos tradicionais são a derrogação de normas de uso da propriedade (*v.g.*, dispensa de observar limite de altura em edificações), a concessão de prerrogativas de caráter público, como o direito de desapropriar, e a imposição de monopólio.

Finalmente, os *meios econômicos* importam numa vantagem patrimonial ao sujeito fomentado, determinando um repasse econômico em seu favor ou a dispensa de um pagamento obrigatório. Classificam-se em vantagens econômicas: *de caráter real*, consistentes na prestação de coisas de domínio público, em especial, na autorização de seu uso gratuito; *de caráter fiscal*, atinentes às desonerações tributárias, notadamente a isenção condicionada; *de caráter creditício*, como as linhas de financiamento em condições favoráveis custeadas pelo erário; e *de caráter econômico em sentido estrito*, supondo a entrega de dinheiro aos beneficiários do fomento, como os *prêmios* em dinheiro e as *subvenções*,

8 *Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo*, REP nº 48, 1949, p. 46.

9 *Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo*, REP nº 48, 1949, p. 52-53. Esta classificação é prestigiada pela literatura jurídica, entre outros, cf. Fernando Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, v. II, p. 403-408, Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de derecho público económico*, p. 346-348, Ramón Parada, *Derecho administrativo*, v. II, p. 317-318. Contudo, a classificação recebeu a crítica de Juan Alfonso Santamaría Pastor, quem procura afastar quase todos os meios de incentivo arrolados, apenas permanecendo os repasses de recursos como núcleo principal e quase exclusivo da técnica de fomento (*Principios de derecho administrativo general*, v. II, p. 357-361).

tomada esta última expressão em sua acepção mais ampla, albergando todos os repasses de recurso sem contraprestação direta.

Como se vê, as definições convencionadas para as expressões fomento e atividade prestacional permitem um significado técnico preciso, que pode se afastar de outras possibilidades de uso, mais abertas. Assim, poder-se-ia pensar no emprego do rótulo fomento (*em sentido amplo*) para alcançar qualquer incentivo aos particulares, ainda que através da atividade prestacional ou da atividade de regulação. Por exemplo, uma obra pública se traduziria em fomento, por objetivar o desenvolvimento da indústria ou comércio de um específico local, assim como a abertura de um serviço público para a competição se constituiria em fomento, por viabilizar a introdução de novos agentes econômicos no mercado.

Essa possibilidade estaria próxima da variação de abrangência da noção de serviço público, a qual pode ser concebida de forma *amplíssima*, equivalendo a todas as atividades exercidas pelo Estado (portanto, englobando o fomento e a polícia administrativa), ou *ampla*, equivalendo aos serviços econômicos, sociais e indivisíveis (mas excluindo o fomento e a polícia administrativa), ou *restrita*, excluindo da delimitação anterior apenas os serviços indivisíveis ou, por fim, uma *concepção restritíssima de serviço público*, aplicável apenas aos serviços econômicos remunerados por taxa ou tarifa¹⁰.

Essas propostas de definição (*amplíssima*, *ampla*, etc.) apresentam a sua utilidade, inclusive para compreensão do uso dessas expressões (e seus sinônimos) no direito positivo brasileiro. Mas para o objetivo da presente investigação é importante bem circunscrever os conceitos, segundo os já indicados parâmetros.

O problema se propõe de modo especial no caso da execução indireta das atividades prestacionais, pois nem sempre é muito claro onde está a linha de fronteira entre esta hipótese e o fomento. Tome-se por paradigma a prestação indireta de atividades tipificadas como serviços sociais (*v.g.*, saúde, educação) – ao tempo em que o Estado assume como próprio o dever de prestá-las, para tanto podendo chamar os particulares a contribuir, é livre a iniciativa privada no ramo econômico em que se inserem, dispensado título habilitante especial para o desempenho em nome do próprio particular, que ocasionalmente pode receber incentivos estatais.

Uma abordagem que considere ontologicamente a tarefa executada, em seu aspecto finalístico, tende a tratar indiferentemente esses ser-

10 O fenômeno é apreendido por Alexandre Santos de Aragão, *Direito dos serviços públicos*, p. 138-143.

viços quer prestados por particulares ou pelo poder público, direta ou indiretamente. Por esta visão, seria legítima a pretensão de uniformizar o regime jurídico das duas categorias, tanto mais que havendo uma potencial coincidência dos fins a alcançar e dos usuários (beneficiários) finais, não se justificaria a duplicidade de esquemas de prestação¹¹.

Contudo, o critério-base de diferenciação continua sendo dado pela titularidade da atividade. Já era este na delimitação do fomento pela negativa do que seja serviço público propalada por Jordana de Pozas. Em sua teoria, no fomento a Administração se limita a estimular os particulares para que sejam eles os que desenvolvam uma atividade, cumprindo indiretamente o fim de interesse público, enquanto no serviço público a Administração realiza diretamente o fim perseguido, por seus próprios meios¹².

Com os olhos no regime de execução direta, é verdade, mas a lição pode ser reproduzida para a hipótese de o oferecimento das utilidades ocorrer por quem faça as vezes da Administração. No ponto, pode ser interessante evocar a dicotomia gestão direta e gestão indireta de atividades administrativas. A gestão direta ocorre quando promovida sem intermediários pela pessoa titular da atividade, com ou sem a criação de órgão ou entidade especial para a sua execução; como bem observou Marcello Caetano, a gestão direta pode ser efetuada em regime de integração (absorção da competência por órgão da pessoa titular) ou de *personificação* (criação de estabelecimento com personalidade jurídica)¹³. Já a gestão *indireta* importa ou na transferência de uma atividade entendida em seu aspecto organizacional (o exemplo típico de meio viabilizador é a concessão de serviços públicos, mas há diversos outros) ou na simples transferência da operação material (mais comum por contratos de prestação de serviços), malgrado não se operar o trespasse da titularidade da atividade, que permanece sempre nas mãos do poder público¹⁴. No direito brasileiro, isso consta expressamente do rol de definições da Lei 8.666/1993, considerando-se *execução direta* “a que é feita

11 Essa tendência é verificada não só no plano legislativo como no jurisprudencial; consulte-se a ementa do acórdão da ação direta de inconstitucionalidade sobre a lei das organizações sociais (STF, ADI 1.923/DF, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, DJe 16/12/2015).

12 *Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo*, REP nº 48, 1949, p. 46, escrevendo: “Y se diferencia del servicio público en que la Administración, con esa modalidad, realiza directamente y con sus propios medios el fin perseguido, mientras que en el fomento se limita a estimular a los particulares para que sean ellos los que, por su propia voluntad, desarrollando una actividad determinada, cumplan indirectamente el fin que la Administración persigue”.

13 Manual de direito administrativo, v. II, p. 1071.

14 Para aprofundamento sobre a gestão direta e indireta e sobre a ideia dos níveis de transferência de gestão (estratégica, operacional e executiva), cf. ALMEIDA, Péricles Ferreira de. Participação dos administrados na gestão da atividade administrativa de fomento, RDPE, n. 61, 2018, p. 193-217.

pelos órgãos e entidades da Administração, pelos próprios meios”, enquanto será *execução indireta*, “a que o órgão ou entidade contrata com terceiros” (art. 6º, VII e VIII).

Como se vê, a execução de serviços, ainda quando promovida indiretamente, não se confunde com a atividade de fomento, pois a transferência da gestão operacional ou da execução das prestações para um ente privado não suprime a decisão e a responsabilidade final da Administração competente pelo desenvolvimento da atividade.

Por outro lado, no fomento o agente público pretende contribuir para o êxito de uma atividade que permanece privada. Os poderes de direção decorrentes da intervenção econômica não devem ser traduzidos em mais do que mera contribuição na formação da vontade da entidade privada, cabendo-lhe sempre a decisão e a responsabilidade final pelas tarefas executadas.

4 Fase de formação

Considerando a caracterização da atividade prestacional e da atividade de fomento elaborada no tópico anterior, o processo de seleção dos parceiros privados poderá tomar caminhos diferentes consoante tencione a colaboração ou o fomento. Antes, porém, de oferecer propostas para a estruturação do chamamento público contrastando essas possibilidades, será interessante colher subsídios de uma breve incursão no direito espanhol.

a. *A experiência do direito espanhol*

O capítulo das subvenções no direito espanhol – consideradas a técnica de fomento por excelência – registra uma profunda evolução a partir do advento da *Ley General de Subvenciones* (*Ley* 38/2003) e de seu Regulamento (Real Decreto 887/2006)¹⁵. Reconhece-se que essa inovação legislativa tem o mérito de subordinar a atividade subvencional aos princípios da publicidade, transparência, concorrência, objetividade, igualdade e não discriminação, aproximando-a dos aspectos normativos até então específicos da contratação administrativa¹⁶.

A teor do art. 8º da Lei Geral de Subvenções qualquer ente ou órgão que pretenda o estabelecimento de subvenções deverá, em caráter

15 Para uma análise da evolução legislativa em tema de subvenções no direito espanhol até a *Ley General de Subvenciones* (*Ley* 38/2003), cf. José Pascual García, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, p. 33-38.

16 Ramon Parada, *Derecho administrativo*, v. II, p. 323-324.

prévio, especificar em um *plano estratégico de subvenções* os objetivos e efeitos que pretende com sua aplicação, o prazo necessário para sua consecução, os custos previsíveis e as fontes de financiamento, tudo subordinado ao princípio da estabilidade orçamentária. Nessa linha, em consonância com o art. 10 do Regulamento, os planos estratégicos de subvenções são um instrumento de planejamento das políticas públicas que tenham por objeto o fomento de uma atividade de utilidade pública ou de interesse social.

Destaca-se a importância da Lei para o princípio da máxima eficácia no uso dos recursos disponíveis, a qual importa em progressiva substituição do sistema de *auxílios suplicados*, é dizer, concedidos em resposta à iniciativa do particular de solicitar o benefício, pelo sistema de *auxílios concursados*, em que a iniciativa é da Administração que os anuncia para uma concessão norteada pelos princípios próprios da contratação pública¹⁷. Daí que, como afirma Begoña Sesma Sánchez, exigir um planejamento estratégico confirma que *“la política subvencional hoy en día ya no es coyuntural sino que en muchos casos responde a una actividad planificada y programada, constante, reiterada e indefinida”*¹⁸.

O plano estratégico de subvenções é de âmbito ministerial, devendo-se promover a coordenação das medidas nele previstas com as políticas públicas das demais Administrações Públicas, bem assim com a legislação orçamentária anual e plurianual. Nada obstante, poder-se-á aprovar *planos estratégicos especiais*, de âmbito inferior ao ministerial, quando sua importância justifique seu desenvolvimento particularizado e, ainda, planos estratégicos conjuntos, quando em sua gestão participem vários ministérios ou organismos de distinto âmbito ministerial (arts. 10 e 11 do Regulamento)¹⁹.

Do art. 12 do Regulamento é possível depreender o conteúdo básico deste plano estratégico, notadamente a definição dos objetivos estratégicos, das linhas de subvenção (explicitando as áreas afetadas e os setores a que se dirige a ajuda), do regime de contínua avaliação e dos resultados da avaliação. Os planos estratégicos conterão previsões para um período de vigência de três anos, salvo conveniência de se estabelecer uma duração diferente; anualmente se realizará a sua atualização com

17 Ramón Parada, *Derecho administrativo*, v. II, p. 324 e José Pascual García, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, p. 188.

18 *Disposiciones generales de la ley general de subvenciones y de su reglamento*, p. 50.

19 José Pascual García esclarece: *“La pluralidad de Administraciones Públicas y el hecho de que frecuentemente confluyan sus competencias materiales sobre unas mismas actividades y sobre los mismos ciudadanos hace necesaria una actuación coordinada a fin de que se optimice la eficacia en el empleo de los recursos públicos que se detraen de los ciudadanos”* (*Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, p. 190).

as informações relevantes, inclusive sobre a execução das metas propostas, segundo prescrevem os arts. 11.4 e 14 do citado Regulamento.

Outro instrumento igualmente relevante para a criação de subvenções são as *bases reguladoras*. A teor dos arts. 9º e 17 da Lei Geral de Subvenções, previamente ao outorgamento de subvenções deverão ser aprovadas e publicadas as normas que estabeleçam as bases reguladoras da concessão, cuja edição se dá por ordem ministerial. Ensina Begoña Sesma Sánchez, as bases reguladoras “*constituyen el verdadero marco jurídico específico de cada subvención cuya aprobación y publicación es requisito imprescindible, cualesquiera que sean las administraciones u órganos concedentes de las subvenciones*”²⁰. O seu conteúdo mínimo é o detalhadamente previsto no art. 17.3 da Lei, além do previsto em diversos outros preceitos esparsos, e não é necessário que seja examinado em minúcias²¹.

Prosseguindo, por seu art. 22 a Lei define a *concorrência competitiva* como o caminho ordinário para o deferimento de subvenções, sendo o procedimento pelo qual a concessão das subvenções se realiza segundo a comparação das solicitações apresentadas, a fim de estabelecer uma preferência entre as mesmas de acordo com os critérios de avaliação previamente estabelecidos nas bases reguladoras e na convocação, e adjudicar, no limite fixado na convocação como o crédito disponível, àquelas que tenham obtido maior avaliação na aplicação dos citados critérios²².

Como se nota, o procedimento é vocacionado a resultar em uma ordem de preferência entre as propostas apresentadas, a qual será apurada por critérios previamente estabelecidos. Sem embargo, a teor do art. 55 do Regulamento, será possível afastar a necessidade de fixar uma ordem de prioridades entre as solicitações no caso de as dotações orçamentárias consignadas na convocação serem suficientes para atender a todas as propostas que reúnam os requisitos estabelecidos. Neste caso, como pondera José Pascual García, “*evidentemente establecer un orden de prelación cuando exista posibilidad de atender todas las solicitudes recibidas produciría efectos retardatarios carentes de toda justificación*”²³.

Abstraídas questões atinentes à fase interna, que não são de exame necessário neste estudo, cabem expor que a fase externa da concorrên-

20 *Disposiciones generales de la ley general de subvenciones y de su reglamento*, p. 67.

21 Para aprofundamento, cf. José Pascual García, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, p. 89-90.

22 *Artículo 22. Procedimientos de concesión. 1. El procedimiento ordinario de concesión de subvenciones se tramitará en régimen de concurrencia competitiva. A efectos de esta ley, tendrá la consideración de concurrencia competitiva el procedimiento mediante el cual la concesión de las subvenciones se realiza mediante la comparación de las solicitudes presentadas, a fin de establecer una prelación entre las mismas de acuerdo con los criterios de valoración previamente fijados en las bases reguladoras y en la convocatoria, y adjudicar, con el límite fijado en la convocatoria dentro del crédito disponible, aquellas que hayan obtenido mayor valoración en aplicación de los citados criterios.*

23 *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, p. 249.

cia competitiva se inicia com a *convocação*, a qual se traduz em convite público para que os interessados que preencham os requisitos necessários apresentem propostas.

Não se há de confundir a convocação com as bases reguladoras, constituindo a primeira um ato administrativo concreto – tal como o edital de nossas licitações – enquanto as bases reguladoras são regulamentos que estabelecem de forma geral as linhas de subvenção²⁴. Mas será possível que em muitos casos coincidam no mesmo ato as bases reguladoras e a convocação: é o que faculta o art. 23.2 da Lei Geral de Subvenções, que dispõe que a convocação indicará o ato que estabelece as bases reguladoras, salvo se em atenção a sua especificidade estas se incluírem na própria convocação. Pois bem, a especificidade diz respeito notadamente a subvenções que não tem caráter periódico, em sendo o caso de a competência para edição dos dois atos pertencerem ao mesmo órgão²⁵.

Distingue-se a *convocação ordinária* da chamada *convocação aberta*. A ordinária será um processo seletivo único; a aberta, prevista no art. 59 do Regulamento, será um ato pelo qual tem início a realização de vários processos de seleção sucessivos ao largo de um exercício financeiro para uma mesma linha de subvenção, por exemplo, com a previsão de que no começo de cada trimestre seja inaugurado um novo período para apresentação das solicitações²⁶.

O procedimento compreenderá uma etapa de comprovação das condições e uma outra de avaliação das propostas, que constituirá o julgamento propriamente considerado. Opera-se uma separação orgânica dessas atribuições, competindo a primeira ao *órgão de instrução* e a segunda ao *órgão colegiado*. A este último se encomenda uma avaliação imparcial e objetiva, conforme os critérios, formas e prioridades de avaliação estabelecidos na norma reguladora da subvenção e na convocação, se for o caso, aplicando o peso relativo atribuído a cada critério.

Com base na avaliação do órgão colegiado é elaborada uma *proposta de resolução provisória*, dela sendo notificados os interessados para

24 Amparo Navarro Faure salienta que “es necesario distinguir las bases reguladoras de la subvención, que tienen carácter normativo y contienen el régimen jurídico de una concreta subvención, y la convocatoria, que es un acto administrativo que inicia el procedimiento de concesión de la subvención y que evidentemente debe ser público porque se dirige al público en general” (*Procedimiento de concesión y gestión presupuestaria de subvenciones*, p. 121).

25 Para desdobramentos, cf. José Pascual García, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, p. 91 e 270, Amparo Navarro Faure, *Procedimiento de concesión y gestión presupuestaria de subvenciones*, p. 121-122 e Begoña Sesma Sánchez, *Disposiciones generales de la ley general de subvenciones y de su reglamento*, p. 71.

26 Para desdobramentos, cf. José Pascual García, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, p. 270 e Amparo Navarro Faure, *Procedimiento de concesión y gestión presupuestaria de subvenciones*, p. 124.

manifestação, tudo na forma do previsto na convocação. Já a *proposta de resolução definitiva* será elaborada nos casos em que a legislação dispensa a audiência dos interessados ou depois de tal formalidade, devidamente examinadas as alegações eventualmente aduzidas. Daí se segue a *resolução*, o ato final do procedimento, necessariamente motivado, contendo a relação de solicitantes a que se concede a subvenção e a dos que tiverem sua proposta não acolhida (art. 25 da Lei).

É de se registrar que a decisão do procedimento não significará sempre aceitação ou recusa em bloco da solicitação, de sorte que poderá o procedimento conduzir à sugestão de modificações na proposta no que se refere ao valor suplicado ou na determinação da atividade subvencionada²⁷. A redução do valor poderá ser feita mediante um simples *pro rateo* entre todos os interessados, sem necessariamente implicar em modificação dos compromissos ou atividades financiadas ou, ainda, com a redução das obrigações inicialmente propostas mantida a congruência com o objeto inicialmente oferecido. De todo modo, será necessário provocar o interessado para que manifeste sua aceitação às modificações sugeridas pela Administração, como determinado pelo art. 27 da Lei Geral de Subvenções.

Poderá a resolução incluir uma relação ordenada das solicitações que conquanto cumpram os requisitos estabelecidos nas bases reguladoras não tenham sido contempladas por insuficiência dos créditos orçamentários, de arte que se formaria assim um cadastro de reserva para o caso de desistência de algum dos selecionados (art. 63.3 do Regulamento). Esse mecanismo será utilizado também no caso de abertura de novos créditos orçamentários, desde que nos limites da previsão de tal possibilidade na convocação (art. 58 do Regulamento).

Por fim, registre-se que a Lei Geral de Subvenções fixa três hipóteses nas quais poderá ser afastado o processo de concorrência competitiva, oportunizando a outorga direta das subvenções, a saber: (a) a previsão nominal do beneficiário e do valor da subvenção na legislação orçamentária; (b) a previsão em norma com força de lei da outorga da quantia (*v.g.*, bolsas de estudo); (c) em caráter excepcional, as subvenções outorgadas por razões de interesse público que dificultem a convocação pública, devidamente justificadas (arts. 22.2 e 28).

b. Propostas para a estruturação do chamamento

²⁷ Para desdobramentos, cf. José Pascual García, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, p. 276-277 e Amparo Navarro Faure, *Procedimiento de concesión y gestión presupuestaria de subvenciones*, p. 126.

público

A Lei 13.019/2014 disciplina o designado *chamamento público* de modo homogêneo, sem distinções no que atina à seleção de parceiros para o termo de fomento ou para o termo de colaboração. O procedimento acolhe as habituais preocupações com a isonomia entre os interessados, que seria alcançada pela observância de um regime de princípios congêneres ao da Lei 8.666/1993, notadamente os princípios “da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos” (art. 2º, XII), assim como por uma pormenorizada indicação do conteúdo dos atos e das etapas que se deve percorrer até a sua conclusão, igualmente à moda daquela Lei de Licitações (arts. 23 a 28)²⁸.

Além disso, o chamamento público segue a estrutura de competição das licitações também no que à escolha da proposta vencedora diz respeito. É claro o art. 28 da Lei 13.019/2014 sobre a regra de que, encerrada a etapa competitiva, a Administração procederá à “verificação dos documentos que comprovem o atendimento pela organização da sociedade civil selecionada dos requisitos previstos nos arts. 33 e 34” – algo próximo da habilitação em licitações –, acrescentando os §§ 1º e 2º do citado artigo que na hipótese de não atendimento pela primeira colocada, “aquela imediatamente mais bem classificada poderá ser convidada a aceitar a celebração de parceria nos termos da proposta por ela apresentada”, verificados os documentos que comprovem os mesmos requisitos²⁹.

Uma reversão dessa tendência legislativa de traçar um modelo procedimental unitário para a seleção de parceiros privados deve levar a sério a distinção entre a atividade de fomento e a execução indireta de uma atividade prestacional.

É mais adequado para o fomento um processo de seleção cuja decisão final resulte em uma *ordem de prioridades* na concessão dos benefícios, revelando-se aqui ilustrativa a experiência espanhola. Para fazê-lo, é preciso previamente definir os aspectos da política pública que utilizará como técnica o fomento, declinando quais os objetivos socialmente relevantes e coordenando os meios para atingi-los³⁰.

28 É indiscutível que o procedimento do chamamento público, apesar de ser excessivamente detalhado, é mais aberto à modulação do que os procedimentos das modalidades de licitação da Lei 8.666/1993. Essa diferença no nível de rigidez, por certo ângulo, é o que permite a formulação das propostas deste capítulo.

29 Para comparação, consulte-se os arts. 43 e 64, § 2º, da Lei 8.666/1992 e art. 4º, XII, XV e XVI da Lei 10.520/2002. Este segundo diploma normativo, a Lei do Pregão, mais próximo, por permitir a inversão das fases de habilitação e julgamento, o que também é previsto em algumas leis estaduais para as modalidades da Lei 8.666/1993.

30 Pode-se aproveitar a conhecida definição de Maria Paula Dallari Bucci, segundo a qual “política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjun-

Daí a importância de instituir figuras jurídicas equivalentes ao plano estratégico de subvenções e às bases reguladoras, estabelecendo previamente os setores econômico-sociais e as finalidades específicas a que se dirige o incentivo, os requisitos subjetivos e objetivos que os destinatários devem preencher e os resultados esperados com a atuação administrativa. É claro, a duplicidade de instrumentos reguladores do direito espanhol pode ser evitada, por desnecessária, de sorte que o edital de chamamento público continuará desempenhando a função de regulamento geral da linha de fomento.

O essencial é que o resultado do chamamento público, quando em caso o fomento, permita à Administração a direção e o condicionamento do comportamento dos particulares, encorajando a prática de condutas de interesse geral mediante a concessão de um estímulo econômico. Em suma, permita realizar a atividade administrativa de fomento. Para isso, a lógica da escolha de uma alternativa associada à exclusão das outras pode não funcionar bem.

É verdade que o Regulamento dispõe que “o chamamento público poderá selecionar mais de uma proposta, se houver previsão no edital” (art. 8º, § 1º). Mas essa prescrição lacônica, ao lado da pretensão da Lei de oferecer um procedimento para seleção apenas do ente que tornar mais eficaz a execução do objeto (arts. 24 e 28), não sugere muito mais do que a faculdade de divisão do certame em lotes distintos. Seja como for, a singela referência do § 1º do citado art. 8º não seria suficiente para a conveniente modulação do procedimento de chamamento público, que se propõe nesta oportunidade, se não compreendidas as diferenças fundamentais entre os modos de intervenção pública que podem conduzir ou ao termo de fomento ou ao termo de colaboração.

Portanto, deve-se afastar a ideia de escolher uma única proposta mais vantajosa, tendo como contraparte a rejeição de todas as outras. E insista-se, a classificação das propostas de modo a formar uma ordem de preferência só tem sentido em se construindo previamente o planejamento da ação administrativa de fomento.

Por outro lado, quando o objeto se traduzir em hipótese de colaboração, na maior parte das vezes, a estruturação do processo de seleção deverá se aproximar dos parâmetros da licitação, tal como prevista na

to de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados” (O conceito de política pública em direito, p. 39).

Lei 8.666/1993. Não há motivo para afastar a dimensão tradicional da disputa entre os interessados pela oportunidade de contratação. Aqui, o escalonamento das propostas poderá servir mais frequentemente para a formação de um cadastro de reserva para o caso de impossibilidade de execução do objeto pelo primeiro colocado, como consta do já examinado art. 28³¹.

Na mesma linha, as diferenças no chamamento público do fomento e da colaboração serão verificadas no que concerne à formulação dos critérios de julgamento. É certo que o marco legal impõe indistintamente critérios de julgamento relacionados à técnica empregada, *i.e.*, atributos dos participantes e do projeto apresentado, a teor do inciso V do art. 24. Dispõe esse preceito que o edital especificará “as datas e os critérios de seleção e julgamento das propostas, inclusive no que se refere à metodologia de pontuação e ao peso atribuído a cada um dos critérios estabelecidos, se for o caso”. Por sua vez, o art. 27 complementa que “o grau de adequação da proposta aos objetivos específicos do programa ou da ação em que se insere o objeto da parceria e, quando for o caso, ao valor de referência constante do chamamento constitui critério obrigatório de julgamento”.

Todavia, nos casos de colaboração os critérios de pontuação técnica não devem admitir maior margem de apreciação pelos membros da comissão. Deve-se evitar a subjetividade na análise e, logo, prestigiar na maior medida possível a regra que impõe o julgamento objetivo do chamamento público (arts. 2º, XII, e 23 da Lei 13.019/2014). É que, nessa hipótese, para além de que será a necessidade pública satisfeita com uma prestação conforme com os padrões mínimos predeterminados pelo poder público, a seleção da melhor proposta poderá considerar parâmetros de avaliação equivalentes aos das licitações do tipo técnica e preço. Não será possível, no entanto, o julgamento exclusivamente com base no valor apresentado para a proposta, como explicitado pelo art. 9º, § 3º, do Regulamento.

Inversamente, quando se pretende o incentivo a comportamento dos particulares poderá ter lugar a pontuação de tópicos marcados por maior liberdade de apreciação. O Regulamento expressamente o reconhece, conquanto sem diferenciar o fomento da colaboração, ao pres-

31 Solução diferente poderia ser cogitada quando a necessidade impor à Administração a contratação de todas as entidades de determinado setor que tiverem interesse, desde que satisfaçam os necessários requisitos. Esse esquema poderia seguir a lógica do denominado credenciamento, considerado um processo de inexigibilidade de licitação por força da pretensão de contratação de todos, para execução da colaboração consoante os parâmetros fixados, inclusive o preço e o método de distribuição imparcial do serviço. A propósito do credenciamento no cenário do art. 25 Lei 8.666/1993, exemplificativamente, cf. Carlos Ari Sundfeld, *Licitação e contrato administrativo*, p. 42, Marçal Justen Filho, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 58-59.

crever que “poderão ser privilegiados critérios de julgamento como inovação e criatividade, conforme previsão no edital” (art. 9º, § 4º). Esses critérios, como se sabe, dificilmente permitem eliminar o subjetivismo na avaliação, de arte que mesmo a motivação das notas atribuídas não basta para afastar as preferências pessoais dos julgadores. Mas é necessário que seja assim, pelo menos, no caso do fomento, em que a diversidade no conteúdo dos projetos será muito maior do que na outra hipótese, em que a necessidade pública consiste em prestação segundo parâmetros densamente fixados de antemão pelo poder público.

No que se refere à adequação da proposta ao valor de referência constante do edital – também critério obrigatório de julgamento –, da mesma forma é proveitoso propor contrastes entre os procedimentos de seleção das duas categorias de parceria. O Regulamento entremostra a dessemelhança ao sugerir que o edital especificará “o valor de referência para a realização do objeto, no termo de colaboração, ou o teto, no termo de fomento” (art. 9º, V). Mas essa previsão não resolve a questão. E também não ajuda muito a ideia de que “os critérios de julgamento não poderão se restringir ao valor apresentado para a proposta”, tampouco que “será obrigatoriamente justificada a seleção de proposta que não for a mais adequada ao valor de referência constante do chamamento público” (art. 9º, § 3º, do Regulamento e art. 27, § 5º, da Lei, respectivamente).

É evidente a proximidade da colaboração com os tradicionais contratos de prestação de serviços e, de resto, com outros instrumentos de terceirização (despreze-se a imprecisão deste termo) para entes com ou sem fim de lucro, revelando-se opções alternativas para a consecução da mesma finalidade prática. A escolha de qual forma contratual será empregada terá como norte a necessidade pública conformada pela Administração no exercício da discricionariedade de planejamento de suas atividades, orientada por razões de eficiência e de economicidade.

Essas diretrizes, na colaboração, aplicadas à disputa de preços, promovem a necessidade de uma efetiva comparação dos custos apresentados entre as organizações, sugerindo maior peso a tal critério de julgamento. Com efeito, este será o melhor método para comparar a economicidade das propostas e, com base no resultado, entre a categoria contratual escolhida em cotejo com outras alternativas disponíveis. A este propósito, a fixação do valor de referência para a execução da prestação deverá levar em conta as unidades do serviço executado, cujo preço poderá ser apurado no mercado, com ou sem fim de lucro, ou, ainda, fixado em comparação com os custos da execução direta da tarefa, pela própria máquina administrativa. Ou seja, a escolha pública pela estruturação de uma parceria da Lei 13.019/2014 deve ser fundamentada em juízo de eficiência, inclusive econômica, com a demonstração

de que esta medida é mais vantajosa do que outras formas de execução indireta ou direta.

O pensamento contrário pode se sustentar na suposta inexistência de interesses opostos e divergentes nos diversos tipos de convênio (no caso, os termos de colaboração e de fomento), eis que esta seria característica exclusiva do contrato administrativo, como ainda hoje equivocadamente se afirma para negar a natureza contratual das parcerias com o terceiro setor. Daí que a ausência de lucro permitiria não só uma contratação facilitada como também que se colocasse em segundo plano o valor da remuneração devida à entidade privada. Trata-se, contudo, de uma visão equivocada, não só por condenar o lucro legitimamente obtido com a prestação de serviços públicos como por consentir com a apropriação de vantagens financeiras não qualificadas como lucro (em sentido técnico) sem os cuidados comumente adotados nas contratações públicas.

Por seu turno, o valor de referência no chamamento público para o fomento deve realmente ser fixado como um teto, um limite máximo para o gasto de recursos públicos, possivelmente sem utilidade como critério de julgamento. A disputa de preços entre os agentes que se pretende fomentar perde um pouco o sentido, tanto pela diversidade no conteúdo dos projetos de titularidade privada que se deseja incentivar como pela lógica de que dentre as despesas indicadas pela organização apenas devem ser excluídas as que forem não elegíveis ou que superarem os preços de mercado para aquele item.

Ainda sobre o papel dos recursos financeiros no processo de chamamento público de fomento, é interessante invocar a experiência espanhola sobre a redução do valor mediante um simples *pro rateio* entre todos os interessados, se insuficientes os recursos. Isso poderia ocorrer sem necessariamente implicar em modificação dos compromissos ou atividades ou, se necessário, com a redução das obrigações inicialmente propostas, mas desde que os interessados manifestem sua aceitação. A racionalidade de competição para a exclusão de interessados é atenuada em benefício do alargamento da intervenção pública e, em último termo, do setor econômico-social.

Também a ideia de uma convocação aberta, em oposição à convocação ordinária, poderia ser acolhida com facilidade no chamamento público para o fomento.

De resto, ainda seguindo o modelo espanhol, pode-se cogitar a possibilidade de não se fixar a ordem de preferências entre as propostas na hipótese de as dotações orçamentárias consignadas no edital serem suficientes para atender a todos os interessados, simplificando a tramitação do chamamento público. A convocação para análise de documentos e celebração da parceria poderia ser concomitante dentro do prazo fixado no edital, ou por sorteio para fixar a lista sequencial de convocação,

desde que não resultasse prejuízo para as organizações, como um atraso desproporcional na celebração do termo e na liberação dos recursos.

5 Fase de execução: propostas para a estruturação do conteúdo das parcerias

Seguindo com a hipótese levantada nesta investigação, é de se propor que as características não coincidentes da atividade de fomento e da gestão indireta da atividade prestacional podem oportunizar expressivas diferenças no desenho dos termos de fomento e de colaboração, dentro da margem de liberdade deixada pelo legislador para a modulação do conteúdo obrigacional dessas parcerias.

Para avançar, o primeiro passo é abandonar a visão que refuta a natureza contratual das parcerias com o terceiro setor, ao defender que essa classe exhibe os traços característicos dos convênios administrativos. Como se sabe, partindo da difundida concepção de Hely Lopes Meirelles, pela qual o “convênio é acordo, mas não é contrato”³², também a literatura produzida sobre os pactos com entidades sem fins lucrativos tem frequentemente asseverado que nesta hipótese não há contratos, fundamentalmente por não existirem interesses opostos e divergentes³³.

Nada obstante a necessidade de profundos desenvolvimentos sobre esse assunto, os quais não são possíveis no quadro deste trabalho, pode-se assumir que tudo depende do conceito de contrato adotado. Optando-se, como Jacintho Arruda Câmara, por empregar “a expres-

32 Esta é a sempre reproduzida passagem de Hely Lopes Meirelles: “Convênio é acordo, mas não é contrato. No contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes. Por outras palavras: no contrato há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários), uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc.), outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no convênio, em que não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões. Por essa razão, no convênio a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos” (Direito administrativo brasileiro, p. 408).

33 Exemplificativamente, já a respeito dos termos de colaboração e de fomento, mas reconhecendo a tendência atual de incluir as parcerias no gênero contrato, de que seriam espécies o contrato administrativo e o convênio (e figuras similares), cf. José dos Santos Carvalho Filho, Regime jurídico dos termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação. In. MOTTA, Fabrício; et al. (coord.) Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14, 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 186-188. Acolhendo a mesma orientação, e daí extraindo a conclusão de que falta respaldo à Lei 13.019/2014 para impor aos entes federados as regras sobre os vínculos nela disciplinados, uma vez que a competência legislativa da União para normas gerais sobre contratos seria inaplicável às parcerias não contratuais, cf. Cristiana Fortini, Luana Magalhães de Araújo Cunha, Priscila Giannetti Campos Pires, O regime jurídico das parcerias voluntárias com as organizações da sociedade civil: inovações da Lei nº 13.019/2014. In. MOTTA, Fabrício; et al. (coord.) Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14, 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 64-68.

são contrato administrativo da maneira mais abrangente, de modo a abarcar todas as relações contratuais das quais a Administração faça parte”, será possível incluir nesse tópico também os “pactos de caráter colaborativo entre entes públicos e entidades privadas sem fins lucrativos, as chamadas Entidades do Terceiro Setor”³⁴.

Assim, pode-se cogitar um gênero *contrato administrativo*, sendo espécies o *contrato administrativo em sentido estrito* (de cunho comutativo, para intercâmbio patrimonial) e os *contratos associativos* (de cunho organizacional, para uma colaboração associativa)³⁵. Deve-se reconhecer regime diferente a esses dois elementos, dado que o tratamento legislativo realmente pretende tal separação³⁶.

No entanto, é necessário concluir que a segunda categoria não é homogênea e, portanto, podem existir “relações jurídicas [em] que, mesmo envolvendo essas entidades, é possível identificar a dita contraposição de interesses: uma parte cede recursos; a outra lhe presta serviços”, como anota Jacintho Arruda Câmara³⁷. E complementa o autor – inspirado no pensamento de Carlos Ari Sunfeld e Rodrigo Pagani de Souza –, que:

“É importante, assim, prestar atenção ao conteúdo do pacto para identificar sua natureza meramente colaborativa ou comutativa. Se, apesar de ser nomeado de convênio, o pacto estabelece obrigações contrapostas e estáveis, com atividades certas a serem desenvolvidas pelo “conveniado”, em troca de certos “repasses”, parece mais adequado tratá-lo como vínculo contratual. Há, nessa hipótese, contratação de um parceiro e não, propriamente, a celebração de vínculo meramente associativo ou colaborativo”³⁸.

Ainda a este propósito, é interessante o debate na doutrina espanhola sobre a natureza jurídica das subvenções, em que se há defendi-

34 Licitação e contratos administrativos. In. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de direito administrativo, p. 319.

35 Cf. Marçal Justen Filho, Curso de direito administrativo, p. 470-471 e Jacintho Arruda Câmara, Licitação e contratos administrativos. In. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de direito administrativo, p. 493-497.

36 Jacintho Arruda Câmara, Licitação e contratos administrativos. In. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de direito administrativo, p. 495.

37 Licitação e contratos administrativos. In. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de direito administrativo, p. 494.

38 Licitação e contratos administrativos. In. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de direito administrativo, p. 497. Cf., o trabalho citado pelo autor, qual seja: SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. As modernas parcerias públicas com o terceiro setor. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, janeiro/março/2011.

do diversas posturas, considerando-as uma relação jurídica unilateral, ou de caráter contratual, ou, ainda, um tipo misto³⁹. Como obtempera Garrido Falla, porém, a realidade se oferece mais complexa e rica de nuances, pois é certo que “*en muchos casos, la subvención se concede por una simple decisión administrativa unilateral, incluso con valor constitutivo; pero también es cierto que, en otros, la Administración acuerda subvenciones utilizando un procedimiento contractual, esto es, concertándose para ello con el beneficiario*”⁴⁰.

Aparentemente, inclina-se a Lei de Subvenções espanhola pela tese contratualista, para a atividade de fomento compreendida em seu campo de aplicação⁴¹. Mas a conclusão aqui relevante é que o legislador poderá configurar o regime de formação da relação jurídica de fomento como produto de um ato unilateral ou bilateral. No caso brasileiro, é nítida a opção pela técnica contratual no que toca ao termo de fomento da Lei 13.019/2014 – sem prejuízo de conclusão diferente para outros desdobramentos da atividade de fomento –, de sorte que a relação jurídica nasce efetivamente com o acordo de vontades entre o entre público e o particular.

Apreendidas essas premissas, pode-se aceitar que mecanismos de uma espécie contratual sejam aplicados em outra, a partir de semelhanças entre a causa-função dos tipos legais. Deixando de lado a exagerada sobreposição atinente às cláusulas essenciais do termo de colaboração e de fomento, fixada no art. 42 da Lei 13.019/2014, a sugestão é que a estrutura negocial da colaboração pode se aproveitar facilmente de técnicas compatíveis dispostas nos contratos que têm por finalidade a terceirização de serviços, enquanto a modulação negocial do fomento deve ter em conta as peculiaridades funcionais desta atividade pública sem apego a pretensa identidade legislativa com a colaboração.

Assim, poderá ser previsto que o valor dos repasses nos termos de colaboração sofrerá variação em razão da dimensão quantitativa e qualitativa das prestações, tal como na formulação comum dos contratos de prestação de serviços ou de concessão de serviços públicos.

Pela primeira perspectiva, o custo final da atividade dependerá do número de unidades de serviços efetivamente prestados, se necessário, e a depender de previsão clara no instrumento, assegurando-se o

39 Cf., registrando a divergência, Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de derecho público económico*, p. 358-359 e Fernando Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, v. II, p. 410-411.

40 Fernando Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, v. II, p. 410.

41 Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de derecho público económico*, p. 358.

pagamento por uma demanda mínima estimada e a revisão do preço unitário por excesso ou insuficiência da demanda projetada⁴².

Pela outra, ter-se-á uma remuneração variável vinculada ao desempenho do parceiro privado na execução da prestação, *i.e.*, o pagamento será maior se constatada maior eficiência pela aferição de níveis objetivos de qualidade ou, inversamente, o pagamento sofrerá redução se não for alcançada a qualidade mínima prevista⁴³.

É que, na colaboração o repasse de recursos se aproxima da remuneração em contratos comutativos, e isso não se altera pela regra de que a movimentação de recursos no âmbito das parcerias será realizada por conta bancária específica em nome da organização privada (arts. 51 a 53 da Lei 13.019/2014).

Já no fomento o repasse de recursos representa um benefício financeiro para a promoção de uma conduta socialmente relevante, sem contraprestação direta em serviços ou bens e, por conseguinte, não se deve exigir um equilíbrio imediato entre a prestação e a contraprestação assumidas pelas partes no contrato (termo) de fomento.

Assim, poder-se-á encontrar pelo menos duas situações complementares, ambas legítimas no fomento: a efetiva partilha dos custos de um projeto inicialmente suportado pelo particular e agora aperfeiçoado ou ampliado com o aporte de verbas públicas; ou o suporte financeiro ao desenvolvimento de capacidade instalada para a execução de atividades de interesse público, fornecendo meios financeiros para aquisição, reforma ou ampliação de instalações, para a aquisição de equipamentos, para a qualificação técnica de pessoal, entre outros⁴⁴.

42 De certo modo, essa ideia aparece no parágrafo único do art. 16 da Lei 4.320/1964: “O valor das subvenções, sempre que possível, será calculado com base em unidades de serviços efetivamente prestados ou postos à disposição dos interessados obedecendo os padrões mínimos de eficiência previamente fixados”.

43 O sistema de remuneração atrelada ao desempenho está autorizado literalmente no art. 6º, § 1º, da Lei 11.019/2004 (Lei de PPPs) e no art. 10 da Lei 12.462/2011 (Lei do RDC). Para aprofundamento, entre outros, cf. Fernando Vernalha Guimarães, *Parceria público-privada*, p. 156-160 e Maurício Portugal Ribeiro, Lucas Navarro Prado e Mario Engler Pinto Júnior, *Regime diferenciado de contratação*, p. 76-94. Cuida-se do habitualmente chamado acordo de níveis de serviço, quando adotado em contratos de serviços da Lei 8.666/1993.

44 A respeito da repartição dos custos na atividade de fomento, Silvio Luís Ferreira da Rocha ensina: “Outro princípio da atividade de fomento, específico desta, ligado ao princípio da subsidiariedade, é o princípio da repartição de riscos ou do risco compartilhado, o que impede considerar a atividade de fomento como mero ato de liberalidade administrativa, que exonere o beneficiário de todo o risco ou da obrigatoriedade de aportar recursos próprios para a atividade fomentada. Logo a atividade promocional empreendida pela Administração Pública não pode prescindir do investimento de recursos pelos particulares em favor da atividade que se quer incentivar ou promover” (Terceiro setor, p. 33). No mesmo sentido, Eduardo Szazi registra: “Como se pode depreender do conceito, a mútua cooperação pressupõe aportes de recursos por ambas as partes, ainda que com preponderância de uma delas. É fato que a norma não exige que a entidade conveniente realize aporte de recursos financeiros, mas é necessário que a contrapartida seja feita com algo (bens, serviços, tecnologia) economicamente mensurável” (Terceiro setor: regulação no Brasil, p. 106).

Ou seja, não há por que tentar a todo custo caracterizar o fomento como uma prestação de serviço, com a descrição detalhada da atividade e das metas quantitativas e mensuráveis a serem atingidas, contra o que pretende a exigência legislativa de descrição das atividades e das metas de forma idêntica para as duas hipóteses (art. 22 da Lei 13.019/2014 e arts. 9º, § 7º, 16, § 2º, e 25 do Regulamento).

Outra hipótese diz respeito ao regime de alteração dos termos de colaboração e de fomento. A Lei 13.019/2014 trata do tema em seu art. 57, delimitando que as modificações podem atingir apenas as metas e os valores previstos no plano de trabalho. Já o Decreto 8.726/2016, por seu art. 43, I, “a” e “b”, estabelece, preservando o objeto da parceria, que poderá haver ampliação de até trinta por cento do valor global ou redução sem limitação de montante.

Não se determina que as alterações podem ser impostas unilateralmente pela Administração, isto é, pressupõe-se que a relação não é identificada com base na verticalidade e na exorbitância típica dos contratos administrativos em sentido restrito. Ademais, faltaria esse potencial por força da faculdade de rescindir ou denunciar o instrumento a qualquer tempo, sob as condições especificadas (arts. 42, XVI, e 52)⁴⁵.

Entretanto, partindo das premissas de que existem diferenças entre o fomento e a colaboração e de que a colaboração apresenta semelhanças que não convém olvidar com os objetos dos contratos administrativos em sentido restrito, pode-se sugerir que em caso de conflito sobre a necessidade de modificação do acordo originário deve prevalecer a posição do contraente que é titular do objeto do contrato.

Por exemplo, no caso de um serviço de educação ou saúde prestado pelo parceiro privado em nome da Administração, cabe a ela definir se é conveniente a modificação do modo de execução das prestações; por outro lado, em um contrato de fomento que tem por objeto uma obra ou aquisição de bem para o desempenho da atividade fomentada o melhor é garantir a faculdade de modificação das especificações do objeto ao titular da atividade, o parceiro privado.

Assim, é de se entender que tanto pode estar previsto no termo que será decidido unilateralmente por uma das partes sobre a forma de alcançar o interesse público quando faltar o acordo de vontades sobre a proposta de modificação, como pode ser dispensada, em alguns casos, até mesmo a celebração de termo aditivo para registrar a modificação, notadamente na hipótese do fomento, se ficar desde o termo originário

45 Cf. Thiago Lopes Ferraz Donnini, Hipóteses e limites para alterações dos termos de colaboração e de fomento na Lei nº 13.019/14. In. MOTTA, Fabrício; et al. (coord.) Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14, 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 199.

entabulada esta opção discricionária em favor do parceiro privado. A propósito, é interessante o testemunho de Sérvulo Correia, para quem a tendência é negar o poder de modificação unilateral dos contratos da Administração quando não previsto em lei, fornecendo-se apenas “uma base de legalidade para a estipulação de tal poder que, assim, não existirá quando não haja sido expressamente convencionado”⁴⁶. Em suma, poderá ser convencionado pelas partes o poder de modificação unilateral em benefício do titular da atividade, não sendo de se impedir até mesmo a confecção de uma autorização prévia para adaptações do objeto no interesse do fomentado se por ele suportado o ônus financeiro acrescido.

Essa lógica poderá ser aplicada para a utilização de rendimentos de aplicações financeiras ou de saldos remanescentes existentes na conta bancária da parceria, ou, ainda, para ajustes da execução ou remanejamento de recursos sem a alteração do valor global, admitindo-se o emprego desses excedentes sem a celebração de termo aditivo, desde que previsto no termo de colaboração ou de fomento⁴⁷. Será justo que os excedentes obtidos pela eficiência operacional do parceiro privado sejam mantidos para aplicação em sua atividade institucional, quer se trate de efetiva colaboração, quer a hipótese se traduza em subvenção de uma atividade privada.

De resto, a possibilidade de denúncia unilateral não deve ser considerada obstáculo para a estipulação de poderes de inovação unilateral em favor de qualquer das partes, pois essa faculdade pressupõe a delimitação clara das responsabilidades e do prazo mínimo de antecedência para a comunicação da intenção. Pode ser que a rescisão unilateral antecipada e imotivada não seja compatível com o vulto dos investimentos realizados ou com a relevância social dos serviços prestados e, pois, deverá a parte se submeter ao que for convencionado quanto a alterações supervenientes.

Para além das hipóteses analisadas, o mesmo raciocínio poderá ser aplicado em diversos outros capítulos da modulação do conteúdo das parcerias da Lei 13.019/2014, como o equilíbrio econômico-financeiro e os mecanismos para seu restabelecimento (revisão, repactuação, reajuste), a divisão de riscos entre as partes, a prorrogação dos prazos de vigência (serviços contínuos ou por escopo), as regras de prestação de contas parcial e final (realmente valorizando o resultado), entre muitas outras. O essencial é que no desenho das regras contratuais sejam uti-

46 Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos, p. 738. Também citado por Estorinho, Requiem pelo contrato administrativo, p. 147-148.

47 O Regulamento procura facilitar a formalização dessas alterações, dispensando o termo aditivo, mas exigindo o apostilamento (art. 43, II). A proposta aqui apresentada seria disciplinar desde o nascimento da relação jurídica a possibilidade de uma das partes determinar tais alterações, unilateralmente.

lizados mecanismos condizentes com a função administrativa exercitada, não necessariamente análogos na colaboração e no fomento.

6 Conclusão

Não se pode deixar de reconhecer o avanço que a Lei 13.019/2014, regulamentada pelo Decreto 8.726/2016, significa no tratamento das parcerias com o terceiro setor, certamente valorizando os princípios norteadores da atividade administrativa. Mas esses diplomas normativos revelam defeitos consistentes em indicar um impreciso critério de distinção entre o termo de colaboração e o termo de fomento e, em segundo lugar, em ocasionar uma tendência unificadora do regime jurídico desses ajustes nas suas fases de formação e de execução, com possível prejuízo para a eficiência da intervenção administrativa.

Para além de sugestões de política legislativa, é de se propor que a Administração Pública poderá superar a insuficiente disciplina legal (e regulamentar) e cuidar de estruturar o processo de chamamento público e o conteúdo dos termos de colaboração e de fomento respeitando os traços característicos das atividades administrativas prestacional e de fomento.

Na fase de formação, quando em caso atividade compreendida no fomento, o chamamento público poderá abandonar a lógica da escolha de uma única proposta mais vantajosa com a rejeição de todas as outras, preferindo-se constituir um processo que resulte em uma ordem de prioridades na concessão dos benefícios financeiros. Para isso, é indispensável a instituição de uma linha de fomento, *i.e.*, o prévio planejamento de tal atividade estatal. No mais, tanto no fomento como na colaboração os critérios de julgamento devem considerar a natureza da atividade administrativa que se está exercendo. Em suma, a estrutura do chamamento público poderá receber importantes modulações para adaptá-lo às necessidades públicas da colaboração e do fomento.

Finalmente, as características não coincidentes da atividade de fomento e da gestão indireta da atividade prestacional podem oportunizar expressivas diferenças no desenho do conteúdo dos termos de fomento e de colaboração. Dada a natureza contratual dessas espécies de parceria pode-se aceitar lhes sejam aplicados mecanismos de outras categorias de contrato administrativo, a partir de semelhanças entre a causa-função dos tipos legais. É dizer, a estrutura negocial da colaboração pode se aproveitar facilmente de técnicas compatíveis dispostas nos contratos que têm por finalidade a prestação ou delegação de serviços, enquanto a modulação negocial do fomento deve ter em conta as

peculiaridades funcionais desta atividade pública sem apego à pretensão de identidade legislativa com a colaboração.

7 Referências

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ALMEIDA, Pericles Ferreira de. Participação dos administrados na gestão da atividade administrativa de fomento. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 193-217, jan./mar. 2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. 3. ed. ampl., Granada: Comares, 2004.

ARRUDA CÂMARA, Jacintho. *Licitação e contratos administrativos*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Tratado de direito administrativo*, v. 6, São Paulo: RT, 2015.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri, SP: Manole, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

CAETANO, Marcello, *Manual de direito administrativo*, V. I e II, 10. ed. rev. e atualiz., 10ª reimp., Coimbra: Almedina, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Regime jurídico dos termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação*. In: MOTTA, Fabrício; et al. (coord.). *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14*, 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 181-193.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2013.

DONNINI, Thiago Lopes Ferraz. *Hipóteses e limites para alterações dos termos de colaboração e de fomento na Lei nº 13.019/14*. In: MOTTA, Fabrício; et al. (coord.) *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14*, 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 195-209.

ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.

FALLA, Fernando Garrido; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Herminio Losada. *Tratado de derecho administrativo*. Vol. I e II, 15. e 13. ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2012.

FAURE, Amparo Navarro. *Procedimiento de concesión y gestión presupuestaria de subvenciones*, In: GINER, Luis Alfonso Martínez; FAURE, Amparo Navarro (coord.). *Régimen jurídico-financiero de las subvenciones públicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 119-158.

FORTINI, Cristiana; Cunha, Luana Magalhães de Araújo; e PIRES, Priscila Giannetti Campos. O regime jurídico das parcerias voluntárias com as organizações da sociedade civil: inovações da Lei nº 13.019/2014, In: MOTTA, Fabrício; et al. (coord.). *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 54-84.

GARCÍA, José Pascual. *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*. 5. ed., Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2008.

GUGLIELMI, Gilles J. *Introduction au droit des services publics*. Paris: L.G.D.J., 1994.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LOPES, Laís de Figueirêdo. *Novo regime jurídico da Lei nº 13.019/2014 e do Decreto Federal nº 8.726/2016: construção, aproximações e diferenças das novas relações de fomento e de colaboração do Estado com Organizações da Sociedade Civil*. In: MOTTA, Fabrício; et al. (coord.). *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14*, 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 28-59.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Do contrato administrativo à administração contratual*. *Revista do Advogado*. Ano XXIX, n. 107, 2009, p. 74-82.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Fomento. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Tratado de direito administrativo*. v. 4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 405-508.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. atual., São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MURARO, Leopoldo Gomes. *Termo de colaboração e termo de fomento*. In: MENDES: Michelle Diniz (Coord.). *Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 45-86.

PARADA, Ramón. *Derecho administrativo*. V, II, 21. ed., Madrid: Open Ediciones Universitarias, 2014.

POZAS, Luis Jordana. *Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo*. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 48, 1949, p. 41-54.

RIVA, Ignacio M. de la. *Ayudas públicas: incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2004.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*, 2. ed. revista e aumentada, São Paulo: Malheiros, 2006.

SÁNCHEZ, Begoña Sesma. *Disposiciones generales de la ley general de subvenciones y de su reglamento*. In: GINER, Luis Alfonso Martínez; FAURE, Amparo Navarro (coord.). *Régimen jurídico-financiero de las subvenciones públicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 19-117.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo general*, V. I e II, 2. ed., Madrid: Iustel, 2009.

SANTANA, Jair Eduardo; et al. *Lei das parcerias: Lei nº 13.019/2014: Comentários e prática para implantação*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. 1. ed., 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 5. ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2011.

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

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *As modernas parcerias públicas com o terceiro setor*. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, janeiro/março/2011.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995.

1.12

TEORIA DO FATO CONSUMADO NO DIREITO AMBIENTAL: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA SEGUNDO A SÚMULA Nº 613 DO STJ

RAFAEL SANTOS DE ALMEIDA*
GABRIEL BATISTA MARTINELLI**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Teoria do Fato Consumado. 3 Análise dos precedentes utilizados para a edição da Súmula nº 613 do STJ. 4 Análise da (in) aplicabilidade da teoria do fato consumado pelas instâncias inferiores antes e após a edição da Súmula nº 613 do STJ. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 Introdução

No Brasil existem diversas áreas ambientais protegidas pela legislação¹, sendo fato notório a ocupação irregular desses espaços para fins de moradia, lazer, exploração econômica etc.

Ocorre que essas ocupações irregulares, na maioria das vezes, culminam na realização de construções e obras em áreas de proteção ambiental (APA)², áreas de preservação permanente (APP)³, dentre outros locais protegidos pela Legislação Ambiental, sem a devida emissão de

* Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Anhuera e Pós-graduando em Direito Imobiliário Aplicado pela Escola Paulista de Direito – EDP. Procurador do Estado do Espírito Santo.

** Bacharel em Direito pela Faculdade Brasileira MULTIVIX. Pós-graduado em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e Pós-graduado em Didática e Gestão do Ensino Superior pela Faculdade Brasileira MULTIVIX. Advogado e Professor universitário.

- 1 Para se ter uma noção da quantidade de normas protetivas do meio ambiente no âmbito federal, sugerimos uma pesquisa no sítio eletrônico Ministério do Meio Ambiente: <https://www.mma.gov.br/legislacao/areas-protetidas.html>. (Acesso realizado em 04 de maio de 2019).
- 2 O conceito de Área de Proteção Ambiental (APA) encontra-se previsto no artigo 15 da Lei Federal nº 9.985/2000, segundo o qual “A Área de Proteção Ambiental é uma área em geral extensa, com um certo grau de ocupação humana, dotada de atributos abióticos, bióticos, estéticos ou culturais especialmente importantes para a qualidade de vida e o bem-estar das populações humanas, e tem como objetivos básicos proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar a sustentabilidade do uso dos recursos naturais.”
- 3 O artigo 3º, inciso II, da Lei Federal nº 12.651/2012 define a Área de Preservação Permanente como sendo “área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;”

licença de construção e ambiental pelos órgãos competentes da administração pública.

E tais irregularidades decorrem de uma série de fatores, dentre os quais podemos listar os seguintes: a) há um evidente *déficit* habitacional⁴ no Brasil com um número elevado de pessoas que não possuem uma morada própria e que são levadas a ocupar e construir irregularmente em áreas públicas ou privadas com especial proteção ambiental e; b) a falha ou até mesmo a falta de uma fiscalização rígida pelos órgãos ambientais levam alguns cidadãos, especialmente os com maior poderio econômico, a construir espaços voltados para o lazer ou para exploração econômica em locais com proteção ambiental.

Um exemplo comum, em todo país, de ocupações irregulares para fins de moradia ocorre, principalmente, com as famílias consideradas de baixa renda que constroem e se instalam à beira de encostas, às margens de rios, córregos, lagos, etc.

Ressalta-se que as diversas omissões do Poder Público no seu dever de fiscalizar, contribui para gerar uma série de problemas ambientais em decorrência da ausência de segurança das obras realizadas e, ainda, pela falta de saneamento básico, o que agrava ainda mais a degradação do meio ambiente nos referidos locais.

Já quanto às ocupações e construções realizadas para fins de lazer e exploração econômica também é possível verificar a existência delas de norte a sul do país, servindo de exemplo as casas de veraneio construídas às margens de lagos, de rios, do mar, próximos às áreas de manguezais, os quiosques construídos nas areias das praias, etc.

As situações acima apresentadas têm levado, ao longo dos anos, ao ajuizamento de diversas ações judiciais pelo Ministério Público e pelos Entes Públicos de todas as esferas da federação com pedidos de desocupação das áreas irregularmente ocupadas e, ainda, de demolição dos bens construídos nesses locais protegidos pela legislação ambiental.

E como matéria de defesa, os ocupantes das citadas áreas alegam na maior parte dos casos as seguintes teses: a) a incidência da teoria do fato consumado e b) a aplicação dos princípios da dignidade da pessoa

4 De acordo com matéria publicada no site Valor Econômico - <https://www.valor.com.br/brasil/5498629/deficit-de-moradias-no-pais-ja-chega-77-milhoes> - no dia 03/05/2018 "O Brasil tem um déficit habitacional de 7,757 milhões de moradias, segundo estudo da Fundação Getúlio Vargas (FGV). O dado é de 2015, o mais recente, e tem como base a Pesquisa Nacional Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad), do IBGE. (...) A maior parte do déficit habitacional brasileiro é provocada por famílias com um grande comprometimento da renda com o pagamento de aluguel (3,27 milhões) e pela coabitação - famílias dividindo o mesmo teto (3,22 milhões). As chamadas habitações precárias são 942,6 mil moradias e o restante (317,8 mil) pertence ao chamado adensamento excessivo, ou muita gente morando no mesmo lugar." (Acesso realizado em 04 de maio de 2019).

humana, da função social da propriedade, da segurança jurídica, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Acontece que, após diversas discussões nas instâncias inferiores (TJs e TRFs) acerca da incidência dos citados princípios nos casos de ocupação irregular de espaços protegidos pela legislação ambiental, tal matéria chegou ao Superior Tribunal de Justiça que, depois de pacificar o seu entendimento acerca desta temática e, valendo-se de 5 (cinco) precedentes, editou, em maio de 2018, por meio da sua Primeira Seção, o Enunciado de Súmula nº 613 segundo o qual “*Não se admite a aplicação da teoria do fato consumado em tema de Direito Ambiental.*”

Assim, pretende-se neste artigo, inicialmente, realizar uma análise singela da teoria do fato consumado, passando, em seguida, para o exame dos precedentes que foram utilizados pelo STJ para a aprovação do enunciado de Súmula nº 613 do STJ e do entendimento adotado pelos tribunais estaduais e federais de 2ª instância antes e após a aprovação da súmula e, ao final, trazer uma conclusão acerca destes principais pontos que serão estudados ao longo deste trabalho.

2 Teoria do fato consumado

Citada em âmbito doutrinário e jurisprudencial, a teoria do fato consumado foi desenvolvida com intuito de tentar preservar situações consolidadas pelo decurso do tempo em decorrência da inércia do Poder Público em adotar medidas para sanar situações irregulares/ilegais.

A despeito de não encontrar previsão legal, entende-se que tal teoria deriva dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da proteção da confiança legítima.

Na visão de José dos Santos Carvalho Filho⁵:

É certo que a jurisprudência aponta alguns casos em que foram convalidadas situações jurídicas ilegítimas, justificando-se a conversão pela “teoria do fato consumado”, isto é, em certas ocasiões melhor seria convalidar o fato do que suprimi-lo da ordem jurídica, hipóteses em que o transtorno seria de tal modo expressivo que chegaria ao extremo de ofender o princípio da estabilidade das relações jurídicas.

Decorre, portanto, da citada norma a clara intenção de sobrelevar o princípio da proteção à confiança, de modo que, após cinco anos e desde que tenha havido boa-fé, fica limitado o poder de autotute-

5 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed., São Paulo: Atlas, 2018. p. 89/90.

la administrativa e, em consequência, não mais poderá a Administração suprimir os efeitos favoráveis que o ato produziu para seu destinatário. Registra-se, a propósito, que o STF, invocando a Lei nº 9.784/1999, convalidou ato administrativo de transposição de carreira em favor de servidor, porquanto, embora calcado em lei supostamente inconstitucional, já consolidara a situação jurídica do destinatário e, desse modo, merecia proteção “em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Apesar de sua originalidade em âmbito constitucional e administrativo, tal teoria também ganhou espaço no âmbito do Direito Ambiental, sendo questionada justamente a possibilidade de consolidação de um ato ilegal relacionado ao meio ambiente pelo decurso do tempo.

Importante ressaltar que originalmente a Teoria do Fato Consumado, para fins de consolidação das irregularidades/ilegalidades, faz uma ponderação entre os valores colocados em discussão, tudo visando sobrelevar os princípios da proteção à confiança e à própria segurança jurídica.

No entanto, trazida ao âmbito das questões ambientais, o direito constitucional ao meio ambiente ganha destaque, ocasião na qual a Teoria do Fato Consumado é posta em dúvida no que pertine a sua aplicabilidade, conforme será demonstrado ao longo do presente trabalho científico.

3 Análise dos precedentes utilizados para a edição da súmula nº 613 do STJ

Conforme já falado, o Tribunal da Cidadania, no ano de 2018, pacificou a questão acerca da não aplicação da teoria do fato consumado no âmbito do direito ambiental mediante a aprovação do Enunciado de Súmula nº 613.

Para aprovação da citada súmula, o STJ se baseou em precedentes da 1ª e da 2ª Turma, sendo que, em todos os casos, o objeto da discussão foi basicamente a possibilidade de se consolidar uma situação irregular do ponto vista ambiental em razão do decurso do tempo, ou seja, se seria aplicável a teoria do fato consumado no direito ambiental⁶.

Um dos 5 (cinco) precedentes utilizados para aprovação da Súmula nº 613 STJ, foi o AgRg no REsp nº 1494681/MS, de relatoria do Ministro HUMBERTO MARTINS, cuja ementa da decisão é a seguinte:

6 STJ, Súmulas do STJ. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=613&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>. (Acesso realizado em 20 de junho de 2019).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EDIFICAÇÃO EM ÁREA DE PROTEÇÃO PERMANENTE. PROXIMIDADE DE LEITO DE RIO. CASAS DE VERANEIO. ILEGALIDADE. SITUAÇÃO NÃO ABRANGIDA PELAS EXCEÇÕES LEGAIS PREVISTAS NOS ARTS. 61-A A 65 DA LEI 12.651/2012.

1. Na origem cuida-se de ação civil pública promovida pelo Ministério Público com o objetivo de condenar o recorrido: (a) a desocupar, demolir e remover as edificações erguidas em área de preservação permanente localizada a menos de 100m do Rio Ivinhema; (b) a abster-se de promover qualquer intervenção ou atividade na área de preservação permanente; (c) a reflorestar toda a área degradada situada nos limites do lote descrito na petição inicial;

(d) a pagar indenização por danos ambientais em valor a ser arbitrado pelo juízo.

(...)

3. No caso concreto, as instâncias ordinárias constataram que há edificações (casas de veraneio), inclusive com estradas de acesso, dentro de uma Área de Preservação Permanente, com supressão quase total da vegetação local.

4. Constatada a degradação, deve-se proceder às medidas necessárias para recompor a área. As exceções legais a esse entendimento encontram-se previstas nos arts. 61-A a 65 do Código Florestal, não abrangendo a manutenção de casas de veraneio. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1494681/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 16/11/2015)

No citado *decisum* vale citar um trecho do voto proferido pelo Ministro relator em que se apresenta um dos fundamentos da inaplicabilidade da teoria do fato consumado no âmbito do direito ambiental, senão vejamos:

As premissas fáticas estabelecidas na instância ordinária dão conta de que houve a realização de edificações (casas de veraneio), inclusive com estradas de acesso, dentro de uma área de preservação permanente, assim como a supressão quase total da vegetação local, tudo com o singelo objetivo de permitir a poucos privilegiados a prática de pescaria e do desporto náutico, sem embargo de também ficar incontroverso que a concessão de licença ambiental e a celebração do

Termo de Ajustamento de Conduta ocorreram em absoluta violação das normas ambientais, o que induziu a configuração de ausência de motivação do ato administrativo, vício tal que contaminava o ato desde o seu nascedouro.

O simples fato de ter havido a consolidação da situação no tempo não torna menos ilegal toda essa quadra.

Teoria do fato consumado em matéria ambiental equivale a perpetuar, a perenizar um suposto direito de poluir que vai de encontro, no entanto, ao postulado do meio ambiente equilibrado como bem de uso comum do povo essencial à sadia qualidade de vida, assim como é repellido pela nossa jurisprudência e pela da mais alta Corte do país (...).

Nota-se pela análise dos argumentos apresentados pelo relator que a justificativa para o seu entendimento está na necessidade de se preservar o meio ambiente⁷ equilibrado como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, ou seja, o que o Ministro fez foi, simplesmente, priorizar a aplicação da norma prevista no artigo 225⁸ da Constituição Federal de 1988 em detrimento do suposto direito de poluir.

Outro precedente utilizado para aprovação da súmula foi o REsp nº 948.921/SP, de relatoria do Ministro HERMAN BENJAMIN, cuja ementa segue abaixo transcrita:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 282 DO STF. FUNÇÃO SOCIAL E FUNÇÃO ECOLÓGICA DA PROPRIEDADE E DA POSSE. ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. RESERVA LEGAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELO DANO AMBIENTAL. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. DIREITO ADQUIRIDO DE POLUIR.

7 O doutrinador Celso Antônio Pacheco Fiorillo fez os seguintes apontamentos acerca do art. 225 da CF/88: “A nossa Constituição Federal de 1988 expressamente adotou o princípio da prevenção, ao preceituar, no *caput* do art. 225, o dever do Poder Público e da coletividade de *proteger e preservar* o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. A prevenção e a preservação devem ser concretizadas por meio de uma *consciência ecológica*, a qual deve ser desenvolvida através de uma política de educação ambiental. De fato, é a consciência ecológica que propiciará o sucesso no combate preventivo do dano ambiental. Todavia, deve-se ter em vista que a nossa realidade ainda não contempla aludida consciência, de modo que outros instrumentos tornam-se relevantes na realização do princípio da prevenção. Para tanto, observamos instrumentos como o estudo prévio de impacto ambiental (EIA/RIMA), o manejo ecológico, o tombamento, as liminares, as sanções administrativas etc.” (FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 14. ed. rev., ampl. e atual. em face da Rio+20 e do novo “Código” Florestal — São Paulo: Saraiva, 2013, p. 63)

8 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

2. Inexiste direito adquirido a poluir ou degradar o meio ambiente. O tempo é incapaz de curar ilegalidades ambientais de natureza permanente, pois parte dos sujeitos tutelados as gerações futuras carece de voz e de representantes que falem ou se omitam em seu nome.

3. Décadas de uso ilícito da propriedade rural não dão salvo-conduto ao proprietário ou posseiro para a continuidade de atos proibidos ou tornam legais práticas vedadas pelo legislador, sobretudo no âmbito de direitos indisponíveis, que a todos aproveita, inclusive às gerações futuras, como é o caso da proteção do meio ambiente.

4. As APPs e a Reserva Legal justificam-se onde há vegetação nativa remanescente, mas com maior razão onde, em consequência de desmatamento ilegal, a flora local já não existe, embora devesse existir.

5. Os deveres associados às APPs e à Reserva Legal têm natureza de obrigação *propter rem*, isto é, aderem ao título de domínio ou posse.

Precedentes do STJ.

6. Descabe falar em culpa ounexo causal, como fatores determinantes do dever de recuperar a vegetação nativa e averbar a Reserva Legal por parte do proprietário ou possuidor, antigo ou novo, mesmo se o imóvel já estava desmatado quando de sua aquisição. Sendo a hipótese de obrigação *propter rem*, desarrazoado perquirir quem causou o dano ambiental *in casu*, se o atual proprietário ou os anteriores, ou a culpabilidade de quem o fez ou deixou de fazer. Precedentes do STJ.

7. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 948.921/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2007, DJe 11/11/2009)

No citado julgado o relator reitera a inexistência do direito adquirido de poluir ou degradar o meio ambiente em razão do decurso do tempo, bem como faz importantes apontamentos acerca da aplicação da responsabilidade civil objetiva nos casos de danos provocados ao meio ambiente, ressaltando o caráter *propter rem* da obrigação de reparar o dano, ou seja, esclarece que os danos ambientais causados à propriedade devem ser reparados mesmo por aqueles proprietários que não tenham ocasionado as lesões ao meio ambiente.

No caso em tela, vale citar uma passagem do voto do Ministro relator em que é retratada a aplicação da teoria da responsabilidade civil objetiva em casos de degradação ao meio ambiente:

Quanto a esse ponto fulcral, o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do STJ, que aplica, em casos assemelhados, a responsabilidade civil objetiva, de modo a determinar que os novos proprietários recomponham e protejam a cobertura florística da área, ainda que não sejam eles os autores de eventuais desmatamentos anteriores ou mesmo que não soubessem da existência do gravame.

Quem se beneficia da degradação ambiental alheia, a agrava ou lhe dá continuidade não é menos degradador. Por isso, o legislador se encarrega de responsabilizar o novo proprietário pela cura do malfeito do seu antecessor. Isso vale para o desmatamento, para a poluição das águas e a erosão do solo.

Acrescente-se, em *obiter dictum*, que o mesmo regime de responsabilidade civil objetiva haverá de ser aplicado na cobrança de indenização que se faça contra o proprietário que, ilicitamente, por ausência de averbação da Reserva Legal, explore o imóvel como se restrição alguma existisse.

O terceiro julgado utilizado como baliza para aprovação da súmula foi o AgRg no REsp nº 1491027/PB, de relatoria do Ministro HUMBERTO MARTINS, em que o adquirente de imóvel pretendia reverter decisão proferida por instância inferior que determinou a demolição de construção considerada irregular realizada em área de preservação permanente.

No caso citado, prevaleceu mais uma vez o entendimento do STJ no sentido da inexistência do direito adquirido de poluir em decorrência do transcurso do tempo, ou seja, pela não incidência da teoria do fato consumado no direito ambiental.

Destarte, veja-se abaixo a ementa do mencionado precedente do Tribunal da Cidadania:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. MATÉRIA DEVIDAMENTE PRE-QUESTIONADA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DEMOLIÇÃO DE IMÓVEL. ALIENAÇÃO POSTERIOR À PROPOSITURA DA AÇÃO. EFEITOS SUBJETIVOS DA COISA JULGADA INALTERADOS. PRECEDENTES. FATO CONSUMADO. MATÉRIA AMBIENTAL. INEXISTÊNCIA.

1. Cuida-se de ação civil pública na qual a parte ora recorrente foi condenada a demolir casa que edificou em área de preservação permanente correspondente a manguezal e a margem de curso d'água, a remover os escombros daí resultantes e a recuperar a vegetação nativa do local.

2. O imóvel em questão foi alienado. Entretanto, a alienação promovida em momento posterior à propositura da Ação Civil Pública pela empreendedora não tem o condão de alterar os efeitos subjetivos da coisa julgada, conforme

disposto no art. 42, § 3º, do CPC, pois é dever do adquirente revestir-se das cautelas necessárias quanto às demandas existentes sobre o bem litigioso. Em razão do exposto, o não cumprimento da determinação contida no art. 167, I, 21, da Lei 6.015/73, o qual afirma a necessidade de averbação das citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias relativas a imóveis não altera a conclusão do presente julgado.

3. Cumpre asseverar que a possibilidade do terceiro ter adquirido o imóvel de boa-fé não é capaz, por si só, de afastar a aplicação do art. 42, § 3º, do CPC; para que fosse afastada, seria necessário que, quando da alienação do imóvel, não houvesse sido interposta a presente ação civil pública. O que não é o caso.

4. Por fim, cumpre esclarecer que, em tema de direito ambiental, não se admite a incidência da teoria do fato consumado. Precedentes. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1491027/PB, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 20/10/2015)

Além dos citados julgados, também foi utilizado o AgRg no nº RMS 28.220/DF para edição da súmula, cujo relator foi o Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Nesse caso concreto, discutiu-se a legalidade de ato administrativo editado pelo Poder Público em relação a desocupação de área pública de proteção ambiental indevidamente ocupada há vários anos por particulares que residiam no local denominado Parque das Copaibas, no Distrito Federal.

De igual modo, o Superior Tribunal de Justiça ratificou o seu entendimento no sentido de que não deve ser aplicada a teoria do fato consumado no direito ambiental, mesmo naqueles casos em que o Poder Público permanecer inerte por um longo período quanto à ocupação irregular de área de proteção ambiental.

Nesse sentido, vemos a ementa do citado julgado:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. OCUPAÇÃO DE ÁREA PÚBLICA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL. LEGALIDADE NO ATO DO ESTADO DE DISCIPLINAR A UTILIZAÇÃO DA ÁREA E ZELAR PARA QUE SUA DESTINAÇÃO SEJA PRESERVADA. A OCUPAÇÃO DE ÁREA PÚBLICA, FEITA DE MANEIRA IRREGULAR, NÃO GERA OS EFEITOS GARANTIDOS AO POSSUIDOR DE BOA-FÉ. IMPOSSIBILIDADE DE ALEGAÇÃO DE FATO CONSUMADO EM MATÉRIA AMBIENTAL. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER DIREITO LÍQUIDO E CERTO A SER AMPARADO PELA VIA MANDAMENTAL, RESSALVA DAS

VIAS PROCESSUAIS ORDINÁRIAS. PARECER MINISTERIAL PELO DESPROVIMENTO DO FEITO. AGRAVO REGIMENTAL DA AMCA E OUTROS A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Os impetrantes buscam o reconhecimento da ilegalidade no procedimento de desocupação perpetrado pelo Secretário de Administração de Parques do Distrito Federal, objetivando que a autoridade coatora abstenha-se de praticar qualquer ato tendente a remover os moradores do Parque das Copaíbas.

2. Nos termos da Lei Complementar Distrital 265/1999 e Lei Distrital 1.600/1997, não há como reconhecer a ilegalidade no ato do Estado de disciplinar a utilização da área e zelar para que sua destinação seja preservada. É justamente por estar inserida na citada APA, que incumbe ao Estado o gerenciamento da área, exercendo regularmente o direito de restringir o uso e gozo da propriedade em favor do interesse da coletividade.

3. Cumpre ao Estado, nestas situações, empreender ações efetivas visando não só a salvaguarda da diversidade biológica local, como também a regência urbanística das áreas, garantindo a sustentabilidade do usufruto dos recursos disponibilizados pela Natureza, além de atender ao projeto original da Capital, que assegura a existência de áreas de lazer no Lago voltadas à população em geral do Distrito Federal.

4. Vale frisar que a própria impetrante reconhece que ocupa a área de maneira irregular e precária, uma vez que a Ação de Interdito Proibitório já reintegrou a TERACAP na posse da área em litígio, assim, não há como reconhecer a violação a direito líquido e certo como sustentando na peça inaugural da segurança.

5. É firme o entendimento desta Corte de que a ocupação de área pública, feita de maneira irregular, não gera os efeitos garantidos ao possuidor de boa-fé pelo Código Civil, configurando-se mera detenção.

6. Não prospera também a alegação de aplicação da teoria do fato consumado, em razão de os moradores já ocuparem a área, com tolerância do Estado por anos, uma vez que tratando-se de construção irregular em Área de Proteção Ambiental-APA, a situação não se consolida no tempo. Isso porque, a aceitação da teoria equivaleria a perpetuar o suposto direito de poluir, de degradar, indo de encontro ao postulado do meio ambiente equilibrado, bem de uso comum do povo essencial à qualidade sadia de vida.

7. Agravo Regimental da AMCA e outros a que se nega provimento.

(AgRg no RMS 28.220/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/04/2017, DJe 26/04/2017)

Por fim, o quinto e último precedente utilizado pelo STJ foi o AgRg no REsp nº 1497346/MS referente a uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul em face de particular que causou danos em área de preservação permanente ao ocupar e edificar às margens do Rio Ivinhema. Na citada ação, o Parquet requereu, síntese, a desocupação, demolição e remoção das edificações erguidas em área de preservação permanente situadas a menos de cem metros o Rio Ivinhema; a abstenção de realizar qualquer intervenção ou atividade na referida área; o reflorestamento da área degradada e o pagamento de indenização por danos ambientais.

Destaca-se que a sentença foi de parcial procedência, porém o particular interpôs apelação e obteve a reforma da decisão de piso no Tribunal de Justiça do Mato Grosso Sul que *“reconheceu que a situação encontrava-se consolidada por prévia licença concedida pelo IMASUL”, concluindo, assim, por serem descabidos a desocupação, a demolição de edificações e o reflorestamento da área, sob pena de ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade⁹.*”

Entretanto, contrariando o entendimento do TJ-MS, o Ministro relator Mauro Campbell Marques decidiu monocraticamente o Agravo Regimental em Recurso Especial por entender que esta demanda teria similitude fática com diversas outras causas julgadas de forma colegiada pelo STJ.

Destarte, entendemos pertinente citar alguns trechos do voto proferido pelo Ministro relator onde se extrai os fundamentos utilizados para negar provimento ao recurso do particular:

Com efeito, as premissas fáticas estabelecidas na instância ordinária davam conta de que houvera a realização de edificações, inclusive com estradas de acesso, dentro de uma Área de Preservação Permanente, assim como a supressão quase total da vegetação local, tudo com o singelo objetivo de permitir a "poucos privilegiados" a prática de pescaria e do desporto náutico,

sem embargo de também ficar incontroverso que a concessão de licença ambiental e a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta ocorreram em absoluta violação às normas ambientais, o que induziu a configuração de ausência de motivação do ato administrativo, vício tal que contaminava o ato desde o seu nascedouro.

O simples fato de ter havido a "consolidação da situação no tempo" não tornava menos ilegal toda essa quadra. Com efeito, teoria do fato

9 STJ, AgRg no REsp 1497346/MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 27/11/2015.

consumado em matéria ambiental equivale a perpetuar, a perenizar um suposto direito de poluir que vai de encontro, no entanto, ao postulado do meio ambiente equilibrado como bem de uso comum do povo essencial à sadia qualidade de vida, assim como é repellido pela nossa jurisprudência e pela da mais alta Corte do país (...).

(...)

Há salientar-se ainda que as exceções legais a esse entendimento encontram-se previstas nos arts. 61-A a 65 do Código Florestal, nas quais decerto não se insere a pretensão de manutenção de "casas de veraneio", como decido noutro feito, este de minha lavra:

(...)

O presente caso, vez que é em absolutamente tudo idêntico a mais de vinte outros precedentes julgados colegiadamente, todos da Eminentíssima Ministra Eliana Calmon, deve ter, pelas razões expostas e por questão de isonomia, o mesmo desfecho processual.

Conforme se percebe, a edição da Súmula nº 613 pelo STJ tão somente corroborou um posicionamento já consolidado nas Turmas daquele C. Tribunal, sobretudo diante da necessidade de se reafirmar a impossibilidade de invocação da Teoria do Fato do Consumado em matéria ambiental, cujo interesse social ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve sempre prevalecer, não admitindo, portanto, a convalidação de supostas irregularidades/ilegalidades pelo decurso do tempo.

4 Análise da (in) aplicabilidade da teoria do fato consumado pelas instâncias inferiores antes e após a edição da Súmula nº 613 do STJ

Antes da edição da Súmula nº 613 pelo STJ ainda era comum, em alguns casos, as instâncias inferiores decidirem pela manutenção de construções irregulares realizadas em área de proteção ambiental com base na aplicação, em especial, do princípio da proporcionalidade¹⁰, em virtude das construções estarem em espaços urbanos consolidados.

10 Nesse sentido, vale citar o que diz o professor Marcelo Abelha acerca da utilização do princípio da proporcionalidade quando existente um choque de interesses difusos: "Os direitos difusos seriam, portanto, esses interesses protegidos pelo Estado em cada caso concreto. Isso nos permite antever a existência de "choques" de interesses difusos dentro de uma mesma comunidade, cabendo ao Estado, no exercício da função, proteger este ou aquele segundo os ditames constitucionais. Estes choques serão resolvidos pelo uso do princípio da proporcionalidade, que permite sobrepor, usando a máxima do sopesamento (mal maior e mal menor, no caso concreto), qual deve ser o princípio utilizado pelo operador do direito e, portanto, qual o interesse tutelado." (RODRIGUES, Marcelo Abelha. Direito ambiental

Nesse sentido, vejamos um precedente do TRF da 4ª região em que se optou pela não demolição e não desocupação de imóvel situado em área de preservação permanente em virtude da aplicação do princípio da proporcionalidade:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO AMBIENTAL. EDIFICAÇÃO UNIFAMILIAR. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DEMOLIÇÃO. INVIABILIDADE. ÁREA URBANIZADA E ANTROPIZADA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. O imóvel ocupado pelo réu está inserido integralmente em terrenos da União, em área non aedificandi, distando a menos de 30 metros do curso d'água, consoante limitações do Código Florestal então vigente (Lei 4.771/1965) e também de acordo com o que dispõe a Resolução Conama 303/2002. Entretanto os danos ambientais verificados são decorrentes do processo de ocupação da região como um todo, incluindo o imóvel acerca do qual versam os autos. Trata-se, no caso, de área urbana consolidada, de acordo com a Resolução Conama nº 303/2002, instituída pelo Poder Público e servida com os equipamentos de infra-estrutura urbana descritos na referida legislação. Em se tratando em área há muito urbanizada, é certo que a retirada de uma edificação isolada não surtirá efeitos significantes ao meio ambiente, haja vista que as adjacências do local encontram-se totalmente edificadas, não se justificando a penalidade de demolição. A efetiva recuperação do meio ambiente ao seu estado natural dependeria de ação conjunta, com a remoção de todas as construções, de modo que a demolição exclusiva da residência da parte ré não constituiria medida útil para referido fim, sendo, portanto, desproporcional. Além da proteção ao meio ambiente, há outros direitos em risco, que, no caso concreto, podem permitir a utilização de áreas já antropizadas e a manutenção das edificações existentes. Desconsiderar a situação ocupacional da região representa postura que não se coaduna com os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

(TRF4, AC 5017644-59.2014.4.04.7200, TERCEIRA TURMA, Relatora MARGA INGE BARTH TESSLER, juntado aos autos em 06/07/2017)

esquemático; coordenação Pedro Lenza. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 51). Ainda sobre o princípio da proporcionalidade, o Ministro Gilmar Mendes discorre nos seguintes termos: “A doutrina identifica como típicas manifestações de excesso no exercício do poder legiferante a contraditoriedade, a incongruência, a irrazoabilidade ou, em outras palavras, a inadequação entre meios e fins. A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no direito constitucional envolve a apreciação da necessidade e adequação da providência adotada.” (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017, p. 431).

Nesse julgado, vale destacar um trecho do voto do relator do acórdão em que são apresentados os argumentos pela manutenção da construção existente em área de proteção ambiental. Senão vejamos:

Contudo, ainda que a área ocupada pelo autor esteja inserida em área *non aedificandi*, há que se ressaltar que os limites estabelecidos no Código Florestal (1965) não têm aplicabilidade em áreas urbanas, sendo que a prova pericial e também a prova documental demonstraram tratar-se de área urbana consolidada, com várias construções no local, como se verifica das fotos juntadas aos autos.

E, em se tratando em área há muito urbanizada, é certo que a retirada de uma edificação isolada não surtirá efeitos significativos ao meio ambiente, haja vista que as adjacências do local encontram-se totalmente edificadas, não se justificando a penalidade de demolição.

A efetiva recuperação do meio ambiente ao seu estado natural dependeria de ação conjunta, com a remoção de todas as construções, de modo que a demolição exclusiva da residência da parte ré não constituiria medida útil para referido fim, sendo, portanto, desproporcional.

Destaca-se que o relator do acórdão citou ainda outros julgados mais antigos também do TRF da 4ª região em que se decidiram no mesmo sentido, em casos envolvendo ocupações irregulares em áreas urbanas consolidadas. Vejamos:

DIREITO AMBIENTAL E ADMINISTRATIVO. RECONSTRUÇÃO DE QUIOSQUE BALNEÁRIO CAMBORIÚ. Há nos autos parecer técnico do IBAMA que admite que 'a remoção e recuperação, pura e simplesmente da área do quiosque não contribui de maneira significativa a recomposição do habitat natural local, pois outras construções como a própria estrada e espaço destinado ao estacionamento agrediram/ocuparam as áreas de restinga quando foram construídas nessa mesma praia.' Assim, tendo em vista tratar-se de área urbana consolidada, nenhum efeito surtirá ao meio ambiente a retirada de apenas uma edificação isolada, haja vista que o entorno do local está todo edificado. (TRF4, APELREEX 5002986-45.2010.404.7208, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, D.E. 11/07/2012).

AMBIENTAL. EDIFICAÇÃO LOCALIZADA SOBRE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO MUNICIPAL E PARECER FAVORÁVEL DO ÓRGÃO AMBIENTAL.

CÓDIGO FLORESTAL. LIMITAÇÕES. ZONA URBANA CONSOLIDADA E ANTROPORIZADA.

1. A legislação federal ambiental, em especial as restrições previstas no Código Florestal, aplicam-se às áreas municipais urbanas.

2. Para a construção em terrenos situados ao longo de rios ou cursos d'água com menos de dez metros de largura, deve ser resguardada a faixa marginal de, no mínimo, trinta metros, nos termos da legislação federal ambiental.

3. Contudo, não obstante verificada que a edificação está construída sobre Área de Preservação Permanente, tem-se também pela prova dos autos que é impossível a recuperação total da área em que edificada a obra, uma vez que essa, conforme admitido pelo próprio IBAMA em seu relatório de fiscalização, está urbanizada e antropizada, razão pela qual as limitações do Código Florestal não têm aplicabilidade.

4. Assim, tendo em vista tratar-se de área urbana consolidada, nenhum efeito surtirá ao meio ambiente a retirada de apenas uma edificação isolada, haja vista que o entorno do local está todo edificado

(TRF4, AC 5006623-67.2011.404.7208/SC, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Juiz Federal Nicolau Konkel Jr, D.E. 07/08/2013).

Em arremate, o Desembargador relator fez o seguinte apontamento acerca da aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ao caso concreto:

Neste caso, registre-se que, além da proteção ao meio ambiente, há outros direitos em risco, que, no caso concreto, podem permitir a utilização de áreas já antropizadas e a manutenção das edificações existentes. Desconsiderar a situação ocupacional da região representa postura que não se coaduna com os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

[...]

A regra da supremacia do meio ambiente, mesmo em situações em que haja efetiva configuração do fato consumado cede, no caso concreto. Essa diretriz pode ser relativizada, como no caso concreto, quando verificado que a demolição da residência não surtirá benefício algum ao meio ambiente, pois inserida em realidade fática quase vintenária.

No mesmo sentido, o TRF da 5ª região também possui precedente em que se decidiu pela não demolição de imóvel construído em área de preservação permanente. Vejamos a ementa do julgado:

ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. EXISTÊNCIA DE LICENÇA AMBIENTAL DO ÓRGÃO ESTADUAL COMPETENTE. DANO AMBIENTAL DE ÂMBITO LOCAL. PENA DE DEMOLIÇÃO NÃO ADEQUADA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. 1. Apelação interposta pelo MPF, em face de decisão prolatada pelo Juízo da 6ª Vara Federal do Ceará, que condenou os réus à obrigação de recuperar a área degradada e à obrigação de pagar multa e indenização pelos danos ambientais decorrentes no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) cada. 2. A CF/88, em seu art. 225, dispõe que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo e um direito de todos os cidadãos, das gerações presentes e futuras, estando o Poder Público e a coletividade obrigados a preservá-lo e a defendê-lo. Importa acrescentar que a proteção, o controle e a fiscalização do meio ambiente insere-se na competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (CF, art. 23, III, VI e VII, e LC nº 140/11, art. 17). 3. Em sede de contestação, a M. F. Empreendimentos Imobiliários comprovou a existência de Licença de Instalação do Loteamento nº 22/93, expedida pela Superintendência Estadual do Meio Ambiente- SEMACE (fls. 52/53), correspondente à implantação do projeto de um loteamento denominado Porto da Barra Nova, composto por 313 (trezentos e treze) lotes. Tal licença foi embasada no Processo SEMACE nº 1923/93, que constatou não haver nenhuma implicação quanto à preservação do meio ambiente. Ressalta-se, também, que houve a aprovação do projeto de loteamento pelo Município, no ano de 1994. 4. No caso em tela, não há dúvida de que o imóvel construído pelo particular está situado em Área de Preservação Permanente (área de dunas), consoante o relatório de fiscalização realizado pelo IBAMA, às fls. 18/23, e o laudo técnico às fls. 24/40. No entanto, cabe destacar que o parágrafo 4º, do art. 10, da Lei nº 6.938/81, reportou-se à atuação do IBAMA apenas se houver significativo impacto regional ou nacional, o que não se afigura no caso, em que o impacto é local, no Município de Cascavel/CE, sendo a SEMACE órgão legítimo para expedir a licença ambiental. Precedente desta Corte. 5. Em relação à demolição, entende-se que esta medida não atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. De acordo com o relatório de apuração de infração administrativa realizado pelo IBAMA, o dano ambiental foi caracterizado como leve, tendo em vista a pequena área de lotes ocupados. Não havendo provas que demonstrem uma maior gravidade do dano ambiental causado pela construção do referido imóvel, compreende-se que são suficientes as sanções impostas pelo Juízo

monocrático, que consiste em pagar indenização e multa, recuperar a área degradada e abster-se de realizar outras intervenções na área em questão. 6. Não provimento da apelação

(TRF-5 - AC: 00115281920114058100 CE, Relator: Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, Data de Julgamento: 23/11/2017, Primeira Turma, Data de Publicação: Diário da Justiça Eletrônico TRF5 (DJE) - 30/11/2017 - Página 51)

Além dos citados precedentes anteriores a edição da súmula nº 613 do STJ, recentemente, os TRFs da 4ª e 3ª região julgaram 2 (dois) casos envolvendo pedido de demolição de edificação construída em área de proteção ambiental e decidiram pela manutenção da edificação com esteio no princípio da razoabilidade¹¹ e proporcionalidade.

Senão vejamos as ementas dos citados julgados:

EMENTA: ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTRUÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. LOCALIDADE DE PORTO FIGUEIRA. DEMOLIÇÃO DA EDIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ZONA URBANA CONSOLIDADA. 1. Embora o imóvel esteja localizado em área de preservação permanente (unidade de conservação), mais precisamente em Área de Proteção Ambiental das Ilhas e Várzeas do Rio Paraná, a circunstância de ter sido edificado há mais de trinta anos e inserir-se em zona urbana de ocupação histórica, que remonta, pelo menos, à década de 1960, torna desarrazoada a sua demolição, especialmente em face da ausência de vegetação no local, desde longa data, e da existência de toda uma infraestrutura, com rede de esgoto, pavimentação de ruas, energia elétrica e água potável. 2. As restrições à construção em áreas de preservação permanente, localizadas em zonas urbanas consolidadas e antropizadas, nas quais a recuperação integral do meio ambiente ao seu estado natural mostra-se inviável, são passíveis de mitigação, por depender de ação conjunta, com a remoção de todas as construções instaladas nas proximidades. A retirada de uma edificação iso-

11 A doutrina da professora Ana Paula de Barcellos ensina o seguinte sobre o princípio da razoabilidade: "Embora se faça referência indistintamente à razoabilidade ou à proporcionalidade, a verdade é que a doutrina alemã, registrada particularmente por Humberto Bergman Ávila, tem distinguido entre proporcionalidade, cujo conteúdo é o exposto anteriormente, e a razoabilidade, que teria outros usos, como, por exemplo, o exame da propriedade da aplicação da medida a determinado indivíduo ou situação, tendo considerado suas condições pessoais e individuais. A ideia se aproxima da noção de equidade. Assim, o juízo de razoabilidade pressupõe que a norma pode ser proporcional em tese, e não o ser no caso concreto." (BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de direito constitucional / Ana Paula de Barcellos. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 186)

ladamente não surtiria efeitos significantes ao meio ambiente, haja vista que as adjacências do local remaneseriam edificadas. (TRF4, AC 5005385-09.2012.4.04.7004, QUARTA TURMA, Relator LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, juntado aos autos em 29/11/2018)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DEMOLIÇÃO DA EDIFICAÇÃO. MEDIDA DESPROPORCIONAL. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. CARÁTER INFRINGENTE. Nos termos do art. 1.022 do Código de Processo Civil, os embargos de declaração são cabíveis para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem assim corrigir erro material, ainda que interpostos para fins de prequestionamento. Por outro lado, é cediço no âmbito do E. Superior Tribunal de Justiça, que o magistrado não está obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações deduzidas nos autos, nem a ater-se aos fundamentos indicados pelas partes, ou a responder um a um a todos os seus argumentos, quando já encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu. A Lei nº 12.651/2012 aponta no artigo 8º exceção à regra geral do caráter inexplorável da Área de Preservação Permanente, admitindo intervenção ou supressão de vegetação somente nas hipóteses de utilidade pública, interesse social ou de atividades de baixo impacto ambiental, definidas nos incisos VIII, IX e X do artigo 3º da mesma norma. A par da expressão "baixo impacto ambiental" revelar conceito jurídico indeterminado, na hipótese dos autos restou incontroverso que as edificações em exame foram assim classificadas. *Ainda que a Constituição Federal imponha a toda a coletividade o dever de preservar e proteger o meio ambiente, devem ser considerados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade para a aplicação do poder de polícia e da responsabilidade ambiental. Sob esse enfoque, na hipótese dos autos, mesmo que os imóveis estejam situados em área de preservação permanente, a demolição dessas edificações de alvenaria ultrapassa o princípio da razoabilidade, sendo suficientes as demais medidas impostas.* O teor das peças processuais demonstram, por si só, que as embargantes desejam alterar o julgado, em manifesto caráter infringente para o qual não se prestam os embargos de declaração, a não ser excepcionalmente, uma vez que seu âmbito é restrito. Embargos de declaração rejeitados.

(TRF-3 - EI: 00013895720024036102 SP, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, Data de Julgamento: 05/02/2019, SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/02/2019)

Destarte, apesar de ainda existirem algumas decisões isoladas das instâncias inferiores que, mesmo após a edição da Súmula nº 613 do STJ, optaram pela manutenção de construção irregular em área de preservação ambiental, a maioria dos tribunais pátrios está aplicando o citado enunciado.

Como exemplo de aplicação expressa da súmula nº 613 do STJ podemos citar 2 (dois) recentes julgados do Tribunal de Justiça Capixaba em que se decidiu pela inaplicabilidade da teoria do fato consumado no direito ambiental.

O primeiro julgado, trata-se da apelação cível nº 062150036341 interposta em face de sentença proferida em ação civil pública, de relatoria do Desembargador JORGE HENRIQUE VALLE DOS SANTOS, em que se discutiu a legalidade da construção de um prédio de 5 (cinco) andares à margem do Rio Piúma sem observar a distância mínima do manancial prevista no atual Código Florestal (artigo 4º, inciso I, alínea a, da Lei 12651/12). Senão vejamos a ementa do citado julgado da 3ª Câmara Cível do TJES:

E M E N T A RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO AMBIENTAL E PROCESSO CIVIL. CONSTRUÇÃO IRREGULAR EM ÁREA DE PROTEÇÃO PERMANENTE (APP). NATUREZA PROPTER REM. SÚMULA 613, STJ. INAPLICABILIDADE DA TEORIDA DO FATO CONSUMADO. DEMOLIÇÃO E RECUPERAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I. Nos termos do artigo 225, caput e §3º da CF/88, por caracterizar-se como verdadeiro direito difuso, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, deverá ser protegido e preservado pelo Poder Público e pela coletividade, no interesse das presentes e futuras gerações, de modo que os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, sujeitar-se-ão a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. II. O ordenamento jurídico pátrio define Área de Preservação Permanente (APP) como sendo a área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas, in-teleccão prevista inicialmente no artigo 1º, §2º, inciso II, da Lei 4771/65, e mantida no artigo 3º, inciso II, da Lei 12651/12. III. Em decorrência da compreensão fixada na Súmula nº 613, do e. STJ, pertinente à inaplicabilidade da teoria do fato consumado em tema de Direito Ambiental, a mera possibilidade da existência de outras construções irregulares na localidade, alheias ao objeto da presente Ação Civil Pú-

blica, mostra-se irrelevante para afastar o dever de o poluidor reparar o prejuízo causado ao meio ambiente. Precedentes do STJ. IV. Não há que se falar em prescrição da pretensão autoral ou mesmo relevância acerca do momento em que o dano ambiental iniciou-se, haja vista a sua perpetuação no tempo e a inexistência de direito adquirido do proprietário à devastação ambiental, sobretudo diante do caráter objetivo e solidário da responsabilidade pela reparação do prejuízo e da natureza obrigacional propter rem de recuperação do meio ambiente lesado, particularidades que afetam todos os agentes que se aproveitaram da lesão proporcionada ao meio ambiente. V. Na hipótese, restou comprovada a construção irregular empreendida pelo réu/apelado em área de preservação permanente, consistente em um prédio de 05 (cinco) pavimentos com atracadouro às margens do Rio Piúma, no limite do nível do manancial, inobservando a largura mínima de 30 (trinta) metros prevista no artigo 2º, alínea a, item 1, da Lei 4771/65, com correspondência no artigo 4º, inciso I, alínea a, da Lei 12651/12. VI. Desta forma, da responsabilidade objetiva e solidária do réu/apelado pelo dano comprovadamente causado pela edificação irregular de sua propriedade ao meio ambiente, sobressai-se o dever deste interromper e reparar o prejuízo ambiental, mediante a demolição do empreendimento e da recuperação da área afetada, a fim de alcançar o status quo ante, passando a observar, necessariamente, a metragem mínima exigida tanto pelo artigo 2º, alínea a, item 1, da Lei 4771/65, quanto pelo artigo 4º, inciso I, alínea a, da Lei 12651/12. VII. Recurso conhecido e provido. A C Ó R D Ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores da Terceira Câmara Cível, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Vitória-ES, de 2018. PRESIDENTE RELATOR

(TJES, Classe: Apelação, 062150036341, Relator: JORGE HENRIQUE VALLE DOS SANTOS, Órgão julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 21/08/2018, Data da Publicação no Diário: 31/08/2018)

Cabe ressaltar que o Desembargador relator fez importante observação quando justificou em seu voto a incidência da Súmula nº 613 do STJ ao dizer que *“o mero fato de existirem outras construções irregulares na localidade alheias ao objeto da presente Ação Civil Pública é irrelevante para afastar o dever de o poluidor reparar o prejuízo causado ao meio ambiente.”*

O outro julgado do TJES que aplicou expressamente a recém-editada súmula foi a apelação cível e remessa necessária nº 0000158-87.2014.8.08.0027, de relatoria do Desembargador ANNIBAL DE REZENDE LIMA, que decidiu pela demolição de muro construído às margens de córrego, ou seja, em área de preservação ambiental e, ainda, em situação de área urbana consolidada. Senão vejamos a ementa do citado julgado:

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA Nº 0000158-87.2014.8.08.0027 REMETENTE: JUÍZO DA COMARCA DE ITARANA APELANTE: ESTADO DO ESPÍRITO SANTO APELADO: GILBERTO GERALDO GOMES RELATOR: DES. ANNIBAL DE REZENDE LIMA ACÓRDÃO EMENTA ADMINISTRATIVO REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL MANDADO DE SEGURANÇA CONSTRUÇÃO DE MURO ÀS MARGENS DE Córrego ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE ÁREA URBANA CONSOLIDADA IRRELEVÂNCIA AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO TEORIA DO FATO CONSUMADO INAPLICABILIDADE EM MATÉRIA AMBIENTAL SEGURANÇA DENEGADA RECURSO PROVIDO. Conforme entendimento consolidado na jurisprudência dos tribunais superiores, não existe direito adquirido à manutenção de situação que gere prejuízos ao meio ambiente, estando igualmente assentada a orientação jurisprudencial segundo a qual Não se admite a aplicação da teoria do fato consumado em tema de Direito Ambiental (Súmula nº. 613, do Colendo Superior Tribunal de Justiça). VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos da presente remessa necessária e recurso de apelação em que é Apelante ESTADO DO ESPÍRITO SANTO e Apelado GILBERTO GERALDO GOMES; ACORDA a Colenda Primeira Câmara Cível, na conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, à unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento e, por igual votação, julgar prejudicada a remessa necessária, nos termos do voto do Relator. Vitória, 19 de março de 2019. PRESIDENTE RELATOR

(TJES, Classe: Apelação / Remessa Necessária, 027140001531, Relator: ANNIBAL DE REZENDE LIMA, Órgão julgador: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 19/03/2019, Data da Publicação no Diário: 29/03/2019)

Assim, conforme se infere da análise dos julgados supramencionados, apesar da aprovação da súmula pelo STJ acerca da inaplicabilidade da Teoria do Fato Consumado ao Direito Ambiental, alguns tribunais de instâncias inferiores ainda insistem, em alguns casos isolados, na aplicação da citada teoria, utilizando-se como fundamentos os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade.

5 Conclusão

Ante todo o exposto, conforme se observa dos precedentes jurisprudenciais analisados, torna-se clarividente que o direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF/88) é

um interesse máximo a ser preservado, não sendo, ao menos segundo a ótica do C. STJ, admitida a aplicação da Teoria do Fato Consumado para convalidar situações irregulares/ilegais em matéria de direito ambiental pelo decurso do tempo.

Nessa linha de raciocínio conclusivo, a despeito de não ser um posicionamento vinculante e uníssono na jurisprudência pátria, restou demonstrado que a maioria dos Tribunais e Juízes de primeira instância segue a orientação do C. STJ, inadmitindo a aplicação da Teoria do Fato Consumado em tema de Direito Ambiental, justamente sob o fundamento de se evitar a perpetuação e a consolidação de uma equivocada pretensão de poluir o meio ambiente.

Dessa forma, nota-se que a jurisprudência pátria firmou-se no sentido de que inexistente o direito adquirido a poluir ou degradar o meio ambiente, já que o tempo não é capaz de convalidar irregularidades/ilegalidades ambientais, pois o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve sempre ser sobrelevado na ponderação dos interesses aparentemente conflitantes.

6 Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional* / Ana Paula de Barcellos. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRASIL. Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. Brasília, 18 jul. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19985.htm>. Acesso em: 10 junho 2019.

_____. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Brasília, 25 maio 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm>. Acesso em: 10 junho 2019.

_____. Constituição (1988). Constituição da República do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 junho 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 613. DJ, 14 maio 2018. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27613%27\).sub.](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27613%27).sub.)>. Acesso em: 10 junho 2019.

_____. _____. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1494681/MS. Relator Ministro Humberto Martins, Brasília, DF, 16 nov. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_

registro=201402914918&dt_publicacao=16/11/2015>. Acesso em: 20 junho 2019.

_____. _____. Recurso Especial n. 948.921/SP. Relator Ministro Herman Benjamin, Brasília, DF, 11 nov. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500084769&dt_publicacao=11/11/2009>. Acesso em: 20 junho 2019.

_____. _____. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1491027/PB. Relator Ministro Humberto Martins, Brasília, DF, 20 out. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402755099&dt_publicacao=20/10/2015>. Acesso em: 20 junho 2019.

_____. _____. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança n. 28.220/DF. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Brasília, DF, 26 abr. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802510264&dt_publicacao=26/04/2017>. Acesso em: 20 junho 2019.

_____. _____. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1497346/MS. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Brasília, DF, 27 nov. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=45485948&num_registro=201403002860&data=201511127&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 20 junho 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3ª Região). Embargos de Declaração em Embargos Infringentes n. 00013895720024036102. Relatora Desembargadora Federal Marli Ferreira, São Paulo, SP, 11 fev. 2019. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/7332575>>. Acesso em: 26 junho 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Apelação Cível n. 5017644-59.2014.4.04.7200. Relator Desembargador Federal Luís Alberto D Azevedo Aurvalle, Santa Catarina, SC, 04 jul. 2017. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=501764459.2014.4.04.7200&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=>. Acesso em: 26 junho 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Apelação Cível n. 5005385-09.2012.4.04.7004. Relator Desembargador Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, Paraná, PR, 29 nov. 2018. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=5005385-09.2012.4.04.7004&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=>. Acesso em: 26 junho 2019.

sual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=50053859.2012.4.04.7004&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=>. Acesso em: 26 junho 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5ª Região). Apelação Cível n. 00115281920114058100. Relator Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, Ceará, CE, 30 nov. 2017. Disponível em: <http://www4.trf5.jus.br/data/2017/11/ESPARTA/00115281920114058100_20171130_7539375.pdf>. Acesso em: 26 junho 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed., São Paulo: Atlas, 2018. p. 1381.

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 062150036341. Relator Desembargador Jorge Henrique Valle dos Santos, 31 ago. 2018. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=062150036341&Justica=Comum&CFID=291178878&CFTOKEN=33482586>. Acesso em: 26 junho 2019.

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível e Remessa Necessária n. 0000158-87.2014.8.08.0027. Relator Desembargador Annibal de Rezende Lima, 23 marc. 2019. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=00001588720148080027&Justica=Comum&CFID=291178878&CFTOKEN=33482586>. Acesso em: 26 junho 2019.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 14. ed. rev., ampl. e atual. em face da Rio+20 e do novo “Código” Florestal — São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. — 12. ed. rev. e atual. — São Paulo: Saraiva, 2017, p. 431.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental esquematizado*; coordenação Pedro Lenza. — 3. ed. — São Paulo: Saraiva, 2016.

VALOR ECONÔMICO. *Déficit de moradias no país já chega a 7,7 milhões*. Valor Econômico, de Rio e São Paulo, 03 maio 2018. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/brasil/5498629/deficit-de-moradias-no-pais-ja-chega-77-milhoes>>. Acesso em: 10 junho 2019.

1.13

POTENCIAL E LIMITES DAS AUDITORIAS OPERACIONAIS NO TCU: O CASO DA POLÍTICA PENITENCIÁRIA¹

RENATO CAMPOS PINTO DE VITTO*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Breves apontamentos sobre o instituto da auditoria operacional. 3 Da auditoria coordenada sobre o sistema prisional. 4 Pontos de destaque. 5 Conclusão. 6 Referências.

RESUMO: O presente artigo pretende analisar em que medida as auditorias operacionais dos Tribunais de Contas podem contribuir para o aperfeiçoamento de políticas públicas complexas, em que incidem e atuam diversos Poderes dos três níveis da Federação. Para tal, se propõe a analisar trabalho de auditoria realizado recentemente que teve como foco a gestão da política penitenciária. Após breve revisão do instituto da auditoria operacional, buscará avaliar o conteúdo dos relatórios de auditoria e acórdãos proferidos nos processos TC 003.673/2017-0 e TC 026.096/2017-0, cuja elaboração decorreu de trabalho de fiscalização coordenado entre 22 Tribunais de Contas. Após destacar pontos positivos e negativos do trabalho de auditoria em análise, conclui que das recomendações e determinações dos Tribunais de Contas emana uma contribuição maior quando estas se aproximam da função tradicional dos órgãos de controle, com a avaliação de aspectos atinentes aos contratos e atos administrativos que têm impactos financeiros, correndo o risco de se tornarem inócuos, impraticáveis ou desconectados da política pública em questão quando passam a se imiscuir em matéria de gestão que demanda conhecimento altamente especializado.

* Defensor Público do Estado de São Paulo, atuando no 1º Tribunal do Júri da Capital; mes-trando em Direito Público pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Var-gas. Foi Diretor-Geral do Departamento Penitenciário Nacional (2014-2016), assessor-chefe do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Penitenciário do Conselho Nacional de Justiça (2016-2018), membro do Conselho de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça (2016-2017), 1º Subdefensor Público Geral do Estado de São Paulo (2006-2008 e 2012-2014), assessor da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça (2003-2005) e Procurador do Estado de São Paulo (1998-2006).

1 Uma versão resumida do presente artigo foi apresentada como trabalho de conclusão da Disciplina Contratações Públicas I, no programa de pós-graduação, Mestrado Profissional, na área de Direito Público, da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, ministrada pelas Professoras Vera Monteiro e Juliana Palma.

1 Introdução

A busca da eficiência segue sendo um dos grandes, senão o maior desafio, para o gestor público brasileiro. Neste particular, a política penitenciária representa em nosso país, de forma viva e contundente, toda a miríade de problemas e dificuldades em se lograr resultados minimamente satisfatórios no campo dos serviços públicos. Nesta peculiar política pública incidem ações dos três poderes, nos diversos níveis da federação, o que a caracteriza como complexa por excelência.

Parte do problema carcerário relaciona-se inequivocamente com a incapacidade de entrega de obras de infraestrutura, outro problema crônico para a Administração Pública brasileira, mas que no caso do sistema penitenciário adquire contornos dramáticos. A despeito da existência de sucessivos e vultosos repasses financeiros da União, a construção de estabelecimentos prisionais pelos Estados chega a tardar mais de uma década para ser ultimada, contribuindo para que ostentemos uma taxa de ocupação superior a 197%, o que significa dizer que há em média duas pessoas privadas de liberdade para cada vaga disponibilizada em nosso parque prisional².

Cumprir registrar que, o Brasil é o terceiro país que mais prende no mundo³. Mais de 790 mil pessoas habitam as celas superlotadas de todas as unidades da Federação, sendo que 65% das pessoas privadas de liberdade não foram condenados definitivamente⁴.

Além disso, embora haja quase uma dezena de instituições e entidades legitimadas para a fiscalização das unidades prisionais, não se logrou estabelecer um sistema sancionatório minimamente racional e capaz de atenuar as tantas disfunções apontadas.

Por fim, a ausência de diretrizes de gestão e de um modelo de governança claro e definido conspiram para o resultado de todos conhecido: o retrato do caos penitenciário brasileiro, já declarado pelo

2 Conforme Levantamento de Informações Penitenciárias – INFOPEN, DEPEN/ Ministério da Justiça, dezembro de 2016 – disponível em http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf, acesso em: 15. Jul. 2019.

3 Fonte: International Centre for Prison Studies, ICPR, disponível em http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-populationtotal?field_region_taxonomy_tid=All, acesso em 25/05/19.

4 Fonte: Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0 do Conselho Nacional de Justiça, disponível https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shBNMPIIMAPA, acesso em: 25 maio 19. Assinale-se que 41,42% das pessoas privadas de liberdade não foram condenadas nem em primeiro grau de jurisdição e 23,03% dos presos já ostentam condenação sem trânsito em julgado.

Supremo Tribunal Federal, de forma pioneira, em “estado de coisas inconstitucional”⁵.

Recentemente, em janeiro de 2017, logo após ter sido registrada a maior tragédia, em termos de perda de vidas humanas, no sistema penitenciário nacional, quando cerca de 130 pessoas sob custódia do Estado foram vítimas de homicídio no interior de unidades penais de três estados da Federação em intervalo de pouco mais de 20 dias, o plenário do Tribunal de Contas da União houve por bem determinar a realização de auditoria operacional, coordenada entre diversos outros Tribunais de Contas, como forma de prover resposta a esta situação extremada.

No presente artigo nos propomos a analisar em que medida este trabalho de auditoria de fato contribuiu para o aperfeiçoamento da política penitenciária em nosso país. Para tal, iremos nos ater à análise dos relatórios de auditoria e acórdãos proferidos nos processos TC nº 003.673/2017-0 e TC nº 026.096/2017-0, buscando, ao final, aproximar conclusões e sugestões para trabalhos futuros.

2 Breves apontamentos sobre o instituto da auditoria operacional

A Constituição Federal de 1988 consagrou o instituto da auditoria operacional, ao endereçar ao Poder Legislativo, por meio do Tribunal de Contas da União, a competência de exercer a fiscalização “contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta”⁶. A previsão teve inspiração em experiências do Direito comparado, em especial em função de trabalhos realizados nos Estados Unidos da América a partir da década de 70. Naquele momento os órgãos de auditoria central daquele país, buscavam transcender o escopo clássico de exame das contas sob a ótica da conformidade para se instituir um novo conceito de auditoria integral ou integrada, que se voltava não só à verificação de cumprimento da responsabilidade financeira, como também do resultado ou desempenho dos programas e serviços auditados.

5 Conforme decisão proferida pelo Plenário, em sede cautelar, nos autos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF nº 347/2015. Segundo o relator, Ministro Marco Aurélio, no sistema prisional brasileiro ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade. “O quadro é geral, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema”, afirmou.

Nesse contexto, o ministro declara que, além de ofensa a diversos princípios constitucionais, a situação carcerária brasileira fere igualmente normas reconhecidas dos direitos dos presos, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra a Tortura, além da própria Lei de Execução Penal.

6 Artigo 70 da Constituição Federal.

Embora se tenha notícia da realização de trabalhos de auditoria de desempenho antes mesmo da Constituição Federal no Brasil, foi a Constituição de 1988 que a introduziu em definitivo em nosso sistema de controle. Nesta esteira, o artigo 15 do Regimento Interno do Tribunal Contas da União dispôs que compete privativamente ao Plenário do órgão deliberar sobre auditorias de natureza operacional (art. 15, inciso I, alínea “m”, do RITCU). De acordo com o conceito adotado em manual aprovado pela Secretaria de Controle Externo do TCU, por meio da Portaria nº 04/2010, podemos definir a auditoria operacional como o “exame independente e objetivo da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão pública”.

Em linhas gerais vale acentuar que os trabalhos de auditoria operacional abandonam a visão clássica de uma auditoria de conformidade em relação a aspectos contábeis, financeiros e orçamentários, passando a se debruçar sobre a performance das políticas públicas. Como aspecto positivo, o novo instrumento possibilita, em tese, o aprofundamento da fiscalização conferindo um caráter integrado às análises de auditoria, a partir de metodologia mais elaborada. No entanto, há que se ponderar o risco consistente na tentação do órgão de controle se irrogar da condição de “supergestor” buscando sobrepor-se às autoridades administrativas que detêm efetivamente competência legal e legitimidade política para gerenciar as políticas públicas, e que contam com o respaldo do sufrágio popular como lastro para definir o rumo e as diretrizes de tais políticas.

3 Da auditoria coordenada sobre o sistema prisional

Como registrado na introdução, a auditoria coordenada sobre o sistema prisional brasileiro foi determinada pelo plenário do Tribunal de Contas da União em 25 de janeiro de 2017, logo após 133 as mortes verificadas no sistema prisional dos Estados do Amazonas, Roraima e Rio Grande do Norte, ocorridas em janeiro de 2017. Na ocasião, por provocação da Ministra Ana Arraes, que assumiu a relatoria dos feitos, foi determinada a realização de fiscalização coordenada e conjunta com os Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios, a fim de viabilizar o exame de aspectos mais relevantes da gestão operacional e da infraestrutura dos estabelecimentos penais no país.

O escopo da auditoria foi definido na mesma data, estabelecendo-se que o trabalho deveria focalizar as medidas emergenciais que estavam sendo adotadas para lidar com as rebeliões ocorridas no início do

ano de 2017, a gestão do sistema prisional, os custos respectivos, e as tecnologias de apoio associadas ao sistema prisional.

Restou igualmente definido na ocasião que o trabalho se desenvolveria em quatro etapas, a saber: análise das medidas emergenciais e levantamento inicial; análise da gestão de custos do sistema prisional; aprofundamento da análise da gestão do sistema prisional; e análise da sustentabilidade da política prisional. As duas últimas etapas, opcionais de acordo com a proposta da equipe de auditoria, não foram realizadas, sendo que as duas primeiras foram redundaram em relatórios de auditoria apreciados pelos Acórdãos TCU nº 2643/2017 TCU, datado de 29/11/2017 e nº 972/2018, proferido em 02/05/2018.

Cumprе registrar que os trabalhos contaram com a colaboração de 22 Tribunais de Contas⁷ e do Conselho Nacional dos Procuradores Gerais de Contas (CNPGC), sendo que a metodologia adotada buscou, num primeiro momento a coleta coordenada de informações por todos os Tribunais, para em seguida serem definidas as questões de auditoria que seriam respondidas e comporiam os relatórios que foram submetidas ao Plenário do TCU.

Na primeira etapa da auditoria foram abordados os temas relativos a sistema eletrônico de acompanhamento da execução de penas, alocação de presos e custo mensal do preso, dispondo-se a equipe de fiscalização a tratar, na segunda etapa, da modalidade de transferência de recursos na modalidade fundo a fundo, da análise da governança do sistema prisional e da implantação de sistemas de monitoração eletrônica.

Nos dois acórdãos proferidos, foram endereçadas diversas recomendações e determinações a órgãos do Poder Executivo. Dado o limitado escopo do presente artigo, iremos nos ater a analisar aspectos gerais do trabalho de auditoria realizado, focalizando apenas uma parcela das conclusões adotadas nos relatórios de auditoria e nos acórdãos em questão.

4 Pontos de destaque

Cumprе assentar, inicialmente, a importância da definição de escopo claro para o trabalho, tendo em vista a potencial amplitude das auditorias operacionais frente a complexidade e extensão da questão

7 Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF), Tribunal de Contas dos Municípios do estado do Pará (TCM/PA), Tribunal de Contas dos Municípios do estado da Bahia (TCM/BA) e Tribunais de Contas dos estados do Acre (TCE/AC), Alagoas (TCE/AL), Amazonas (TCE/AM), Amapá (TCE/AP), Bahia (TCE/BA), Maranhão (TCE/MA), Minas Gerais (TCE/MG), Mato Grosso (TCE/MT), Mato Grosso do Sul (TCE/MS), Pará (TCE/PA), Paraíba (TCE/PB), Piauí (TCE/PI), Paraná (TCE/PR), Rio Grande do Norte (TCE/RN), Rio Grande do Sul (TCE/RS), Rondônia (TCE/RO), Roraima (TCE/RR), Sergipe (TCE/SE) e Tocantins (TCE/TO).

carcerária. Deste modo, os temas eleitos pela equipe de auditoria se mostraram revestidos de inegável relevância para a política em questão.

Vale ressaltar que nos parece que a análise das questões atinentes à gestão da informação (sistema informatizados que controlam a execução das penas) bem como à gestão propriamente dita da política, em especial no que toca ao cofinanciamento das ações e programas pela União e à questão da governança, constitui tarefa urgente e necessária, por se relacionarem com as questões centrais para a minimização do problema.

No entanto, tais obstáculos devem ser enfrentados pelos gestores da política pública, a partir de diagnósticos adequados, planificação baseada em evidências e construída de forma colaborativa entre os gestores federais e estaduais, sempre seguidas de monitoramento adequado das metas e resultados.

Assim, embora sejam inegavelmente necessárias a definição de linhas de gestão e de um modelo de governança, não nos parece que este propósito deve advir da imposição de órgão de controle, surgindo do acúmulo de experiência em determinado campo dos serviços públicos e da capacidade de articulação de seus próprios gestores.

Neste sentido, vale ressaltar que as equipes de auditoria foram pródigas em dirigir determinações para o Poder Executivo em matéria que nos parece alheia ao âmbito de competência do Tribunal de Contas. Como exemplo, cabe mencionar a determinação ao Poder Executivo de fiscalizar a regularidade da assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública dentro e fora dos estabelecimentos penais (item 4745, a.1.1. do relatório referente ao processo TC 003.673/2017-0). Embora salutar e imperiosa a fiscalização de qualquer instituição e qualquer serviço público, não se pode desconsiderar a autonomia constitucional conferida à Defensoria Pública em razão do que dispõe o artigo 134, § 2º da CF. Deste modo, bem poderia ter se buscado estratégia mais adequada para o fim alvitrado. Note-se que tal proposta foi rechaçada pelo plenário que entendeu que a medida ultrapassava as competências do TCU (item 70 do Acórdão 2643/2017), não conspirando para a solução do problema apontado.

Outro exemplo emblemático é a recomendação, de redistribuição de recursos humanos das subunidades do Ministério da Justiça em razão do potencial aumento da carga de trabalho decorrente da necessidade de fiscalização da modalidade fundo a fundo instituída pela Lei 13.500/2017 para distribuição de recursos do Fundo Penitenciário Nacional (item 475, b.1.5. do relatório referente ao processo TC 003.673/2017-0). Tal recomendação igualmente foi afastada pelo plenário que entendeu que a ciência da deliberação seria suficiente para indicar ao Ministério da Justiça a necessidade de adotar medidas para cuidar de forma eficiente da nova atividade que lhe fora atribuída (item 39 do Acórdão 2643/2017). Embora

a proposta não tenha sido adotada em razão de postura adequadamente cautelosa do plenário, demonstra o risco de o TCU imiscuir-se em matéria que é inegavelmente integrante do que poderíamos identificar como o núcleo duro da tarefa de gestão de qualquer política, qual seja, o gerenciamento dos recursos humanos disponíveis.

Cumprido anotar, por fim, como aspecto negativo da auditoria realizada a análise levada a efeito o problema da classificação e alocação dos presos. Para tal cabe lembrar que a destinação dos presos segundo seu perfil específico, ou de acordo com a “filiação” a determinada facção, é questão bastante controversa entre os gestores do sistema prisional. De um lado, parte dos gestores defende a destinação exclusiva de estabelecimentos para integrantes de determinada facção, como prevenção a possíveis atritos entre grupos rivais. De outro, parcela não desprezível dos gestores entende que a destinação exclusiva de estabelecimentos para determinadas facções ou “bandeiras” apenas tem o condão de fortalecer e sedimentar a hegemonia de poder destes grupamentos em determinadas unidades. Não se trata de questão simples, não dispondo os gestores que se dedicam exclusivamente ao tema há tempos de fórmulas ou modelos perfeitos ou imunes a críticas.

De todo modo, ao efetuar a análise da questão – que se relaciona diretamente com as mortes que foram a causa imediata do trabalho de fiscalização – a equipe de auditoria diagnosticou que há falhas na fiscalização da regularidade das guias de recolhimento, documento que serve de título executivo na execução penal. A fiscalização desta tarefa, em razão de determinação legal (art. 68 inciso I da Lei de Execução Penal), é de competência do Ministério Público (item 469 do relatório referente ao processo TC 003.673/2017-0). Como solução a equipe de auditoria aponta que o problema poderia ser mitigado a partir de determinação dirigida ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária para que o órgão “represente ao juiz de execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento sempre que identificada violação das normas de execução penal, inclusive quando constatar deficiências na fiscalização da regularidade formal das guias de recolhimento e ausência de instituição das Comissões Técnicas de Classificação (item 475, a.1.2. do relatório referente ao processo TC 003.673/2017-0):

Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) DETERMINAR, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c art. 250, inciso II, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União:

...

a.1.2) represente, por meio do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, ao juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo sempre que identificada violação das normas de execução penal, inclusive quando constatar deficiências na fiscalização da regularidade formal das guias de recolhimento e internamento por parte do Ministério Público (art. 68, inciso I, da Lei 7.210/1984) e ausência de instituição e de operação da Comissão Técnica de Classificação (art. 6º da Lei 7.210/1984);

Referida conclusão, por decisão do plenário, convolou-se em recomendação de ciência ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária sobre os indícios de deficiências na expedição das guias para adoção de medidas que julgasse pertinentes (item 68 e item 9.6 da parte dispositiva do Acórdão nº 2643/2017). No entanto parece simplória senão completamente desconectada da realidade da execução penal. A uma porque se há indícios de falhas na atuação do Ministério Público eventual recomendação deveria se dirigir ao Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP - e não ao CNPCP, como se operou. A duas, porque o problema é muito mais complexo do que a mera classificação formal como decorrência do regular preenchimento das guias de recolhimento, relacionando-se com a escassez dos espaços em razão da crônica superlotação. E por fim, parece pouco factível se considerarmos que o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária opera a partir do trabalho voluntário de 18 conselheiros que exercem um múnus honorífico, não dispendo de mínimas condições de formalizar representações individuais em um universo de 800 mil pessoas privadas de liberdade em mais de 1.500 estabelecimentos penais. Neste aspecto parece que andou mal o resultado da auditoria operacional, ao demonstrar desconhecer especificidades da política básicas para os especialistas em matéria de gestão prisional e execução penal.

Por outro lado, nos pareceram certas e de extrema valia as recomendações e determinações relacionadas à gestão da informação na execução penal bem como à questão da ponderação sobre o modelo de financiamento federal.

Há que se reconhecer a dificuldade na eleição de temas que realmente podem ter um impacto transformador na gestão da política penitenciária. E, neste particular, a gestão da informação, que deve buscar a estruturação dos metadados das 800 mil pessoas privadas de liberdade no país parece ser o único caminho efetivamente adequado para monitorar os processos de execução penal e garantir que a soltura das pessoas privadas de liberdade se dê em tempo e modo adequados.

Assim, ainda que se possa questionar a competência do TCU em dirigir determinação ao Conselho Nacional de Justiça no sentido de ordenar a integração de suas bases de dados com as bases do Poder Executivo, a tarefa é fundamental, pois o Judiciário não dispõe de informações essenciais de titularidade dos gestores da política, como seus dados e histórico disciplinar na unidade penal, ao passo que o Poder Executivo não é a fonte primária das informações atinentes à natureza e ao período de prisão e de penas impostas. Deste modo, teceu longas considerações no relatório de auditoria sobre o desenvolvimento de um sistema de informações penitenciárias (Sisdepen – itens 213 a 305 processo TC 003.673/2017-0) concluindo o plenário pela determinação de implantação de módulo comum que congregue as informações de ambos os Poderes.

Embora haja uma questão sensível que se relaciona à autonomia dos Poderes, fato é que tanto Executivo Federal como Conselho Nacional de Justiça têm desenvolvido plataformas e sistemas distintos, com risco de sobreposição de despesas, sobretudo se não adotadas medidas voltadas à sua interoperabilidade.

Outro ponto que merece destaque se refere ao cofinanciamento da política com recursos da União. Em virtude de disposições constantes de duas medidas provisórias que se converteram no texto da Lei nº 13.500/2017, parte significativa do Fundo Penitenciário nacional passou a observar natureza de transferência obrigatória, operacionalizada por meio do modelo fundo a fundo.

Embora a medida atenda a reclamo antigo dos gestores estaduais, a moldura legal que foi adotada é lacunosa dando margem a uma inadequada destinação ou utilização dos recursos, ao contrário do que ocorre por exemplo no campo da saúde, educação ou assistência social, em que o repasse fundo a fundo é acompanhado de rígidos critérios técnicos de destinação e de fiscalização dos recursos dos fundos nacionais.

Assim, igualmente andou bem o trabalho de fiscalização ao instituir, ainda que de forma provisória e precária, contornos mínimos para a destinação, aplicação e fiscalização dos recursos que passaram a constituir transferência obrigatória, conforme estabelecido nos itens 9.3.4., 9.3.5 e 9.3.6 do Acórdão nº 2643/2017, e reforçado em diversas determinações do segundo acórdão proferido no trabalho de auditoria (itens 9.1 do Acórdão nº 972/2018).

Neste particular é de se destacar que o referido acórdão determinou ao Ministério da Justiça que:

- 9.1.1. no exercício da competência de verificar o atendimento das condicionantes estabelecidas pelo § 3º do art. 3º-A da Lei Comple-

mentar 79/1994 e da competência regulamentar associada, notadamente diante do estabelecido no inciso V daquele dispositivo, e com o intuito de subsidiar a realização de cada transferência a partir do Fundo Penitenciário Nacional - Funpen, avalie o estágio de aplicação dos recursos anteriormente repassados ao ente federativo e sua respectiva capacidade de desenvolver as ações abrangidas pelo Funpen, a fim de que sejam adotadas medidas para conferir efetividade à aplicação dos valores e evitar a concentração ineficaz de recursos nos fundos locais;

9.1.2. na concessão e na prorrogação de transferências voluntárias ou obrigatórias relacionadas aos objetos previstos no art. 3º da Lei Complementar 79/1994 e a outros correlatos:

9.1.2.1. adote medidas para impedir a duplicidade entre objetos financiados por recursos do Funpen e por transferências voluntárias;

9.1.2.2. analise, por meio de pareceres técnicos e financeiros ou congêneres, o custo-benefício de manter recursos não aplicados por mais um período sem entregas efetivas, sendo que outras frentes da política pública poderiam estar sendo otimizadas;

9.1.2.3. avalie se as necessidades do ente beneficiário e as diretrizes e objetivos outrora estabelecidos pela União ainda subsistem, bem como a capacidade operacional atual da unidade da Federação de cumprir ações pactuadas no passado.

9.1.3. adote medidas para conferir maior publicidade às informações dos processos administrativos de repasses obrigatórios de recursos do Funpen às unidades da Federação, consoante determinado no subitem 9.1.6 do acórdão 2.643/2017 - Plenário;

9.1.4. informe a este Tribunal, no prazo de 90 (noventa) dias, as medidas adotadas para dar cumprimento às determinações acima estabelecidas, apresentando, quando for o caso, os respectivos documentos comprobatórios.

Cumpre anotar que até a presente data não foram introduzidas alterações no Decreto que regulamenta a Lei Complementar nº 79/1994, sendo que as determinações do Tribunal de Contas da União representaram efetivamente um ganho no sentido de se conferir segurança, economicidade e transparência aos repasses e aplicações de recursos do Fundo Penitenciário Nacional.

Enfim, é de se notar que os aspectos positivos que representaram efetiva contribuição para a gestão da política relacionam-se diretamente com atos administrativos e contratos que implicam diretamente em

aportes financeiros, o que dialoga com as funções clássicas de auditorias de conformidade.

Deste modo, embora o escopo por demais aberto das auditorias operacionais nos pareça dar margem a equivocada atribuição ao órgão de controle da função de um “supergestor”, este risco é minimizado e os resultados positivos se evidenciam quando a análise da eficiência, economicidade, eficácia e efetividade se opera dentro da chave da fiscalização dos desembolsos financeiros.

5 Conclusão

A introdução do princípio da eficiência no regime jurídico constitucional da Administração Pública brasileira fez precipitar e impôs o desenvolvimento de novas ferramentas e metodologias para conferir maior *accountability* aos serviços públicos. Neste cenário as auditorias operacionais podem contribuir para suprir os déficits de planejamento, gestão e governança verificados em determinadas políticas públicas.

A análise dos trabalhos de auditoria coordenada sobre o sistema penitenciário nacional nos faz crer que a contribuição das determinações ou mesmo das recomendações dos tribunais de contas guaram maior valor e serventia para o aperfeiçoamento das políticas públicas complexas quando se aproximam das funções clássicas dos órgãos de controle, a partir da análise de contratos e atos administrativos que têm repercussão orçamentária e financeira. Se distanciam deste ideal quando o órgão cede à tentação de efetuar análise minudente de aspectos particulares e específicos de uma política cuja gestão demanda alto grau de especialização, que não é comum às equipes de auditoria dos tribunais que se ocupam de múltiplos temas. Nestes casos, além de assumir um papel que extravasa a competência constitucional dos tribunais de contas, conspira contra a auto responsabilização dos gestores na busca criativa de soluções que sejam as mais adequadas para enfrentamento dos problemas verificados, como tentamos demonstrar ao avaliar a questão da classificação e alocação dos presos filiados a facções criminosas.

Assim, a aplicação do instituto da auditoria operacional deve se dar com especial cautela tendo em vista o risco do órgão de controle externo se irrogar da condição de supergestor público, ignorando o acúmulo de conhecimento sobre o tema em análise e não atingindo a sua real finalidade.

Bem por isso, recomenda-se que à vista de políticas públicas complexas e que envolvem diversos poderes em distintos níveis da Federação, ao efetivar auditorias operacionais, o TCU se abstenha de adentrar

em aspectos específicos e altamente especializados de matérias complexas, devendo buscar a conexão da avaliação da eficiência, economicidade, eficácia e efetividade a partir de aspectos atinentes à fiscalização dos contratos e atos que tenham impactos financeiros, sob pena de exarar determinações e recomendações inócuas, impraticáveis ou desconectadas da política pública, ou mesmo de inibir o amadurecimento da tarefa de planificação execução e monitoramento das políticas por quem deve fazê-lo: o gestor público.

Vale registrar que em janeiro de 2019, menos de um ano após a prolação do segundo acórdão do trabalho de auditoria operacional realizado foram registradas outras 55 mortes no sistema prisional do Estado do Amazonas.

6 Referências

ALMEIDA, Carlos Wellington Leite de: “*Auditoria Operacional: conceito, proposta e crítica*”; Revista do Tribunal de Contas da União nº 123, Brasília : TCU; disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/148/145>, Acesso em: 21 out 2019.

BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho: “*A conquista do tempo presente: auditoria operacional e legitimidade das instituições de controle*”; Tese submetida ao XXIII Congresso Dos Tribunais De Contas Do Brasil E I Congresso Internacional Dos Sistemas De Controle Externo Público, Gramado/RS – outubro 2005, disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/520>. Acesso em: 21 out 2019.

CÂMARA, Jacintho Arruda, et al: “*O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos*”; Revista Direito GV, Volume 13, nº 03, pps. 866-890, Set-Dez 2017; São Paulo, disponível em: <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/valor-decisoes-tribunal-de-contas-uniao-sobre-irregularidades-contratos>. Acesso em: 21 out 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Levantamento de Informações Penitenciárias – INFOPEN, DEPEN/ Ministério da Justiça, dezembro de 2016 – disponível em http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 15 Jul. 2019.

OLIVEIRA, Roberto Vasconcellos de: “*Auditoria Operacional: uma nova ótica dos Tribunais de Contas auditarem a gestão pública, sob o prisma da eficiência, economicidade, eficácia e efetividade, e o desafio de*

sua consolidação no TCE/RJ"; dissertação de mestrado defendida na Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresa da Fundação Getúlio Vargas, disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/3361>. Acesso em: 21 out 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, Manual de auditoria operacional / Tribunal de Contas da União. -- 3.ed. – Brasília : TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010, disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/manual-de-auditoria-operacional.htm>, Acesso em: 21 out 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União - Regimento Interno do TCU, Boletim do Tribunal de Contas da União Especial – v. 1, n. 1 (1982) – Brasília : TCU. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A255C278EE0155CC42E85728FB>. Acesso em: 21 out 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, Relatório de Auditoria do Processo TC 003.673/2017-0 (apenso TC 000.524/2017-4), e Processo TC 026.096/2017-0, e acórdãos 2643/2017 TCU (Plenário, j. em 29/11/2017, Rel. Ministra Ana Arraes) e 972/2018 – Plenário – j. 02/05/2018 (Rel. Ministra Ana Arraes).

1.14

A SOLIDARIEDADE NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A HIPÓTESE DO MEDICAMENTO NÃO REGISTRADO NA ANVISA. BREVE ANÁLISE DAS TESES FIRMADAS PELO STF NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 855.178 (TEMA 793) E 657.718 (TEMA 500) E POSSÍVEIS IMPLICAÇÕES PROCESSUAIS.

RICARDO CESAR OLIVEIRA OCCHI*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Sistema Único de Saúde (SUS). 2.1 Repartição de competências no âmbito do SUS. 2.2 A jurisprudência acerca da solidariedade nas ações de saúde. 3 Aplicação da tese firmada pelo E. STF a respeito da solidariedade nas demandas judiciais de saúde (Tema 793). Possíveis implicações processuais. 4 A tese sobre o fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa (Tema 500) e a solidariedade 5 Conclusão. 6 Bibliografia.

1 Introdução

A temática que envolve a judicialização da saúde tem ganhado cada vez mais espaço e relevância na pauta social, jurídica, política e, mais recentemente, econômica do país, nos últimos anos.

Em março deste ano (2019) foi publicada pesquisa intitulada “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução”, elaborada pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), cujo resultado final diagnosticou um *crescimento de 130% (cento e trinta por cento)* no número de ações judiciais na área da saúde entre os anos de 2008 a 2017¹.

Especificamente no Espírito Santo, dados levantados pela Secretaria de Estado da Saúde (SESA/ES) dão conta de um aumento na ordem de 66% (sessenta e seis por cento) no número de ações movidas em

* Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Pós-graduado em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Ciências Jurídicas do Planalto Central - FURPLAC. Procurador do Estado do Espírito Santo.

1 BRASIL. Agência Brasil. Judicialização na saúde cresce 130% no país, mostra estudo. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-03/judicializacao-na-saude-cresce-130-no-pais-mostra-estudo>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

face do estado nos últimos quatro anos, partindo de 7.435 em 2015 para 12.332 em 2018.

No âmbito federal, os gastos com a judicialização da saúde no ano de 2017, por exemplo, foi de R\$ 1,02 bilhão de reais, segundo dados do Ministério da Saúde². Já no estado capixaba, o gasto com a judicialização da saúde, ou seja, apenas para cumprimento de decisões judiciais, em 2017, representou a cifra de mais de R\$ 107,7 milhões de reais³.

Esses dados revelam que a judicialização da saúde é uma realidade tipicamente brasileira, a partir de uma interpretação pretoriana extremamente alargada do artigo 196 da Constituição Federal, que versa especificamente do direito à saúde.

Não por outro motivo, já em 2007 Luís Roberto Barroso alertava:

O sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. *Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento. Diante disso, os processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos. Desnecessário enfatizar que tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e disfunção da prestação jurisdicional.*⁴

Na linha do que destacado no trecho acima transcrito, o presente trabalho visa abordar o tema da solidariedade entre os entes da Federação nas ações judiciais sobre saúde pública, com ênfase nos entendimentos sufragados pelo Supremo Tribunal Federal no bojo dos Recursos Extraordinários 855.178/SE (Tese fixada em 23/05/2019) e 657.718/MG (Tese fixada em 22/05/2019), com repercussão geral (Temas 793 e

2 BRASIL. Ministério da Saúde. Autoridades debatem a judicialização na saúde. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/43910-judicializacao-da-saude-no-brasil-e-tema-de-debate-com-autoridade>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

3 BRASIL. Secretaria de Estado da Saúde do Espírito Santo. Disponível em: <<https://saude.es.gov.br/Media/sesa/Presta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Contas/Presta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Contas%201%C2%BA%20quad%202018%20FINAL.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

4 BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Elaborado em 2007. Acesso em: 08 mar. 2018.

500, respectivamente), tratando dos aspectos processuais que poderão advir da aplicação prática dos precedentes, sem, contudo, almejar o esgotamento do tema.

2 O sistema único de saúde (SUS)

O Sistema Único de Saúde (SUS) tem sua origem na Constituição Federal de 1988, cujos artigos 6º e 196 preconizam a saúde enquanto um direito fundamental social a ser concretizado mediante políticas sociais e econômicas que garantam *acesso universal e igualitário* às suas ações e serviços.

Sem dúvida, trata-se de um dos mais ambiciosos programas governamentais de saúde pública do mundo, destinado a atingir a totalidade dos mais de 200 milhões de brasileiros de forma gratuita e integral.

As ações e serviços de saúde são considerados de relevância pública, nos termos do artigo 197 da Constituição Federal, o que confere ao SUS a característica de uma *garantia institucional indisponível*⁵.

A partir da leitura do referido dispositivo constitucional, constata-se que o SUS é regido pelos seguintes standards: i) acesso universal; ii) acesso igualitário; iii) unicidade; iv) descentralização; v) regionalização; vi) hierarquização; vii) integralidade e viii) participação comunitária.

O acesso universal implica garantir a todos, independentemente de origem, condição social ou vínculo institucional, a assistência à saúde, em contraposição ao sistema anterior à Constituição de 1988, pelo qual o usufruto dos serviços de saúde pública dependia da inscrição na previdência (INPS).

Por seu turno, o acesso igualitário, corolário do princípio da isonomia, implica na prestação de ações e serviços de saúde em igualdade de condições para todos que deles necessitem, não sendo legítima a existência de privilégios ou discriminações injustificadas entre usuários do sistema público de saúde.

Consequentemente, exige-se que as políticas públicas desenvolvidas no âmbito do SUS sejam uniformes, para que todos tenham acesso aos mesmos serviços em igualdade de condições, que para tanto devem estar sob diretrizes e direção única em cada esfera de governo, tendo em vista o princípio da unidade/unicidade.

O SUS foi concebido para ser regionalizado, de modo que suas ações e serviços estejam em conformidade com as peculiaridades locais definidas mediante critérios epidemiológicos.

5 SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários ao artigo 197 da Constituição Federal. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al (coord.), Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo : Saraiva/Almedina, 2013, p. 1939.

A respeito do tema, vale transcrever a seguinte lição de Ingo Wolfgang Sarlet:

A atuação regionalizada permite a adaptação das ações e dos serviços de saúde às necessidades locais, notadamente em termos epidemiológicos, atendendo não apenas às diretrizes da Organização Mundial da Saúde (OMS), como às reivindicações do Movimento de Reforma Sanitária e, em última análise, à tradição municipalista brasileira⁶.

Na sequência, a hierarquização do serviço público de saúde revela a concepção de um sistema cujo atendimento está dividido em níveis de atenção, a partir da baixa até a alta complexidade, considerado o caso concreto.

O atendimento integral (integralidade) constitui diretriz sob a qual a rede pública de saúde deve dispor de políticas públicas que contemplem tanto a prevenção, quanto a proteção e a recuperação das pessoas. A propósito, sobleva registrar importante advertência formulada por João Pedro Gebran Neto e Clênio Jair Schulze:

Isto não se confunde com a noção de direito a todo o tipo de tratamento ou dever estatal prestacional amplo e irrestrito no tocante à saúde. Aliás, não há país no mundo que garanta direito nesta proporção. O que se deve garantir é a realização de políticas públicas preventivas, protetivas e de recuperação, num programa que seja o mais abrangente possível⁷.

No que tange à participação comunitária, a Lei Maior pretendeu concretizar o ideário de democracia participativa, permitindo o engajamento direto da comunidade na tomada de decisões acerca das políticas públicas de saúde e, por conseguinte, o controle social acerca do cumprimento dessas políticas pelos gestores. Atualmente esse preceito constitucional é concretizado mediante representação da sociedade civil perante conselhos de saúde municipais e estaduais.

Por sua fundamental importância para o objeto deste artigo, deixamos para abordar da descentralização do SUS por último.

Embora se trate de um sistema único, a gestão da saúde pública é descentralizada em três níveis de governo, onde cada esfera gestora (federal, estadual e municipal) possui autonomia administrativa e política na tomada de decisões e no desenvolvimento de suas atividades executivas, desde que observados os princípios gerais do sistema.

6 CANOTILHO, José Joaquim Gomes, loc. cit.

7 SCHULZE, Clenio Jair; NETO, João Pedro Gebran. *Direito à saúde*. 2 ed. rev. e ampliada. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019. p. 105.

Novamente, emerge o ensinamento de Sarlet:

Há um evidente liame entre a estrutura constitucional do SUS e o princípio federativo, que no Brasil tem a peculiaridade do terceiro nível de poder formado pelos Municípios; logo, a municipalização é a principal forma pela qual se densificam as diretrizes de descentralização e regionalização do SUS⁸.

A descentralização, por isso, autoriza e legitima a repartição de competências e responsabilidades entre as três esferas de governo na formulação e execução das ações e serviços de saúde, tendo em conta a complexidade da atenção a ser prestada.

Em 1990, com o advento da Lei n. 8.080, o SUS ganhou contornos e estrutura organizacional necessários ao seu funcionamento. O referido diploma legal, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, no que interessa ao presente trabalho, traz disposições normativas que regem as *competências e atribuições institucionais de cada esfera de Governo* (federal, estadual e municipal) na execução das ações e serviços na área da saúde, conforme disposto nos artigos 15 a 19.

Importante ter em mente que a Lei n. 8.080 cumpre o papel de regulamentar o SUS em atendimento aos comandos dos artigos 197 e 200, caput, da Constituição Federal, que assim prescrevem:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

A repartição de competências estabelecida pela lei de regência do SUS visa a funcionalidade e racionalidade do sistema, evitando a duplicidade de atuação das esferas de governo na prestação de um mesmo serviço de saúde em detrimento da eficiência administrativa e orçamentária.

8 CANOTILHO, José Joaquim Gomes, loc. cit.

2.1 *A repartição de competências no âmbito do SUS*

Atento aos princípios constitucionais da descentralização e hierarquização, o legislador ordinário traçou as regras que normatizam as competências e atribuições de cada esfera federativa no âmbito do SUS.

O Capítulo IV da Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, é dedicado ao tema, contendo cinco artigos assim dispostos: o artigo 15 trata das atribuições comuns, enquanto os artigos 16, 17 e 18 fixam as competências da direção nacional, estadual e municipal do SUS, respectivamente. O artigo 19, por fim, dispõe sobre a competência cumulativa do Distrito Federal em relação às atribuições dos estados e municípios.

A leitura dos referidos dispositivos legais revela o intuito de municipalizar a prestação dos serviços de saúde, partindo-se da compreensão de que a *execução* de tais serviços pelos entes municipais, em regra, amplia e facilita o acesso das pessoas ao SUS. É o que se extrai com clareza do artigo 18, I, III, IV, V, VIII do diploma legal em comento.

De outro lado, o artigo 17, I, III, IV, VIII, XI e XII evidencia o *caráter suplementar* da competência conferida à gestão estadual em relação à execução dos serviços e ações de saúde, salvo no que tange à gestão de sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional (IX).

O desenho institucional da Lei n. 8.080 atribui à gestão federal, basicamente, a elaboração das políticas públicas de saúde, bem como o financiamento e apoio técnico aos estados e municípios.

Assim, é possível afirmar-se a existência de um critério de *subsidiariedade* no que tange à execução das ações e serviços de saúde, com primazia para os municípios, em sintonia com o texto constitucional.

A repartição de atribuição entre os entes da federação, inclusive, foi objeto de Enunciado por ocasião da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ocorrida em 15 de maio de 2014, por meio do qual consignou-se que “Nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas, quando possível, as regras administrativas de repartição de competência entre os gestores”⁹, orientação posteriormente reafirmada na III Jornada de Direito da Saúde realizada em 18 de março de 2019, com pequena adequação de redação¹⁰.

2.2 *A jurisprudência acerca da solidariedade nas ações*

9 Disponível em: <http://cnj.jus.br/programas-e-acoeforum-da-saude/i-jornada-de-direito-da-saude>.

10 Enunciado n. 8 - Nas apreciações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas as regras administrativas de repartição de competência entre os entes federados. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/fa749133d8cfa-251373f867f32fbb713.pdf>.

de saúde

A despeito do princípio da descentralização e hierarquização consagrados no artigo 198 da Carta Magna, bem como da repartição de competências prevista na Lei n. 8.080/1990 (conhecida como Lei Orgânica do SUS), há muito o entendimento que prevalece no ambiente judicial é no sentido da existência de solidariedade entre os entes da federação no que tange à prestação dos serviços de saúde.

Tal orientação tem como fundamento os artigos 23, II e 196 da Constituição de 1988, que fixam a competência comum da União, dos Estados, Distrito Federal e municípios para cuidar da saúde e assistência pública e o dever do Estado (gênero) de prestar saúde pública, respectivamente.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, há quase duas décadas, já preconizava o dever comum dos entes da federação em prestar ações e serviços de saúde, tal como se extrai do RE 271286 AgR, rel. min. Celso de Mello, vejamos:

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, “Comentários à Constituição de 1988”, vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado¹¹.

De forma mais aprofundada, a questão da solidariedade foi enfrentada pela Suprema Corte por ocasião do julgamento da STA 175 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, cabendo destacar seguinte trecho do voto condutor:

A competência comum dos entes da Federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição. União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passi-

11 RE 271286 AgR, rel.min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, DJ 24-11-2000.

vos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde.

O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da Federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles.

(...)

O financiamento do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 195, opera-se com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. A Emenda Constitucional nº 29/2000, com vistas a dar maior estabilidade para os recursos de saúde, consolidou um mecanismo de cofinanciamento das políticas de saúde pelos entes da Federação.

O SUS consiste no conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, incluídas as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos e medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para a saúde¹².

Essa compreensão pretoriana foi reafirmada pelo STF em diversos outros julgados que se seguiram¹³ e replicada pelos demais tribunais pátrios¹⁴.

Pertinente, entretanto, lançar luz à lúcida advertência de João Pedro Gebran Neto e Clenio Jair Schulze:

Qualquer pesquisa sobre as lides que tramitam no Poder Judiciário chegará à conclusão que a chamada 'judicialização da saúde' tem por objeto, na grande maioria das lides, a dispensação de medicamentos (aprovados ou não, pela ANVISA; constantes, ou não, na Relação Nacional de Medicamentos – RENAME). *Ainda se concluirá que*

12 STA 175 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, DJE de 30-4-2010.

13 A propósito, confira-se: AI 550.530 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJE de 16-8-2012; RE 665.764 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJE de 09-4-2012; RE 668.722 AgR, rel. min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJE de 25-10-2013; AI 810864 AgR, rel. min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 02-02-2015.

14 No STJ, veja-se: AgRg no REsp 1028835/DF, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJE 15/12/2008; AgRg no REsp 1291883/PI, rel. min. Castro Meira, Segunda Turma, DJE 01/07/2013; AgRg no Ag 1256237/RS, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJE 10/05/2013;

as decisões judiciais têm sido principalmente fundadas no texto da Constituição Federal, ignorando-se tanto os dados da realidade, quanto regramento infraconstitucional que dá organização ao Sistema Único de Saúde, inclusive a Lei nº 8080/1990¹⁵.

É que, de fato, as Cortes Superiores – e por conseguinte as instâncias ordinárias –, em regra, silenciavam-se a respeito das regras de distribuição de atribuições do SUS, adotando a solidariedade como um dogma intocável.

Em março de 2015, a matéria foi apreciada novamente pelo Supremo Tribunal Federal, desta feita, sob a sistemática da repercussão geral, que ao julgar o Recurso Extraordinário n. 855.178 (Tema 793), reafirmou sua jurisprudência para reconhecer a solidariedade dos entes da Federação nas demandas judiciais que versam prestações de saúde, cujo acórdão restou assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.

O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente¹⁶.

Entrementes, examinando embargos de declaração que sobrevieram à decisão acima referida, o Plenário da Corte, em reunião presencial ocorrida em 23.5.2019¹⁷, por maioria, acolheu proposta de tese formulada pelo ministro Luiz Edson Fachin para, a despeito de confirmar a solidariedade, igualmente reconhecer a existência de competências administrativas no âmbito do SUS, cuja repartição de atribuições deve ser observada pelo Poder Judiciário quando da apreciação do caso concreto. A tese *vinculante* ficou definida nos seguintes termos:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da

15 SCHULZE, Clelio Jair; NETO, João Pedro Gebran. Direito à saúde. 2 ed. rev. e ampliada. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019. p. 101.

16 RE 855.178 AgR, rel. min. Luiz Fux, DJE de 16-3-2015, Tema 793

17 Até a data de conclusão deste trabalho o acórdão ainda não havia sido publicado pelo STF.

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 financeiro¹⁸.

Verifica-se uma quebra de paradigma e compreensão sobre o tema por parte da Suprema Corte, ao nosso juízo, na medida em que deixa assente para as demais instâncias judiciárias a necessidade de se respeitar a organicidade do SUS, tal como concebido pela Constituição brasileira de 1988, em que a gestão da saúde é, repise-se, *descentralizada e hierarquizada*, e cada ente da federação possui atribuições definidas pela legislação de regência.

Por ocasião do julgamento, ficou evidenciada a percepção de que a solidariedade pura e simples traz sérias consequências administrativas e orçamentárias para o funcionamento do sistema público de saúde, com prejuízo para a universalidade dos usuários do SUS, pois compromete a alocação dos limitados recursos públicos de um ente federado eventualmente demandado a prestar determinado serviço de saúde, para a qual as normas organizativas atribuem responsabilidade a outro ente.

Nesse contexto, a formulação de voto apresentada pelo min Luiz Edson Fachin, tem o mérito de buscar solução mais condizente com o texto constitucional no que concerne à organicidade do SUS.

3 Aplicação da tese firmada pelo e. STF a respeito da solidariedade nas demandas judiciais de saúde (Tema 793). Possíveis implicações processuais

Como acima asseverado, o julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 855.178 (Tema 793) consagrou a solidariedade¹⁹ material das três esferas de gestão do SUS (federal, estadual e municipal) na obrigação pela prestação dos serviços de saúde perante o jurisdicionado, de modo que a ação pode ser proposta em face de qualquer um dos entes federados, isolada ou cumulativamente.

Noutro giro, as diretrizes constitucionais de descentralização e hierarquização do SUS *impõem* ao judiciário, no caso concreto, a observância das regras de competência administrativa, especialmente quando previamente definida na legislação de regência.

18 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemas-ComRG.asp>

19 A tese de defesa dos entes públicos sempre sustentou a subsidiariedade, de maneira que a demanda deveria ser proposta, inicialmente, em face daquele que estivesse legalmente obrigado a executar e prestar o tratamento almejado.

Questão que se levanta é saber como o juiz deve agir quando a demanda é proposta apenas em face de ente público diverso daquele legalmente obrigado a fornecer determinada prestação requerida em juízo. Neste caso, se o ente responsável pela prestação não compuser o polo passivo da relação jurídico-processual *sua inclusão deverá ser determinada pelo magistrado, de ofício*, ainda que isso implique deslocamento de competência. Com efeito, estar-se diante de hipótese de intervenção *iussu iudicis*, pois a inclusão deve ser promovida pelo próprio juiz, embora, *em regra*, não se trate de litisconsórcio passivo necessário.

Tal inclusão se revela imperiosa, porquanto, do contrário, não será possível que eventual sentença desfavorável ao demandado imponha ao verdadeiro responsável pela prestação a obrigação de ressarcir o ente público que restou condenado na demanda judicial, por força do artigo 506 do Código de Processo Civil e artigo 274²⁰ do Código Civil, sob pena de ofensa ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (artigo 5º, LIV e LV da Constituição Federal). Ou seja, para que seja juridicamente válida a condenação judicial de ressarcimento em favor do ente federado que suportou o ônus financeiro forçosa a presença formal do devedor solidário no polo passivo da demanda, ante os limites subjetivos da coisa julgada.

Na hipótese em que o magistrado deixar de incluir no polo passivo da demanda o ente que de fato deve cumprir a prestação pretendida em juízo, em se tratando de ação submetida ao procedimento comum (artigo 318 do CPC), há ensejo o chamamento ao processo previsto no artigo 130, III do CPC.

Não se desconhece o posicionamento do E. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a solidariedade entre os entes da federação nas demandas de saúde dispensa o chamamento ao processo de outro ente eventualmente não demandado no caso concreto, conforme restou decidido no julgamento do Recurso Especial n. 1.203.244/SC²¹, submetido ao regime dos recursos repetitivos (Tema 686).

20 Em que pese o dispositivo se refira ao credor solidário, por razão de isonomia, deve ser aplicado ao devedor solidário. (cf. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO. Daniel. Novo Código de Processo Civil comentado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 605.)

21 PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. AÇÃO MOVIDA CONTRA O ESTADO. CHAMAMENTO DA UNIÃO AO PROCESSO. ART. 77, III, DO CPC. DESNECESSIDADE.

Controvérsia submetida ao rito do art. 543-C do CPC 1. O chamamento ao processo da União com base no art. 77, III, do CPC, nas demandas propostas contra os demais entes federativos responsáveis para o fornecimento de medicamentos ou prestação de serviços de saúde, não é impositivo, mostrando-se inadequado opor obstáculo inútil à garantia fundamental do cidadão à saúde. Precedentes do STJ. 2. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal entende que "o recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental,

Contudo, o precedente vinculante firmado pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao tema acarreta, inarredavelmente, a superação do posicionamento do STJ. Entender de modo diverso implica o esvaziamento de parte da decisão exarada pelo STF, perspectiva com a qual a organicidade do Direito não se coaduna.

Pela mesma razão prática, é de se cogitar a possibilidade de que, também no âmbito dos Juizados Especiais Federais (Lei n. 10.259/2001) e da Fazenda Pública estadual e municipal (Lei n. 12.153/2009), o ente público sobre o qual recai a obrigação legal e administrativa de prestar determinado tratamento terapêutico seja inserido no processo a partir de provocação do litisconsorte passivo, em que pese seja vedada a intervenção de terceiros o rito sumariíssimo (art. 10 da Lei n. 9.099/1995). Não há qualquer incompatibilidade com os princípios de regência dos Juizados Especiais admitir-se a inclusão de terceiro no polo passivo da lide, seja por decisão judicial *ex officio*, por provocação posterior da própria parte autora ou por simples requerimento do demandado, desde que afastado o procedimento previsto no CPC. Ao revés, como se infere do entendimento assentado pelo STF, trata-se de medida que visa concretizar a economia e celeridade processuais, na medida em que direciona para o verdadeiro responsável a obrigação de prestar o tratamento, bem como torna desnecessário o ajuizamento de inúmeras demandas regressivas entres os entes públicos, objetivando-se obter sentença condenatória ressarcitória, agravando ainda mais a já congestionada prestação jurisdicional.

Aqui vale uma observação: embora a redação da tese aprovada no Tema 793, em sua parte final, contenha a conjunção coordenativa aditiva 'e' ("compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro"), entendemos que melhor seria utilizar-se a coordenativa alternativa 'ou', pois havendo o direcionamento da decisão para o ente público que detém a competên-

podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios", e "o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional", razão por que "o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida" (RE 607.381 AgR, rel. min Luiz Fux, Primeira Turma, DJE 17.6.2011). Caso concreto 3. Na hipótese dos autos, o acórdão recorrido negou o chamamento ao processo da União, o que está em sintonia com o entendimento aqui fixado. 4. Recurso Especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008. (REsp 1203244/SC, rel. min Herman Benjamin, Primeira Seção, DJE 17/06/2014.)

cia administrativa para fornecer a prestação requerida, o ressarcimento se torna descabido. Assim, o ressarcimento revela-se uma alternativa nos casos em que o ônus financeiro foi suportado pelo devedor solidário, mas que não tinha atribuição administrativa de prestar o objeto da ação. Contudo, de modo algum isso traz qualquer dificuldade teórica ou prática na aplicação do precedente, pois os judiciosos fundamentos externados são absolutamente claros quanto ao seu desiderato.

Restou igualmente decidido que, versando os autos demanda por tratamento, procedimento, equipamento ou medicamento *não incorporado* nas políticas do SUS, a participação da União no processo é medida que se impõe, ante a competência da gestão federal, por meio do Ministério da Saúde, para decidir sobre a inclusão ou exclusão de terapêuticas nos protocolos clínicos do SUS, incidindo sobre Administração federal o dever de (a) explicitar a motivação técnica que serviu de fundamento para a tomada de decisão pela não inclusão ou (b), se for o caso, dar início ao procedimento administrativo tendente à análise quanto a pertinência da incorporação.

Neste caso, temos exceção à regra, por se tratar de nítida hipótese de *litisconsórcio passivo necessário* (artigo 114 do CPC), já que a participação da União na demanda é obrigatória.

Tal medida, sem dúvida, tem a virtude de qualificar a discussão judicial acerca do tema, na medida em que permitirá ao julgador, diante da *fundamentação técnica* apresentada pelo órgão federal, prestar maior deferência²² à decisão administrativa, dada a complexidade da matéria, mormente quando pautada na Medicina Baseada em Evidência (MBE).

Afinal, conforme Gebran Neto e Schulze:

A MBE, portanto, não é apenas um nome ou rótulo que caracteriza a descoberta científica sobre moléstias, produtos, medicamentos ou tratamentos. Ela consiste numa técnica específica para atestar com maior grau de certeza a eficiência, efetividades e segurança de produtos, tratamentos, medicamentos e exames que foram objeto de diversos estudos científicos, de modo que os verdadeiros progressos das pesquisas

22 O princípio da deferência – com maior aceitação no que tange às decisões técnicas expedidas pelas agências reguladoras –, estabelece que “decisões proferidas por autoridades detentoras de competência específica – sobretudo de ordem técnica – precisam ser respeitadas pelos demais órgãos e entidades estatais (em especial o Poder Judiciário, o Ministério Público e as Cortes de Contas).” (MOREIRA, Egon Bockmann. Crescimento econômico, discricionariedade e o princípio da deferência. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/crescimento-economico-discricionariedade-e-o-principio-da-deferencia>. Elaborado em 12/05/2016. Acesso em :15 abr. 2018. Assim, ao Poder Judiciário cabe a análise acerca da (in)observância do devido processo legal e coerência com os motivos determinantes que ensejaram a tomada de decisão administrativa.

médicas sejam transpostos para a prática. Trata-se, portanto, de uma ferramenta utilizada, em primeiro lugar, no exercício da medicina²³.

A MBE restou expressamente inserida no âmbito do SUS com a inclusão do parágrafo único, do artigo 19-O e do parágrafo segundo, do artigo 19-Q, da Lei n. 8.080/1990, pela Lei n. 12.401/2011, ao prever a necessidade de se atestar a segurança, eficácia, acurácia e evidência científica de novas tecnologias que se pretenda incorporar ao SUS.

A incorporação, exclusão ou alteração de tratamentos e protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas no SUS é competência legalmente atribuída à Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (CONITEC), órgão responsável por assessorar o Ministério da Saúde nessa tarefa. As decisões da CONITEC, por força de lei, devem pautar-se na MBE. Não por outra razão, restou igualmente consignado pelo ministro Luiz Edson Fachin, redator para o acórdão, que o fornecimento de medicamentos, materiais, procedimentos e tratamentos não incorporados pelo SUS *pressupõe a ausência de eficácia* do tratamento contemplado nas políticas públicas.

Por conseguinte, é ônus probatório da parte requerente (artigo 373, I do CPC) trazer aos autos prova cabal da inefetividade do tratamento disponibilizado pelo SUS, entendimento este externado na I Jornada de Direito da Saúde do CNJ e reafirmado na III Jornada, consoante enunciados n. 12²⁴ e 14²⁵.

4 A tese sobre o fornecimento de medicamento sem

23 SCHULZE, Clenio Jair; NETO, João Pedro Gebran. Direito à saúde. 2 ed. rev. e ampliada. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019. p. 193.

24 ENUNCIADO Nº 12 A inefetividade do tratamento oferecido pelo Sistema Único de Saúde – SUS, no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que a indique e descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas (princípio ativo segundo a Denominação Comum Brasileira) e que estabeleça o diagnóstico da doença (Classificação Internacional de Doenças), indicando o tratamento eficaz, periodicidade, medicamentos, doses e fazendo referência ainda sobre a situação do registro ou uso autorizado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, fundamentando a necessidade do tratamento com base em medicina de evidências (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). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/fa749133d8cfa251373f867f32fbb713.pdf>.

25 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) Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/fa749133d8cfa251373f867f32fbb713.pdf>.

registro na Anvisa (Tema 500) e a solidariedade

Outro tema igualmente relevante definido pelo Supremo Tribunal Federal diz respeito à obrigatoriedade de fornecimento pelo Estado de medicamentos sem registro sanitário no Brasil. Trata-se do Recurso Extraordinário n. 657.718, Tema 500 da repercussão geral, cuja tese ficou assim definida:

O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União²⁶.

Sem dúvida, a decisão corrobora a repartição de competência administrativa entre os entes da federação na prestação do serviço de saúde pelo SUS, na medida em que reconhece a atribuição da gestão federal, por intermédio da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), quanto ao dever de apreciar pedidos de registro sanitário de medicamentos no Brasil, razão pela qual a *participação da União é obrigatória* nas demandas judiciais que visem o fornecimento de medicamentos não registrados perante a referida autarquia.

Considerada a solidariedade afirmada pelo STF, não parece correto defender a tese de que nessa hipótese haveria uma exclusividade da União para figurar no polo passivo da demanda. Assim como no caso de tratamento não padronizado pelo SUS, o precedente em comento encerra previsão de um litisconsórcio passivo necessário entre o ente demandado e a União, atraindo a competência da justiça federal para processar e julgar as ações que objetivem impor ao SUS o fornecimento de medicamento não registrado na Anvisa.

26 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verTeseTema.asp?numTema=500>

A participação compulsória do ente público federal nessas ações não significa necessariamente que a responsabilidade pelo cumprimento da decisão deverá recair sobre ele. Isso porque, embora carente de registro na autarquia sanitária federal, o medicamento requerido pela via judicial se enquadraria, por exemplo, no Grupo 3 (Componente Básico da Assistência Farmacêutica – CBAF) da Portaria n. 1.554, de 30 de julho de 2013²⁷, do Ministério da Saúde, acaso estivesse inserido nos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do SUS, hipótese em que caberia à esfera municipal a obrigação administrativa de fornecer o fármaco.

5 Conclusão

A solidariedade nas demandas judiciais por prestação de assistência à saúde está sacramentada com as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários 855.178 e 657.718 (Temas 793 e 500, respectivamente).

Entretanto, o tribunal avançou em sua jurisprudência tradicional sobre o tema ao reconhecer e referendar a existência da repartição de atribuições no âmbito do SUS, orientando as demais instâncias do Poder Judiciário nacional no sentido da necessidade de se observar, sempre que possível, as competências administrativas de cada esfera de gestão, enquanto medida de racionalidade e eficiência na alocação e dispêndio de recursos públicos na área da saúde.

Preserva-se o cidadão, especialmente o mais humilde, do “jogo de empurra” sabidamente existente no seio da Administração Pública, ao mesmo tempo em que atribuiu ao magistrado o dever de direcionar a responsabilidade pela prestação vindicada ao ente federado legalmente obrigado no caso concreto.

Sob o prisma processual, conclui-se que em duas situações definidas pelo Excelso Pretório, teremos a formação de um litisconsórcio passivo necessário entre a União e o(s) ente(s) público(s) eventualmente demandado(s), quais sejam: i) quando a pretensão versar medicamento, tratamento, equipamento ou procedimento não incorporado nas políticas públicas do SUS (RE 855.178); e ii) quando o pedido for o fornecimento de medicamento não registrado pela Anvisa (RE 657.718).

A partir dos precedentes citados desponta-se a superação do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1.203.244/SC, de forma a ter-se como viável o chamamento ao

²⁷ Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1554_30_07_2013.html

processo do ente público administrativamente responsável pela prestação requerida em juízo.

A inclusão do ente responsável é igualmente possível e recomendável perante os juizados especiais federais ou da fazenda pública, especialmente quando se tratar de formação de litisconsórcio passivo necessário, mediante simples petição, ante os princípios da informalidade, simplicidade e celeridade processual (artigo 2º da Lei n. 9.099/1995).

6 Referência

BARROSO, Luis Roberto. *Da Falta de Efetividade à Judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Elaborado em 2007. Acesso em: março de 2018.

BRASIL. Portaria n. 1.554, de 30 de julho de 2013. Brasília, 2013. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1554_30_07_2013.html. (Acesso em: fevereiro de 2019).

BRASIL. STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271286, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, DJ 24-11-2000.

BRASIL. STF, STA 175 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, j. 17-3-2010, P, DJE de 30-4-2010.

BRASIL. STF, AI 550.530 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 26-6-2012, 2ª Turma, DJE de 16-8-2012.

BRASIL. STF, RE 665.764 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJE de 09-4-2012.

BRASIL. STF, RE 668.722 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 27-8-2013, 1ª T, DJE de 25-10-2013.

BRASIL. STF, AI 810864 AgR, rel. min. Roberto Barroso, 1ª Turma, j. 18/11/2014, DJe 02-02-2015.

BRASIL. STF, RE 855.178 AgR, rel. min. Luiz Fux, j. 5-3-2015, P, DJE de 16-3-2015, Tema 793.

BRASIL. STJ, AgRg no REsp 1028835/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 15/12/2008.

BRASIL. STJ, AgRg no REsp 1291883/PI, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 01/07/2013.

BRASIL. STJ, AgRg no Ag 1256237/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 10/05/2013.

BRASIL. STJ, REsp 1203244/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/04/2014, DJe 17/06/2014.

BRASIL. Blog da Revista Jota. *Judicialização da saúde cresce 130% de 2008 a 2017. Planos lideram queixas*. Disponível em: <<http://www.jota.info/pesquisa-empirica/judicializacao-da-saude-cresce-130-de-2008-a-2017-planos-lideram-queixas-18032019/>>. Acesso em: março de 2019.

BRASIL. Blog da Revista Jota. *União deve gastar mais de R\$ 1,25 bilhão com judicialização da saúde em 2018*. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/saude/uniao-deve-gastar-mais-de-r-125-bilhao-com-judicializacao-da-saude-em-2018-27122018>>. Acesso em: julho de 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CNJ. Enunciados da I, II e III Jornadas de Direito da Saúde. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/fa749133d8cfa251373f867f32fbb713.pdf>. Acesso em: junho de 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Crescimento econômico, discricionariedade e o princípio da deferência*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/crescimento-economico-discricionariedade-e-o-principio-da-deferencia>. Elaborado em 12/05/2016. Acesso em: abril de 2018.

SCHULZE, Clenio Jair; NETO; João Pedro Gebran. *Direito à saúde*. 2. ed. rev. e ampliada. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019.

1.15

A REPERCUSSÃO GERAL APLICADA À FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

TATIANA CLÁUDIA SANTOS AQUINO MADRUGA*
 ALANA NOGUEIRA GARIANI**
 BRENDA SCARPIO DE ASSIS***

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Breve análise teórica da repercussão geral. 2.1 Origem e institutos análogos. 2.2 Natureza jurídica e conceito. 2.3 Previsão constitucional e legal. 3 Conceitos indeterminados e o papel de interpretação do Supremo. 4 Espécies de relevância e como são aplicadas. 4.1 Econômica. 4.2 Política. 4.3 Social. 4.4 Jurídica. 5 Da ausência de repercussão geral. 5.1 Matéria infraconstitucional e violação reflexa à Constituição. 5.2 Ausência de relevância e de transcendência. 6 Análise dos principais temas com repercussão geral e pendentes de julgamento de mérito aplicáveis à Fazenda Pública estadual. 7 Conclusão. 8 Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Repercussão Geral. Conceitos indeterminados. Fazenda Pública estadual. Supremo Tribunal Federal. Temas. Relevância.

1 Introdução

O Supremo Tribunal Federal é a corte máxima do ordenamento jurídico brasileiro e tem por finalidade garantir a supremacia e estabilidade da Constituição Federal. Todavia, vinha sofrendo com a sua pauta de julgamento carregada de recursos extraordinários, o que lhe impedia de exercer seu múnus com excelência.

Diante dessa situação fática, a Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou o parágrafo 3º no inciso III do 102 da CF, prevendo a obrigação de o recorrente demonstrar no bojo do recurso extraordinário a repercussão geral da matéria constitucional que pretende discutir.

* Mestre em Direito Processual Civil pela UFES. Procuradora do Estado do Espírito Santo.

** Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Pós-graduanda em Direito Internacional Público e Privado. Residente Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo.

*** Pós-graduanda em Direito Civil e Processual Civil. Residente Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo e Advogada.

A previsão legal do que seria repercussão geral não é um conceito jurídico determinado e fixo, mas sim um conceito indeterminado e vasto, pois questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico não são termos uníssonos e de fácil subsunção ao caso concreto. Por tal razão, o conceito de repercussão geral ainda é alvo de muitas incertezas e críticas no cenário jurídico.

O presente trabalho surgiu com o escopo de compreender a interpretação do STF sobre a repercussão geral, por meio de estudo das teses já julgadas, com foco nas teses que são inerentes à atuação da Fazenda Pública estadual.

A delimitação do objeto deu-se em razão da grande quantidade de recursos extraordinários que eram aviados pela Fazenda Pública, abarrotando a pauta do STF e criando uma visão errônea da atuação das procuradorias.

Tendo em vista tal realidade, é importante o aperfeiçoamento do estudo sobre a matéria, para que os advogados públicos possam conhecer melhor as teses que já estão em tramitação no STF sob o sistema de repercussão geral, com o intuito de produzir recursos extraordinários sempre viáveis, aumentando, assim, o percentual de admissibilidade e chance de êxito nas questões relevantes.

Para o desenvolvimento do estudo, como metodologia de pesquisa, foi realizada a análise de todas as teses de repercussão geral já proferidas pelo STF, filtrando as que envolvem questões aplicáveis à Fazenda Pública estadual.

Considerando que a proposta deste trabalho é a análise de teses de repercussão geral a partir da identificação das características das decisões do STF, a principal fonte de pesquisa utilizada foi o site do Supremo Tribunal Federal que possui página específica dedicada à repercussão geral.

Vale ainda dizer que, por se tratar de um instituto de aplicação recente, bem como de temas específico de matérias inerentes à atuação da Fazenda Pública estadual, não há muita pesquisa jurisprudencial realizada acerca do tema. Daí a relevância do presente trabalho.

2 Breve análise teórica da repercussão geral

A fim de compreender o instituto da repercussão geral em suas diversas características e desdobramentos, é preciso realizar uma introdução teórica, buscando situar o leitor do momento em que foi implementado, o que realmente significa e como está regulamentado pela Constituição e pela Legislação.

2.1 Origem e institutos análogos

Previamente à existência da repercussão geral, havia mecanismo processual denominado arguição de relevância. Foi previsto na Emenda Regimental nº 2 de 1985, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que listava as hipóteses de cabimento taxativas de recurso extraordinário. Nesse rol, destaca-se a previsão do inciso XI do artigo 325, que previa o cabimento do recurso extraordinário “*em todos os demais feitos, quando reconhecida a relevância da questão federal*”. Foram então enumerados os casos em que o recurso extraordinário seria admissível, passando o não cabimento a ser regra geral.

A arguição de relevância passou a funcionar como válvula de escape, a fim de que os casos que não estavam nominalmente previstos do rol do artigo 325 do RISTF pudessem ser julgados pelo Supremo. Nesse sentido, afirma Arruda Alvim:

Servindo-nos de uma imagem expressiva, podemos nos referir à arguição de relevância como um conceito válvula (Del Vecchio); ou como “*órgão respiratório do ordenamento*” (Polacco). Nessa ideia se assenta a arguição de relevância, dado que, se não tivesse sido prevista, constitucionalmente, ao lado da possibilidade de restrições ao cabimento do RE, haveria uma verdadeira e inaceitável asfixia do acesso ao STF. Por isso exerce, o art. 327, § 1º, uma função “*complementar*” à do art. 325, e calcada na mesma e última razão de ser, como tal, comum a ambos os textos, o que acarreta que as hipóteses que, sejam ocasional e circunstancialmente, relevantes, apesar de ausência na tipificação do art. 325, comportam, igualmente, RE (ALVIM, 1988, p. 89).

Assim, a arguição de relevância passou a ter função neutralizadora das restrições de cabimento do recurso extraordinário, o que é contrário ao caráter de filtragem que lhe foi conferido inicialmente. Isso ocorria porque, na prática, funcionava como meio de admissão quase que automático do recurso extraordinário, de modo que bastava ser arguida nos casos em que o cabimento não estivesse previsto expressamente no RISTF. Como resultado, o STF atraía para si o julgamento de enorme quantidade de recursos.

Além disso, cabe mencionar que no nosso ordenamento existem outros instrumentos de filtragem recursal, dentre eles: a transcendência trabalhista, a qual deve ser demonstrada para admissão do recurso de revista pelo TST, e o recurso repetitivo no STJ, que atua como forma de impedir a subida de recursos sobre matéria semelhante, cuja a apreciação tenha sido submetida pela via do recurso repetitivo.

A repercussão geral, por sua vez, só foi introduzida com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual determinou a necessidade de a questão constitucional suscitada no recurso extraordinário possuir repercussão geral, para que o recurso seja analisado pelo Supremo Tribunal Federal.

No entanto, a preliminar formal de repercussão geral passou a ser obrigatória, de fato, somente nos recursos extraordinários interpostos em face dos acórdãos publicados a partir de 3 de maio de 2007, data da entrada em vigor da Emenda Regimental nº 21/07 do RISTF, que trouxe as normas necessárias à execução das disposições legais e constitucionais sobre o novo instituto.

2.2 *Natureza jurídica e conceito*

Tanto para maioria da doutrina como para o STF, a repercussão geral tem natureza jurídica de pressuposto específico de admissibilidade do recurso extraordinário.

Barbosa Moreira classifica os requisitos de admissibilidade em requisitos intrínsecos, que são atinentes à própria existência do direito de recorrer, e requisitos extrínsecos, que são os concernentes ao modo de exercício daquele direito (2000, p. 260). Nesse sentido, para Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, a repercussão geral é um requisito intrínseco de admissibilidade, pois está relacionada à existência, ou não, do poder de interpor o recurso extraordinário (2007, p.35).

Diante disso, embora se possa atribuir natureza política à repercussão geral, em relação ao poder de seleção das causas pelo STF, é inegável a natureza processual do instituto, pois se trata de requisito prévio à análise do mérito recursal.

Guilherme Beux Nassif Azem descreve a repercussão geral como um “filtro de admissibilidade”, a ver:

Tal instituto há de ser entendido como uma espécie de filtro de admissibilidade. A presença da repercussão geral indica que o recurso merece ser analisado, mas, evidentemente, não dispensa a presença dos demais requisitos de admissão e, muito menos, traz a garantia de que o recurso extraordinário será provido (2014, p. 4).

No que tange ao conceito, a expressão repercussão geral é traduzida na soma de dois elementos, sem os quais ela não se caracteriza: a transcendência e a relevância da matéria constitucional. Isso significa que a questão em debate, além de ser exclusivamente de direito, precisa ultrapassar o interesse subjetivo das partes e ser relevante do ponto de vista, social ou econômico ou político ou jurídico.

Vale comentar, nesse momento de análise teórica, que a competência para verificar a efetiva demonstração da preliminar de repercussão geral é concorrente entre o Tribunal de origem e o STF. Já a análise de existência ou não da repercussão geral em uma certa matéria, inclusive o reconhecimento de presunção legal de repercussão geral, é de competência exclusiva do STF.

2.3 *Previsão constitucional e previsão legal*

A repercussão geral está prevista no § 3º do art. 102 da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que:

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros (quórum prudencial). (Acrescentado pela EC nº 45, de 2004).

Diante do dispositivo é possível apreender que é um dever e não uma faculdade do recorrente em sede de recurso extraordinário demonstrar a repercussão geral. O constituinte estabelece, também, que o Supremo somente poderá rejeitar o recurso por inexistência de repercussão geral mediante o quórum qualificado de 2/3 (dois terços) dos ministros.

O Código de Processo Civil também disciplina o instituto em alguns de seus artigos, com destaque para o artigo 1.035:

Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. [...]

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:

I - Contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;

II – (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

III - tenha, nos termos do art. 97 da Constituição Federal, reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal.

Os dispositivos acima definem o que é a repercussão geral, mencionando a necessidade de haver relevância e transcendência da matéria, bem como esclarece que a decisão do Supremo que não conhece do recurso por ausência de repercussão será irrecorrível. Somado a isso, enumera os casos em que a existência da repercussão geral será presumida, o que não demanda argumentação da parte recorrente, apenas a demonstração de que se configuram alguma das hipóteses previstas.

Complementando as disposições do Código de Processo Civil, temos o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o qual detalha o processamento e a forma de julgamento da repercussão geral, delimitando o que deve ser analisado pelo Tribunal pleno ou por mero exame do relator.

A análise da repercussão geral não poderá ser realizada pelo relator do recurso extraordinário no STF de forma isolada, pois a competência é do colegiado do Tribunal. Somente nas causas em que já houve apreciação de matéria semelhante pelo Supremo Tribunal é que o relator poderá negar seguimento ao recurso monocraticamente por ausência de repercussão geral.

Para a rejeição do recurso extraordinário por ausência de repercussão geral, a Constituição exige quórum qualificado de dois terços dos membros do STF, o que equivale a 8 (oito) ministros. Por essa razão, a ausência de repercussão geral só pode ser considerada pelo Plenário, dado o quórum qualificado.

No caso de reconhecimento da repercussão geral do recurso extraordinário, existindo no mínimo 4 (quatro) votos a favor, fica dispensada a remessa do recurso ao plenário, pois não será mais possível obter o quórum mínimo para a rejeição de 8 (oito) ministros.

O artigo 327 do RISTF preceitua que o recurso poderá ser recusado quando já exista precedente do Supremo manifestando-se pela inexistência de repercussão acerca do tema levado à Corte, nos seguintes termos:

A Presidência do Tribunal recusará recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria carecer de repercussão geral, segundo precedente do Tribunal, salvo se a tese tiver sido revista ou estiver em procedimento de revisão. (STF, 2019, p. 137).

Sobre a forma de julgamento, merece destaque o artigo 324, caput e parágrafo único, introduzido pela Emenda regimental nº 21/07:

Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais Ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 (vinte) dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral.

Parágrafo único: Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral. (STF, 2019, p. 132).

Denota-se que o julgamento da preliminar de repercussão geral se dá por meio eletrônico, de modo que a ausência de manifestação será considerada como presença de repercussão geral. Contudo, esse sistema tem gerado certas aberrações, pois, caso haja, por exemplo, 6 votos pela negativa contra 5 omissões, o resultado será a existência de repercussão geral, apesar dos votos a favor da repercussão terem sido por omissão.

3 Conceitos indeterminados e o papel de interpretação do supremo

O ordenamento jurídico brasileiro é repleto de termos capazes de desencadear diferentes interpretações a depender do contexto em que são aplicados.

O mundo fático é mutável, de modo que o direito atua em consonância com a realidade política, social e econômica de cada época. Assim, o texto constitucional, dentre todo ordenamento, é o que possui sentido mais amplo, justamente para ser capaz de conciliar as demandas da sociedade com aquilo que está previsto.

Nesse contexto, Ravi Peixoto afirma sobre conceitos jurídicos indeterminados:

Esse fenômeno legislativo acaba sendo inerente a uma sociedade extremamente complexa. Não se trata da perda de qualidade da ordem jurídica, como aponta certa doutrina. (...) Nenhum texto normativo é capaz de, por si só, garantir segurança jurídica a uma sociedade, sendo apenas um primeiro passo. Mesmo com a pretensão de redação de textos unívocos, eles podem possuir mais de um significado e, dentro dessa possibilidade, podem surgir diversos problemas interpretativos. (2015, p. 201)

Com relação à repercussão geral não é diferente, visto que se trata de expressão cujo sentido não é óbvio, o que demanda do intérprete, isto é, do Supremo Tribunal Federal, realizar o juízo de existência ou não da repercussão caso a caso, respeitando os requisitos necessários para que esteja configurada.

Nesse sentido, ainda em relação aos conceitos utilizados na feitura das normas, Karl Engisch faz diferenciação entre três conceitos jurídicos: conceitos indeterminados, conceitos normativos e conceitos discricionários (1996, p. 208-209).

Os conceitos jurídicos são em sua maioria indeterminados, pois necessitam sempre de um esforço interpretativo, já que grande parte dos vocábulos possui mais de um significado, dependendo do contexto social e temporal em que esteja inserido. Para o autor, os conceitos jurídicos indeterminados possuem um "núcleo conceitual", que é a certeza sobre o conteúdo e a extensão do conceito, mas também possuem um "halo conceitual", que é a insegurança do que pode ser, devido ao juízo valorativo, de forma que não se tem prévia certeza do conteúdo e da extensão do conceito.

De acordo com Engisch, é no halo conceitual dos termos indeterminados que proporciona ao STF abertura para atuar. Por esse raciocínio, levando em consideração a conjuntura social aplicada, certa causa que tem repercussão geral em um dado momento pode não a apresentar em outra época e, assim, não ser conhecida. O julgamento de causas com repercussão geral pode ser sempre revisto e modificado, por causa do halo conceitual dos termos indeterminados.

Em vista dessa incerteza nos julgamentos, a doutrina vem tecendo algumas críticas quanto à utilização dos conceitos vagos, abertos e indeterminados pelo legislador na regulamentação do filtro da repercussão geral. A fim de distinguir cada um dos pontos de vista, analisa Eduardo García de Enterría:

Sobre a diferença entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade, Eduardo García de Enterría afirma que naqueles há apenas uma solução justa para a situação concreta, enquanto na discricionariedade podem existir várias soluções justas para o caso analisado (ENTERRÍA, 1995, *apud* Tourinho, 2004, p. 322).

A corrente majoritária entende que a análise e aplicação da determinação dos conceitos jurídicos faz parte do papel constitucional do STF, tratando-se apenas de subsunção da norma ao caso concreto, acompanhando a dinâmica do tempo. Por outro lado, existe posicionamento que considera essa atuação do Supremo discricionária, o que seria capaz de gerar arbítrios e uma certa voluntariedade da jurisdição constitucional.

Leonardo Grecco afirmou, em artigo escrito antes da regulamentação da repercussão geral no CPC, que, "*por maior rigor que venha a cercar a elaboração da lei preconizada, certamente será impossível evitar o arbitrio, o*

que resultará em tornar facultativa ou discricionária a jurisdição constitucional do STF” (2005, p. 82).

Arruda Alvim entende que o julgamento da repercussão geral é ato de avaliação política do Tribunal e que, por isso, ele tem certa flexibilidade inerente às questões políticas, ou seja, a conformidade do julgamento. No entanto, considera que esse poder político não é discricionário, pois *“trata-se de interpretar aplicar um conceito vago, que dogmaticamente não comporta dualidade de soluções, ambas legítimas em face da norma, o que é peculiar e definitório da discricionariedade”* (ALVIM, 2005, p. 86).

Contrária à posição de Arruda Alvim sobre a natureza política da apreciação da repercussão geral pelo STF, afirma Bruno Dantas que o julgamento da arguição de relevância era tratado como ato político pela doutrina na ordem constitucional anterior, porque o STF tinha o poder de regulamentar o instituto pelo seu regimento interno. No caso da repercussão geral, contudo, não existe essa possibilidade de regulamentação do instituto pelo STF. Por essa razão, o ato perderia sua característica política. (2012, p. 240-241).

Entendemos o posicionamento de Bruno Dantas no sentido de dar caráter jurisdicional a análise da repercussão geral pelo STF, pois se trata, em última instância, de um julgamento de um requisito de admissibilidade. No entanto, como assevera o próprio autor, não há como não reconhecer o caráter político do ato, pois, apesar de o STF não regular em seu regimento os casos de repercussão geral, estando eles dispostos no CPC, ainda há uma margem de avaliação pelos ministros, que levarão em consideração vários fatores sociais e não apenas jurídicos para a apreciação da existência de repercussão geral. Ademais, a partir do momento em que se dá a opção de interpretação de conceitos indeterminados ao julgador, principalmente o conceito “relevante”, de modo que ele possa aplicá-lo ao caso concreto, acaba-se produzindo um viés político à decisão do STF, que também não deixa de ser uma decisão judicial, mas com contornos políticos.

O papel do STF como ditador da sua própria pauta de recursos extraordinários assemelha-se ao papel confiado a várias Cortes constitucionais, como a Suprema Corte americana e a Corte da Nação Argentina, nas quais os tribunais tem plena liberdade, até maior que no Brasil, já que é uma liberdade discricionária, para decidir sobre os recursos extraordinários que devem julgar. Essa larga liberdade, que aqui não é discricionariedade, é possível no Brasil graças à utilização de conceitos vagos na definição de repercussão geral, permitindo ao STF detectar, no caso concreto, a abrangência do instituto.

4 Espécies de relevância e como são aplicadas

A seguir, passaremos a verificar os diversos aspectos em que uma matéria pode conter relevância a fim de ter reconhecida sua repercussão geral, bem como comentaremos os principais casos práticos relacionados à Fazenda Pública estadual, em que são consideradas tais relevâncias, à luz da interpretação do Supremo Tribunal Federal.

4.1 Econômica

A relevância econômica está presente nas questões que detêm um potencial multiplicador de ações e que influenciam economicamente tanto os entes federados quanto os cidadãos.

Em matéria tributária, os temas com relevância econômica referem-se, primordialmente, a questões sobre contribuições sociais, como PIS e COFINS, no que concerne à base de cálculo, imunidade e aumento de alíquota. Há também repercussão geral em temas como o conflito de competência tributária entre Entes federados e a fixação exata da hipótese constitucional de incidência de tributos. Além disso, o ICMS aparece como um dos principais impostos cuja repercussão é reconhecida pela Corte, afinal, impacta diretamente na receita de todos os Estados da federação.

Seguem alguns exemplos de temas ligados ao interesse da Fazenda Pública estadual quanto ao ICMS:

TEMA 91: Aplicação da anterioridade nonagesimal à cobrança de ICMS. (STF, 2019).

TEMA 214: I - É constitucional a inclusão do valor do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS na sua própria base de cálculo; II - É legítima a utilização, por lei, da taxa SELIC como índice de atualização de débitos tributários; III - Não é confiscatória a multa moratória no patamar de 20%. (STF, 2019).

TEMA 297: Não incide o ICMS na operação de arrendamento mercantil internacional, salvo na hipótese de antecipação da opção de compra, quando configurada a transferência da titularidade do bem. (STF, 2019).

O STF tem entendimento que matéria relativa ao alcance e à interpretação de imunidades tributárias tem tendência a ter repercussão geral, pois transcende os interesses da causa e possui relevância econômica, social, política e jurídica.

No tocante ao assunto servidores públicos, são temas com relevância econômica para o STF discussões sobre equiparação ou extensão de vantagens de servidores da atividade para aposentados, quando tem o condão de atingir várias situações jurídicas em muitos níveis da Administração, ou seja, quando não se trata de categorias isoladas.

Exemplos de temas relacionados à Fazenda Pública estadual que abordam direitos de servidores são:

TEMA 24: Não há direito adquirido a regime jurídico, notadamente à forma de composição da remuneração de servidores públicos, observada a garantia da irredutibilidade de vencimentos (STF, 2019).

TEMA 377: Nos casos autorizados constitucionalmente de acumulação de cargos, empregos e funções, a incidência do art. 37, inciso XI, da Constituição Federal pressupõe consideração de cada um dos vínculos formalizados, afastada a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público. (STF, 2019).

TEMA 635: É assegurada ao servidor público inativo a conversão de férias não gozadas, ou de outros direitos de natureza remuneratória, em indenização pecuniária, dada a responsabilidade objetiva da Administração Pública em virtude da vedação ao enriquecimento sem causa. (STF, 2019)¹.

As questões que tratam de expurgos inflacionários de planos econômicos passados possuem relevância econômica, pois atingiram a situação financeira de inúmeras pessoas à época.

Além disso, a ocorrência de muitas ações nos tribunais inferiores sobre uma determinada matéria, destacando o efeito multiplicador da questão constitucional, bem como a necessidade de pacificação da jurisprudência pátria sobre o assunto, são fatores que fazem o STF reconhecer a repercussão econômica dos temas, já que a maioria dos processos gera um custo significativo para os cofres públicos.

Por fim, também voltado ao interesse Fazendário estadual, deve-se citar temas relacionados ao FGTS, matéria recorrente nas Procuradorias dos Estados, quais sejam:

TEMA 191: É constitucional o art. 19-A da Lei 8.036/1990, que dispõe ser devido o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS na conta de trabalhador cujo contrato com a Administração

1 Após a oposição de embargos de declaração, o STF decidiu permitir o processamento do recurso extraordinário para julgar a questão em relação aos servidores públicos em atividade.

Pública seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público, desde que mantido o direito ao salário. (STF, 2019).

TEMA 608: O prazo prescricional aplicável à cobrança de valores não depositados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) é quinquenal, nos termos do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal. (STF, 2019).

4.2 *Política*

No que se refere à relevância política para o STF, percebe-se que possuem tal relevância as seguintes matérias: processo legislativo; distribuição da competência tributária constitucional; fiscalização dos entes federados por tribunal de contas; questão de direito eleitoral relativa à validade de pleitos eleitorais e elegibilidade; conflito de competência legislativa e autonomia dos entes federados; violação do pacto federativo; limites e aplicação do princípio da separação dos poderes.

São exemplos os seguintes temas: no tema 490², aborda-se a questão sobre saber se os entes federados podem reciprocamente retaliarem-se em matéria de guerra fiscal por meio de sua autonomia ou, em sentido diverso, se compete ao Poder Judiciário exercer as contramedidas próprias da atividade de moderação. É matéria que transcende interesses individuais meramente localizados e tem relevância institucional, afinal é imprescindível determinar se as retaliações unilaterais têm amparo na Constituição, considerados dois valores fundamentais: a autonomia dos entes federais periféricos para dar efetividade à sua vontade política, de um lado, e a harmonia federativa, do outro.

Vejamos o tema 315, que trata da separação dos poderes:

Não cabe, ao Poder Judiciário, que não tem a função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia. (STF, 2019).

Percebe-se aqui a aplicação de interpretação pelo STF do princípio da separação dos poderes, considerando que muitas decisões buscam obrigar a Administração pública estadual a adotar determinada política pública, desconsiderando para tanto diversos fatores que impactam o orçamento do Estado e prejudicam a execução de outras políticas públicas também fundamentais.

2 Tema 490: Creditamento de ICMS incidente em operação oriunda de outro ente federado que concede, unilateralmente, benefício fiscal.

O tema 595³ discute sobre a possibilidade do Chefe do Poder Executivo promulgar a parte do projeto que não foi vetada, antes da manifestação do Poder Legislativo pela manutenção ou rejeição do veto. Foi considerado como tendo relevância do ponto de vista político e jurídico, pois alcança todo o ordenamento jurídico, uma vez que os Estados e Municípios devem obedecer às mesmas regras do processo legislativo do âmbito federal.

Além dos temas citados, merece destaque este que versa sobre atuação do Tribunal de Contas dos Estados:

TEMA 47: A questão sobre a natureza do controle externo exercido pelos Tribunais de Contas Estaduais em relação a atos administrativos dos Municípios tem relevância do ponto de vista político-jurídico e ultrapassa o interesse individual das partes. (STF, 2019).

A discussão no tema acima transcende os limites subjetivos da causa, uma vez que é capaz de se reproduzir em inúmeros processos, além de envolver matéria de relevante cunho político, jurídico, social e econômico.

Conclui-se que a relevância política, por geralmente atingir os interesses de mais de um Ente federado, apresenta quase sempre a transcendência necessária para a configuração de repercussão geral.

4.3 Social

A relevância social apresenta-se, basicamente, nas seguintes matérias: direitos trabalhistas; direitos dos servidores públicos; concurso público; direitos sociais; direito penal e serviços públicos.

No tema 6⁴, por exemplo, possui repercussão geral a discussão sobre a obrigatoriedade, ou não, de o Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo.

A questão constitucional presente no tema 161⁵, sobre direito de nomeação dos candidatos aprovados em concursos públicos que estão classificados até o limite de vagas anunciadas no edital regulamentador do certame, possui repercussão, notadamente, no aspecto social ao

3 Tema 595: Promulgação, pelo Chefe do Poder Executivo, de parte de projeto de lei que não foi vetada, antes da manifestação do Poder Legislativo pela manutenção ou pela rejeição do veto.

4 Tema 6: Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo.

5 Tema 161: Nomeação de candidato classificado entre as vagas previstas no edital de concurso público.

atingir diretamente o interesse de relevante parcela da população que participa dos processos seletivos para ingressar no serviço público.

Questões acerca de concurso público, se tratarem de regras aplicáveis a todos os certames ou a uma parcela considerável de candidatos por todo o país, costumam ser relevantes do ponto de vista social. Seguem alguns exemplos:

TEMA 121: Constitucionalidade de previsão legal que atribui ao edital de concurso público para ingresso nas forças armadas o estabelecimento do limite de idade para ingresso. (STF, 2019).

TEMA 335: Inexiste direito dos candidatos em concurso público à prova de segunda chamada nos testes de aptidão física, salvo contrária disposição editalícia, em razão de circunstâncias pessoais, ainda que de caráter fisiológico ou de força maior, mantida a validade das provas de segunda chamada realizadas até 15/5/2013, em nome da segurança jurídica. (STF, 2019).

TEMA 454: A nomeação por meio de ato judicial não gera direito às promoções ou progressões funcionais anteriores. (STF, 2019).

TEMA 476: Não há que se falar em fato consumado quando o acesso a cargo público se deu por decisão judicial precária. (STF, 2019).

O STF considerou que a matéria sobre servidores públicos, quando diz respeito à totalidade dos servidores públicos – nas três esferas –, possui repercussão geral. Sobre a matéria foi reconhecida a relevância social no seguinte tema:

TEMA 351: Controvérsia sobre a obrigatoriedade, ou não, de estender aos inativos e pensionistas, parcela remuneratória paga aos servidores em atividade. (STF, 2019).

Além disso, existem outros diversos casos que retratam relevância social:

TEMA 19: Discussão acerca da possibilidade de indenização por danos patrimoniais sofridos em razão de omissão do Poder Executivo estadual, consistente no não-encaminhamento de projeto de lei destinado a viabilizar reajuste geral e anual dos vencimentos de servidores públicos estaduais. (STF, 2019)

TEMA 365: Obrigação do Estado de ressarcir os danos, inclusive morais, se decorrentes da insuficiência das condições legais de encarceramento. (STF, 2019).

Diante dos temas apresentados, é possível aferir que questões cuja relevância é de cunho social apresentam-se no dia a dia do jurisdicionado, nas relações de trabalho, relações com o Estado no tocante a serviços públicos e no pleito de direitos sociais. Essas questões relevantes socialmente necessitam atingir a esfera de interesses além das partes do processo para poderem configurar a repercussão geral. Assim, não basta o questionamento de violação a um direito fundamental ou trabalhista constitucional de um cidadão, sem reverberação maior na sociedade, para que a repercussão geral esteja presente.

4.4 *Jurídica*

Em exame dos temas predominantemente relevantes sob o ponto de vista jurídico, conseguimos perceber que a existência de oscilação de entendimento nos tribunais inferiores sobre a matéria constitucional, revelando a necessidade de consolidar o entendimento dos tribunais pátrios, é uma das principais questões em que o STF reconhece a relevância jurídica da matéria.

A ocorrência de divergência jurisprudencial exige um pronunciamento definitivo do STF, no seu papel uniformizador da jurisprudência pátria, motor da segurança jurídica, conforme hipótese prevista no parágrafo 3º, do inciso I, do artigo 1.035, do CPC, a qual prevê repercussão no caso de acórdão que contraria súmula ou jurisprudência do Supremo.

Discussão sobre a constitucionalidade de leis é também, para o STF, matéria que apresenta relevância jurídica. Com destaque para a hipótese expressamente prevista no artigo 1035, parágrafo 3º, inciso III, do CPC, o qual prevê que será presumida a repercussão geral quando se tratar de declaração de inconstitucionalidade de Lei Federal (tema 44⁶).

Da mesma forma, possui relevância jurídica a questão sobre a aplicação e interpretação pelos tribunais inferiores da cláusula de reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade de lei (tema 441⁷).

Além disso, há relevância jurídica nas questões sobre conflito de competência entre os tribunais inferiores (tema 128⁸) e discussão sobre os limi-

6 Tema 44: Constitucionalidade da instituição de contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública.

7 Tema 441: Exigência da regra constitucional da reserva de plenário para afastar a aplicação de norma anterior à Constituição Federal de 1988.

8 Tema 128: Competência para dirimir conflito de competência entre Juizado Especial e Juízo

tes da coisa julgada, mormente quando existe modificação do posicionamento do STF sobre o tema após o trânsito em julgado, com a declaração de inconstitucionalidade de uma lei utilizada no julgamento (tema 100⁹).

Ademais, o debate sobre interpretação e alcance das normas e princípios constitucionais, incluídos também os conflitos e controvérsias sobre a aplicação das normas introduzidas por emendas constitucionais, principalmente as emendas que mudaram regramentos sobre aposentadoria de servidores públicos, possui relevância jurídica. Corrobora o seguinte exemplo:

TEMA 139: A questão constitucional relativa a existência, ou não, de paridade entre os vencimentos dos servidores da ativa e os proventos dos inativos que ingressaram no serviço público antes da EC 41/03 e se aposentaram após a referida emenda possui relevância jurídica e política. (STF, 2019).

Apresentam também relevância jurídica os conflitos sobre a aplicação da lei no tempo e recepção de lei anterior à constituição. No mesmo sentido, é relevante juridicamente a proposta de revisão de súmula vinculante em virtude da superveniência de lei de conteúdo divergente (tema 477¹⁰).

As questões jurídicas constitucionais de servidores, como aplicação do teto constitucional, regime jurídico e contratação temporária, apresentam maior relevância sob o ponto de vista jurídico para o STF (tema 377¹¹).

Em discussão sobre a extensão da verba percebida em atividade de servidor inativo, apesar de dizer respeito a apenas a um grupo restrito de servidores, o STF entendeu que havia relevância jurídica e social, pois, a tese jurídica a ser consolidada seria útil para a Administração pública como um todo. Entendeu assim, que, apesar de se tratar de matéria que a poucos atingia de forma direta, teria o condão de transcender para além dos limites do processo (tema 439¹²).

A relevância jurídica está presente igualmente em discussão que envolve o pagamento de precatórios pelo Poder Público, como celeuma

Federal de primeiro grau de uma mesma Seção Judiciária.

9 Tema 100: a) Aplicação do art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, no âmbito dos Juizados Especiais Federais. b) Possibilidade de desconstituição de decisão judicial de processo com trânsito em julgado fundada em norma posteriormente declarada inconstitucional.

10 Tema 477: Revisão de Súmula Vinculante em virtude da superveniência de lei de conteúdo divergente.

11 Tema 377: Incidência do teto remuneratório no caso de acumulação de cargos públicos.

12 Tema 439: Direito adquirido de servidores públicos estaduais aposentados à permanência em determinada classe, não obstante o advento de lei estadual que, ao promover a reclassificação de cargos, reenquadra-os em classe inferior.

sobre o regime de parcelamento e os créditos preferenciais. Acerca da matéria destaca-se os seguintes temas:

TEMA 28: O STF entendeu que a discussão sobre fracionamento da execução com expedição de precatório para pagamento de parte incontroversa da condenação possui repercussão geral, pois a repetição do tema em inúmeros processos faz necessária a racionalização dos trabalhos, visando decisão com eficácia maior, como ocorre considerado o instituto da repercussão geral (STF, 2019).

TEMA 253: Tem repercussão geral os temas constitucionais atinentes ao princípio da continuidade dos serviços públicos e à aplicabilidade do regime de precatórios às entidades da Administração Indireta que prestam tais serviços (STF, 2019).

É importante observar que, no que tange à transcendência dos interesses subjetivos das partes do processo, o STF entende que o fato de a matéria poder ser considerada residual, ou seja, aplicada somente em um caso, não retira de plano a sua repercussão geral. Afinal, assuntos que interessam imediatamente apenas às partes do processo, se tiverem o condão de repercutir para além dele, poderão ser julgados pelo Tribunal constitucional em virtude de sua potencial transcendência.

5 Da ausência de repercussão geral

A importância da análise dos temas que tiveram a repercussão geral rejeitada pelo STF está na possibilidade de se formar um entendimento “*a contrario sensu*” sobre os contornos da repercussão geral na visão do STF¹³.

5.1 *Matéria infraconstitucional e violação reflexa à*

13 Conforme observou Arruda Alvim quando escreveu sobre arguição de relevância, pode-se aferir quando um caso possui relevância, levando em consideração a análise das hipóteses de irrelevância: “Os limites dos contornos do conceito de ‘relevância’ da questão federal podem ser, por primeiro, percebidos a partir das questões irrelevantes [...]. Há que se remarcar que, em teoria geral do direito, o conceito de ‘relevância’ de causa ou questão federal, é um conceito juridicamente dependente do conceito de ‘causa ou questão irrelevante’. Será, em parte, explicada ou compreendida, a relevância, a partir dos elementos comuns emergentes das causas e questões excluídas. A implicação principal é a de que, ainda que se trate de causa ou questão federal, mesmo que erroneamente decidida, isso não basta para o cabimento do RE [...]. Só se, significação falar em relevante, quando existe o irrelevante” (1988, p. 28).

constituição

Verificando as estatísticas do STF, foi possível identificar que, dos temas de repercussão geral negados, 87,4% (oitenta e sete ponto quatro por cento)¹⁴ o foram em razão de tratarem de questões que envolvem norma infraconstitucional.

Em recursos que questionavam violação à Constituição de forma indireta, ou seja, quando é necessária a análise de norma infraconstitucional para o debate da matéria, percebeu-se que o STF tende a negar a presença de repercussão em razão de tal violação ser reflexa e incompatível com a sua função de corte constitucional.

Acerca dos temas considerados como infraconstitucionais pelo STF, há discussão sobre aplicação de legislação local, matérias processuais que seriam de competência do STJ, como prazos prescricionais, competência processual prevista no CPC, instrução processual, assuntos afetos à Justiça do Trabalho, bem como teses de direito tributário e direito previdenciário.

Como exemplo de temas inerentes à Fazenda Pública estadual, podemos citar o tema 819¹⁵, no qual, por maioria, o STF entendeu que não há matéria constitucional a ser apreciada na questão da pretensão de indenização decorrente da demora do Poder Público em proceder à avaliação dos servidores em atividade, para o fim de pagamento de gratificação de desempenho.

O tema 307¹⁶ trata da aplicação do efeito suspensivo aos embargos do devedor em execução fiscal. Neste caso, em matéria de direito tributário, o STF também julgou inexistente a repercussão geral por se tratar de divergência solucionável pela aplicação de legislação federal infraconstitucional.

Na análise do tema 425¹⁷, a questão debatida era a possibilidade de restituição de verbas de natureza alimentar pagas indevidamente pela Administração Pública a beneficiário de boa-fé. O STF, em sua maioria, também julgou inexistente a repercussão geral por se tratar de questão infraconstitucional. Neste caso, a Corte ainda acrescentou a seguinte manifestação: *“a repercussão geral, para a sua existência, pressupõe a maté-*

14 Fonte Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=numeroRepercussao>. Acesso em: 18 jul. 2019.

15 Tema 819: Indenização por danos materiais decorrentes da demora do Poder Público em avaliar o desempenho de servidores para o fim de pagamento de gratificação de desempenho.

16 Tema 307: Efeito suspensivo a embargos do devedor em execução fiscal.

17 Tema 425: Restituição de verbas de natureza alimentar pagas indevidamente pela Administração Pública a beneficiário de boa-fé.

ria constitucional”, o que nos revela que a interpretação do STF é enfática quanto à constitucionalidade da matéria.

O tema 978¹⁸ é assunto do estrito interesse da Fazenda Pública Estadual, pois trata de discussão a respeito de fixação de honorários advocatícios de dativos a partir da tabela de valores de Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil. Referido tema foi julgado pelo STF como ausente de repercussão geral, também em virtude de sua natureza infraconstitucional.

Ainda a título de exemplificação, podemos citar o tema 628¹⁹ sobre a questão da validade de modificação, pela Administração Pública, dos critérios técnicos ou econômicos estabelecidos no instrumento convocatório, no curso de procedimento licitatório. Tal questão também tem natureza infraconstitucional segundo o STF e, por tal razão, inexistente repercussão geral.

Outrossim, com a análise do tema 625²⁰ que trata da discussão sobre a aplicação dos juros de mora (art. 1º-F da lei 9.494/97) quando a Fazenda Pública for condenada subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pelo empregador principal, foi possível identificar que, em variados assuntos como este atinente ao direito do trabalho, o STF vem reconhecendo a inexistência de repercussão geral pela natureza das questões discutidas ser infraconstitucional.

Sobre questões atinentes ao direito tributário, podemos citar o tema 151²¹, no qual discutiu-se a possibilidade de o juízo decretar, de ofício, a prescrição do crédito tributário cobrado na execução fiscal sem a prévia manifestação da Fazenda Pública. Nesse caso, o STF aplicou os efeitos da ausência de repercussão geral em razão de tratar-se de matéria infraconstitucional.

Conclui-se que, para o STF, existem matérias que poderiam ter repercussão geral reconhecida em razão de sua transcendência e relevância, todavia, se tais matérias não demonstrem uma questão propriamente constitucional, o recurso não terá seu mérito apreciado pela Suprema Corte.

18 Tema 978: Possibilidade de fixação dos honorários do defensor dativo, em processo penal, a partir da tabela de valores do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, conforme previsto no § 1º do art. 22 da Lei n. 8.906/1994.

19 Tema 628: Modificação, pela Administração Pública, de critérios técnicos ou econômicos estabelecidos no instrumento convocatório, no curso de procedimento licitatório.

20 Tema 625: Aplicabilidade dos juros de mora previstos no art. 1º-F da Lei 9.494/1997 aos casos em que a Fazenda Pública é condenada subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pelo empregador principal.

21 Tema 151: Decretação de ofício da prescrição de crédito tributário sem a manifestação da Fazenda Pública.

5.2 *Ausência de relevância e de transcendência nos temas*

Além da questão da inconstitucionalidade, em análise dos temas com repercussão geral negada pelo STF, foi possível verificar que, nos temas inerentes à Fazenda Pública estadual, o STF julgou ausente a repercussão geral em razão da inexistência de relevância e, principalmente, da inexistência de transcendência.

Dentre os temas estudados, podemos citar como exemplo o tema 65²², no qual o STF decidiu, em julgamento não unânime, que não há repercussão geral em recurso extraordinário que discute sobre a possibilidade de acumulação dos cargos de sargento da polícia militar e magistério municipal, pois as questões não ultrapassam os interesses subjetivos da causa.

Interessante observar que os Ministros vencidos, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, consideraram que a causa tinha repercussão geral, pois atingia toda a categoria de policiais e oficiais militares. Além disso, existiria relevância jurídica, pois o julgamento definiria se a acumulação dos cargos de militar e de magistério é vedada pelos artigos 42, parágrafo 1º, e 142, parágrafo 3º, incisos II e VIII, da Constituição.

O tema 73²³, que diz respeito à discussão sobre a possibilidade do pagamento a servidor público das diferenças de remuneração decorrentes do exercício de função diversa daquela do cargo originário, com suposto ferimento ao princípio do concurso público, também teve manifestação do STF no sentido de considerar a ausência de repercussão geral da questão constitucional, pois a matéria não transcende os interesses das partes.

No tema 81²⁴, em discussão sobre se o teto remuneratório dos auditores fiscais de Rondônia, se seria o subsídio do Governador (por força do que dispõe a Emenda Constitucional 41/03), ou o subsídio dos Desembargadores, conforme o teor da Emenda Constitucional 47/2005, a Corte entendeu que se tratava de situação muito específica que envolve servidores estaduais, sem que a causa ultrapassasse o interesse regional e das partes da lide.

Verifica-se pelos temas acima colacionados sobre servidores públicos que, de modo geral, causas sobre recebimento de gratificação e vantagens, equiparação e aposentação de servidores públicos tem a repercussão geral negada, pois são questões restritas aos interesses sub-

22 Tema 65: Acumulação por militar de dois cargos públicos: um de natureza militar e outro de professor.

23 Tema 73: Direito de servidor à diferença de remuneração em virtude de desvio de função.

24 Tema 81: Estorno na remuneração de auditores fiscais do Estado de Rondônia com base no subsídio do Governador.

jetivos de um grupo de servidores e que não interessam a sociedade como um todo.

Além disso, foi possível identificar que a delimitação da repercussão do julgamento no território de um Estado, por exemplo, apesar de poder afetar todos os servidores estaduais, não é suficiente por si só para demonstrar a transcendência necessária para o demandar o julgamento do STF.

Igualmente, além dos casos relativos a servidores, também podemos citar temas que tratam de outros assuntos, como o tema 12²⁵, em que o STF não vislumbrou repercussão geral na discussão sobre incompetência e desvio de finalidade em desapropriação. Considerou o Tribunal que, apesar de o tema da competência para a expedição do decreto de desapropriação ter relevância jurídica, não há interesse que transcenda ao das partes.

Em algumas questões tributárias sobre discussão de aplicação da legislação em casos específicos, principalmente no caso de tributos pessoais, o STF entende que não há repercussão geral, por ausência de transcendência das questões, que se limitam ao caso exclusivo dos recorrentes, mesmo que uma das partes seja um Ente federado.

Acerca do assunto, cabe citar o tema 752²⁶, que se refere a questão da legitimidade do consumidor final para ajuizar ação de repetição de indébito tributário relativo a valores do ICMS sobre a energia elétrica.

Pela análise destes e de outros temas, chegou-se à conclusão de que o interesse público secundário nem sempre dá ensejo ao reconhecimento de repercussão geral. Ao STF, para a configuração da relevância e transcendência da matéria, interessa, principalmente, a tutela do interesse público primário²⁷, vez que é este interesse que possui transcendência. O interesse meramente particular e econômico de um Estado não tem a transcendência necessária que ultrapassa os interesses subjetivos da causa.

25 Tema 12: a) Competência exclusiva dos Municípios para decretar desapropriação por interesse público com vistas à construção ou ampliação de distritos industriais; b) Existência de desvio de finalidade na expedição de decreto expropriatório.

26 Tema 752: Legitimidade do consumidor final para propor ação de repetição de indébito tributário relativo a valores do ICMS incidente sobre a demanda contratada de energia elétrica.

27 Segundo doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 55), não se pode confundir interesse público com o interesse do Estado. Isso porque o Estado, independentemente de ser encarregado dos interesses públicos, possui seus interesses particulares, assim como outras pessoas jurídicas. Estes não seriam interesses públicos, mas interesses individuais do Estado. Similares, mas não iguais. O Estado jamais poderá sobrepor seus interesses particulares aos interesses públicos propriamente ditos. Estes últimos o autor denomina de interesses públicos primários e os primeiros de interesses públicos secundários.

6 Análise dos temas com repercussão geral e pendentes de julgamento de mérito

Foram examinados ainda neste trabalho os temas com repercussão geral reconhecida pelo STF e que estão pendentes de julgamento de mérito da questão constitucional.

A referida análise é importante em razão de possível atuação da Fazenda Pública estadual como *amicus curiae* em demandas que sejam de seu interesse. Citaremos a seguir os temas que consideramos mais importantes para os Estados.

Quanto aos tipos de relevância, no que tange à relevância econômica e jurídica, podemos citar o tema 863²⁸ que trata de discussão dos limites da multa fiscal qualificada em razão de sonegação, fraude ou conluio, tendo em vista a vedação constitucional ao efeito confiscatório.

Noutro giro, o tema 289²⁹, que trata a discussão sobre o bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos, é outro exemplo de discussão inerente à atuação da Fazenda Pública Estadual e que se pode verificar a interpretação do STF ao reconhecer as relevâncias política, social e econômica em razão da matéria interferir nas receitas públicas e alcançar grande número de interessados.

Podemos citar ainda o tema 698³⁰, que diz respeito aos limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção. Neste caso, o STF reconheceu a repercussão geral em razão da relevância jurídica e social da questão constitucional, além de sua transcendência, eis que a discussão afeta toda a sociedade brasileira que utiliza os serviços públicos de saúde.

Também foi possível identificar que o STF busca manifestar o seu entendimento em temas com questões hodiernas e com grande repercussão no atual cenário da sociedade, como no tema 1055³¹ que discute a responsabilidade civil do Estado em relação a profissional da imprensa ferido, em situação de tumulto, durante cobertura jornalística.

28 Tema 863: Limites da multa fiscal qualificada em razão de sonegação, fraude ou conluio, tendo em vista a vedação constitucional ao efeito confiscatório.

29 Tema 289: Bloqueio de verbas públicas para garantia de fornecimento de medicamentos.

30 Tema 698: Limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção.

31 Tema 1055: Responsabilidade civil do Estado em relação a profissional da imprensa ferido, em situação de tumulto, durante cobertura jornalística.

Neste caso, aparentemente específico, o STF reconheceu a relevância da matéria dos pontos de vista jurídico, político e social e a sua transcendência, por se tratar de questão que é aplicada a toda sociedade.

Ademais, no tema acima exposto, o Ministro Relator Marco Aurélio acrescentou em sua manifestação que “*está-se diante de tema a exigir pronunciamento do Supremo*”, o que denota como STF tenta se articular acerca de questões que considera relevantes para a sociedade naquela determinada conjuntura.

Cabe também ressaltar que alguns temas podem ter seu objeto julgado em um determinado momento como ausente de repercussão geral e, em outro cenário político e social, o STF pode reconhecer a repercussão geral da matéria, nos moldes do artigo 103 do RISTF³².

Tal divergência nos julgamentos ocorre não por discricionariedade ou arbitrariedade da Corte, como já mencionado neste trabalho, mas por consequência do próprio conceito indeterminado de repercussão geral trazido pelo legislador.

Com efeito, podemos citar como exemplo o tema 1002³³, cuja discussão é relativa ao pagamento de honorários à Defensoria Pública, em litígio com ente público ao qual é vinculada. A questão já foi apreciada pelo STF no tema 134³⁴, que, naquela oportunidade, não perfilhou a repercussão geral da matéria.

Na ocasião do julgamento do tema 134, a Corte, embora tenha reconhecido o caráter constitucional do assunto, negou-lhe repercussão geral por considerar ausente o requisito da relevância jurídica, econômica, social e política.

Com o advento da edição da súmula 421 do STJ³⁵ e da edição das Emendas Constitucionais nº 74/2013 e nº 80/2014, houve relevante alteração do quadro normativo vigente à época em que foi fixada a tese do tema nº 134, conforme asseverou o voto o relator.

Assim, a matéria voltou a ser analisada sob tema 1002, momento em que o Ministro Relator Marco Aurélio se manifestou pela necessidade de viabilizar a rediscussão da questão buscando “*não engessar a jurisprudência à vista de novas necessidades ou de uma mudança de perspectiva com o passar do tempo*”.

32 Art. 103. Qualquer dos Ministros pode propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na Súmula, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário.

33 Tema 1002: Discussão relativa ao pagamento de honorários à Defensoria Pública, em litígio com ente público ao qual vinculada.

34 Tema 134: Direito a honorários advocatícios quando a Defensoria Pública Estadual representa vencedor em demanda ajuizada contra o Estado ao qual é vinculada.

35 Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença.

Nesse sentido, após reanalisar a matéria sob o tema 1002, o STF reconheceu a repercussão geral da questão constitucional, sob os pontos de vista econômico, político, social e jurídico.

7 Conclusão

No presente trabalho, buscou-se trazer um panorama geral de como o STF tem realizado a análise e aplicação do instituto da repercussão geral, bem como, de forma mais direcionada, buscou-se compreender como as matérias relevantes sob os diversos aspectos considerados pelo STF são delineadas nos temas inerentes à Fazenda Pública estadual.

Concluiu-se que o conceito de repercussão geral é amplo e indeterminado, de modo que não há como obter uma resposta definitiva e objetiva, que possibilitaria a classificação taxativa das matérias apresentada à Corte Suprema. Dessa forma, mesmo estudando profundamente os citados temas, não há como estabelecer um padrão e afirmar categoricamente quando uma questão possui ou não repercussão geral, apenas pela análise dos julgamentos pretorianos. Afinal, ao longo do tempo, o contexto social pode mudar e, conseqüentemente, a interpretação do STF, conforme foi verificado.

A tendência, porém, é que, à medida que o instituto da repercussão geral seja aplicado, diminua cada vez mais o grau de indeterminação dos conceitos vagos utilizados pelo legislador. No entanto, não faz parte do papel Constitucional do Supremo atingir uma determinação matemática acerca da existência ou não de repercussão geral, cabendo-lhe, outrossim, atuar para a uniformização de entendimentos sobre uma mesma questão e que estejam em divergência. Verificou-se que influenciam no julgamento da repercussão geral fatores como a interpretação fática que o Tribunal *a quo* faz do caso concreto e a conjuntura social no momento do julgamento.

Por meio da análise dos temas de repercussão geral inerentes à Fazenda Pública estadual, foi possível identificar uma linha de raciocínio que o STF realiza ao avaliar quando a questão tem ou não repercussão geral, o que será de grande valia para as Procuradorias para aprimorar sua atuação junto Supremo Tribunal.

Contudo, jamais haverá uma determinação exata sobre o alcance desses conceitos indeterminados do instituto da repercussão geral, pois é da essência deles que não sejam petrificados em sentidos retirados de interpretações momentâneas, tendo em vista que devem se adaptar às mudanças da nossa sociedade pluralista.

8 Referências

ALVIM, José Manoel de Arruda. *A arguição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

_____. A EC nº 45 e o instituto da repercussão geral. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*. (obra coletiva). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

AZEM, Guilherme Beux Nassif. *Recurso extraordinário e repercussão geral*. Páginas de Direito, 2014. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/RECURSOEXTRAORDINARIOEREPERCUSSAOGERAL.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, de 16 mar. 2015. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral: Relatório*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeralRelatorio>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questões práticas. Processamento quanto aos recursos múltiplos no Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=processamentoMultiplo>>. Acesso em: 31 jan. 2015.

DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

Emenda Constitucional nº 45/2004, 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm> Acesso em: 18 jul. 2019.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Kalouste Gulbenkian, 1996.

Exposição de motivos 40, do *Ministério da Justiça*, de 05.04.2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/MJ/2007/40.htm. Acesso em: 17 dez. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 2007.

Medida Provisória nº 2.226/2001, 4 de setembro de 2001. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2226.htm#art1.896a> Acesso em: 18 jul. 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Regimento interno, atualizado até a Emenda Regimental nº51 de 2016. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_ER_51_web.old.pdf> Acesso em: 18 jul. 2019.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Jus-PODIVM, 2015, p. 201.

SILVA, Thais Prata da. *Controle judicial do ato administrativo praticado com base em dispositivo legal contendo conceito jurídico indeterminado*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual. Vitória, 2008.

TOURINHO, Rita. A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro/RJ, v. 237, 2004, p. 317 - 326.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição. Recursos repetitivos: realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2.º grau. *Revista de Processo*. São Paulo/SP, v. 36, n. 191, p. 187-197, 2011.

2

PARECER



2.1

IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DAS FÉRIAS-PRÊMIO EM PECÚNIA POR VONTADE ADMINISTRATIVA

BRENDA AVELAR DALLA BERNARDINA*

SUMÁRIO: 1 Apresentação Do Problema. Caso Prático. Parecer Pge/Pca Nº 00856/2014. 2 Fundamentação. Legislação E Jurisprudência Relacionada. 3 Conclusão. Impossibilidade De Conversão Das Férias-Prêmio Em Pecúnia Por Vontade Administrativa.

PALAVRAS-CHAVES: Licença-prêmio. Férias-prêmio. Casos em que cabe indenização. Impossibilidade em conversão em pecúnia.

1 Apresentação do problema

Trata-se de consulta encaminhada pela SEGER por implicação do Decreto Nº 2323-R, de 04 de agosto de 2009, publicado em 05/08/2009, que estabeleceu que todas as consultas administrativas relativas à análise jurídica de questões afetas à área de recursos humanos somente poderão ser encaminhadas à Procuradoria Geral do Estado pela Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos.

A questão objeto do exame foi inicialmente formulada pela Secretaria de Estado da Fazenda – SEFAZ, sobre a possibilidade jurídica (ou não) de pagamento a servidores públicos estaduais de indenização prévia em caráter substitutivo à licença-prêmio, regulada pelo artigo 118 e seguintes da Lei Complementar nº 46/94, sob o argumento de que 138 auditores completariam concomitantemente em 2014 decênio de exercício ininterrupto, adquirindo o direito ao benefício, e que sua ausência simultânea por um período de três meses para fruição das férias-prêmio comprometeria sobremaneira as atividades prestadas pela Secretaria, causando transtornos operacionais às atividades da repartição.

É o sucinto relatório.

* Pós-graduação *Lato Sensu* UNIVILA. Graduação UFES. Procuradora do Estado – Estado do Espírito Santo

2 Fundamentação

Preliminarmente, ao se tratar especialmente com pessoas tem-se que se ter em mente que a Legislação sempre deve ser vista como um todo relacionado, pois nenhuma lei dentro de um Estado Democrático de Direito legisla de forma independente. E acima de todas as normas temos a Constituição Federal, que deve ser ovacionada especialmente no que se refere às Cláusulas Pétreas e Princípios Fundamentais.

No contexto da presente análise, importante a reprodução do Preâmbulo e dos artigos 1º; 2º; 5º; 7º; 37 e 39 da CF:

PREÂMBULO

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

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

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

(...)

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XV - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

Art. 39 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

(...)

§ 3º - Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no Art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

É salutar no Estado Democrático de Direito que o ente estatal esteja obrigado aos deveres impostos na Constituição Federal, visto que eles são uma forma de garantir e promover a dignidade da pessoa humana.

Os direitos constitucionais fundamentais são o alicerce do Estado Contemporâneo, na medida em que asseguram e evitam abusos dos dirigentes em face dos particulares, por isso todo direito fundamental implementado na realidade prática não pode sofrer abalo no que concerne à sua efetividade, por nenhuma medida estatal, haja vista o caráter progressivo desses direitos e, principalmente, em razão de sua essência de fundamentalidade, o que traz, por consequência, a vedação ao retrocesso na fruição dos direitos.

Sendo os direitos dos trabalhadores um direito fundamental social, merecem proteção jurídica eficiente contra atos estatais que visem a suprimi-los ou alterá-los, sem que ocorram medidas compensatórias similares.

Ademais, a CF/88 estabelece apenas as garantias essenciais básicas, podendo os direitos, que também receberam igual proteção, serem ampliados por Legislação adjacente.

Evocando de forma desvirtuada os Princípios da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e da Continuidade do Serviço Público, e justificando ser “em razão de interesse público”, propõe a SEFAZ

“o cancelamento por parte do poder Executivo, do benefício de férias-prêmio para aqueles auditores considerados, pela administração, necessários ao bom andamento das atividades fazendárias, com a conseqüente indenização de um subsídio mensal por cada mês de férias-prêmio cancelada, desde que houvesse a aquiescência do servidor” (fl. 03).

Mas não é só, a Secretaria “ratifica que a sugestão de substituição das férias-prêmio por indenização além de prática legal, vem sendo adotada em várias áreas da Administração Pública” (fl. 08), com base em decisões judiciais em que foram convertidas em pecúnia licença-prêmio ou férias não gozadas – desconsiderando que nas decisões trazidas o vínculo com a Administração já estaria rompido; argumentando por fim que conceder o direito da licença-prêmio aos servidores que fazem jus ao mesmo “não traz grande economia financeira” ao Estado (fl. 09).

A SEGER se posicionou de maneira contrária à “sugestão” da SEFAZ, mediante entendimento que não carece de qualquer reparo (fls. 12-17); sobre o qual discutiremos com mais vagar a seguir.

O instituto das férias-prêmio foi estatuído no âmbito estadual aos servidores públicos civis do Estado do Espírito Santo pela Lei Complementar nº 46/1994, no artigo 118, *caput*, devendo ser interpretado à luz do artigo 108, da mesma Lei Estadual, *in verbis*:

Art. 108. Após cada decênio ininterrupto de efetivo exercício prestado à administração direta, autarquias e fundações do Estado do Espírito Santo, o servidor público em atividade terá direito a um adicional de assiduidade, em caráter permanente, correspondente a 2% (dois por cento) do vencimento básico do cargo, respeitado o limite de 15% (quinze por cento) com integração da mesma vantagem concedida anteriormente sob regime jurídico diverso.

Art. 118. As férias-prêmio serão concedidas ao servidor público efetivo que, tendo adquirido direito ao adicional de assiduidade de acordo com o art. 108, optar por esse afastamento.

Parágrafo único. O servidor público que optar pelo benefício constante deste artigo, deverá requerê-lo no prazo de até sessenta dias imediatamente anteriores à data prevista para aquisição do direito.

Ainda para a questão em estudo com relação ao instituto das “férias-prêmio”, premente ressaltar os artigos abaixo listados, que terão relevância para resolução da questão posta:

Art. 111. O servidor público com direito ao adicional de assiduidade poderá optar pelo gozo de 3 (três) meses de férias-prêmio, na forma prevista no art.118.

Art. 119. O número de servidores públicos em gozo simultâneo de férias-prêmio não poderá ser superior à sexta parte do total da lotação da respectiva unidade administrativa.

§ 1º Quando o número de servidores públicos existentes na unidade administrativa for menor que seis, somente um deles poderá ser afastado, a cada mês.

§ 2º Na hipótese prevista neste artigo, terá preferência para entrada em gozo de férias-prêmio o servidor público que contar maior tempo de serviço público prestado ao Estado.

§ 3º As férias-prêmio deverão ser gozadas de uma só vez.

Art. 120. O servidor público terá, a contar da publicação do ato respectivo, o prazo de trinta dias para entrar em gozo de férias-prêmio.

Art. 121. É vedada a interrupção das férias-prêmio durante o período em que for concedida.

Nesse momento cabe uma pequena digressão história sobre a alteração da modalidade remuneratória que passou a ser a mais utilizada para os cargos da Administração Pública em Geral.

À época da edição da Lei Complementar Estadual nº 46/1994, não raro, o servidor público estadual efetivo do Espírito Santo recebia sua remuneração por vencimentos; forma remuneratória que permitia a concessão de vantagens pecuniárias adesivas. Dessa forma, a cada decênio ininterrupto de efetivo exercício prestado à Administração Pública Estadual, o servidor teria direito a um adicional de assiduidade, em caráter permanente, correspondente a 2% (dois por cento) do vencimento básico do cargo.

Todavia, esse mesmo servidor poderia optar, ao invés do adicional de assiduidade, por gozar as chamadas “férias-prêmio”, desde que op-

tasse por esse afastamento no prazo de até sessenta dias imediatamente anteriores à data prevista para aquisição do direito.

Não obstante, mais recentemente, o recebimento da remuneração por subsídio passou a ser a modalidade remuneratória amplamente mais utilizada pela Administração Pública em Geral, e não mais os vencimentos, sobretudo no Estado do Espírito Santo.

Nesse contexto, a sistemática de remuneração do servidor público por meio de subsídio afasta o direito à percepção de adicionais como o de assiduidade, aqui estudado, haja vista ser incompatível com a percepção de outras parcelas de natureza remuneratória, conforme atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, como se confere na Rcl 32774 MC, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 17/12/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31/01/2019 PUBLIC 01/02/2019)¹.

Dessa forma, mediante a percepção da remuneração por subsídio, que não permite a concessão de vantagens pecuniárias adesivas, as férias-prêmio passaram a ser a única “opção” de benefício ao servidor que completa dez anos ininterruptos de efetivo exercício prestado à Administração.

Nesse interim, parafraseando o Parecer PGE/SCA n^o 645/2006,

“O regime de subsídios, contudo, transforma as férias-prêmio de direito potestativo para direito subjetivo. Isso porque já não há mais a opção pelo recebimento do adicional de assiduidade – este é vedado, pois se cuida do direito de natureza pecuniária. Desse modo, deixa de fazer sentido a opção prevista em lei: há apenas uma alternativa. Por isso, incorreto dizer que o direito material de gozo de férias-prêmio, no caso, surgirá com a opção a ser exercida pelo servidor. (...) Os demais continuam podendo receber o adicional de assiduidade” (fl. 13 verso)

A SEFAZ explica que “*dos Auditores Fiscais admitidos em 1984, no total de 212 (duzentos e doze), 138 (cento e trinta e oito) completam em 2014, um decênio de exercício ininterrupto (...), fazendo jus, por consequência, às férias-prêmio*” (fl. 02), e que tal situação, de gozo simultâneo de 138 benefícios de férias-prêmio provocaria déficit de pessoal incontornável.

Conforme consta nos autos, a SEFAZ possui 364 servidores em exercício, motivo pelo qual não vislumbramos a ocorrência da esboçada alarmante situação de inatividade temida pela Consulente. Ex-

1 Acesso em: 01/08/2019: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000388034&base=baseMonocraticas>

plicamos, por mais que coincida o momento de aquisição do direito às férias-prêmio dos servidores, a ausência simultânea não poderá ser superior à sexta parte do total da lotação de uma mesma unidade administrativa, ou seja, no presente caso, até 60 servidores, nos termos do artigo 119 da LC nº 46/94.

Adicionalmente, se cabe à Administração oportunizar o melhor momento para a concessão de férias de seus servidores consoante sua conveniência e interesse, o mesmo raciocínio pode ser aplicado às férias-prêmio, uma vez que irrefutavelmente, ao menos para boa parte dos servidores a serem beneficiados, terão de ser exercidas em data posterior à do vencimento do decênio.

Seguindo por essa linha de entendimento, a SEFAZ também pode se valer do § 4º do art. 115 da Lei Complementar nº 46/94, já que seu conteúdo visa exatamente prevenir o comprometimento da atividade administrativa, *in verbis*:

Art. 115. (...)

§ 4º As férias observarão a escala previamente publicada, não sendo permitido o afastamento, em um só mês, de mais de um terço dos servidores públicos de cada setor.

Recomendamos, aliás, devido ao grande número de servidores a adquirir o direito, que a SEFAZ elabore Portaria interna para definir critérios objetivos de “desempate” se os previstos na LC nº 46/94 não forem suficientes (art. 119, § 2º), como por exemplo dar preferência ao que primeiro requerera o benefício, podendo-se criar uma escala predeterminedada, para que não ocorra conflitos inclusive com as férias regulares dos servidores.

O nosso posicionamento a fim de se viabilizar a concessão e gozo das férias prêmio aos servidores em atividade, resta calcado em que seria um contrassenso afastar um direito posto. O princípio da vedação ao retrocesso é uma garantia constitucional implícita, decorrente do denominado bloco de constitucionalidade, tendo sua matriz axiológica nos princípios da segurança jurídica, da máxima efetividade dos direitos constitucionais e da dignidade da pessoa humana, porém se constitui em um princípio autônomo, com carga valorativa eficiente própria.

Tal princípio alude à ideia de que o Estado, após ter implementado um direito fundamental, não pode retroceder, ou seja, não pode praticar algum ato que vulnere um direito que estava passível de fruição, sem que haja uma medida compensatória efetiva correspondente.

Nessa esteira, considerando que os direitos laborais lapidados na Carta Magna de 1988 são direitos humanos, estes também estão jun-

gidos à garantia constitucional da não retrocessão, principalmente em face da expressa natureza progressiva estampada no caput do art. 7º da Constituição Republicana: “*Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.*”

Diante da norma transcrita, denota-se que a CR/88 fixa uma gama de direitos sociais dos trabalhadores e, ainda, claramente firma posição ao fazer constar explicitamente em seu texto a expressão “*além de outros*” de que outras normas que porventura advierem devem trazer ao obreiro uma condição social melhor do que a anteriormente alcançada no mundo fenomênico.

Calha acrescentar que os direitos sociais possuem a característica da progressividade, isto é, a sua alteração deve ocorrer para amoldar a sociedade às mutações na vida cotidiana. Entretanto a dita alteração apenas pode vir a acontecer desde que implique acréscimo à carga de fruição, de efetividade na realidade prática ou, no máximo, modificação, sem perda da concretude para o trabalhador, ou, por óbvio, também aos servidores públicos.

Retirar de alguns de seus servidores o direito de usufruir uma benesse legalmente estabelecida, ainda que seja um direito subjetivo, seria um abuso do Estado, usufruindo-se da força de trabalho de seus subordinados, ao mesmo tempo em que lhes transfere sua obrigação de continuidade na prestação de serviços públicos.

Como conjecturado acima, poderá a Administração oportunizar o melhor momento para a concessão das férias-prêmio, não havendo, portanto, motivos plausíveis para se afrontar direitos legalmente concedidos, quanto mais a pretexto de atender interesse público.

Frente ao exposto, importante exaltarmos os Princípios da Isonomia e da Legalidade.

O princípio da isonomia é um princípio basilar em nosso ordenamento jurídico – artigo 5º, *caput*, CF/88 –, devendo a Secretaria agir com impessoalidade seja qual for o servidor ao qual se destina sua conduta, não podendo atuar arbitrariamente de modo diferenciado com uns em detrimento de outros, com base no critério da justiça.

Dessa maneira, não pode a Administração exigir de seus subordinados, somente porque exercem suas funções com excelência, que abduquem de direito seu, ressaltando a não existência de previsão legal para tal comportamento e o risco de configuração de enriquecimento ilícito do Estado.

A fim de evitar o locupletamento ilegítimo, propõe a SEFAZ o pagamento de “*consequente indenização de um subsídio mensal por cada mês de férias-prêmio cancelada*” (fl. 03). Todavia, se equivoca a Secretaria, pois a indenização ventilada não possui essa estirpe, de compensação ou

contrapartida, e sim de ressarcimento por um dano causado, e nesse sentido estão todos os julgados trazidos aos autos.

Para que não restem dúvidas, apresentamos inteligência fixada pelo STF sobre a matéria:

NOTÍCIAS STF²

Segunda-feira, 04 de março de 2013

STF reafirma entendimento sobre indenização devida a servidor por férias não usufruídas

O Supremo Tribunal Federal (STF), por meio do Plenário Virtual, reafirmou jurisprudência dominante da Corte no sentido da possibilidade de conversão em pecúnia de férias não usufruídas por servidor público, a bem do interesse da Administração. A decisão ocorreu na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 721001 que teve repercussão geral reconhecida.

O recurso foi interposto pelo Estado do Rio de Janeiro contra decisão que considerou inadmissível recurso extraordinário interposto contra acórdão (decisão colegiada) do Tribunal de Justiça fluminense (TJ-RJ), que manteve sentença para reconhecer o direito de um servidor público à conversão em pecúnia de férias não usufruídas, a bem do interesse da Administração, a título indenizatório e em observância ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa.

O autor apontava violação aos artigos 2º e 37, caput, da Constituição Federal, ao argumento de que não existe previsão legal que autorize a conversão de férias não usufruídas em pecúnia. Sustentava que o Plenário do Supremo, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 227, considerou inconstitucional o artigo 77, inciso XVII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que assegura ao servidor a conversão em pecúnia das férias não gozadas, segundo sua opção.

Em sua manifestação, o relator do ARE, ministro Gilmar Mendes, registrou a inaplicabilidade da ADI 227 ao caso, tendo em vista que a inconstitucionalidade declarada na ação direta referia-se ao artigo 77, XVII, da Constituição Estadual do Rio de Janeiro, dispositivo que atribuía ao servidor público a faculdade de optar pelo gozo das férias ou por sua transformação em pecúnia indenizatória, “deixando ao seu arbítrio a criação de despesa para o erário”. “No caso dos autos, diferentemente, o acórdão recorrido assegurou ao servidor público a conversão de férias não gozadas em pecúnia, em razão da vedação ao locupletamen-

2 <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=232437>

to ilícito por parte da Administração, uma vez que as férias devidas não foram gozadas no momento oportuno, quando o servidor ainda se encontrava em atividade”, ressaltou.

Conforme o ministro Gilmar Mendes, “*com o advento da inatividade, há que se assegurar a conversão em pecúnia de férias ou de quaisquer outros direitos de natureza remuneratório, entre eles a licença-prêmio não gozada, em face da vedação ao enriquecimento sem causa*”. Ele salientou que esta fundamentação adotada está amparada por jurisprudência pacífica do Supremo, que se firmou no sentido de que é assegurada ao servidor público a conversão de férias não usufruídas ou de outros direitos de natureza remuneratória em indenização pecuniária, dada a responsabilidade objetiva da Administração Pública em virtude da vedação ao enriquecimento sem causa.

Dessa forma, o relator manifestou-se pelo reconhecimento da repercussão geral da matéria e, no mérito, pela reafirmação da jurisprudência do Supremo, no sentido de que é devida a conversão de férias não gozadas bem como de outros direitos de natureza remuneratória em indenização pecuniária por aqueles que não mais podem delas usufruir, seja por conta do rompimento do vínculo com a administração, seja pela inatividade, em virtude da vedação ao enriquecimento sem causa da Administração. Assim, o ministro Gilmar Mendes conheceu do agravo, mas negou provimento ao recurso extraordinário, tendo sido seguido por maioria dos votos em julgamento realizado pelo Plenário Virtual do STF.

De acordo com o artigo 323-A, do Regimento Interno do Supremo (RISTF), nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte, o julgamento de mérito de questões com repercussão geral também pode ser realizado por meio eletrônico.

EC/AD

Processos relacionados: ARE 721001

No tocante à matéria em questão, o Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral, conforme tese de número 635, tendo exatamente como processo paradigma o ARE 721001, assentou o entendimento no sentido do *cabimento de conversão em pecúnia de licença não gozada por servidor público por ocasião de sua inatividade*. Senão vejamos:

TESE 635 - Direito de servidores públicos ativos à conversão de férias não gozadas em indenização pecuniária: E assegurada ao servidor público inativo a conversão de férias não gozadas, ou de outros direitos de natureza remuneratória, em indenização pecuniária, dada a responsabilidade objetiva da Administração Pública em virtude da vedação ao enriquecimento sem causa. Obs.: após a oposição de

embargos de declaração o STF decidiu permitir o processamento do recurso extraordinário para julgar a questão em relação aos servidores públicos em atividade.

1. Recurso extraordinário com agravo, 2. Administrativo. Servidor Público. 3. Conversão de férias não gozadas bem como outros direitos de natureza remuneratória - em indenização pecuniária, por aqueles que não mais podem delas usufruir. Possibilidade. Vedação do enriquecimento sem causa da Administração. 4. Repercussão Geral reconhecida para reafirmar a jurisprudência desta Corte. (ARE 721001 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 28/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-044 DIVULG 06-03-2013 PUBLIC 07-03-2013).

Diante do posicionamento de nossa Suprema corte, forçoso concluir que se vislumbra o pagamento de indenização nas hipóteses em que não mais for possível gozar do direito, o que se coaduna com o estipulado nos §§ 8º e 10 do art. 115 da LC nº 46/94, *in verbis*:

Art. 115. (...)

(...)

§ 8º A exoneração de servidor com períodos de férias completos ou incompletos determinará um cálculo proporcional, a razão de 1/12 (um doze avos) por mês:

a) Para indenização do servidor, na hipótese das férias não terem sido gozadas;

b) Para ressarcimento ao erário público, na hipótese das férias terem sido gozadas sem ter completado período aquisitivo.

(...)

§ 10 Aplica-se ao servidor, no ano em que se der a sua aposentadoria, o disposto no §§ 8º e 9º deste artigo.

Ainda divagando sobre o assunto, o que temos é o pagamento pela Administração do valor correspondente ao que o servidor receberia se tivesse gozado do direito enquanto em atividade, sendo-lhe pago para que o ente público não se locuplete ilicitamente, uma vez não mais ser possível a fruição do direito pelo servidor; assemelhando-se a uma reparação pecuniária.

Nesse contexto, enquanto ao servidor público em atividade é facultado o gozo das férias prêmio, ao servidor aposentado ou que não mais tenha vínculo funcional, por sua vez, somente resta a conversão

em pecúnia dos períodos de licença-prêmio não gozados, sob pena de enriquecimento indevido para a Administração Pública (locupletamento ilícito).

Tal conclusão asseverada é remansosa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da possibilidade de conversão da licença-prêmio em pecúnia. Senão vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONVERSÃO EM PECUNIA DA LICENÇA PRÊMIO NÃO GOZADA. TEMA 635 DA REPERCUSSÃO GERAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. HONORÁRIOS NÃO FIXADOS PELA ORIGEM. MAJORAÇÃO DESCABIDA. AGRAVO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. I - O acórdão recorrido está em consonância com o que foi decidido no Tema 635 da repercussão geral, no julgamento do ARE 721.001-RG/RJ, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no sentido de que é assegurada ao servidor público a conversão de férias não gozadas, ou de outros direitos de natureza remuneratória, em indenização pecuniária por aqueles que não mais podem delas usufruir, seja pelo rompimento do vínculo com a Administração, ou seja pela inatividade, em virtude da vedação ao enriquecimento sem causa da Administração. II - (...) (ARE 1056167 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 07/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-262 DIVULG 17-11-2017 PUBLIC 20-11-2017)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIDOR PÚBLICO. LEI COMPLEMENTAR Nº 857/99/SP. LICENÇA -PRÊMIO. CONVERSÃO EM PECÚNIA. ADI Nº 2.887/SP-STF. DIREITO ADQUIRIDO. REQUISITOS, CONCESSÃO. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. A Corte, no julgamento da ADI nº 2.887/SP, declarou parcialmente procedente a ação proposta em face da LC nº 857/99/SP para assegurar o direito à conversão das licenças-prêmio não gozadas em pecúnia aos servidores que já houvessem implementado as condições legais para aquisição desse benefício. 2. Para dissentir do entendimento firmado pelo Tribunal de origem de que o agravado já havia implementado os requisitos necessários ao gozo do direito, quando do advento da LC no 857/99, seria necessário analisar a legislação local e o conjunto fático-probatório dos autos. Incidência das Súmulas nos 280 e 279/STF. 3. Agravo regimental não provido. (STF - ARE: 707899

SP, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 10/09/2013, Primeira Turma, Data de publicação: DJe-214 DIVULG 28-10-2013 PUBLIC 29-10-2013)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. HIPOSSUFICIÊNCIA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SERVIDOR PÚBLICO. LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA E NÃO CONTADA EM DOBRO. CONVERSÃO EM PECÚNIA. POSSIBILIDADE. 1. Revisar o entendimento da Corte regional, que entendeu ser possível a concessão do benefício da gratuidade de justiça na hipótese, ao argumento de que ficou comprovada a hipossuficiência, importaria em revisão do conteúdo probatório dos autos, providência incabível na via eleita, diante do óbice imposto pela Súmula 7/STJ. 2. O entendimento do STJ se firmou no sentido de que é devida ao servidor público aposentado a conversão em pecúnia da licença-prêmio não gozada e não contada em dobro para aposentadoria, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração. 3. Recurso especial de que se conhece em parte e, nessa extensão, nega-se-lhe provimento. (RESP 1682739/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 23/08/2017)

Nesse mote, agora sob a vertente do Princípio da Legalidade, pode-se dizer certamente que esse princípio é a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita³.

O princípio *“implica subordinação completa do administrador à lei. Todos os agentes públicos, desde o que lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumentos da fiel e dócil realização das finalidades normativas”*⁴. Na clássica e feliz comparação de Hely Lopes Meirelles, enquanto os indivíduos no campo privado podem fazer tudo o que a lei não veda, o administrador só pode atuar onde a lei autoriza⁵.

Enfim, na proposição ventilada nos autos administrativos, a Administração não teria tamanha liberdade para agir fora da lei, escolhendo propositalmente causar um dano, já que só lhe é permitido fazer o previsto em lei e, quando muito, com certa discricionariedade com limites também preestabelecidos por lei.

3 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 21. ed. editora Lumen Juris, RJ – 2009, p. 19.

4 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Legalidade, Motivo e Motivação do Ato Administrativo*, in RDP nº 90/1989. pp. 57-58.

5 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Editora Malheiros - São Paulo, 1993, p.83, SP – 1993, p. 83.

Em tempo, informa a SEGER que *“a despeito da alegada otimização que a indenização de férias-prêmio traria às atividades administrativas da SEFAZ, não há qualquer autorização normativa, seja em lei, Decreto ou diverso regulamento estadual, que autorize o gestor público a converter o benefício em pecúnia e, conseqüentemente, pagar tais valores aos servidores beneficiados”* (fl. 15 verso).

Por conseguinte, a SEFAZ optar por pagar/comprar (indenizar) as férias-prêmio, mesmo que com a aquiescência do servidor possuidor do direito, seria uma arbitrariedade. Ainda que se entendesse que de alguma maneira os direitos dos servidores afetados pela medida ficariam resguardados, se estaria ofendendo o Sistema Legal como um todo, desafiando normas, regras e princípios.

Afeto ao assunto, ensina Jose dos Santos Carvalho Filho⁶:

“Enquanto atua nos limites da lei, que admite a escolha segundo aqueles critérios, o agente exerce a sua função com discricionariedade, e sua conduta se caracteriza como inteiramente legítima.

Ocorre que algumas vezes o agente, a pretexto de agir discricionariamente, se conduz fora dos limites da lei ou em direta ofensa a esta. Aqui comete arbitrariedade, conduta ilegítima e suscetível de controle de legalidade. Neste ponto se situa a linha diferencial entre ambas: não há discricionariedade contra legem”.

Por fim, à mingua de um instrumento legislativo, inclusive para valorar bem como permitir a *“compra”* da licença-prêmio pela Administração, já que o valor da indenização aqui discutido se consubstancia no montante a que o servidor já receberia se tivesse usufruído do direito em tempo próprio – a despeito de eventuais juros e correções –, entendemos não haver respaldo seja legal seja valorativo para substituição das férias-prêmio por indenização, restando tal hipótese em inovação jurídica sem base legal.

Por derradeiro, aos que por ventura, tal como proposto pela SEFAZ, entendam que seria indenização suficiente o pagamento no valor de *“um subsídio mensal por cada mês de férias-prêmio cancelada”* ainda que com a aquiescência do servidor, alertamos que tal assertiva padece de lógica, podendo inclusive gerar futuros danos ao Estado, quando do pagamento de novas indenizações por a Administração ter aviltado direitos de seus servidores; pois o pagamento *“em dobro”* seria o mínimo

6 CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, 21. ed., editora Lumen Juris, RJ – 2009, p. 48.

devido, considerando a contraprestação ao serviço efetivo prestado do mês trabalhado e a contraprestação referente ao mês que deveria estar em gozo das férias-prêmio.

3 Conclusão

Ante a consulta apresentada nos autos e com base nos argumentos supra defendidos, entendemos que não é possível atender ao requerimento formulado pela SEFAZ para conversão das férias-prêmio de seus servidores em pecúnia por vontade administrativa, sobretudo pela falta de amparo legal e preservação de direitos basilares e princípios aplicáveis a Administração Pública.

É o parecer.

4 Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Legalidade, Motivo e Motivação do Ato Administrativo*, in RDP nº 90/1989.

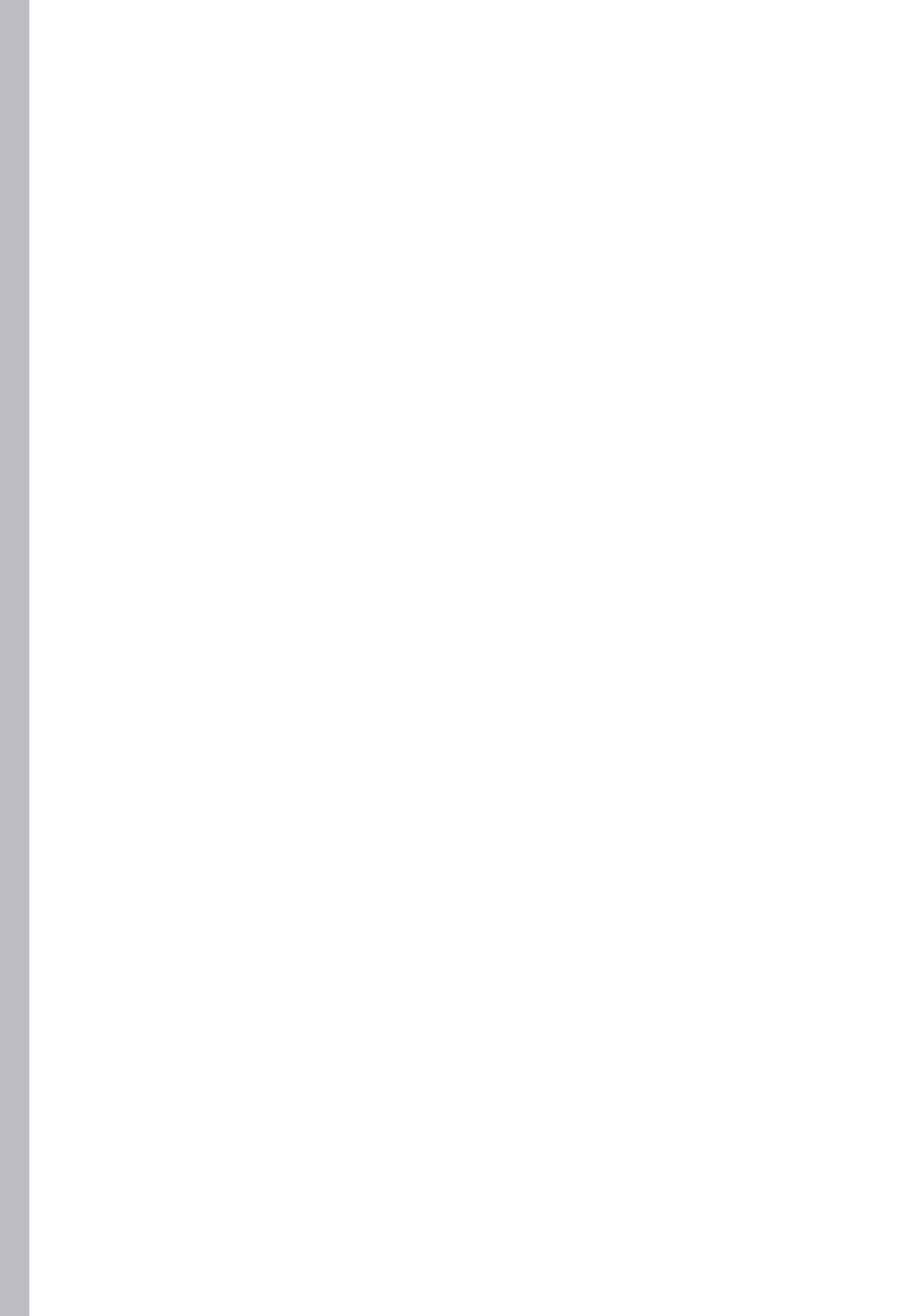
CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. edit. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 18. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1993.

ANEXO

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO





A Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo é uma publicação anual de informações técnico-científicas na área do Direito e destina-se à divulgação de:

- I. artigos, ensaios e outros trabalhos doutrinários relacionados ao conhecimento jurídico;
- II. pareceres;
- III. resenhas ou traduções de artigos, ensaios ou livros jurídicos;
- IV. comentários de decisões jurisprudenciais;
- V. trabalhos forenses desenvolvidos pela Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo e
- VI. decisões jurisprudenciais.

Serão aceitos trabalhos confeccionados por membros da comunidade jurídica em geral.

Não serão aceitos os trabalhos que não obedecerem às normas e às instruções aprovadas pelo Conselho Editorial, dispostas a seguir.

O envio dos trabalhos deve ser feito por correio eletrônico para o endereço: cei@pge.es.gov.br. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word. Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).

Os parágrafos devem ser alinhados à esquerda, não devendo ser utilizados recuos, deslocamentos, espaçamentos antes ou depois, nem o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já determina, automaticamente, a sua abertura.

Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm.

A formatação do tamanho do papel deve ser A4.

Como fonte, deve-se usar Arial, corpo 12.

Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico. Não deve ser usado o **negrito** ou o sublinhado.

Os artigos científicos deverão ter entre 20 e 50 laudas.

Os trabalhos deverão ser precedidos por uma página da qual se fará constar: título do trabalho, nome do autor (ou autores), qualificação (titulação acadêmica, associações ou outras instituições de que seja integrante e

a principal atividade exercida), acompanhado de endereço completo para correspondência, telefone, e-mail e autorização de publicação com a assinatura do TERMO DE CESSÃO GRATUITA DE DIREITOS AUTORAIS.

O texto propriamente dito do artigo deverá conter:

- I. parte introdutória,
- II. corpo do trabalho com desenvolvimento livre,
- III. conclusões,
- IV. referências.

As citações deverão obedecer às normas estabelecidas na NBR 10520/2002 da ABNT.

As tabelas deverão ser confeccionadas com recursos próprios do editor de texto utilizado pelo autor.

Todas as citações deverão aparecer ao final do texto nas referências, em ordem alfabética.

As referências deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/ 2002 da ABNT.

Uma referência básica deve conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; *vírgula*; nome do autor em letras minúsculas; *ponto*; título da obra em *itálico*; *ponto*; número da edição (a partir da segunda); *ponto*; local; *dois pontos*; editora (não usar a palavra editora); *vírgula*; ano da publicação; *ponto*, como no exemplo a seguir:

NERY JUNIOR, Nelson ; NERY, Rosa Maria de Andrade. <i>Código de Processo Civil Comentado</i> . 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

As citações e as referências são de inteira responsabilidade do(s) autor(es).

As referências legislativas ou jurisprudenciais devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de sites de internet, deve-se indicar expressamente, entre parênteses, a data de acesso.

Os trabalhos deverão ser precedidos de um Sumário, no qual deverão constar os itens com até três dígitos, como no exemplo:

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Responsabilidade civil ambiental: legislação. 2.1 Normas clássicas. 2.2 Inovações. 2.2.1 Dano ecológico. 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva. 3 O meio ambiente e a sustentabilidade.

Poderão ser destacadas as palavras-chave (palavras ou expressões que expressem as ideias centrais do texto), que possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho, conforme exemplo a seguir:

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia – Criminalidade organizada – Lavagem de dinheiro – Delinquência econômica.

Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outro tipo de remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo, em qualquer tipo de mídia impressa (papel) ou eletrônica (internet, *CD-ROM*, *e-book* etc.).

Os trabalhos que não se ativerem às normas previstas nesta resolução serão devolvidos a seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial.

Os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos, podendo ser utilizados em edição futura.

Os casos omissos serão resolvidos pelo Conselho Editorial.

ANEXO

**TERMO DE CESSÃO GRATUITA
DE DIREITOS AUTORAIS**

Autorizo o CENTRO DE ESTUDOS E INFORMAÇÕES JURÍDICAS DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO a publicar, na Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo (RPGES), o trabalho de sua autoria intitulado _____

Submete-se, igualmente, ao disposto no Regulamento da Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo (RPGES), aprovado pela Resolução nº 203/2005.

Em consequência, firma o presente termo de cessão gratuita de direitos autorais, referente ao supracitado trabalho, reservando-se somente a observância relativa à propriedade intelectual.

Declara, ainda, serem de sua inteira responsabilidade as ideias e os conceitos nele emitidos, bem como manifesta concordância com as correções necessárias a critério do Conselho Editorial.

_____, _____ de _____ de 20 ____.

O Conselho Editorial se reserva o direito de publicar ou não qualquer dos artigos recebidos, mediante critérios por ele fixados para maior clareza e compreensão, sem interferência no significado do texto. Os originais não serão devolvidos, podendo ser utilizados em edição futura.

