



ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO

DIREITO PÚBLICO:

Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais

DIREITO PÚBLICO:
REVISTA JURÍDICA DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Avenida Afonso Pena, nº 4.000 – Cruzeiro – 30.130.009

Belo Horizonte – MG – Brasil

Fone: (31) 3218-0700 - (31) 3218-0718

<http://www.age.mg.gov.br>

GOVERNADOR DO ESTADO

Romeu Zema Neto

PRESIDENTE DO CONSELHO EDITORIAL

Sérgio Pessoa de Paula Castro

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Anderson Santana Pedra (ES – Universidade Federal do Espírito Santo-UFES e Faculdade de Direito de Vitória – FDV)

Prof. Dr. André Mendes Moreira (MG – Universidade Federal de Minas Gerais-UFMG)

Prof. Dr. Antônio Agostinho Cardoso da Conceição Guedes (PORTUGAL - Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa)

Profª. Draª. Betina Treiger Grupenmacher (PR – Universidade Federal do Paraná)

Profª. Drª. Carla Amado Gomes (Portugal – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)

Prof. Dr. Carlos Víctor Muzzi Filho (MG – Advocacia-Geral do Estado e Faculdade de Direito da FUMEC)

Prof. Dr. David Francisco Lopes Gomes (MG – Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG)

Profª. Drª. Éilda Graziane Pinto (SP – Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo)

Prof. Dr. Elival da Silva Ramos (SP – Universidade de São Paulo-USP)

Prof. Dr. Emerson Gabardo (PR – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná)

Prof. Dr. Érico Andrade (MG – Advocacia-Geral do Estado e Faculdade de Direito da FUMEC)

Prof. Dr. Fernando Facury Scaff (SP – Universidade de São Paulo-USP)

Prof. Dr. Giovanni Christian Nunes Campos (SP – Superintendência da Receita Federal)

Prof. Dr. Jason Soares Albergaria Neto (MG – Advocacia-Geral do Estado e Faculdade de Direito Milton Campos)

Prof. Dr. José Jairo Gomes (DF – Procuradoria-Geral da República)

Prof. Dr. Juarez Freitas (RS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRS)

Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana (CE – Procuradoria-Geral do Estado)

Profª. Drª. Liana Portilho Mattos (MG - Advocacia-Geral do Estado)

Profª. Drª. Lilian Cordeiro Tenório de Miranda (PE – Procuradoria-Geral do Estado de Pernambuco)

Prof. Dr. Lucas Galvão de Brito (SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP)

Profª. Drª. Luciana Grassano de Gouvêa Melo (PE – Universidade Federal de Pernambuco)

Profª. Drª. Ludmila M Monteiro de Oliveira (MG – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais)

Profª. Drª. Luísa Cristina Pinto e Netto (MG - Advocacia-Geral do Estado)

Prof. Dr. Lyssandro Norton Siqueira (MG – Advocacia-Geral do Estado)

Profª. Drª. Márcia Carla Ribeiro (PR - Procuradoria-Geral do Estado e Faculdade de Direito da UFPR e PUC-PR)

Profª. Drª. Maria Clara da Cunha Calheiros de Carvalho (PORTUGAL - Escola de Direito - Universidade do Minho)

Profª. Drª. Mary Elbe Queiroz (SP - Instituto Brasileiro de Estudos Tributários-IBET)

Profª. Drª. Misabel Abreu Machado Derzi (MG – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais)

Prof. Dr. Paulo Rosenblatt (PE – Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP)

Prof. Dr. Ricardo Lodi Ribeiro (RJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ)

Prof. Dr. Rodrigo Araújo Ribeiro (MG – Escola da AGU)

Prof. Dr. Tácio Lacerda Gama (SP – Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP)

Prof. Dr. Tarcísio Diniz Magalhães (HOLANDA – Amsterdã – International Bureau of Fiscal Documentation-IBDF)

Prof. Dr. Ulisses Schwarz Viana (MS – Procuradoria-Geral do Estado)

Prof. Dr. William Byrnes (EUA - Thomas Jefferson School of Law)

COORDENADOR EDITORIAL

Prof. Dr. Carlos Alberto Rohrmann

DIRETOR

Prof. Dr. Onofre Alves Batista Júnior

COMISSÃO TÉCNICA

João Leonardo Silva Costa

Lícia Ferraz Venturi

Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais / Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. – Vol. 1, n. 1, (Jul./Dez. 2004). – Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 2004 - . Anual

Formada pela fusão de: Direito Público: Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Minas Gerais e Revista Jurídica da Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual.

ISSN 1517-0748

1. Direito público - Periódico 2. Direito tributário - Periódico I. Minas Gerais - Advocacia-Geral do Estado II. Título.

Bibliotecária: Lícia Ferraz Venturi CRB/6-1913

© 2019 Centro de Estudos - ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

O conteúdo dos artigos doutrinários publicados nesta Revista e os conceitos emitidos são de única e exclusiva responsabilidade de seus autores. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Publicado no Brasil - *Publishing in Brazil*

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

DOCTRINA	9
JUSTIÇA FISCAL NO ESTADO FEDERAL BRASILEIRO SOB A ÓTICA DA IDEIA DE JUSTIÇA MATERIAL NO MUNDO CONTEMPORÂNEO - Gilberto Pinto Monteiro Diniz	9
O COLÉGIO DE GOVERNADORES E O CONPEG: o federalismo e o processo de formação da vontade nacional - Bernardo Motta Moreira; André Almeida Gonçalves	31
O USO DE AMBIENTES VIRTUAIS E O FORTALECIMENTO DA ADVOCACIA PÚBLICA INTERFEDERATIVA: a máxima expressão do federalismo colaborativo e afirmação da autonomia dos Estados e Distrito Federal - Viviane Ruffeil Teixeira Pereira	55
O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELO PODER EXECUTIVO - Thiago Alencar Alves Pereira	65
ADVOCACIA DE ESTADO: esboço em busca do agir comunicativo e ainda da promoção dos diálogos institucionais - Alexandre Moreira de Souza Anaguchi; Rafael Lazzarotto Simioni	77
O FUNDAMENTO ÉTICO DO DIREITO DE PROPRIEDADE NA TEORIA POLÍTICA DE JOHN LOCKE E A FUNÇÃO SOCIAL NA PÓS-MODERNIDADE - Evandro Régis Eckel	91
O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA E A APRESENTAÇÃO ESCUSA DE CONSCIÊNCIA FRENTE A DEVER ESPECÍFICO - Carolina Pellegrini Maia Rovina Lunkes	115
ACORDOS-QUADRO E CENTRALIZAÇÃO DE COMPRAS COMO FERRAMENTAS PARA O APERFEIÇOAMENTO DAS COMPRAS PÚBLICAS - Eduardo Grossi Franco Neto	129
A COMPETÊNCIA PARA O EXERCÍCIO DA FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - Lara Ferreira Giovannetti; Rafael Costa Santos	145
O PROCESSO ADMINISTRATIVO E A SUA RELAÇÃO COM O ACESSO AOS TRIBUNAIS - Soraia Brito de Queiroz	161
DA APLICAÇÃO DE MULTA COERCITIVA CONTRA AGENTE PÚBLICO EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA - Pablo Henrique Garcete Schrader	195
EXCEÇÃO DE PRÉ EXECUTIVIDADE DE CURADOR ESPECIAL (DEFENSORIA PÚBLICA) DE RÉU EM EXECUÇÃO FISCAL - Nadja Aparecida Silva de Araújo	215

A COMPENSAÇÃO FINANCEIRA ENTRE OS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL: UMA OMISSÃO REGULAMENTAR	
- Roger Nascimento dos Santos	269
LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO E A CRISE FINANCEIRA DO ESTADO	
- Licurgo Mourão	281
ORIENTAÇÃO EDITORIAL	293

APRESENTAÇÃO

Eis um novo fascículo da REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS com o mesmo objetivo dos anteriores, qual seja; fonte de pesquisa e informação atualizada aos que laboram na abrangente área do Direito. E o momento de escrever a apresentação é de satisfação por mais uma edição concluída e de expectativa por vê-la pronta a divulgar.

E a Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais traz a público o décimo sexto fascículo de sua revista com contribuições científicas de estudos de grande relevância para a advocacia pública, e indispensável para fomentar a produção intelectual.

Do mesmo modo deseja-se, mais uma vez, que os trabalhos contidos neste fascículo promovam o diálogo e o debate jurídicos, e possam ser úteis não somente aos profissionais do Direito, mas também aos cidadãos que se preocupam com a *res publica*.

Boa leitura!

Procurador do Estado *Onofre Alves Batista Júnior*,
Diretor do Centro de Estudos Celso Barbi Filho da
ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

JUSTIÇA FISCAL NO ESTADO FEDERAL BRASILEIRO SOB A ÓTICA DA IDEIA DE JUSTIÇA MATERIAL NO MUNDO CONTEMPORÂNEO

GILBERTO PINTO MONTEIRO DINIZ*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Estado de direito, poder e liberdade. 3 Estado federal. 4 Federalismo brasileiro 4.1. Federalismo cooperativo. 4.2 Federalismo fiscal 5 Medidas do Governo Federal atentatórias ao pacto federativo brasileiro 5.1. Desvinculação de Receitas da União – DRU 5.2 Compensação insuficiente das perdas de arrecadação decorrentes da Lei Kandir 6 A ideia de justiça no mundo contemporâneo 6.1 Justiça fiscal. 7 Considerações finais.

Resumo: A história do constitucionalismo revela que a conciliação entre poder e liberdade se materializa no documento político que dá conformação jurídica ao Estado federal, isto é, na Constituição, que cristaliza aliança ou pacto entre os entes que o constitui, o chamado pacto federativo. O pacto federativo do Estado Federal brasileiro está consubstanciado na Constituição de 1988, que outorga autonomia política, administrativa e financeira às unidades federadas e atribui-lhes as respectivas funções. Ademais, esse diploma constitucional prescreve as fontes de recursos financeiros, advindos basicamente da tributação, que os entes federados brasileiros poderão dispor para consecução de suas competências, estabelecendo, dessa forma, o denominado federalismo fiscal. E, no Estado Federal brasileiro, o não atingimento, de forma plena ou satisfatória, da justiça fiscal, sob a ótica da ideia de justiça material no mundo contemporâneo, também decorre de medidas adotadas pelo Governo Federal, pelo fato de comprometerem a efetivação de políticas sociais – especialmente nas áreas da saúde, educação, segurança –, até mesmo pelos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. Esse estado de coisas configura, ainda, vilipêndio ao pacto federativo, em aspectos inerentes ao federalismo fiscal, e inobservância de fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

* Mestre e doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Palavras-chave: Estado federal. Pacto federativo. Federalismo fiscal. Justiça fiscal.

1 INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil, como se pode intuir até mesmo de seu topônimo, adotou a forma de Estado federal e a República como forma de governo, nos termos do art. 1º da Constituição de 1988¹.

Ao assumir a conformação de Estado ético ou Estado Democrático de Direito², compete ao Estado brasileiro, com vistas a satisfazer fundamentos e princípios fundamentais³, que constituem pilares políticos, sociais, administrativos e jurídicos de sua organização, dar concretude aos direitos fundamentais declarados na Constituição federal de 1988.

E, para concretizar direitos fundamentais, por meio de políticas essenciais voltadas a garantir segurança, saúde, educação, o Estado de Direito moderno utiliza recursos financeiros advindos do produto da arrecadação de tributos instituídos por lei e cobrados do cidadão.

Isso é o que dá contorno ao chamado Estado fiscal, que, no dizer de José Casalta Nabais (2007, p. 179), “tem nos impostos o seu principal suporte financeiro” e que se configura como instrumento de “realização da pessoa humana, a realização da pessoa no respeito pela sua eminente dignidade humana”.

Diante dessa moldura, a partir de explanação sobre a conexão entre poder e liberdade, como também o arranjo dado à conformação jurídica do Estado federal para organização do poder e ordenação da liberdade, o objetivo deste ensaio é demonstrar que, no Estado brasileiro, o não atingimento, de forma plena ou satisfatória, da justiça fiscal, sob a ótica da ideia de justiça material no mundo contemporâneo, conforme concebida pelo jusfilósofo mineiro Joaquim Carlos Salgado, que é efetivar os direitos fundamentais declarados na Constituição, também decorre de medidas adotadas pelo Governo Federal, a exemplo da Desvinculação de Receitas da União (DRU). Isso porque tais medidas governamentais comprometem a efetivação de políticas sociais, até mesmo de responsabilidade dos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios (entes federados tratados no decorrer deste texto, igualmente, como entes subnacionais). Além disso, esse

1 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: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

2 Segundo TORRES (2016, p. 235): [No Estado Democrático de Direito], a única razão de Estado legítima que a Constituição alberga consiste em efetivar direitos fundamentais, preservar a democracia e garantir a dignidade da pessoa humana, com medidas que respeitem e assegurem estes e outros valores [...].

3 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

estado de coisas configura vilipêndio ao pacto federativo, em aspectos inerentes ao federalismo fiscal, e inobservância de fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Do próprio escopo delineado ressaem a atualidade e a relevância da temática a ser abordada, que ganha exponencial destaque neste momento e cenário em que a Constituição federal de 1988 acabou de completar três décadas de promulgação e vigência, bem assim em que se percebe crescente insatisfação com a centralização de poder e recursos financeiros pela União, verbalizada muitas vezes com o uso do bordão “mais Brasil, menos Brasília”, e cobrança, por diversos segmentos da sociedade, por reformas estruturantes no Estado brasileiro, tais como nos campos político, tributário, previdenciário.

E, para atingir o desiderato proposto, realizaram-se análises de acórdãos, da legislação e, de maneira especial, pesquisas bibliográficas de temas relacionados ao constitucionalismo, federalismo, pacto federativo, à teoria geral do estado, à organização político-administrativa brasileira, à justiça fiscal, à ideia de justiça na contemporaneidade.

A estrutura deste escrito, além desta introdução, contempla outros seis tópicos, nesta ordem. No segundo, será feita rápida abordagem para demonstrar a conexão entre Estado de Direito, poder e liberdade e a organização político-administrativa dos Estados constitucionais. No terceiro tópico, serão analisadas as principais características do Estado federal. No quarto, será feita explanação sobre as principais características do federalismo brasileiro. No quinto tópico, serão apresentadas, como exemplo, duas medidas adotadas pelo Governo Federal brasileiro que se mostram atentatórias ao federalismo fiscal e, “*ipso facto*”, ao pacto federativo. Na sequência, será demonstrado como essas medidas federais não satisfazem a ideia de justiça fiscal no mundo contemporâneo. E no sétimo e último tópico serão tecidas as considerações finais.

2 ESTADO DE DIREITO, PODER E LIBERDADE

A história retrata que o constitucionalismo – técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos (CANOTILHO, 2002, p. 51) – inaugura nova concepção de estruturação e função do direito e nova fase na história do Estado, com o nascimento do Estado de Direito, consubstanciado na submissão do poder político, até então absoluto, ao direito (SALGADO, 2009, p. 106).

O Estado de Direito é o Estado ético, por excelência, uma vez que se funda na legitimidade do poder, haurido da vontade do povo; pelo exercício, segundo princípios lógicos de ordenação formal do direito, na forma de uma estrutura de legalidade coerente para o exercício do poder do Estado; e pela finalidade ética do poder, por ser essa finalidade a efetivação jurídica da liberdade, mediante a declaração, garantia e realização dos direitos fundamentais, para, assim, assegurar a liberdade e a justiça (SALGADO, 1998, p. 53).

Joaquim Carlos Salgado (2006, p. 4), nessa perspectiva, afirma que o Estado Democrático de Direito é o ponto de chegada de todo um processo histórico do ético ocidental, que se desenvolve segundo uma dialética entre o poder e a liberdade.

Esses termos, como adverte o autor, não aparecem no mundo ocidental como ideias incompatíveis, de modo a sujeitar o poder à liberdade, mas como ideias dialéticas, ou

momentos que apontam um momento posterior e superior à sua oposição, pela sua superação. É dizer, o poder e a liberdade, depois de trajetória de lutas na história do ocidente, surgem como faces de uma mesma realidade, o poder político na sua forma democrática ou do Estado de Direito contemporâneo (SALGADO, 1998, p. 44).

E o encontro do político (poder) e do jurídico (norma) se dá na constituição, e a superação da oposição entre poder e liberdade acontece na constituição democrática contemporânea, na forma de organização do poder e de ordenação da liberdade, qual se mostra como ordem jurídica ou liberdade objetivada (SALGADO, 1998, p. 39).

Nessa esteira, o constitucionalismo democrático, que dá conformação ao Estado Democrático de Direito, representa o apogeu do processo histórico de conciliação entre poder e liberdade.

Assim, na sequência, serão apresentadas as características básicas do Estado federal, uma das formas adotadas atualmente pelos Estados de Direito contemporâneos, de modo a estabelecer a organização do poder e a ordenação da liberdade (autonomia) dos entes políticos legitimados para exercer o poder.

3 ESTADO FEDERAL

Em contraposição ao unitário ou simples, existe o Estado composto, que se apresenta, por exemplo, sob a forma de Estado federal, União de Estados e Confederação.

Porém, em razão do escopo almejado, neste ensaio focar-se-á somente o Estado federal, que, segundo se depreende das reflexões de Raul Machado Horta (2010, p. 434), correspondeu, desde a sua gênese, “a uma modalidade diversa de descentralização”, porquanto sua organização político-administrativa tem como fundamento a divisão ou separação do poder político no âmbito do território estatal. Equivale a dizer, o Estado federal, por erigir a descentralização normativa de natureza constitucional como pedra angular de sua conformação jurídica suplanta, em rigor, a descentralização haurida no Estado unitário.

O Estado federal consubstancia, pois, a descentralização política, territorial, administrativa e normativa (BARACHO, 1986, p. 45). Isso também conduz à ideia de que, no Estado federal, há tendência à unidade e à diversidade, existindo, simultaneamente, um Estado e uma federação de Estados (HORTA, 2001, p. 200).

Diante dessas balizas, pode-se dizer que, no Estado federal, o processo de harmonização entre poder e liberdade (autonomia) também se dá de forma horizontal, uma vez que o exercício do poder político, bem assim, e conseqüentemente, a liberdade para conseguir tal desiderato, será compartilhado no território estatal entre a ordem jurídica central e as ordens jurídicas parciais. Isso requer minuciosa salvaguarda na auto-organização constitucional e governamental de cada Estado federal, para que, por exemplo, a autonomia de uma ordem jurídica parcial não suplante a de outra ou que o poder outorgado à ordem jurídica central não seja excessivo, de modo a arrostar a autonomia conferida a cada uma das outras ordens jurídicas parciais. A expressão autonomia, no contexto em que foi empregada, deve ser entendida como “faculdade que tem uma comunidade jurídica de regular os seus próprios negócios, mediante normas jurídicas por ela própria editada” (MELLO, 1948, p. 46),

ou seja, liberdade circunscrita aos contornos da soberania, que é o poder preponderante ou supremo, mas não absoluto e arbitrário, em certo território (ABBAGNANO, 2012, p. 1079).

Depreende-se, ademais, que a formalização de um pacto, o chamado pacto federal ou federativo, constitui a essência ou o fundamento dessa forma estatal, daí o porquê do qualificativo “federal”, cuja origem remonta ao latim “foedus”, isto é, pacto ou aliança (ROCHA, 1996, p. 196). Esse pacto, nas palavras de Carl Schmitt (1982, pp. 349-350), de natureza singular, constitui ato próprio de Poder constituinte, razão pela qual é, ao mesmo tempo, conteúdo da Constituição federal e elemento da Constituição de cada um dos Estados-membros. É dizer, não há Estado federal sem uma constituição escrita, que representa a encarnação da “aliança eterna” (LOEWENSTEIN, 1970, p. 356).

4 FEDERALISMO BRASILEIRO

Traçados os contornos do Estado federal, é possível verificar que o federalismo brasileiro é verdadeiramente peculiar, se posto em cotejo com o federalismo clássico, consagrado na Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, mediante a integração das treze ex-colônias britânicas, que se tornaram independentes em 1776.

As diferenças começam pela própria origem do Estado federal brasileiro – Estados Unidos do Brasil, de início –, que se formou a partir de um Estado unitário, logo depois da proclamação da República, em 15/11/1889, pelo marechal Manoel Deodoro da Fonseca com o apoio de grande parte da oficialidade do Exército e ausência do povo nas primeiras decisões republicanas, e que se consolidou com a promulgação da Constituição de 1891.

Como ressaltado por Cármen Lúcia Antunes Rocha (1996, p. 214), a proclamação da República cristalizou a marcante influência do modelo norte-americano no Brasil, haja vista que, nos termos do Decreto nº 1, de 15/11/1889, editado pelo Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, a República Federativa fica decretada como a forma de governo da nação brasileira (art. 1º) e, por meio do art. 2º, “As Províncias do Brasil, reunidas pelo laço da federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brasil”.

E mais: no art. 3º desse mesmo ato normativo, assentou-se que “cada um desses Estados, no exercício de sua legítima soberania”, decretaria, oportunamente, a sua “Constituição definitiva, elegendo os seus corpos deliberantes e os seus governos locais”.

Eis plasmados nesse decreto aspectos que reforçam e dão azo à crítica de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1948, p. 73) de que se observa, certamente, espírito de imitação no arranjo engendrado para a Federação brasileira, máxime porque as províncias, nesse ato normativo, passaram a ser Estados – dotados de soberania – e a constituir os “Estados Unidos do Brasil”.

No período de realização dos trabalhos para elaboração da primeira Constituição republicana do Brasil, Rui Barbosa (1890, p. 83), então Ministro da Fazenda, ao discorrer sobre a organização das finanças republicanas, na sessão do Congresso Nacional Constituinte de 16/11/1890, e com a costumeira eloquência, salientou essa particularidade da Federação brasileira, quando proclamou: “não somos uma federação de povos até ontem separados, e reunidos de ontem para hoje. Pelo contrário, é da união que partimos. Na união nascemos”.

Nesse mesmo pronunciamento, Rui Barbosa, em contraponto à instalação de regime altamente descentralizado, proposta esposada, principalmente, por Júlio de Castilhos, ressaltou as características do federalismo norte-americano e defendeu a necessidade de manter a União forte, em razão da acentuada disparidade socioeconômica que marcava – e continua marcando – a realidade brasileira, bem como de haver equilíbrio na repartição de poderes, responsabilidades e recursos entre governo federal e estados. Tais diretrizes nortearam as normas insertas no texto constitucional promulgado em 1891.

Essa tendência de centralizar poderes, bem assim de concentrar maiores tarefas e competências na União, legado do período monárquico, permanece mesmo com a promulgação da Constituição de 1988. É que o número de competências destinadas à União, em detrimento dos demais entes federados, é muito elevado, tornando o Estado federal brasileiro um dos mais centralizados do mundo (MAGALHÃES, 2000, p. 19).

O federalismo brasileiro, portanto, e diante dos traços gerais expostos anteriormente, pode ser classificado como federalismo centrífugo ou por segregação, pois nasceu de movimento que partiu do centro para a descentralização, diferentemente do norte-americano que se originou de movimento centrípeto ou por agregação, verificado dos lados para o centro.

Outra distinção do federalismo brasileiro consiste no fato de a República Federativa do Brasil – além do Distrito Federal definido como situação específica e singular (ROCHA, 1996, p. 237) – ter três ordens políticas distintas: nacional, regional e local, representadas, respectivamente, pela União, Estados-membros e Municípios, conforme prescrevem os arts. 1º e 18 da Constituição federal de 1988, com atribuições e competências próprias, a chamada federação trina, que consagra a tradição municipalista brasileira⁴.

A forma federativa está fora do alcance do Poder Constituinte Derivado brasileiro, consoante estabelecido no inciso I do § 4º do art. 60 da Constituição de 1988, que assim dispõe: não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir, a forma federativa de Estado, o que é denominado pela doutrina de “cláusula pétreia”⁵.

Apresentado esse delineamento sobre a gênese do Estado federal brasileiro e de atributos do federalismo cristalizado na Constituição de 1988, a seguir, serão destacadas duas de suas características, relacionadas à forma de interação entre os entes federados e de distribuição dos recursos entre eles. Tais características, pelo fato de se correlacionarem com fundamentos e com objetivos fundamentais do Estado brasileiro, repercutem de forma direta na vida do cidadão – principal fonte e quem deve ser o maior beneficiado com as políticas

4 Conforme REZENDE (2016, p. 29): A importância das vilas no período colonial teria contribuído para conformar o perfil do federalismo brasileiro nos vários momentos de transição de um regime centralizado para a democracia. Na colônia, a organização político-administrativa do país compunha-se das vilas, das províncias e do poder central, o que se manteve durante praticamente todo o período imperial. Talvez por isso, durante as transformações ocorridas no regime republicano, a autonomia municipal esteve expressamente mencionada em todas as Constituições promulgadas desde então, culminando com a opção, adotada em 1988, de atribuir aos municípios status de entes federados, em pé de igualdade com a posição dos estados da federação.

5 A esse respeito são interessantes as considerações de MAGALHÃES (2000, p. 20): Alguns autores referem-se a esse dispositivo como cláusula pétreia. Não acredito que esta terminologia seja a mais adequada para nomear as limitações materiais do poder de reforma na atual Constituição, uma vez que não estamos nos referindo a cláusulas imutáveis, mas sim a cláusulas não modificáveis em um certo sentido. No caso específico da vedação de emendas tendentes a abolir a forma federal, essa limitação só pode ser compreendida a partir do sentido do nosso federalismo, no caso um federalismo centrífugo.

financiadas com os recursos estatais – e se conectam, “*ipso facto*”, com a ideia de justiça fiscal no âmbito do Estado federal brasileiro.

4.1 FEDERALISMO COOPERATIVO

Nessa vertente, a Constituição federal de 1988 prescreve diversas normas que contemplam ações e competências inerentes ao federalismo cooperativo⁶.

Os dispositivos que exprimem essa orientação permeiam o texto constitucional, a começar pelos incisos II e III do art. 1º e pelos incisos I e III do art. 3º. Esses dispositivos constitucionais prescrevem que a cidadania e a dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, II e III) e que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a redução das desigualdades sociais e regionais (CF/88, art. 3º, I e III) constituem, respectivamente, fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

A seu turno, o art. 23 estabelece competências materiais administrativas comuns entre União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, sendo que o art. 24 fixa competência legislativa concorrente para os três primeiros entes federativos citados.

Para a consecução de políticas com vistas a atingir as ideias que emanam dos fundamentos e objetivos fundamentais da República brasileira, essencialmente daqueles antes destacados, os entes federados devem agir de forma concertada e, para isso, necessitam de recursos, na medida e proporção de suas respectivas atribuições e responsabilidades.

Dessa forma, além dos referidos preceptivos constitucionais, outros revelam esse caráter cooperativo do federalismo brasileiro, mas pelo fato de se relacionarem à repartição vertical de receitas tributárias da União com Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, como também entre os Estados-membros e os Municípios, serão destacados no subtópico seguinte, que trata do federalismo fiscal.

4.2 FEDERALISMO FISCAL

No plano da arrecadação e distribuição de receitas no território da República Federativa do Brasil, no Capítulo I (DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL) do Título VI (DA TRIBUTAÇÃO E DO ORÇAMENTO), que compreende os arts. 145 a 162, a Constituição federal de 1988, seguindo a tradição do constitucionalismo brasileiro mais recente, atribuiu, de forma rígida e bem delineada, a cada um dos entes federativos competência para instituir tributos.

6 Conforme FERREIRA FILHO (1982, p. 5-6): O Governo Juscelino Kubitschek (1956-1961) marca, sem dúvida, o momento de definitiva implantação do federalismo cooperativo no Brasil, com sua conseqüência (talvez menos desejável) de acentuação da supremacia da União. Esse Governo, no intuito de acelerar o desenvolvimento econômico, mormente a industrialização do país, e no propósito de reduzir as desigualdades regionais, desencadeou um processo de intervenção do Estado Federal na economia. E deste resultou a hegemonia incontestável da União em face de todos os Estados, mesmo os mais ricos e poderosos. No plano federativo, o ponto de maior relevo dessa transformação foi a criação da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (1959). Esta, a chamada SUDENE, dotada de grandes recursos federais que superavam os orçamentos somados dos Estados do Nordeste, abrangidos na sua esfera de atuação, veio praticamente superpor-se a essas unidades federadas. Não de direito, pois as regras formais do federalismo não foram tocadas, mas, de fato, em matéria de poder. E à implantação dessa entidade se seguiu a de outras, voltadas para diferentes regiões do país, como a SUDAM, Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia, etc. Nisto estava o embrião de um federalismo de regiões, como querem certos estudiosos, conquanto não tenha chegado à sua consagração constitucional.

Nos termos dos arts. 145, 147, 148, 149, 149-A, 153, 154, 155 e 156, foram outorgadas competências de variadas naturezas – privativa, comum, residual, extraordinária, exclusiva e cumulativa – aos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e os Municípios) para criar tributos, observados os princípios, limites e condições expostos no texto constitucional.

Ademais, por meio das normas contidas nos arts. 157 a 159, foi prescrita forma muito bem detalhada de partilha do produto da arrecadação de tributos federais com os demais entes federados, seja de forma direta, seja por meio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE e do Fundo de Participação dos Municípios – FPM, como também de repartição da arrecadação de tributos dos Estados-membros com os Municípios.

Do inciso VIII do § 2º do art. 155 da Constituição federal de 1988, ressaí forma de compensação do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS pelos Estados-membros, concernente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, quando o destinatário de operações e prestações relativas a bens e serviços for consumidor final localizado em outra unidade federada.

Ainda no art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT da Constituição federal, dispositivo acrescido ao texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 42, de 19/12/2003, é prevista compensação aos entes subnacionais, em virtude da desoneração do ICMS sobre as exportações para o exterior de produtos primários e semielaborados, assunto que será objeto de abordagem em subtópico específico mais adiante.

Essas técnicas ou subsistemas de repartição de receitas têm nítido viés do federalismo cooperativo, sendo também chamadas de federalismo participativo (SCAFF, 2004, p. 35).

É possível verificar, pela marcha de seu processo histórico, que o federalismo fiscal brasileiro tem trajetória assemelhada, de modo figurativo, ao movimento de um pêndulo, isto é, oscila entre a centralização e a descentralização de receitas. Isso porque avançou de descentralização marcante⁷ nos albores do período republicano para centralização severa, principalmente na era dos governos militares⁸ (1º/4/1964 a 15/3/1985), voltando à

7 Conforme FERREIRA FILHO (1982, p. 3-4): Os Estados-membros eram autônomos e esta autonomia se estendia bastante longe. Com efeito, eram organizados segundo a Constituição que livremente estabelecessem. O Poder Constituinte dos Estados sofria como única limitação a obrigação de respeitar os “princípios constitucionais da União”. [...] No tocante à repartição de competências, ainda se seguia o modelo de Filadélfia. Cabiam aos Estados todas as competências que não fossem, expressa ou implicitamente, conferidas à União. Em matéria tributária, certos impostos eram atribuídos à União e outros aos Estados, sempre nominativamente referidos. Admitia a Constituição federal que a União e os Estados criassem outros, cumulativamente ou não.

8 Ao comentar sobre a Constituição brasileira de 1967, FERREIRA FILHO (1982, p. 6): aduz que: A constituição vigente resulta da Revolução de 1964, causada, entre outros fatores, pela anarquia econômico-financeira e pelo esquerdismo decorrentes do Governo populista de João Goulart. Foi ela estabelecida em 1967, após um período de reformas administrativas e econômicas e de repressão aos inimigos do novo regime, quando se supunha já normalizada a situação nacional. [...] É mantido na Constituição vigente o federalismo, embora muitos se interroguem se isso não ocorre apenas nominalmente. Com efeito, a Constituição de 1967 já era de cunho centralizador, o que foi acentuado pela Emenda de 1969 e pelas alterações posteriores, bem como pela prática desde então instaurada. É nítida a hegemonia da União no atual federalismo brasileiro, qualificado de federalismo de integração pelo eminente jurista, Prof. Alfredo Buzaid, Ministro da Justiça no período 1969-1974.

descentralização com a promulgação da Constituição de 1988, embora o Governo Federal brasileiro, nos anos subsequentes, tende a adotar medidas com vistas a centralizar receitas, o que será objeto de exame no tópico subsequente.

5 MEDIDAS DO GOVERNO FEDERAL ATENTATÓRIAS AO PACTO FEDERATIVO BRASILEIRO

Pelo que foi até aqui exposto, a Constituição federal de 1988 prescreve a descentralização de receitas, mediante federalismo fiscal de marcante viés cooperativo, entre os entes federados brasileiros (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Entretanto, a União, cada vez mais, vem adotando medidas que acabam por subverter esse quadro constitucional, concentrando em seu poder grande parte do produto da arrecadação tributária.

A gênese da Federação brasileira explica essa tradição política de centralizar poder e, por consequência, receita na União, prática que acaba redundando, como efeito deletério, na imposição de condições e encargos a serem cumpridos pelos entes subnacionais, sem a suficiente e necessária fonte de custeio.

Esse estado de coisas demonstra desequilíbrio entre Poder e liberdade (autonomia) no âmbito de um Estado de Direito estruturado sob a forma federal. Conseqüentemente, isso tolhe a liberdade e a capacidade de Estados, Distrito Federal e Municípios formularem e implantarem políticas em consonância com as prioridades, particularidades, vocações e, mormente, com as disponibilidades de recursos regionais e locais, o que os impede de dar concretude a direitos fundamentais do cidadão, ferindo de morte o modelo centrífugo ou por segregação adotado pelo Estado federal brasileiro, federalismo que se funda essencialmente na descentralização. Essa concentração de poder e recursos financeiros, por conseguinte, vulnera também fundamentos e princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. Além disso, cria-se ambiente propício para o surgimento de práticas corruptivas, por estimular e favorecer a conhecida política do “toma lá, dá cá”, mas isso é assunto para outra oportunidade.

5.1. DESVINCULAÇÃO DE RECEITAS DA UNIÃO – DRU

Nesse sentido, procedimento do Governo Federal brasileiro que vulnera o pacto federativo e, igualmente, tem se mostrado pernicioso para as finanças dos entes subnacionais é a Desvinculação de Receitas da União – DRU.

A adoção de medidas tendentes a desvincular receitas federais objetivou, inicialmente, auxiliar o Governo Federal no período de queda da inflação, tendo em vista a implantação do Plano Real. Dessa forma, com a Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 1º/3/1994, que acrescentou os arts. 71, 72 e 73 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, foi criado o Fundo Social de Emergência – FSE, nos exercícios financeiros de 1994 e 1995, como medida de estabilização da economia e reserva emergencial.

O caráter emergencial do FSE era justificado, à época, pela necessidade de um prazo até que fossem aprovadas medidas capazes de dar ao governo os meios necessários para que o equilíbrio fiscal fosse exercido em bases permanentes.

Com a Emenda Constitucional nº 10, de 4/3/1996, o FSE passou a ser denominado, a partir do exercício financeiro de 1996, Fundo de Estabilização Fiscal – FEF, cuja vigência foi prorrogada até 30/6/1997. Depois, o FEF foi novamente prorrogado até 31/12/1999, por meio da Emenda Constitucional nº 17, de 22/11/1997, cujos efeitos retroagiram a 1º/7/1997.

Com a justificativa de que não teriam sido concluídas as alterações na legislação que possibilitariam o equilíbrio fiscal, o Executivo enviou ao Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição nº 85, de 1999, com nova modelagem de desvinculação de receitas federais, prevista para durar entre os exercícios financeiros de 2000 e 2007.

A PEC nº 85, de 1999, foi transformada na Emenda Constitucional nº 27, de 21/3/2000, que criou a DRU, ao acrescentar o art. 76 ao ADCT, com a seguinte redação, “*ipsis litteris*”: É desvinculado de órgão, fundo ou despesa, no período de 2000 a 2003, vinte por cento da arrecadação de impostos e contribuições sociais na União, já instituídos ou que vierem a ser criados no referido período, seus adicionais e respectivos acréscimos legais.

Nesses mais de dezoito anos de sua institucionalização pelo Governo Federal, a concepção originária da DRU e o prazo de sua vigência, que atualmente está previsto até 31/12/2023, passaram por várias modificações trazidas a lume por outras emendas constitucionais, conforme se demonstrará neste breve trecho.

A Emenda Constitucional nº 42, de 19/12/2003, ao alterar o Sistema Tributário Nacional, deu nova redação ao “*caput*” e ao § 1º do art. 76 do ADCT9, ampliando o campo de incidência da DRU, que passou a abarcar, de 2003 a 2007, as contribuições sociais, a Contribuição de Intervenção do Domínio Econômico – CIDE e os impostos, já instituídos ou que vierem a ser criados no referido período, seus adicionais e respectivos acréscimos legais.

As Emendas Constitucionais 56, de 20/12/2007, e 68, de 21/12/2011, prorrogaram o período de vigência da DRU; a primeira, até 2011, e, a segunda, até 31/12/2015. A Emenda Constitucional nº 68, de 2011, acresceu o § 3º ao art. 76 do ADCT, estabelecendo que, para efeito do cálculo dos recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino de que trata o art. 212 da Constituição federal, o percentual referido no “*caput*” será nulo.

Por fim, a Emenda Constitucional nº 93, de 8/9/2016, que produziu efeitos a partir de 1º/1/2016, alterou o ADCT para prorrogar a desvinculação de receitas da União e estabelecer a desvinculação de receitas dos Estados, Distrito Federal e Municípios, mediante modificação da redação do art. 76 e acréscimo dos arts. 76-A e 76-B.

Essa emenda constitucional, em comparação com as anteriores, promoveu importantes e profundas mudanças na DRU. É que, além de prorrogar o período de vigência até 31/12/2023, aumentou o importe da desvinculação de vinte para trinta por cento da arrecadação relativa “às contribuições sociais, sem prejuízo do pagamento das despesas do Regime Geral da Previdência Social, às contribuições de intervenção no domínio econômico e às taxas, já instituídas ou que vierem a ser criadas até a referida data”.

9Art. 76. É desvinculado de órgão, fundo ou despesa, no período de 2003 a 2007, vinte por cento do produto a arrecadação de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados no referido período, seus adicionais e respectivos acréscimos legais.

Assim, a Emenda Constitucional nº 93, de 2016, em relação ao Governo Federal, que é o objeto de interesse neste trabalho, basicamente, majorou a DRU em dez pontos percentuais, manteve a desvinculação em relação às contribuições sociais, sem prejuízo do pagamento das despesas do Regime Geral da Previdência Social, bem como às CIDE, e passou a incidir sobre a receita das taxas, e não mais sobre a de impostos da União.

Pois bem. O Governo Federal, ao desvincular receitas de impostos, no período compreendido entre 2003 e 2015, de contribuições e, atualmente, de taxas instituídas pela União de despesas específicas, viola, às escâncaras, o pacto federativo cristalizado na Constituição federal de 1988.

Em primeiro plano, porque não foi canalizado, e continuará a não ser alocado até 2023, o importe de recursos que se originou – e que advirá – das fontes de receitas estabelecidas e vinculadas pelo Constituinte Originário, na Constituição federal de 1988, à execução de políticas, notadamente da área social. Isso, trocado em miúdos, significa menor quantidade de recursos públicos do que a originariamente prevista para concretizar, a tempo e modo, direitos fundamentais, traduzido em prestação de serviços públicos essenciais para o cidadão – saúde, educação, segurança – de verdadeira qualidade, diante de uma realidade de comprovada insuficiência da atuação estatal nessas áreas tão sensíveis.

Exemplificativamente, no período de 2000 a 2011, em que foram desvinculados vinte por cento da arrecadação dos impostos federais componentes da base de cálculo para aferição do percentual mínimo de recursos a ser alocado na educação pública, a União passou a destinar, na prática, somente 14,40% desse montante para a manutenção e desenvolvimento do ensino, e não o mínimo de 18% prescrito no art. 212 da Constituição federal de 1988.

Com efeito, a DRU, nesse caso específico, torna-se ainda mais inusitada, porque constitui exceção de uma exceção, considerando que a vinculação da arrecadação de impostos à manutenção e desenvolvimento do ensino decorre de ressalva expressamente contida no inciso IV do art. 167 da Constituição federal de 1988¹⁰, exatamente, para garantir fluxo e volume de recursos para essa área essencial e, dessa forma, efetivar a universalização da educação.

A DRU, em razão de seus reflexos anteriormente expostos, potencializados pela falta de proporcionalidade e de razoabilidade em manter por longo espaço de tempo arranjo cuja justificativa para sua adoção era atender situação transitória, representada pela necessidade de conclusão de alterações na legislação que possibilitariam o equilíbrio fiscal, parece, ainda, colidir frontalmente com as emanações do princípio da proibição do retrocesso¹¹.

10 Art. 167. São vedados: [...] IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;

11 Conforme SARLET (2009, p. 121): a ideia da proibição de retrocesso, em sentido amplo, significa toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais, ou não).

Em segundo lugar, e além das razões já expendidas, não se pode perder de vista que a desvinculação de parcela da arrecadação de determinadas espécies tributárias, precipuamente a dos impostos no período indicado, tem reflexos na partilha tributária prevista na Constituição federal de 1988, ferindo a autonomia financeira dos Estados, Distrito Federal e Municípios, atributo do federalismo consagrado no pacto federativo brasileiro.

Por remate, e como terceiro feixe de ponderações, não se pode olvidar que a DRU desvirtua por completo a natureza das contribuições e das taxas, pois a vinculação de suas respectivas receitas é que dá sustentação jurídica para a criação dessas espécies tributárias. É dizer, a arrecadação das contribuições é vinculada à finalidade específica que justificou a sua instituição, ao passo que a das taxas à atuação estatal¹².

Em realidade, ao assim proceder, o Governo Federal transforma contribuições e taxas em impostos, por não mais estarem vinculadas às finalidades que, por imperativo constitucional, justificaram a criação dessas espécies tributárias. Isso subverte o sistema de tributação originariamente previsto na Constituição federal de 1988, já que a União estaria criando impostos fora do âmbito de competência material que lhe foi reservado constitucionalmente.

5.2 COMPENSAÇÃO INSUFICIENTE DAS PERDAS DE ARRECADAÇÃO DECORRENTES DA LEI KANDIR

Fator que também tem causado forte desequilíbrio nas finanças dos entes subnacionais, em maior monta dos Estados-membros e do Distrito Federal, diz respeito à insuficiente compensação, pela União, das perdas decorrentes da desoneração do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS consolidada na Lei Complementar nº 87, de 13/9/1996, diploma que recebeu a alcunha de “Lei Kandir”, pois se originou do PLP nº 95, de 1996, de autoria do então deputado federal e, à época, Ministro do Planejamento, Antônio Kandir.

A Lei Kandir, elaborada durante época em que o debate político-institucional versava sobre outros aspectos das finanças públicas, mormente os relacionados à dívida pública, apresentou-se como mais uma das medidas do Governo Federal na tentativa de atenuar os reflexos negativos da política de estabilização econômica do país, consubstanciada no Plano Real, em especial no saldo entre exportações e importações (balança comercial)¹³, os quais foram “provocados pelas âncoras cambial – valorização do real – e monetária – elevação da taxa de juros – que afetavam respectivamente os resultados da balança comercial e o volume dos investimentos produtivos da economia” (LEITÃO, 2012, p. 38).

A desoneração tributária instituída pela Lei Kandir causou impacto negativo e direto nas finanças regionais e locais, porque o ICMS, previsto no II do art. 155 da Constituição federal de 1988, é o principal tributo de competência estadual e distrital, bem

12 Constituição federal de 1988 - Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: I - impostos; II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

13 Conforme SOARES (2007, p. 3): o resultado da balança comercial brasileira, depois da implantação do Plano Real, passou de superávit de 10,4 bilhões de dólares, em 1994, para déficits de 3,4 bilhões de dólares e 5,6 bilhões de dólares, em 1995 e 1996, respectivamente.

assim porque vinte e cinco por cento do produto da arrecadação desse imposto pertencem aos Municípios, consoante prescreve o inciso IV do art. 158 do mesmo diploma constitucional¹⁴.

Tanto era evidente tal consequência que a própria Lei Kandir, para compensar as perdas de arrecadação tributária com essa política desonerativa, criou sistema de transferências de recursos aos entes subnacionais, denominado de “seguro-receita”, que garantia a preservação da arrecadação real do ICMS para os Estados-membros e Distrito Federal.

Esse sistema de transferência de recursos, porém, foi totalmente modificado pela Lei Complementar nº 102, de 11/7/2000, e pela Lei Complementar nº 115, de 26/12/2002. Criou-se fundo de natureza orçamentária com a especificação do montante anual de recursos que seria repassado aos entes subnacionais, mediante a incidência de percentuais fixados no anexo da lei, até o exercício financeiro de 2006. De 2007 em diante, a lei previu apenas que “a União entregará aos Estados e aos seus Municípios os montantes consignados a essa finalidade nas correspondentes Leis Orçamentárias Anuais da União”.

Todo esse continuado processo de ajustes demonstra desvios incontornáveis da política desonerativa adotada pelo Governo Federal, relativamente à sistemática implantada para tentar compensar as perdas sofridas pelos entes subnacionais e, conseqüentemente, restabelecer o equilíbrio de suas finanças.

E, para tentar dirimir essa questão, a Emenda Constitucional nº 42, de 2003, ao mesmo tempo em que erigiu a desoneração do ICMS sobre exportações de produtos primários e semielaborados a imunidade, pelo fato de passar a discipliná-la no texto da Constituição, conferiu status constitucional à compensação a ser feita aos entes subnacionais, ao acrescer o art. 91 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT¹⁵, que dispõe que lei complementar estabelecerá a forma de compensação, mediante os parâmetros nele previstos. Enquanto não editada essa nova lei complementar, permanecerá em vigor a compensação prevista no anexo da Lei Kandir, com a redação dada pela Lei Complementar nº 115, de 2002.

14 Constituição federal de 1988 - Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [...] II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; [...] Art. 158. Pertencem aos Municípios: [...] IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

15 Art. 91. A União entregará aos Estados e ao Distrito Federal o montante definido em lei complementar, de acordo com critérios, prazos e condições nela determinados, podendo considerar as exportações para o exterior de produtos primários e semielaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, a. § 1º Do montante de recursos que cabe a cada Estado, setenta e cinco por cento pertencem ao próprio Estado, e vinte e cinco por cento, aos seus Municípios, distribuídos segundo os critérios a que se refere o art. 158, parágrafo único, da Constituição. § 2º A entrega de recursos prevista neste artigo perdurará, conforme definido em lei complementar, até que o imposto a que se refere o art. 155, II, tenha o produto de sua arrecadação destinado predominantemente, em proporção não inferior a oitenta por cento, ao Estado onde ocorrer o consumo das mercadorias, bens ou serviços. § 3º Enquanto não for editada a lei complementar de que trata o caput, em substituição ao sistema de entrega de recursos nele previsto, permanecerá vigente o sistema de entrega de recursos previsto no art. 31 e Anexo da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, com a redação dada pela Lei Complementar nº 115, de 26 de dezembro de 2002. § 4º Os Estados e o Distrito Federal deverão apresentar à União, nos termos das instruções baixadas pelo Ministério da Fazenda, as informações relativas ao imposto de que trata o art. 155, II, declaradas pelos contribuintes que realizarem operações ou prestações com destino ao exterior.

Esse dispositivo do ADCT, todavia, reclamava que a lei complementar nele prevista fosse publicada até 2006, quando terminaria o período de repasses de acordo com o “caput” do art. 31 da Lei Complementar nº 87, de 1996, com a redação dada pela Lei Complementar nº 115, de 2002 (BATISTA JÚNIOR, 2018, p. 173), o que ainda não se verificou.

Em razão disso, e uma vez provocado pelo Governador do Estado do Pará, o Supremo Tribunal Federal – STF, nos termos do voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 25, para declarar a mora do Congresso Nacional, quanto à edição da lei complementar prevista no art. 91 do ADCT, tendo fixado prazo de doze meses para que fosse sanada a omissão.

Nesse acórdão, em linhas gerais, o STF reconheceu que os entes subnacionais sofreram prejuízo em suas arrecadações, como também que a metodologia de cálculo adotada pela União para compensar as perdas advindas da desoneração do ICMS instituída pela Lei Kandir era danosa ao pacto federativo e que atentava diretamente contra todos os objetivos republicanos encartados no art. 3º da Constituição federal de 1988, pelo que, nesse contexto, exsurgiu a necessidade de solução de compromisso positivada no próprio texto constitucional, nos termos do art. 91 do ADCT, tendo em vista a impossibilidade de consenso político acerca da matéria durante a tramitação da Emenda Constitucional nº 42, de 2003.

Para exemplificar os efeitos danosos causados nas finanças dos entes subnacionais, Minas Gerais, em virtude de sua vocação minerária e exportadora de recursos minerais, foi um dos principais Estados-membros prejudicados com essa política desonerativa. Segundo estudo do Confaz, o montante da perda de Minas Gerais, no período compreendido entre 1996 e 2015, seria, em valores históricos, da ordem de 48,507 bilhões de reais, ou de 135,674 bilhões de reais, em valores corrigidos pela Selic Acumulada, a preço de dezembro de 2016.

Diante dessa exposição, assim como a do subtópico anterior, ressaí que o Governo Federal tende a perenizar procedimentos pensados, em princípio, para pôr cobro a questões circunstanciais ou pontuais de natureza econômica, o que demonstra nítida sanha centralizadora de poder e de receitas, em total desarmonia com o pacto federativo brasileiro, em especial sobre o aspecto do federalismo fiscal, como também com a justiça fiscal, sob o enfoque da ideia de justiça material no mundo contemporâneo concebida pelo jusfilósofo mineiro Joaquim Carlos Salgado, como será demonstrado na sequência.

6 A IDEIA DE JUSTIÇA NO MUNDO CONTEMPORÂNEO

Das medidas do Governo Federal arroladas no tópico precedente, verificam-se tendências, primeiro, de tratar políticas de Estado, por estarem relacionadas a questões imanentes ao pacto federativo, como se fossem políticas de governo, e, segundo, de privilegiar o econômico e os apelos do mercado, em detrimento da máxima efetividade e concretude dos direitos fundamentais, nítido traço do Estado poiético¹⁶, e não do Estado ético, o que não se coaduna com a ideia de justiça material concebida por Salgado.

16 Conforme SALGADO (1998, p. 54-56): O Estado Poiético é a ruptura no Estado Ético contemporâneo que alcançou a forma do Estado de Direito. [...] No Estado poiético, o produto do fazer é o econômico, que nenhum compromisso tem com o ético, e procura, com a aparência de cientificidade, subjugar o político, o jurídico e o

Como assentado no início deste trabalho, Estado ético é o Estado de Direito, que, em linhas gerais, foi concebido sob a égide do direito, para realizar o bem e propiciar vida digna aos seres humanos, mediante a declaração e efetivação dos direitos fundamentais.

A declaração e efetivação dos direitos fundamentais pelo Estado de Direito, no entanto, ocorreram de forma paulatina, numa espiral crescente de agregação de direitos, por meio de processo histórico constitucional (constitucionalismo) que originou três paradigmas estatais: o Estado Liberal de Direito, o Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito. Esses três paradigmas também representam a evolução histórica do Estado Fiscal (TORRES, 2005, p. 70).

Nessa evolução do processo histórico constitucional, o Estado Democrático de Direito, longe de representar descolamento das ideias filosóficas fundantes dos paradigmas anteriores, constitui desdobramento e aprofundamento do constitucionalismo social, como proposta de estender os direitos fundamentais a todos os seres humanos, universalização consubstanciada na Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, que passou a ser incorporada na quase totalidade das constituições das nações democráticas civilizadas.

Daí o porquê Salgado concluir que, no Estado de Direito contemporâneo, a ideia de justiça resulta de um processo de plenificação e universalização do direito, mediante a declaração e a efetivação dos direitos fundamentais nas constituições democráticas dos povos civilizados e na Carta das Nações Unidas (SALGADO, 2006, pp. 7-8).

6.1 JUSTIÇA FISCAL

A garantia e a concretude dos direitos fundamentais criam, em contrapartida, deveres para o cidadão, entre os quais, o de custear o Estado almejado pela sociedade (GRECO, 2005, p. 155-157), como imperativo da vida social baseado no consentimento (TORRES, 2016, p. 233). É a outra face dos direitos fundamentais (ROSSO, 2008, p. 80).

A ideia de solidariedade é intrínseca ao Estado Fiscal social, porquanto lhe é inerente um dever solidário: a contribuição para a manutenção da sociedade (BUFFON, 2016, p. 112). Daí a ideia de que o Estado Democrático de Direito, como Estado ético e garante dos direitos fundamentais, de forma universalizada, funda-se, além da legalidade e igualdade, no valor fraternidade ou na solidariedade.

Solidariedade, juridicamente, “indica corresponsabilidade, o que parece bastante conexo com o atual momento”, e fraternidade “parece traduzir melhor a ideia de reconhecimento do Outro como semelhante, ainda que diferente, ponto central do Estado democrático de Direito, como o concebemos” (HORTA, 2011, p. 193).

social. Não é ético, porque o seu fazer não se dirige a realizar os direitos sociais. Evidentemente, se o Estado realiza os direitos sociais, esse fazer é ético. Cria-se, então, no Estado, um corpo burotecnocrata que passa a exercer a soberania, com total sujeição do político e do jurídico em nome do *corpus* econômico da sociedade civil. Não se nega que o técnico ou o cientista econômico sejam essenciais no Estado contemporâneo. Não, porém, o *tecno-crata*, detentor do poder de decisão política, que no Estado democrático não lhe pertence. Com o aparecimento desse aparelho, abre-se uma cisão no Estado: de um lado, a organização ética da sociedade em que as decisões de soberania se dirigem ao bem comum ou à realização de uma ordem social justa e, de outro, a burotecnocracia malabarista, que impõe o fazer do produto econômico sobre o interesse social e jurídico, procurando mostrá-lo, através de sua cartola e de sua hábil prestidigitação, como interesse público absolutamente sobrevalente.

A ideia da solidariedade como valor fundante do Estado encontra ressonância na filosofia de Hegel. É que, conforme Joaquim Carlos Salgado (1996, p. 381), o Estado hegeliano “tem a dimensão comum de toda crítica ao Estado liberal individualista, a ideia da ‘solidariedade dos membros de uma comunidade política’”.

Sob essa perspectiva, justiça fiscal pode ser entendida como “faceta da justiça distributiva”, isto é, “o cidadão transfere uma parte de seu patrimônio para o Estado, que assume a responsabilidade de proporcionar recompensas, não necessariamente em favor do indivíduo que arcou com o custo” (FARO, 2015, p. 4), mas em prol de toda a sociedade.

No contexto do Estado Democrático de Direito, portanto, é clarividente a conexão entre direitos fundamentais, solidariedade e justiça fiscal.

A justiça fiscal pode ser analisada em pelo menos três dimensões. Primeira, sob o prisma da relação que se forma entre fisco e contribuinte, com a instituição dos tributos pelo Estado em consonância com as normas constitucionais, especialmente, com os princípios da capacidade contributiva e da progressividade, de modo que o contribuinte transfira parte de seus recursos para o poder público adequadamente. Segunda, sob o enfoque do federalismo fiscal, mediante distribuição equânime do produto arrecadado com os tributos entre os entes federados, com vistas ao atendimento de suas responsabilidades e encargos. Terceira, sob a ótica da efetiva execução de políticas públicas com os recursos advindos da tributação, com a finalidade de concretizar direitos fundamentais e, dessa forma, atender às necessidades do cidadão.

Nessa esteira de raciocínio, é inegável que as medidas adotadas pelo Governo Federal e destacadas no tópico antecedente afrontam o pacto federativo brasileiro, em aspectos relativos ao federalismo fiscal, na medida em que recursos originalmente previstos na Constituição federal de 1988 deixaram de ingressar nos cofres dos entes subnacionais. Como resultado direto disso, ressalta-se a restrição à máxima concretude de direitos fundamentais, sendo notória no país a precariedade ou até mesmo a falta de serviços públicos básicos nas áreas de saúde, segurança, educação, não se alcançando o ideário de justiça fiscal, sob o enfoque da ideia de justiça material concebida por Salgado.

Em consequência, deixam de ser atendidas ou concretizadas emanações de fundamentos e princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, relacionados à cidadania, dignidade da pessoa humana, bem como à construção de sociedade livre, justa e solidária e à erradicação da pobreza, da marginalização e à redução das desigualdades sociais e regionais.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pacto federativo brasileiro, conforme cristalizado na Constituição federal de 1988, foi idealizado, em razão da gênese do Estado federal brasileiro, segundo os princípios do constitucionalismo centrífugo ou por segregação, cujos principais atributos são a descentralização do poder e a autonomia, precipuamente financeira, dos entes federativos.

Dessa forma, qualquer atuação do Executivo e do Legislativo federais que desborde desses atributos, seja de forma direta, seja de forma indireta, como, por exemplo, adoção de política governamental, medida ou procedimento tendente a centralizar poder,

competência ou recurso na União, arrosta o pacto federativo consagrado na Constituição federal de 1988, pelo que deve ser repelida veementemente pelos demais entes federados brasileiros.

E, nesses trinta anos de sua vigência, não foram poucas as atuações do Governo Federal que configuraram burla ao pacto federativo brasileiro, como, a propósito, foi exemplificado neste ensaio, que se cingiu a aspectos ligados ao federalismo fiscal.

Toda a série histórica de atos normativos, notadamente de emendas constitucionais, que trouxeram a lume as duas medidas governamentais examinadas neste trabalho, demonstra que o pacto federativo brasileiro, nomeadamente em seu aspecto fiscal, se mostra inacabado, haja vista que está sendo reformado constantemente. A modelagem da DRU, por exemplo, está sendo reformulada sistematicamente, por meio de emendas constitucionais, desde 2000.

Ademais, as ações adotadas pelo Governo Federal, por contribuírem para restringir a máxima concretude de direitos fundamentais, na medida em que mitigam a autonomia dos entes subnacionais, ao retirar ou diminuir fonte de recursos indispensáveis à execução de políticas ligadas às áreas estatais mais sensíveis e carentes – educação, saúde, segurança pública –, não satisfazem o ideário de justiça fiscal, sob o prisma da ideia de justiça material no mundo contemporâneo, conforme concebida por Joaquim Carlos Salgado.

Ressai de tudo isso, com efeito, embora se trate de tema bastante complexo e polêmico, a urgência e emergência de reformas estruturantes no Estado brasileiro, em especial a tão propalada reforma fiscal, de modo a criar sistema que vise a eliminar ou diminuir as distorções que hoje se verificam entre a partilha de recursos e a distribuição dos encargos de responsabilidade de cada um dos entes federados, tudo levando em consideração, além dos diversos outros fatores afetos a essa intrincada questão, as desigualdades e peculiaridades regionais e locais.

Enquanto as reformas não vêm, é prudente e necessário que os dignitários do Poder interpretem a Constituição federal de 1988, em matérias que digam respeito ao federalismo fiscal, tendo como fio condutor os principais atributos do federalismo centrífugo, quais sejam: a descentralização e a autonomia dos entes federativos subnacionais, e que jamais se esqueçam do ideário de justiça fiscal no Estado Democrático de Direito contemporâneo, consubstanciado na máxima concretude dos direitos fundamentais.

E mais, que os representantes legais dos entes federativos subnacionais brasileiros (Estados, Distrito Federal e Municípios) não se esqueçam da mensagem transmitida pelo memorável poema de Eduardo Alves da Costa, intitulado “No Caminho, com Maiakóvski”, para que não continuem a assistir, muitas vezes, impassíveis e sem nada dizer, ou a protestar ou reivindicar depois do mal feito e instalado, a sanha centralizadora da União, que faz “tabula rasa” do pacto federativo brasileiro. Afinal de contas, o poder deve ser exercido em nome e a favor do povo pelos seus representantes, e não contra ele, como invariavelmente tem se verificado.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos de Ivone Castilho Benedetti. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

ALMEIDA MELO, José Tarcízio de. Da autonomia tributária na federação. In: *Justiça fiscal*. DERZI, Misabel Abreu Machado; ALMEIDA MELO, João Paulo Fanucchi de (Coordenadores). Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

BARBOSA, Rui. *Organização das finanças republicanas*. Discurso proferido na sessão de 16/11/1890 do Congresso Nacional. Disponível em: <www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/p_a2.pdf>. Acesso em: 23/6/2018.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves; MARINHO, Marina Soares. *Do federalismo de cooperação ao federalismo canibal: a Lei Kandir e o desequilíbrio do pacto federativo*. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 217, p. 157-180, jan./mar. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p157>. Acesso em: 25/7/2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 42, de 19/12/2003*. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc42.htm>. Acesso em: 2/7/2018.

BRASIL. *Lei Complementar nº 87, de 13/9/1996*. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências.

BRASIL. *Lei Complementar nº 102, de 11/7/2000*. Altera dispositivos da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, que dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp102.htm>. Acesso em: 24/7/2018.

BRASIL. *Lei Complementar nº 115, de 26/12/2002*. Altera as Leis Complementares nº 87, de 13 de setembro de 1996, e 102, de 11 de julho de 2000. Disponível em: <<http://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=79370>>. Acesso em: 24/7/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO 25/DF*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Plenário 30/11/2016, p. 14. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13385039>>. Acesso em: 19/7/2018.

BUFFON, Marciano; JACOB, Lilian Ramos. O estado democrático de direito e a tributação: entre os direitos e deveres fundamentais na (re) construção de uma sociedade solidária a partir do dever fundamental de pagar tributos. *R. Jur. FA7*, Fortaleza, v. 13, n. 2, p. 103-116, jul./dez. 2016, p. 112. Disponível em: <<http://www.uni7.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/66/55>>. Acesso em 27/7/2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FARO, Júlio Pinheiro. *Justiça fiscal e solidariedade: deveres fundamentais e a concretização de direitos fundamentais*. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/7522-27601-2-pb.pdf>>. Acesso em 28/7/2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O estado federal brasileiro*. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66947/69557>>. Acesso em: 21/7/2018.

GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra (Coord.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

HORTA, José Luiz Borges. *História do Estado de Direito*. São Paulo: Alameda, 2011.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5. ed. revisada e atualizada por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HORTA, Raul Machado. *O federalismo no direito constitucional contemporâneo*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 41, n. 4, p. 189-231, out./dez. 2001.

LEITÃO, Alejandro; IRFFI, Guilherme; LINHARES, Fabrício. Avaliação dos efeitos da lei kandir sobre a arrecadação de ICMS no estado do Ceará. *Planejamento e Políticas Públicas - PPP*, Brasília: IPEA, n. 39, p. 37-62, jul./dez. 2012.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2.ed. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Pacto federativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Natureza jurídica do estado federal*. Nova impressão. Monografia premiada pelo Instituto dos Advogados de São Paulo. Publicação da Prefeitura do Município de São Paulo, 1948.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editores, 2007.

NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 12. ed. revista, ampliada e atualizada. 3. Tiragem. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1994.

REZENDE, Fernando. *Conflitos federativos: esperanças e frustrações – em busca de novos caminhos para a solução*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ROSSO, Paulo Sérgio. *O princípio da solidariedade e o sistema tributário*. Jacarezinho (PR): Faculdade de Direito do Norte Pioneiro, 2008 (Dissertação, Mestrado em Ciência Jurídica). Disponível em: < <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/1923-paulo-sergio-rosso/file> >. Acesso em 27/7/2018.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SALGADO, Joaquim Carlos. O estado ético e o estado poiético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v.27, n. 2, p. 00-00, abr./jun. 1998.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996.

SALGADO, Karine. História e Estado de Direito. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, vol. 71, n. 2, p. 102-113, abr./jun. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista do TST*, Brasília, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Presentación de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

SCAFF, Fernando Facury. Direitos humanos e a desvinculação de receitas da União – DRU. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 236, p. 33-50, abr./jun. 2004.

SOARES, Murilo Rodrigues da Cunha. *Lei Kandir: breve histórico*. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema20/2007_12856.pdf >. Acesso em: 24/7/2018.

TORRES, Heleno Taveira. A justiça dos tributos. In: *Justiça fiscal*. DERZI, Misabel Abreu Machado; ALMEIDA MELO, João Paulo Fanucchi de (Coordenadores). Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito constitucional financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários*. v.2, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FEDERAL STATE, FEDERATIVE PACT AND FISCAL JUSTICE

Abstract: The history of constitutionalism reveals that the conciliation between power and freedom is materialized in the political document that gives legal form to the federal state, that is, in the Constitution, which crystallizes an alliance or pact between the entities that constitute it, the so-called federative pact. The federative pact of the Brazilian Federal State is embodied in the 1988 Constitution, which grants political, administrative and financial autonomy to the federative units and prescribes them their respective functions. In addition, this constitutional decree prescribes the sources of financial resources, derived basically from the taxation, that the Brazilian federated entities will be able to dispose to reach their competences, establishing, in this way, the so-called fiscal federalism. And in the Brazilian Federal State, the failure to fully or satisfactorily achieve fiscal justice, from the point of view of the idea of material justice in the contemporary world, also arises from measures adopted by the Federal Government, because they compromise the implementation of policies social – especially in the areas of health, education, security – even by the states, federal district and municipalities. This state of affairs also constitutes a vilification of the federative pact, in aspects inherent to fiscal federalism, and non-observance of fundamental foundations and objectives of the Federative Republic of Brazil.

Keywords: Federal state. Federative pact. Fiscal federalism. Fiscal justice.

Referência:

DINIZ, Gilberto Pinto Monteiro. Justiça fiscal no Estado federal brasileiro sob a ótica da ideia de justiça material no mundo contemporâneo. *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v.16, n.1, p. 9-29, jan./dez., 2019.

Aceito em: Dezembro/2019.

O COLÉGIO DE GOVERNADORES E O CONPEG: O FEDERALISMO E O PROCESSO DE FORMAÇÃO DA VONTADE NACIONAL

BERNARDO MOTTA MOREIRA*
ANDRÉ ALMEIDA GONÇALVES**

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Federalismo fiscal alemão e a função do *Bundesrat*. 3 A atuação coordenada dos Estados-Membros e do Distrito Federal. 3.2 O Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados-Membros. 4 O Centro de Estudos Fiscais e Aduaneiros em Portugal. 5 Federação, democracia e a contribuição de um Colégio de Governadores e de Procuradores-Gerais dos Estados na melhoria da qualidade legislativa do país. 6 Considerações Finais.

1 INTRODUÇÃO

O federalismo, surgido da experiência política norte-americana, é um expediente político constituído de dois elementos fundamentais, quais sejam, a repartição de competências entre os governos nacional e locais mediante uma Constituição rígida e a influência direta e indireta dos entes federados nas decisões da nação. Esta segunda exigência decorre da “lei da participação”, um dos princípios reitores da Federação, segundo o qual as unidades federadas devem ser parte no processo de elaboração da vontade política válida para toda a organização federal, intervindo com voz ativa nas deliberações de conjunto¹. Nesse

* Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Professor de cursos de pós-graduação em Direito Tributário (Faculdade Milton Campos, ESA/Fumec, Cedin, Pro Labore, IEC/PUC-Minas, UNA). Professor do bacharelado em Direito do Centro Universitário UNA. Professor da Escola do Legislativo da ALMG.

** Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

1 “Há, segundo Georges Scelle, dois princípios capitais que são a chave de todo o sistema federativo: a lei da participação e a lei da autonomia. Mediante a lei de participação, tomam os Estados-membros parte no processo de elaboração da vontade política válida para toda a organização federal, intervêm com voz ativa nas deliberações de conjunto, contribuem para formar as peças do aparelho institucional da Federação e são no dizer de Le Fur partes tanto na criação como no exercício da ‘substância mesma da soberania’, traços estes que bastam já para configurá-los inteiramente distintos das províncias ou coletividades simplesmente descentralizadas que compõem o Estado unitário. Através da lei da autonomia manifesta-se com toda a clareza o caráter estatal das unidades federadas. Podem estas livremente estatuir uma ordem constitucional própria, estabelecer a

raciocínio, os entes federados devem ter participação decisória na formação da vontade nacional e eventual desequilíbrio nessa função impacta o sistema de competências e, reflexamente, o próprio sistema federativo. Como afirma Viana (2018), a concepção de federalismo cooperativo que encontra registro na CRFB/88 pressupõe “um federalismo regido por uma ação coordenada e não hierarquizada entre União e Estados para a consecução dos fins estatais na realização do bem comum”.² Sendo condição necessária que os entes federados participem do processo político relativo a toda a Federação, eventuais decisões políticas tomadas pela União ao alvedrio dos demais entes federados são inconstitucionais (por afronta ao próprio princípio federativo). Viola a lógica federativa uma decisão “autoritária” tomada pelo legislador da União em atenção exclusiva às determinações do Executivo federal (atuando como um “rolo compressor”) em flagrante ofensa ao posicionamento e aos interesses dos Estados e Municípios.³

Todavia, o que se viu nos trinta anos de vigência da Constituição da República de 1988 – CRFB/88 – foi uma participação tímida das Unidades Federativas e do Distrito Federal nas decisões parlamentares, escancarando uma incoerência do Senado Federal – que deveria tutelar os interesses dos Estados e DF – de modo que a União logrou remanejar as receitas tributárias e rescentralizou o sistema, impactando o pacto federativo original. Sobre isso, Arretche (2005) aponta três características decorrentes da CRFB/88 sob o viés do federalismo fiscal:

(i) descentralização de receitas – seja da autoridade para arrecadar, seja pela garantia de transferências constitucionais –, com (ii) centralização da arrecadação no governo federal – devido a seu papel de principal arrecadador –, acompanhadas de (iii) centralização da autoridade sobre as decisões de arrecadação e de gasto, isto é, limitação da autonomia dos governos subnacionais para a regulamentação da cobrança de impostos e do destino do gasto.⁴

Algumas causas de caráter conjuntural e político contribuíram para a centralização do sistema, mas é certo que a estrutura jurídica constitucional permitiu que alterações legislativas e do próprio texto da CRFB/88 fossem realizadas sem grande dificuldade.⁵

competência dos três poderes que habitualmente integram o Estado (executivo, legislativo e judiciário) e exercer desembaraçadamente todos aqueles poderes que decorrem da natureza mesma do sistema federativo, desde que tudo se faça na estrita observância dos princípios básicos da Constituição federal. A participação e a autonomia são processos que se inserem na ampla moldura da Federação, envolvidos pelas garantias e pela certeza do ordenamento constitucional superior – a Constituição federal, cimento de todo o sistema federativo. Tanto a participação como a autonomia existem em função das regras constitucionais supremas, que permitem ver na Federação, como viu Tocqueville no século XIX, duas sociedades distintas, ‘encaixadas uma na outra’, a saber, o Estado federal e os Estados federados harmonicamente superpostos e conexos.” (BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 232).

2 VIANA, Ulisses Schwarz. Um Colégio de Governadores no Brasil e o modelo do Bundesrat na República Federal alemã. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (Org.). *O Federalismo na visão dos Estados: uma homenagem do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal – Conpeg – aos 30 anos da Constituição*. Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 112.

3 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MARINHO, Marina Soares. “As relações federativas e a Lei Kandir: em busca de um acerto de contas”. *Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v.13, n.1, jan./dez., 2016. p. 77-78.

4 ARRETICHE, Marta. Quem taxa e quem gasta: a barganha federativa na federação brasileira. *Revista de Sociologia e Política*, n. 24, 2005, p. 83.

5 Para aprofundar sobre esse tema, vide: MOREIRA, Bernardo Motta. “O Sistema Tributário Nacional remodelado pela tecnoburocracia federal”. In: COSTA, Alexandre Freitas; BERNARDES, Flávio Couto. (orgs.)

O declínio do papel do Parlamento brasileiro (e aqui tratamos de ambas as Casas nacionais) diante de um poderoso Executivo – daí ter se tornado corrente o uso do termo “hiperpresidencialismo”, partindo das lições de Carlos Santiago Nino⁶ – e sua dificuldade para lidar com as proposições da tecnoburocracia do Poder Executivo Federal, certamente contribuiu para que as inúmeras alterações constitucionais e legais que acabaram por alterar o sistema tributário pactuado em 1988, impondo perdas de receita a Estados e Municípios brasileiros.

Nessa linha, Batista Júnior e Marinho (2017) são críticos dessa força centralizadora do Poder Executivo federal – exercida, na realidade, por sua forte tecnoburocracia – e demonstram que, os planos da União, nos últimos anos foram feitos em detrimento dos Estados, que perderam arrecadação e, conseqüentemente, autonomia, porque aquela “*sempre modelou seus planos e estratégias à revelia dos estados e as enfiou, sistematicamente, ‘goela abaixo’, em especial porque comanda o processo legislativo no Congresso Nacional.*”⁷ Lembram que o Congresso Nacional conta com legisladores da União (federais) e nacionais, que, com os mesmos trajes, produzem tais legislações.⁸

Em um contexto de forte “governamentalização” do poder de decisão em matéria tributária, já se demonstrou que a desparlamentarização do debate tributário tem prejudicado a descentralização almejada pelo constituinte originário e, por conseguinte, alimentado um esvaziamento do pacto federativo de 1988.⁹ Com efeito, a discussão tributária se vê engavetada no epicentro do castelo tecnoburocrata, restando ao Parlamento, encerrado em um ambiente de profunda defasagem informacional, atuar como “chancelador” da decisão governamental. A desparlamentarização da democracia tributária impõe um crescente esvaziamento da legitimidade comunicacional da tributação; os resultados disso são a concentração de poder nas mãos dos governos, a centralização de prerrogativas e recursos no âmbito da União e o arrefecimento da capacidade do sistema de se projetar como instrumento de distribuição de riquezas.

Observar-se que o Senado Federal – composto por “representantes” dos Estados – age, nesse ínterim, como um reflexo da Câmara dos Deputados, já que não consegue se organizar de modo a vencer a lógica da disputa partidária. Acerca disso, a análise de Neiva e Soares (2013) concluiu que fazer parte de um partido da base do governo federal é uma

Constituição Federal 30 anos. O moderno Direito Constitucional Tributário. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 43-86.

6 NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional.* Buenos Aires: Astrea, 1992.

7 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MARINHO, Marina Soares. “Os prejuízos da Lei Kandir e o rolo compressor federal”. *Revista Consultor Jurídico*. Publicado em 10/4/2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-10/prejuizos-lei-kandir-estados-rolo-compressor-federal>>. Acesso: 15 jan. 2018. Ainda de acordo com os autores, especialmente “na difícil aprovação de leis complementares, é óbvio que a bancada governista sempre tem força suficiente para bloquear a aprovação de diplomas legislativos que possam prejudicar os interesses da União. Afinal, o legislador encarregado de elaborar a lei complementar reclamada é membro do Congresso Nacional e o legislativo nacional é parte integrante da União!”.

8 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. “A Lei Kandir e o risco de um ‘tombo federativo’”. *Revista Consultor Jurídico*. Publicado em 3/3/2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-03/onofre-batista-junior-lei-kandir-risco-tombo-federativo>>. Acesso: 15 jan. 2018.

9 MOREIRA, Bernardo Motta; DILLY PATRUS, Rafael. O federalismo fiscal e a (re)parlamentarização do debate tributário: uma análise à luz do empreendimento alemão. *Revista da Abradt: em homenagem ao Professor Sacha Calmon.* Fórum: Belo Horizonte, no prelo.

referência para a tomada de decisão dos senadores.¹⁰ Se a representatividade dos Estados-membros fosse efetiva e real¹¹ e, ao mesmo tempo, se o Congresso Nacional tivesse condições institucionais e interesse político de legislar sobre a política fiscal e tributária brasileiras de viés federativo e descentralizador, certamente, as alterações que acabaram sendo feitas no Sistema Tributário Nacional não impactariam tão severamente nas receitas dos Estados e Municípios.

Neste ensaio, pretende-se consolidar o entendimento de que a defasagem informacional é um relevante motivo para a fraca atuação do Senado Federal na defesa dos interesses dos Estados-membros. Utilizar-se-á como paradigma o modelo alemão para se demonstrar que não somente a questão partidária influencia numa atuação coesa do representante estadual, mas também a sua *expertise*. Assim, pretende-se estudar como organismos da qualidade do Colégio de Governadores ou de Procuradores-Gerais dos Estados-membros podem auxiliar para mitigar a distância que se vê entre os entes subnacionais e seus representantes na Câmara Alta. Acredita-se que os interesses estaduais só são genuinamente reconhecidos quando vocalizados por meio de um canal comunicativo que garante aos representantes dos entes um espectro ativo, efetivo e tecnicamente viável de influência na tomada de decisão nacional.

2 O FEDERALISMO FISCAL ALEMÃO¹² E A FUNÇÃO DO *BUNDESRAT*

O federalismo fiscal concebido na Alemanha nasce da percepção de que é preciso simultaneamente descentralizar a administração financeira e compartilhar os recursos entre os entes federativos, de modo a possibilitar a reconstrução do país em seguida à Segunda Guerra Mundial. Profundamente marcado por duas importantes reformas, uma em 1955/1956 e outra em 1969, o arranjo federativo transformou-se, com o tempo, em um suporte organizatório intrincado e eficiente. Com o desafio da reunificação em 1989, o federalismo alemão demonstrou sua enorme capacidade de coordenação sócio-política e consolidação da justiça social, “pois era necessário homogeneizar, por imperativo constitucional, as condições de vida em todo o país, i.e., equalizar as disparidades econômicas e sociais entre Leste e Oeste”.¹³

A arquitetura geopolítica foi pensada sobretudo de forma exógena, o que resultou, no que toca à questão federativa, na tentativa inicial de implementação de um federalismo

10 NEIVA, Pedro Robson Pereira; SOARES, Márcia Miranda. Senado brasileiro: casa federativa ou partidária?. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 28, n. 81, 2013.

11 A Câmara dos Deputados é formalmente a representação popular onde o mecanismo de escolha deve respeitar a ideia de soberania popular e voto igualitário: um cidadão um voto. Por sua vez, o Senado é formalmente a casa de representação dos interesses dos entes federados em um estado federal. No Brasil, o Senado deveria representar os Estados e o DF em um federalismo simétrico, isto é, a representação dos Estados não é proporcional a população, ao poder econômico ou dimensão territorial mas igualitária para cada Estado: três senadores para cada Estado-Membro e o Distrito Federal. Nesse sentido, confira-se: MAGALHÃES, José Luiz Quadros. “A necessidade de revisão do papel do Senado na democracia representativa brasileira – ou sua extinção”. In: BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. (Coord.) *Constituição e democracia: aplicações*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 137.

12 Para uma análise completa do modelo alemão, confira-se: MOREIRA, Bernardo Motta; DILLY PATRUS, Rafael. O federalismo fiscal e a (re)parlamentarização do debate tributário: uma análise à luz do empreendimento alemão. *Revista da Abradt: em homenagem ao Professor Sacha Calmon*. Fórum: Belo Horizonte, no prelo.

13 BACHUR, João Paulo. Federalismo fiscal, atribuições fiscais constitucionais e equalização regional: EUA, Alemanha e Brasil em perspectiva comparada. *Revista do Serviço Público*, v. 56, p. 377-401, 2005, p. 385.

concebido à luz do modelo norte-americano.¹⁴ Nessa proposta, “o federalismo alemão continha uma referência clara à simetria de funções dos Estados Unidos e transferia para os governos subnacionais a maior parte das competências legislativas referentes às funções públicas”.¹⁵ Todavia, já nas primeiras décadas subsequentes à promulgação da Constituição de 1949, esse arranjo federativo sofreu modificações profundas. A reforma constitucional de 1955/1956 priorizou a centralização federal das competências legislativas tributárias e fiscais, concebendo, paralelamente, um espaço de relações cooperativas entre as esferas de governo e de compensação financeira interestadual e por transferências verticais. Com a assunção de um forte caráter de cooperação e “entrelaçamento interjurisdicional”,¹⁶ o sistema já se afastou sobremaneira do modelo estadunidense, aproximando-se dos referenciais do Estado social e da proteção da confiança.¹⁷ Já a reforma constitucional de 1969 permitiu a consolidação da concertação federativa entre o *Bund* e os *Länder*, com ênfase no compartilhamento de funções e na partilha de recursos tributários e outras receitas financeiras, em vista do escopo expresso de equalizar as condições de vida nas diversas regiões do país.¹⁸

Na redação atual, o artigo 20 (1) estabelece que a República alemã é um Estado social federativo, e o artigo 72 (2) dispõe que a legislação federal deve se voltar para “o interesse do Estado em seu todo, para o estabelecimento de condições equivalentes de vida no território nacional e a preservação da unidade jurídica e econômica”. Nessa conformação, à federação cumpre perseguir o propósito da igualdade material, servindo de ferramenta para a garantia das condições necessárias ao exercício da autonomia estadual.

A repartição constitucional das competências entre os entes federativos é marcada por dois principais direcionamentos: a subsidiariedade da competência legislativa dos *Länder* e a prevalência da legislação federal nas hipóteses de competência legislativa concorrente. De um lado, o artigo 30 estipula que “o exercício do poder estatal e o cumprimento das funções públicas competem aos Estados, salvo previsão constitucional expressa em sentido contrário”, o que é reiterado no artigo 70 (1), que prescreve que “aos Estados cabe a prerrogativa da legislação, desde que esta Lei Fundamental não atribua a competência à União”. A opção constituinte nesse sentido é bastante evidente, já que se presta à consideração da originariedade das prerrogativas público-estatais nas mãos das unidades subnacionais.¹⁹ Isso porque, não obstante os momentos autoritários de concentração política exagerada e supressão da autonomia federativa, o federalismo alemão é historicamente de aproximação, já que resulta da convergência dos reinos e principados germânicos em prol da consolidação de uma unidade político-organizacional.

Lado outro, de acordo com o artigo 31, a “legislação federal prevalece sobre a legislação estadual”. Quando a competência legislativa for exclusiva do *Bund*, a teor do artigo

14 MORAES, Marcos Ribeiro de. *As relações intergovernamentais na República Federal da Alemanha: uma análise econômico-institucional*. São Paulo: Konrad Adenauer Stiftung, 2001, p. 165.

15 BACHUR, João Paulo. *Op. cit.*, p. 384.

16 MORAES, Marcos Ribeiro de. *Op. cit.*, p. 179.

17 DEGENHART, Christoph. *Staatsrecht I: Staatsorganisationsrecht*. Heidelberg: C. F. Müller, 2011, pp. 183-192.

18 MORAES, Marcos Ribeiro de. *Op. cit.*, p. 184.

19 CAMARGO, Aspásia. Federalismo cooperativo e o princípio da subsidiariedade: notas sobre a experiência recente do Brasil e da Alemanha. In: HOFMEISTER, Wilhelm; CARNEIRO, José M. B. (orgs.). *Federalismo na Alemanha e no Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer (Centro de Estudos), 2001, pp. 69-94. Cf. também: BRÄUER, Christian. *Finanzausgleich und Finanzbeziehungen im wiedervereinten Deutschland*. Wiesbaden: VS Verlag, 2005, pp. 69-78.

71, caberá aos *Länder* a faculdade de legislar “somente nos casos e na medida de autorização federal expressa”. Contudo, quando a competência for concorrente, nos termos do artigo 72 (1), aos Estados cumprirá a faculdade de legislar subsidiariamente, isto é, “enquanto e na medida em que a União não exercitar a competência legislativa”. No que se refere à “Constituição financeira” (*Finanzverfassung*), disciplinada entre os artigos 104a e 115, são de competência federal exclusiva os tributos atinentes a direitos aduaneiros e monopólios financeiros, e de competência concorrente os demais tributos de âmbito nacional, restando aos *Länder* a prerrogativa exclusiva de regular os impostos locais sobre o consumo, desde que “não sejam análogos aos impostos regulamentados por lei federal”. No geral, a principal fonte de arrecadação tributária encontra-se no plexo dos tributos de competência concorrente, sendo eles precipuamente regulamentados pela União.²⁰

No tocante à administração tributária e fiscal, a Lei Fundamental dispõe, em seu artigo 83, que a execução da legislação federal cumpre aos Estados “como matéria própria”. Nas especificidades do sistema financeiro, a regra é reproduzida nos seguintes termos: o artigo 108 (1) estabelece que “os direitos aduaneiros, os monopólios fiscais, os impostos de consumo regidos por lei federal e os tributos no âmbito da União Europeia são administrados pelos órgãos fiscais federais”, ao passo que, na esteira do artigo 108 (2), cumpre aos órgãos fiscais estaduais administrar os tributos restantes. O que se vê, destarte, é que a gestão financeira dos recursos decorrentes da tributação é atribuída preferentemente aos *Länder*. Essa lógica organizacional tributária forma um esquema voltado para a realização concreta dos objetivos sociais do Estado constitucional: às unidades subnacionais é legada a importante tarefa de, na maior proximidade dos contextos sociais, econômicos e culturais específicos, densificar os direitos e perseguir as metas traçadas pelo projeto de 1949.²¹ Para o alcance desse desiderato, o artigo 106 estrutura um esquema arrecadatário de caráter distribuidor, concebendo receitas tributárias destinadas apenas ao *Bund* (como, por exemplo, o imposto sobre bens de consumo, as tarifas alfandegárias e o imposto complementar ao imposto de renda), apenas aos *Länder* (como, por exemplo, os impostos sobre o patrimônio, a herança e a aquisição de imóveis) e ao *Bund* e aos *Länder* em conjunto (como, por exemplo, o imposto de renda e o imposto sobre valor agregado). São exatamente os recursos arrecadados em conjunto (derivados do IR e do IVA) que servem como principais mecanismos de equalização da capacidade financeira interestadual, a qual se dá tanto por uma divisão horizontal entre os *Länder* quanto por transferências verticais.²² A divisão horizontal é operacionalizada por um arranjo complexo e estratificado de compensação financeira interestadual (*Länderfinanzausgleich*), mediante um regramento especial que é usualmente encarado como o coração da redistribuição tributária alemã.²³

Em síntese, as marcas condutoras do sistema financeiro armado pela Lei Fundamental de Bonn são as tendências de centralização legislativa no âmbito da União e concentração administrativo-executória nas instâncias subnacionais. Porém, essa composição não se projeta institucionalmente a partir de um hiato entre os polos federativos, existindo instrumentos decisivos de participação dos *Länder* na legislação federal e do *Bund* na administração e na execução estaduais. Nesse circuito, é clara a essência participativa da

20 GONDAR, Anelise. Mecanismos de equalização fiscal e redução de desigualdades regionais: uma equação possível? Subsídios para análise a partir do caso alemão. *Desigualdade & Diversidade (PUCRJ)*, 2012, p. 22.

21 DEGENHART, Christoph. *op. cit.*, pp. 224-230. Cf. também: HUEGLIN, Thomas O.; FENNA, Alan. *Comparative federalism: a systematic inquiry*. Quebec: Broadview Press, 2006.

22 BRÄUER, Christian. *Finanzausgleich und Finanzbeziehungen im wiedervereinten Deutschland*. Wiesbaden: VS Verlag, 2005, pp. 69-70.

23 BRÄUER, Christian. *op. cit.*, p. 289-297.

cooperação entre os entes; a realização constitucional é enfrentada, portanto, como um desafio de construção compartilhada, necessariamente dependente das inúmeras esferas político-fiscais.²⁴

A participação federal na gestão financeira estadual ocorre nos casos abarcados pelos artigos 91a e 91b. Trata-se de dois contextos: (i) efetivação pelos *Länder* de “tarefas importantes para a coletividade”, hipótese em que a colaboração do *Bund* se prestará à garantia de “melhores condições de vida” no tocante tanto à estrutura econômica regional quanto à estrutura agrária e da proteção costeira; e (ii) cooperação federativa, com base em convênios, para o fomento de instituições e projetos de pesquisa científica.

Por sua vez, a participação estadual no exercício das competências legislativas da União ocorre pela atuação do Conselho Federal (*Bundesrat*). Regulado pelos artigos 50 a 53, o órgão é composto por membros dos governos estaduais já constituídos, nomeados em âmbito local, sendo que a presença quantitativa de cada *Land* varia de um mínimo de três a um máximo de seis delegados. As deliberações do Conselho são tomadas por maioria, mas os votos de cada unidade federativa são proferidos de modo uniforme. No geral, a função precípua do *Bundesrat* é possibilitar que os *Länder* tenham voz nos processos legislativos federais de interesse estadual, contribuindo para a aprovação ou a reprovação de iniciativas diretamente concernentes à esfera subnacional fiscal, socioeconômica e/ou financeira.²⁵

Derzi e Bustamante realizaram um profundo estudo comparando o federalismo fiscal alemão e o brasileiro, dando importante destaque para as funções do Conselho de Estado.²⁶ Citando as lições de Klein,²⁷ aduzem que, no modelo alemão “não foram os Estados, mas os parlamentos estaduais que perderam importância na estrutura de poder da República Federal da Alemanha”. Esse “federalismo executivo”, na acepção de Böckenförde,²⁸ definido por um “condomínio cooperativo entre os executivos da União e dos Estados membros”, capta a essência do federalismo de política conjunta e se justificaria do ponto de vista político e moral por levar a sério a responsabilidade dos Estados na formulação da política nacional.²⁹

24 SCHMIDT, Manfred G. Thesen zur Reform des Föderalismus der Bundesrepublik Deutschland. *Politische Vierteljahresschrift*, v. 42, n. 3, 2001, p. 474-491. Do mesmo autor: SCHMIDT, Manfred G. Föderalismus. In: SCHMIDT, Manfred G. *Wörterbuch zur Politik*. Stuttgart: Alfred Kroener, 2004, pp. 231-232.

25 MORAES, Marcos Ribeiro de. *op. cit.*, p. 212. No mesmo sentido, afirma Bachur: a repartição entre funções legislativas concentradas na União (mas que contam com a participação estadual via *Bundesrat*) e funções administrativas concentradas nos *Länder* (mas que contam com alguma participação da União) é o ponto nevrálgico da coordenação do federalismo assimétrico alemão, em oposição diametral à tradição dual do modelo norte-americano. Por essa razão, o nivelamento econômico regional é muito presente na Constituição federal alemã. (BACHUR, João Paulo. *op. cit.*, p. 386).

26 DERZI, Misabel Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O princípio federativo e a igualdade: uma perspectiva crítica para o sistema jurídico brasileiro a partir da análise do modelo alemão. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; DERZI, Misabel Abreu Machado; MOREIRA, André Mendes (Coord.). **Coleção Federalismo e Tributação**. Belo Horizonte: Arraes, 2015, pp. 467-495.

27 KLEIN, Hans. A legitimação do Conselho Federal e sua relação com as assembleias legislativas e os governos estaduais. In: *O Federalismo na Alemanha*. Traduções, v.7, 1995. Centro de Estudos: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, p. 94.

28 KLEIN, Hans. *Op. cit.*, p. 95-96.

29 DERZI, Misabel de Abreu; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *op. cit.*, p. 478. Para os autores, “ao menos do ponto de vista democrático, não vislumbramos um problema de legitimidade no modelo de ‘política conjunta’, estabelecido pela República Federal da Alemanha, pois o seu sistema garante, em medida superior à maioria dos Estados federais, uma participação efetiva dos Estados no processo legislativo federal e na construção das

No sistema alemão, o *Bundesrat* desempenha um admirável papel de contrapeso ao poder central.³⁰ Tal como ocorre na maioria dos países, pela lógica da separação dos poderes, o Executivo não edita as leis; todavia, é ele quem impulsiona a maioria das propostas relevantes que chegam à apreciação do Legislativo. Como todos os projetos de lei de autoria do governo federal devem ser enviados primeiro ao *Bundesrat*, este pode – mesmo antes das deliberações no *Bundestag* – empreender uma revisão minuciosa das proposições. Nesse contexto, o desenho segundo o qual o *Bundesrat* é composto por integrantes dos governos dos *Länder*, podendo envolver funcionários experientes, na qualidade de “delegados”, para atuação direta nas deliberações das comissões, provou ser muito eficaz, sendo recorrente a promoção de alterações das proposições analisadas. Frente à burocracia instalada nos Ministérios se contrapõe, assim, uma instância altamente qualificada, que, em razão de seus conhecimentos detalhados, mostra-se tecnicamente capaz de colocar “sob a lupa, toda a política interna, apesar da abundância de tarefas do Estado e da complexidade das questões”.³¹

Essa engenharia institucional permite uma participação efetiva³² – e não meramente formal – dos Estados na elaboração das leis de interesse federativo.³³ Isso porque a representação estadual, desempenhada pelos próprios governadores e seus secretários, possui cabedal técnico e capacidade institucional para dialogar com o *Bund*. Há um nítido escopo de parlamentarização do debate tributário no cenário federal alemão, principalmente quando comparado com o modelo brasileiro. A atuação compromissada do representante estadual em relação aos comandos do governo estadual, deixa evidenciada a preocupação de o modelo do *Bundesrat* assegurar e garantir que a decisão dos *Länder* venha a repercutir na formação da vontade nacional, nos processos legislativos e constitucionais federais.³⁴

Diversamente do Senado adotado pelo Brasil,³⁵ em que os representantes eleitos acabam por se vincular aos projetos políticos encampados por cada partido,³⁶ muitas vezes em

escolhas políticas mais importantes concernentes à elaboração das políticas públicas e até mesmo nos processos de emenda à Constituição e de escolha dos Juizes do Tribunal Constitucional Federal” (p. 475).

30 O *Bundesrat* não tem influência sobre a formação ou destituição do governo, sendo o *Bundestag* a casa responsável por eleger o Chanceler Federal, que dependerá da confiança deste órgão para exercer a administração. No entanto, o *Bundesrat* é também um órgão de controle do governo, já que atua na elaboração da legislação.

31 REUTER, Konrad. *Op. cit.*, pp. 56-57.

32 “As funções dos órgãos centrais da União (órgãos federais) e os órgãos estaduais se complementam em uma efetividade geral do Estado. A forma política de um Estado Federal é a de um todo racional formado pelas partes, sendo que estas são incessantemente coordenadas para uma eficácia comum. (...) O órgão federativo da União que deve defender os interesses regionais é organizado na Alemanha segundo o “princípio do conselho”: o *Bundesrat* (Conselho Federal) alemão é constituído por membros dos Governos dos Estados, membros que são por eles nomeados e destituídos; o membro do Conselho (*Bundesrat*) trazem perante este a já organizada vontade dos Estados na formação política da vontade da União” (ZIPPELIUS, Reinhold. *Allgemeine Staatslehre*. Tradução livre. 15.ed. Munique: Verlag C. H. Beck, p. 306).

33 “A repartição de poderes da Lei Fundamental está em sua conformação substancial, nomeadamente na alocação das funções e do balanceamento dos poderes determinada na ordem federativa. Exatamente aqui o *Bundesrat* é de grande significação. Como meio de influência dos Estados (*Länder*) sobre a União ele é, como demonstrado, aquele órgão no qual hoje a ordem federativa em sua parte essencial desenvolve sua efetividade”. (HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Tradução livre. 20ª ed. 1999. Heidelberg: C.F. Müller, p. 259).

34 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20ª ed. 1999. Heidelberg: C.F. Müller, p. 260.

35 No modelo traçado pela CRFB/88, na estrutura bicameral do Congresso Nacional, o corpo legislativo da Câmara dos Deputados é constituído dos “representantes do povo”. A seu turno, o art. 46 da CRFB/88 diz que o “Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal”, sendo que o §2º deste mesmo artigo ainda estatui a regra de que “cada Estado e o Distrito Federal elegerão três Senadores”. Sob um primeiro

dissonância com os interesses de seus Estados, o Conselho Federal na Alemanha se destaca na defesa dos interesses dos entes subnacionais, enunciando contravoz mais qualificada e especializada do que o contraponto que se expressa via *Bundestag*. Ademais, outros partidos podem formar a maioria no *Bundesrat*, possibilitando que pontos diversos de vista enriqueçam o debate para a tomada de decisões de impacto federativo.³⁷

A participação do órgão no processo legislativo federal pode se dar de três formas: consultiva, de iniciativa ou deliberativa.

Na participação consultiva, o governo federal detém a iniciativa legislativa. Trata-se da hipótese relativa à maioria das proposições,³⁸ situação em que o projeto de lei que veicula matéria de interesse subnacional não pode ser apresentado diretamente ao *Bundestag*. Há um trâmite político prévio (“primeira palavra” ou “primeiro trâmite”) que tem por objetivo possibilitar que o *Bundesrat* examine questões de direito constitucional, políticas e práticas, oportunidade em que o Conselho poderá contribuir com críticas ou propostas de emendas e alterações, sendo facultado ao governo federal realizar uma réplica.³⁹ Uma das principais atividades do *Bundesrat* é justamente verificar os projetos do governo e debater sobre eles, “tomando posição”. Conquanto consubstancie um posicionamento prévio e não vinculante, a postura adotada no “primeiro trâmite” corresponde a um importante demonstrativo de qual será a palavra do órgão no “segundo trâmite”, sendo, assim, considerada com seriedade pelo governo. Nesse aspecto, a experiência que os *Länder* extraem da aplicação de tais leis – e quase todas as leis debatidas são diretamente aplicadas por eles – é vertida em material consultivo. Nesse âmbito, os governos estaduais têm a oportunidade de travar um diálogo aprofundado, de ordem eminentemente técnica, acerca de matérias de seu potencial interesse; tal estrutura revela, com enorme clareza, o controle exercido pelo *Bundesrat*.⁴⁰

olhar, pode parecer que o sistema constitucional brasileiro teria criado um eficiente mecanismo para assegurar que os Estados-membros e o DF efetivamente participem no processo decisório central da Federação, tendo voz ativa e tomando parte na edição de Emendas Constituição, de Leis Complementares e Ordinárias, como também de outros atos decisórios e normativos, como as resoluções.

36 Sérgio Ferrari acrescenta uma outra disfuncionalidade decorrente da “partidarização” da representação dos Estados, decorrente da “municipalização” do Senado Federal. Veja-se: “ao lado da perda de representatividade estadual do Senado, um outro fenômeno tem marcado o Poder Legislativo Federal, que é a crescente atuação dos parlamentares como representantes de interesses de um determinado Município ou um conjunto deles, chamados de ‘redutos eleitorais’. Este fenômeno, captado pela observação de parlamentares que integraram a Constituinte, levou à criação da espirituosa expressão ‘vereadores federais’.” (FERRARI, Sérgio. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Org.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2011, p. 469).

37 Entre os aspectos a serem considerados, pode-se arrolar: (a) o *Bundesrat* e o *Bundestag* podem ser constituídos por diferentes composições partidárias, já que as eleições para o *Landtag*, que indiretamente decide sobre a composição do *Bundesrat*, ocorrem em datas diferentes e em muitas vezes produzem resultados diversos que as eleições para o *Bundestag*. O governo federal se vê confrontado então no *Bundesrat*, de certa forma com uma “oposição”, que, como maioria, pode decidir e não se limita a apenas a se opor; (b) os membros do *Bundesrat*, particularmente os Ministros Presidentes, conservam, devido à sua personalidade e confiança que o eleitorado deposita neles, possivelmente uma particular “independência”, realizando assim uma política que não está totalmente atrelada na política partidária; (c) nas decisões do *Bundesrat* fluem as experiências políticas e administrativas locais; (d) a defesa dos interesses dos *Länder* como uma tarefa central do *Bundesrat* exige uma homenagem também do Governo Federal. (REUTER, K. *op. cit.*, p. 58).

38 REUTER, Konrad. *Op. cit.*, p. 35.

39 ALEMANHA. “O Conselho Federal”: Informationen zur politischen Bildung, n. 204, Bundeszentrale für politische Bildung. In: *O Federalismo na Alemanha*. Bonn: Centro de Estudos Fundação Konrad Adenauer, p. 82.

40 REUTER, K. *Op. cit.*, p. 35.

O Conselho também pode participar do processo legislativo no exercício da iniciativa legislativa, de acordo com o art. 76(1) da Constituição. Nesse caso, também haverá uma conversação antecedente com o governo, oportunizando-se, antes do exame da Câmara Federal, que este “tome posição” sobre a proposição legislativa.

A terceira forma de participação é a deliberativa. Quando o *Bundestag* votar uma lei, seja um projeto próprio, do governo ou do *Bundesrat*, a proposição deve ser novamente encaminhada ao Conselho Federal, cuja participação variará dependendo da matéria relacionada na lei em tramitação. Inicialmente, pode se tratar de uma emenda à Constituição.

Nesse caso, será necessária a aprovação de dois terços, ou seja, vinte e oito votos no Conselho. Caso esse quórum não seja atingido, a emenda não poderá ser aprovada, sendo submetida a arquivamento. Em segundo lugar, há uma classe de leis “especiais” sobre as quais o *Bundesrat* tem um poder absoluto de veto,⁴¹ e que devem necessariamente ser aprovadas por maioria absoluta no Conselho. As principais matérias dessa modalidade são as seguintes: (i) leis que podem influenciar as finanças dos Estados; (ii) leis que afetem a soberania administrativa dos Estados, isto é, a autonomia das administrações estaduais; (iii) leis que tenham por objeto tarefas comuns da União e dos Estados; (iv) leis sobre processos de alteração territorial dos Estados; (v) leis que são promulgadas em casos de emergência legislativa; e (vi) leis que são promulgadas em situações de estado de defesa.

Observa-se que o modelo alemão, além de institucionalizar poder de veto nas mãos dos Estados, estabelece um campo de forte proteção dialógica, buscando evitar que a União tome iniciativas com o propósito de expropriar receitas dos entes subnacionais. O mais relevante é que tal sistema impede uma absoluta governamentalização do poder de decisão em matéria tributária, na medida em que a representação estadual é dotada de capacidade técnica e acesso informacional suficientes para enfrentar proposições prejudiciais capitaneadas pela União. De certa maneira, a tecnoburocracia federal alemã somente obterá êxito na aprovação de medidas legislativas se convencer a tecnoburocracia dos *Länder*, alocada no *Bundesrat*.

O ambiente institucional concebido na Alemanha, ao parlamentarizar o debate tributário, congela o *sketch* originário de distribuição de recursos e prerrogativas, dificultando alterações direcionadas à centralização. Diferentemente do que ocorre na realidade institucional brasileira, em que a complexidade técnica das matérias e a inexistência de uma avaliação legislativa *ex ante*⁴² do impacto de alterações para os entes subnacionais têm retirado do Senado a capacidade de interferir nas políticas da União, o *Bundesrat* alemão ocupa um espaço enorme de influência na produção da legislação federal.

Como se vê, há um pressuposto que embasa o empreendimento federativo alemão: a premissa da indispensabilidade de um espaço discursivo franco, seguro, aberto e plural para debater e definir os rumos da coletividade. A institucionalidade brasileira, por sua vez, tem funcionado em sentido oposto. A discussão tributária se vê engavetada no epicentro do castelo tecnoburocrata, restando ao Parlamento, encerrado em um ambiente de profundas defasagem

41 Nas outras matérias, ditas ordinárias, o Conselho também tem o poder de veto. Todavia, ele não é absoluto, podendo ser rejeitado na Câmara.

42 Uma das etapas da Metodologia da Legislação é a avaliação legislativa prospectiva ou *ex ante*, em que se busca antever as consequências da lei, previamente à sua entrada em vigor, com o auxílio da melhor informação possível sobre os problemas que se pretendem solucionar com a intervenção normativa (cf. CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metodologia da Legislação. *Cadernos de Ciência de Legislação*, Oeiras: Instituto Nacional de Administração, n. 35, 2003, p. 41).

informativa, atuar como “chancelador” da decisão governamental. A desparlamentarização da democracia tributária impõe um crescente esvaziamento da legitimidade comunicacional da tributação; os resultados disso são a concentração de poder nas mãos dos governos, a centralização de prerrogativas e recursos no âmbito da União e o arrefecimento da capacidade do sistema de se projetar como instrumento de distribuição de riquezas.

3 A ATUAÇÃO COORDENADA DOS ESTADOS-MEMBROS E DO DISTRITO FEDERAL

3.1 UM COLÉGIO DE GOVERNADORES DOS ESTADOS MEMBROS E DO DISTRITO FEDERAL

Diante da urgente necessidade de uma participação eficaz e efetiva dos governos dos entes federados nos processos decisórios nacionais,⁴³ e, considerando que a Federação deve emergir como espaço plural em que se articulam, de forma saudável e construtiva, os interesses nacionais e regionais, na construção do equilíbrio do desenvolvimento nacional e da redução das desigualdades, bem como o fortalecimento da democracia “representativa”, é de grande importância a proposição de um mecanismo de atuação coordenada dos Estados-membros e do Distrito Federal, assim ressalta-se o “Colégio de Governadores dos Estados e do Distrito Federal”.

Nesse sentido, Ulisses Schwarz Viana (2018) observa que o mau funcionamento do mecanismo de participação federativa criado pela CRFB/88, por meio do Senado Federal, aponta para uma imprevista deficiência prático-funcional da regra do *caput* do art. 46 daquela Carta, o que acaba sendo percebido como uma deficiência do *design* federativo brasileiro, em comparação com o modelo alemão do *Bundesrat* e por isso faz coro à criação e formalização jurídica de um “Colégio de Governadores dos Estados e do Distrito Federal”. Assim, apesar de não prevista no texto constitucional vigente, a criação dessas instituições se coadunaria, segundo o autor, com o ideal federativo de viabilizar o fortalecimento dos Estados-membros e do DF. Com efeito, ficou claro no atual modelo de Senado brasileiro que a falta de atuação direta e a ausência da *expertise* dos Estados prejudica a Federação,⁴⁴ com a falta de uma visão holística federativa, a partir da perspectiva do federalismo cooperativo.⁴⁵

43 Dois princípios exsurgem como a base do sistema federativo: a lei da participação e a lei da autonomia. Pela lei da participação tomam os Estados membros parte do processo de elaboração da vontade política válida para toda a organização federal; já pela lei da autonomia devem se manifestar livremente exercendo suas competências (legislativas e administrativas) que decorrem da natureza do sistema federativo, observando, obviamente, as balizas traçadas pela Constituição da República. (BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10.ed. São Paulo: Malheiros. 2001, p. 181). Também tratando do direito federativo de participação dos Estados-membros na formação da vontade política e legislativa federal em decorrência da sobreposição e participação, vide: MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 4.ed. 2015. Rio de Janeiro: Forense, p. 157).

44 “Deve o Senado Federal no exercício de sua competência legislativa concorrente contribuir para a tessitura da federação brasileira equilibrando as forças entre os entes federativos, atuando como órgão de proteção institucional, tutelando a competência legislativa dos Estados membros que representam e defendendo os interesses locais/regionais preponderantes junto ao poder legislativo central – o que deve ser conseguido mediante um diálogo harmonioso na defesa das pautas dos Governos Estaduais. O Senado Federal não pode permitir que o Congresso Nacional produza legislação que transborde o caráter principiológico das normas gerais, notadamente, naquilo que venha a interferir na autonomia administrativa, financeira e política dos Estados membros, temas evidentemente caros aos Executivos e aos Legislativos estaduais, razão pela qual a proximidade e o diálogo entre os Senadores e os representantes desses órgãos locais (Governadores e Deputados Estaduais) devem ser constantes e de sintonia fina, afinal, em razão da diuturna proximidade com a sociedade que representam e sua inserção no cotidiano das políticas públicas local e regional, estes agentes políticos

Dessa forma, inspirado no *Bundesrat* como mecanismo que garante feições técnicas ao futuro Colégio de Governadores, Schwarz Viana defende que o órgão colegiado deverá atuar como instrumento de *calibração federativa*, podendo contar, além dos governadores, com o trabalho integrado do Colégio Nacional de Procuradores Gerais dos Estados e do Distrito Federal (Conpeg), como também um Comitê Técnico composto por 27 secretários de Fazenda ou Finanças. E, entre as atribuições que eventualmente seriam exercidas pelo Colégio de Governadores, poderiam ser propostos: (a) o acompanhamento e avaliação das políticas públicas que tenham impacto nos Estados e Distrito Federal, (b) o desenvolvimento de estudos com vistas à apresentação de propostas ao Governo Federal medidas para o fortalecimento do federalismo fiscal, (c) promover a harmonização do entendimento entre os Estados e do Distrito Federal em matérias de interesse comum, (d) a realização de estudos jurídicos de interesse dos entes federados, recomendando a proposição de ações conjuntas pelos Estados e o Distrito Federal, junto ao Poder Judiciário, (e) o apoio e o compartilhamento de práticas inovadoras visando ao fortalecimento da gestão de suas estruturas administrativas, (f) a divulgação de análises, estudos e diagnósticos relativos às matérias que impactam direta ou indiretamente os Estados e Distrito Federal e (g) a manutenção de articulação permanente com a Presidência da República e demais entidades, Poderes e órgãos da Federação.⁴⁶ De fato, assim como o *Bundesrat* – embora sem força vinculante – o Colégio de Governadores poderá atuar como um contrapeso, subsidiando de informações estudos e argumentos dos atores do processo legislativo federal e constitucional, contribuindo, ao menos, para equilibrar “o discurso e os interesses partidários que têm regido o funcionamento do Congresso Nacional e, assim, abrindo novas perspectivas funcionais e cognitivas ao federalismo brasileiro”.⁴⁷

A necessidade de um colegiado de governadores para evitar a completa exaustão da federação brasileira, em que “os entes federados menores foram colocados de joelhos, à mercê de um poder central que não tem (nem nunca teve) interesse algum em promover a coesão interfederativa”, foi levantada pioneiramente em um ensaio da lavra de Batista Júnior, Magalhães e Marinho.⁴⁸ Também fulcrados na ideia alemã, idealizam os autores a

estaduais possuem um conhecimento mais apropriado das causas sociais e políticas que justificam a formação da federação [...], a individualização de cada ente federativo, a elaboração de normas específicas e, por consectário lógico, um melhor controle das normas gerais produzidas pela União.” (ALVES, Alexandre Nogueira; PEDRA, Anderson Sant’Ana. O Senado Federal, a competência legislativa concorrente e os interesses dos governos estaduais no processo legislativo: normas gerais *versus* normas específicas numa Federação. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (Org.). *O Federalismo na visão dos Estados: uma homenagem do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal – Conpeg – aos 30 anos da Constituição*. Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 128).

45 VIANA, Ulisses Schwarz. Um Colégio de Governadores no Brasil e o modelo do *Bundesrat* na República Federal alemã. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (Org.). *O Federalismo na visão dos Estados: uma homenagem do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal – Conpeg – aos 30 anos da Constituição*. Belo Horizonte: Letramento, 2018, *passim*.

46 VIANA, Ulisses Schwarz. Um Colégio de Governadores no Brasil e o modelo do *Bundesrat* na República Federal alemã. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (Org.). *O Federalismo na visão dos Estados: uma homenagem do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal – Conpeg – aos 30 anos da Constituição*. Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 167.

47 VIANA, Ulisses Schwarz. Um Colégio de Governadores no Brasil e o modelo do *Bundesrat* na República Federal alemã. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (Org.). *O Federalismo na visão dos Estados: uma homenagem do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal – Conpeg – aos 30 anos da Constituição*. Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 168.

48 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz; MARINHO, Marina Soares. “Estados em calamidade e a necessidade de um colegiado de governadores”. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. Publicado em 28 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-28/estados->

constituição de um colégio de governadores, “por meio do qual os estados federados poderiam procurar dirimir suas diferenças, construindo consensos e explicitando dissensos”. Dessa forma, os entes federados menores teriam:

Uma espécie de plataforma para que pudessem alinhar posições, articulando-se politicamente, para, só então, conseguirem fazer frente ao imenso poder federal. A vantagem está em protagonizar algo histórico para este país, que tanto precisa de soluções inovadoras e audaciosas. A oportunidade que hoje em dia se apresenta é única, seja em razão do acirramento da crise e das disputas, seja pelo exitoso alinhamento alcançado pelos estados nas últimas batalhas travadas contra a União. Vem muito bem a calhar a criação de tal fórum, para afirmação plena de gestores e procuradores estaduais, com vistas à retomada do ideal igualitário, fraterno e solidário do federalismo cooperativo. (BATISTA JÚNIOR, MAGALHÃES e MARINHO, 2016)

Em sua tese de doutoramento, Magalhães torna a ressaltar a importância da implementação do colégio de governadores, para defender a ideia de que, assim como se verifica no contexto de disputas internacionais, os entes federados brasileiros estão à mercê de um poder central que não tem interesse em promover uma coesão interfederativa. O autor explica que, em um contexto dominado por superestruturas de poder, não há saída a entidades mais fracas a não ser se unirem para responderem aos desequilíbrios federativos, institucionalizando coalizões político-jurídicas em um movimento de “baixo para cima” (*bottom up*), o que seria mais importante do que a criação de instituições técnicas concebidas “de cima para baixo” (*top-down*).⁴⁹

A despeito da formalização jurídica do colégio de governadores, é relevante notar que governadores de 18 Estados, entre eles, Minas Gerais, se reuniram no dia 30 de maio de 2017, criando, oficialmente, o Fórum Permanente de Governadores do Brasil – FGOV. A “Resolução Interfederativa” – espécie legislativa incomum, mas que denota a congregação dos entes para reforçar o pacto federativo – que instituiu o FGOV levou em consideração (i) a necessidade de viabilizar o fortalecimento dos Estados e do Distrito Federal mediante a revisão do Pacto Federativo; (ii) o fato de que os mencionados entes devem buscar o entendimento nacional a fim de que sejam protagonistas no alcance do desenvolvimento econômico e financeiro do País; (iii) e que o desenvolvimento econômico e financeiro do País depende do fortalecimento dos Estados e do Distrito Federal e conseqüentemente do federalismo fiscal, força motriz para o desenvolvimento de políticas públicas consistentes, voltadas para o bem estar social, amparadas em um modelo econômico e financeiro

calamidade-ideia-colegio-governadores>. Acesso em: 28/10/2018. Os autores demonstram como a União tem criado relações de dependência e subordinação com o propósito de preservar sua posição de supremacia a partir de três *cases* julgados pelo STF, a saber: (1) a tentativa frustrada da União de se apropriar dos recursos obtidos com a “multa de regularização” (lei de repatriação); (2) índices exorbitantes de correção da dívida dos estados com a União (Selic capitalizada); e (3) a histórica e inconstitucional mora na compensação dos estados pelo déficit gerado pelas exonerações concedidas ao ICMS (principal fonte arrecadatória estadual) no que tange à exportação de produtos semielaborados (defasagens da Lei Kandir).

49 MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. *Teoria Crítica do Direito Tributário Internacional*. Tese de Doutorado. Orientadora: Misabel Abreu Machado Derzi. Faculdade de Direito da UFMG. 2018, p. 344-349. Para o pesquisador, o STF não consegue solucionar satisfatoriamente tais problemas. Ele observa que “conflitos distributivos e eminentemente políticos não podem ser facilmente solucionados por meio de uma instituição técnica adjudicante. Um grupo de juízes pode ser capaz de fornecer soluções razoavelmente satisfatórias para conflitos de princípios e direitos em muitos casos concretos, mas quando se chega ao nível de entrechoques distributivos envolvendo grandes atores políticos poderosos, já não é mais possível contar com uma simples resposta jurídica. (O mesmo se verifica, por exemplo, em situações de instabilidade institucional, em que Poderes de Estado (Executivo, Legislativo, Judiciário) discordam entre si.)” (p. 347-348).

equilibrado. As funções do FGOV são análogas às do Colégio de Governadores mencionadas acima.⁵⁰ Em que pese a importância do órgão colegiado e da necessidade de desenvolver um intenso diálogo federativo, entre Estados-membros, DF e a União, de modo a mitigar a centralização, o FGOV não tem se reunido com a frequência necessária e poucas medidas efetivas foram tomadas.

3.2 O COLÉGIO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DOS ESTADOS-MEMBROS

Diferentemente é o que ocorre com o Conpeg. Nos últimos anos, o órgão intensificou significativamente sua atuação e participou de vários episódios relevantes de atuação conjunta em demandas contra a União. Casos como o da renegociação da dívida dos Estados, da participação dos Estados nos resultados da repatriação de recursos, do questionamento à sistemática de repasses de recursos obrigatórios aos Estados, entre outras, forçaram o governo federal a reconhecer alguns direitos, inclusive com o efeito de redistribuição de bilhões de reais em favor dos entes subnacionais. Apesar de os primórdios do Conpeg remontarem à outubro de 1984,⁵¹ que desde então tem cumprido relevante papel de fiel da balança no equilíbrio da separação de poderes entre os entes, com atuação até mesmo perante a Assembleia Nacional Constituinte, em 1987, o colégio veio a ser criado oficialmente com a assinatura, em 23 de março de 2018, da Resolução Interfederativa, que consolidou as regras de funcionamento do Conpeg e das Câmaras Técnicas, fortalecendo a atuação compromissada com a defesa dos interesses dos Estados. A atuação do colégio tem se destacado entre os atores que influenciam o Supremo Tribunal Federal.⁵²

É difícil mensurar a participação histórica do Conpeg na defesa do federalismo brasileiro alimentando o diálogo no Congresso Nacional, em especial no Senado Federal. É certo que essa atuação existiu – porque a atuação do colégio na maioria das vezes se deu de forma velada – de modo que o sistema brasileiro poderia estar ainda mais centralizado. Aliás, como organismo de respeitável produção técnica, acredita-se que uma atuação nos bastidores é até mesmo mais efetiva do que uma sensibilização meramente política dos decisores, daí porque “já [se] incentiva a formação de um Colégio de Governadores, para que possa [o Conpeg] regressar à sua atuação velada, tão bem desempenhada”.⁵³

50 A minuta da Resolução Interfederativa está disponível em: <<http://advocaciageral.mg.gov.br/images/stories/downloads/Noticias/minuta-de-resolucao-interfederativa-texto-de-brasil-revisado-3.pdf>>. Acesso em: 12/10/2018.

51 Para o aprofundamento do estudo sobre a história do Conpeg, confira-se: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; COSTA, João Leonardo Silva. Primeiras palavras: o Conpeg e a sua história – o anjo da guarda do federalismo. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (Org.). *O Federalismo na visão dos Estados: uma homenagem do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal – Conpeg – aos 30 anos da Constituição*. Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 9-26.

52 Nery e Ferreira pesquisaram os quase mil *amici curiae* em processos de controle de constitucionalidade entre 1990 e 2017 e mapearam a rede de *lobby*, considerando as questões de grande impacto social e político que o STF tem decidido, e destacaram “no caso dos estados, [...] sua atuação a partir da Câmara Técnica de Procuradores de Estado, um centro de decisão conjunta que funciona junto ao Supremo.” (NERY, Pedro Fernando; FERREIRA, Débora. Como se relacionam os influenciadores do Supremo. *Folha de São Paulo*. Publicado em 18/3/2018. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/03/como-se-relacionam-os-influenciadores-do-supremo.shtml>>. Acesso em 13/10/2018.

53 Para o aprofundamento do estudo sobre a história do Conpeg, confira-se: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; COSTA, João Leonardo Silva. Primeiras palavras: o Conpeg e a sua história – o anjo da guarda do federalismo. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (Org.). *O Federalismo na visão dos Estados: uma homenagem do Colégio*

Efetivamente, levando em consideração que o modelo de Senado brasileiro tem levado à “partidarização” das decisões tomadas pelos representantes dos Estados, e que, mais importante do que uma mera “pressão” política dos entes subnacionais pelos seus governadores, é fundamental munir aqueles representantes de informações, dados, possíveis impactos deletérios de suas decisões ao pacto federativo, etc. – até para constrangê-los a não tomar decisões prejudiciais aos seus representados – arrisca-se a dizer que nessa estrutura de um federalismo em desequilíbrio, o Conpeg pode possuir uma função de relevância maior do que o próprio FGOV ou o eventual Colégio de Governadores na produção legislativa nacional brasileira.

É bom mencionar que um colégio técnico de *experts* que dá apoio ao estudo sistemático e crítico da aplicação das leis tributárias, e, especialmente, realiza e coordena estudos preparatórios de diplomas legislativos sobre matérias tributárias e aduaneiras, participando até mesmo da respectiva redação, não é uma invenção brasileira, cabendo fazer uma breve menção ao Centro de Estudos Fiscais e Aduaneiros português, que tem prestado relevantes serviços àquele país.

4 O CENTRO DE ESTUDOS FISCAIS E ADUANEIROS EM PORTUGAL

Portugal não é um estado federado, mas unitário, razão pela qual o problema central abordado neste ensaio – a dificuldade de os Estados e DF contribuírem para a formação de diretivas normativas (leis e outros atos normativos) e das políticas públicas nacionais – certamente não aparece por lá. Não obstante, naquele país existe uma instituição que auxilia no processo informativo e avaliativo de propostas federais que tem desempenhado um papel de relevância histórica e que pode servir de inspiração para o caso brasileiro que, como visto, carece de mecanismos para intensificar o diálogo federativo entre os entes políticos.

O Centro de Estudos Fiscais e Aduaneiros – CEF – é um órgão inserido na administração fiscal portuguesa, cuja missão é a de desenvolver a investigação em matéria tributária, apoiar o governo na concepção da política fiscal e na elaboração da legislação, bem com assegurar a negociação internacional das convenções para evitar a bitributação.⁵⁴

Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal – Conpeg – aos 30 anos da Constituição. Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 17.

54 A Portaria nº 320-A/2011, de 30 de dezembro, do Ministério das Finanças de Portugal, estabelece a estrutura nuclear da Autoridade Tributária e Aduaneira (AT) e dispõe sobre a competência do CEF no artigo 29º, *in litteris*: “1 – O Centro de Estudos Fiscais e Aduaneiros, abreviadamente designado por CEF, assegura a investigação nos domínios do direito fiscal e aduaneiro e ainda nos domínios científicos e técnicos conexos com a fiscalidade, bem como elabora estudos e pareceres superiormente solicitados. 2 – Ao CEF, no âmbito das suas atribuições, compete, designadamente: a) Realizar trabalhos de investigação nos domínios do direito tributário e aduaneiro, da fiscalidade e matérias afins, bem como emitir pareceres técnicos; b) Colaborar nas ações de reforma e aperfeiçoamento do sistema tributário e aduaneiro, designadamente através da elaboração dos estudos de base adequados; c) Proceder ao estudo sistemático e crítico da aplicação das leis tributárias, coligindo, em colaboração com as restantes unidades orgânicas da AT, as questões que aquelas suscitem, tendo em vista o seu esclarecimento e a elaboração de propostas de alterações legislativas quando necessário; d) Realizar e coordenar estudos preparatórios de diplomas legislativos sobre matérias tributárias e aduaneiras, bem como participar na respectiva redação; e) Participar, no domínio da sua competência técnica e a nível internacional, na elaboração e na negociação de tratados, convenções e acordos bilaterais ou multilaterais em matéria tributária e aduaneira; f) Assegurar, em articulação com outras unidades orgânicas, a representação nacional e a participação nos trabalhos das diferentes comissões e grupos de trabalho constituídos no âmbito da OCDE, da União Europeia e de outros organismos internacionais; g) Prestar apoio técnico às restantes unidades orgânicas da AT

O órgão – cuja denominação original era apenas Centro de Estudos Fiscais – foi criado após a reforma fiscal portuguesa de 1958-1963,⁵⁵ pelo Decreto nº 45.095, de 29 de junho de 1963, que aprovou a organização da antiga “Direcção-Geral das Contribuições e Impostos”, órgão do Ministério das Finanças lusitano, incumbido da administração fiscal do Estado (i.e., análogo à Secretaria da Receita Federal do Brasil). Nos termos do decreto, os serviços de estudos fiscais foram incumbidos ao CEF, “que funciona na imediata dependência do director-geral e é constituído por um corpo de juristas e economistas, de reconhecido mérito, que, por determinação do Ministro, do director-geral ou por iniciativa própria, realizará os trabalhos necessários à prossecução dos objectivos estabelecidos no artigo 5º⁵⁶” (art. 16º).

Os membros do CEF, são, portanto, juristas e economistas, recrutados mediante concurso público devendo ser licenciados em Direito, Economia, Finanças ou Ciências Económicas e Financeiras com classificação não inferior a “Bom” com distinção (art. 42º, “m”), podendo ser nomeados definitivamente para o cargo, os licenciados em Direito que tenham obtido no curso complementar de Ciências Jurídicas⁵⁷ ou Político-Económicas classificação não inferior a 16 valores⁵⁸ ou os funcionários públicos com as habilitações literárias estabelecidas na alínea “m” do artigo 42º, acima referidas.

relativamente à execução das convenções internacionais em matéria tributária e aduaneira; h) Colaborar, em articulação com a Direcção de Serviços de Formação, na qualificação permanente dos trabalhadores da AT, designadamente no que se refere à preparação de manuais e outros elementos de estudo; i) Assegurar a atividade documental, científica e técnica, necessária ao adequado funcionamento da AT, bem como gerir a respetiva biblioteca; j) Assegurar a edição das publicações periódicas Ciência e Técnica Fiscal e Aduaneira e Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal e Aduaneira, bem como de outras publicações científicas e técnicas no mesmo âmbito; k) Promover e assegurar as relações com organismos nacionais vocacionados para o estudo de matérias tributárias e aduaneiras; l) Coordenar o pré-contencioso e o contencioso comunitário; m) Promover a inventariação e sistematização do acervo museológico tributário e aduaneiro e assegurar a recolha, seleção e tratamento da documentação histórica e gerir o respetivo arquivo histórico; n) Realizar estudos de análise económica no domínio da fiscalidade e de avaliação do impacto orçamental de medidas de natureza fiscal; o) Assegurar, em articulação com outras unidades orgânicas da AT, a elaboração de estimativas e previsões da receita fiscal, bem como o acompanhamento da evolução das receitas cobradas pela AT.”.

55 A Lei nº 2.117, de 19 de dezembro de 1963, previu o seguinte: “Art. 12º – Durante o ano de 1963, o Governo completará a reforma orgânica e funcional dos serviços de administração fiscal e promoverá a reforma dos tribunais do contencioso das contribuições e impostos adequada ao regime dos novos diplomas e à sua melhor execução e eficiência, de modo a satisfazer, quanto possível, os seguintes objectivos: a) Enquadrar na mesma organização judiciária toda a acção contenciosa relativa às infracções fiscais, às reclamações não administrativas e às execuções; b) Sujeitar a regime uniforme, em todo o território do continente e ilhas adjacentes, o julgamento dos processos fiscais, criando para tanto tribunais fiscais de competência territorial limitada; c) Institucionalizar o serviço de justiça fiscal, promovendo a sua organização judiciária, do Ministério Público e das actividades auxiliares.”.

56 “Art. 5º – No exercício da função de promover o progresso da técnica fiscal e de contribuir para a investigação científica no campo da fiscalidade, incumbe à Direcção-Geral: a) Realizar estudos, pesquisas, inquéritos e trabalhos necessários ao progresso e eficiência dos seus serviços; b) Preparar programas e elementos de estudo e organizar estágios, cursos ou sessões de estudo para aperfeiçoamento do seu funcionalismo; c) Organizar um serviço de documentação e consulta dos elementos relativos ao progresso da ciência e técnica fiscal; d) Preparar e publicar os elementos ou órgãos de divulgação que lhe sejam afectos; e) Organizar e fomentar a associação de todas as pessoas e entidades interessadas no conhecimento e progresso da ciência e técnica fiscal; f) Promover e fomentar a formação e o esclarecimento da consciência cívica em matéria tributária numa base de justiça e de solidariedade.”.

57 Vale notar que: “Art. 77º – É vedado aos funcionários da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos: a) Exercer advocacia ou qualquer espécie de procuradoria, com excepção dos juristas do Centro de Estudos em causas não fiscais;”.

58 No sistema de ensino português, as notas variam de 0 a 20.

Segundo o art. 33º do decreto, compete aos juristas e economistas do CEF, conforme a sua especialidade, e na imediata dependência do diretor-geral, a realização dos trabalhos de promover o progresso da técnica fiscal e de contribuir para a investigação científica no campo da fiscalidade e elaborar parecer fundamentado sobre problemas de natureza jurídica, econômica ou financeira, ocorrentes na execução dos serviços da “Direcção-Geral”.

Passados quase 60 anos desde a sua criação, agora integrado na Autoridade Tributária e Aduaneira, o CEF mantém no essencial as mesmas atribuições no domínio da investigação tributária e da representação internacional,⁵⁹ que abarcam, por exemplo, o estudo sistemático e crítico da aplicação das leis, a realização de estudos preparatórios de diplomas legislativos em matéria fiscal.

Composto por juristas e economistas de excelência,⁶⁰ o CEF, além das suas missões conjunturais, tinha também como atribuição fundamental a de publicar o resultado da investigação e estudo dos seus membros na Ciência e Técnica Fiscal, sendo notória a qualidade dos trabalhos publicados na revista. As competências do Centro de Estudos sempre foram realizadas com independência funcional face ao dirigente máximo da estrutura e ao poder político.⁶¹

Como se vê, o CEF é um órgão com atuação marcante e de excelência e, composto por *experts*, tem uma opinião de respeito e relevo sobre a política tributária lusa. Mencione-se, a título de exemplo, a recente polémica instaurada sobre o fato de que o governo teria excluído, sem consultar o CEF, os territórios britânicos de Jersey e Ilha de Man e o Uruguai da lista de “offshores” – então considerados paraísos fiscais pela legislação –, o que significa, por exemplo, que os rendimentos de capitais deixam de ser tributados à taxa agravada de 35%. Diante da decisão unilateral do governo, João Pedro Santos, então diretor do CEF, chegou a ser inquirido pelos deputados da comissão parlamentar de Orçamento, Finanças e Modernização Administrativa da Assembleia da República, tendo manifestado que o CEF tem “funções fundamentalmente consultivas” e de “acompanhamento externo de entidades internacionais”, e que a retirada de territórios da lista de “offshores”, envolveria questões técnicas, mas, sobretudo, de “natureza política”.⁶²

Na mesma esteira do CEF, acredita-se que o Conpeg tem muito a contribuir no processo legislativo nacional e constitucional, subsidiando de informações os parlamentares e demais interessados. Trata-se de mais um mecanismo para evitar que a União domine por completo a produção das leis brasileiras e passe, como um “rolo compressor”, sobre o

59 Parte considerável das convenções para eliminar a bitributação internacional foram negociadas e concretizadas mediante a participação de membros do Centro de Estudos Fiscais.

60 Atuaram como membros do CEF, por exemplo: Saldanha Sanches, Alberto Xavier, Sousa Franco, Menezes Cordeiro, Diogo de Freitas do Amaral, Cardoso da Costa, Cortes Rosa, Miguel Galvão Teles, Maria de Lourdes Correa e Vale, Ana Paula Dourado, Diogo Leite Campos, Nuno José da Cunha Sá Gomes e Vasco Branco Guimarães.

61 CARDONA, Maria Celeste F. Lopes. “O Centro de Estudos Fiscais”. *Diário de Notícias*. Publicado em 5/6/2014. Disponível em: <<https://www.dn.pt/opiniao/opiniao-dn/celeste-cardona/interior/o-centro-de-estudos-fiscais-3954822.html>>. Acesso em: 24/9/2018. Celesta Cardona, que foi membro do CEF, considera que o órgão representou, senão o maior e melhor, pelo menos um dos mais qualificados e excelentes centro de estudos de Portugal e da Europa, no domínio da investigação da Ciência do Direito Fiscal.

62 “Offshore: Centro de Estudos Fiscais não se pronunciou sobre saída de territórios da ‘lista negra’”. *Diário de Notícias*. Publicado em 11/7/2017. Disponível em: <<https://www.dn.pt/lusa/interior/offshore-centro-de-estudos-fiscais-nao-se-pronunciou-sobre-saida-de-territorios-da-lista-negra-8627773.html>>. Acesso em: 24/9/2018.

interesse dos Estados e da própria Federação. Colegiados deste jaez tornam-se importantes iniciativas para a promoção da integração e coordenação das atividades estaduais, contribuindo para um esquema comunicativo capaz de garantir aos representantes da Câmara Alta brasileira um espectro ativo, efetivo e tecnicamente viável de influência na tomada de decisão nacional.

5 FEDERAÇÃO, DEMOCRACIA E A CONTRIBUIÇÃO DE UM COLÉGIO DE GOVERNADORES E DE PROCURADORES-GERAIS DOS ESTADOS NA MELHORIA DA QUALIDADE LEGISLATIVA DO PAÍS

Atualmente, não existe mais dúvida de que a descentralização é um instrumento fundamental do exercício da democracia, na medida em que os cidadãos estão mais perto do poder decisório.⁶³ O federalismo é um princípio intimamente conectado com a forma de governo democrático, sendo a Federação uma transplantação, para o plano geográfico, da tripartição dos poderes do plano horizontal. São inúmeras as vantagens do modelo, em especial em países com dimensões continentais como o caso brasileiro: a limitação do abuso do poder, a flexibilidade e a possibilidade de respostas mais rápidas, a participação democrática e mais acessível dos cidadãos, que viabiliza o pleno exercício da cidadania em níveis diversos.⁶⁴

Ao repartir o poder no plano espacial, a Federação possibilita a unidade nacional sem que haja concentração extrema de poder no ente central, o que favoreceria o autoritarismo. O modelo impõe que as decisões sejam tomadas por meio de canais de diálogos entre os entes federados, sendo certo que, cumprindo a lógica de Montesquieu, um poder deve limitar o outro poder.⁶⁵ Ao aproximar o poder político de seus destinatários – reais detentores do poder –, o federalismo permite que o povo tenha mais participação nas atividades públicas e sobre elas exerça maior controle, incrementando o pluralismo e a diversidade.

A Federação é, assim, algo muito maior do que mera forma de estado ou um mero desenho para propiciar convivência entre diferentes Estados que buscam uma unidade nacional, mas exsurge como um instrumento facilitador da democracia, eis que descentraliza verticalmente o poder⁶⁶. Preservar espaços para o poder local é fundamental para propiciar a recepção de demandas em sintonia com as peculiaridades das populações, robustecendo a ideia de democracia. Não por outro motivo a CRFB/88, inspirada em um movimento de redemocratização, fez a opção programática por uma considerável descentralização de poder, com o propósito de implantar um federalismo não só como descentralização administrativa, mas também no campo político. Com efeito, a “federação é a cidadania comprometida com a história do povo centrada em dado espaço geográfico”, sendo uma “garantia contra as

63 “Quer dizer, quanto mais perto estiver a sede do poder decisório daqueles que a ele estão sujeitos, mais probabilidade existe de o poder ser democrático”. (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários a Constituição do Brasil*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 415).

64 LAWS, Norman. Carry on the distribution of power: Federalism in Germany. In: RAMOS, Dircêo Torrecillas. (Coord.) *O federalista atual – Teoria do Federalismo*, 2013, p. 506.

65 CORREIA NETO, Celso de Barros. “Repartição das Receitas Tributárias e Transferências Intergovernamentais”. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco. (Org.). *Federalismo Fiscal e Questões Contemporâneas*. São José: Conceito, 2010.

66 Baracho destaca que no “desenvolvimento do processo democrático brasileiro, dois temas têm grande saliência: República e Federação”. (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Descentralização do poder: federação e município. *Revista dinformação legislativa*. Brasília: Senado Federal. Ano 22, n. 85, jan./mar. 1985, p. 164).

investidas centralizadoras” e uma “garantia de democracia no Brasil”, impondo, por isso mesmo, uma “vigília permanente”.⁶⁷

Nesse quadro, o Senado Federal deve redobrar sua atenção, dialogando politicamente e permanentemente com o Estado que representa, seja por meio das Assembleias Legislativas ou dos Poderes Executivos estaduais, para não permitir que a União interfira nas questões locais/regionais em prejuízo das demais unidades federadas. Não se pode admitir que a Câmara Alta, que representa os interesses dos Estados atue simplesmente como instituição chanceladora do poder normativo central, em prejuízo da Federação e, por conseguinte, da democracia.

Acredita-se que instituições como o Conpeg tem a contribuir e muito com o fortalecimento do federalismo e da democracia. Composta por advogados públicos com notória *expertise*, tal entidade deve atuar perante os representantes estaduais de forma a muní-los de informações, dados, estatísticas para melhorar a qualidade das decisões por eles produzidas. Como se sabe, um problema do nosso país é a baixa qualidade das normas produzidas pelo legislador e a advocacia pública tem um importante papel a cumprir no aperfeiçoamento normativo do Estado Democrático de Direito.⁶⁸

Além da atuação judicial, na representação do ente federado perante o Poder Judiciário, como função essencial à Justiça; de uma atuação administrativa, de consultoria e assessoramento da Administração Pública e de controle interno de legalidade e constitucionalidade dos atos administrativos; o advogado público deve atuar na função representativa, consubstanciada na atribuição de estabelecer um diálogo entre o discurso político daqueles que possuem a legitimidade democrática do voto e o discurso jurídico, isto é, conectando a democracia e direito. É um papel que pode se revelar fundamental para o próprio fortalecimento institucional da unidade federativa.⁶⁹

Tem razão Canotilho ao criticar o desinteresse das escolas de direito portuguesas acerca da produção legislativa e ao propor um estudo da teoria da legislação.⁷⁰ Realmente, as escolas de direito tem a preocupação em formar aplicadores do direito, deixando de lado atividade de preparação das regras jurídicas. Num país em que o contencioso – em especial o tributário – é um dos maiores do mundo, naturalmente, o estudante de direito e a academia

67 ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 257.

68 SILVA FILHO, Derly Barreto. A advocacia pública e o aperfeiçoamento normativo do Estado Democrático de Direito Brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. vol. 37, n. 78, Porto Alegre: PGE, jul./dez. 2016, p. 9-52. Segundo o autor, mais de 60% das ações diretas de inconstitucionalidade que tramitaram no STF desde 1988 foram julgadas total ou parcialmente procedentes. “Ainda que não abranja todos os atos normativos editados pela União e pelos Estados, o número impressiona e preocupa, ao apontar para a baixa qualidade técnica (material e formal) dos textos normativos brasileiros. No contexto europeu, de acordo com o Relatório Mandelkern, elaborado pelo Grupo de Alto Nível para a Melhoria da Qualidade Legislativa constituído pela Comissão Europeia, estima-se que a carga legislativa represente entre 2% e 5% do PIB – Produto Interno Bruto. Outrossim, aqui como alhures, sabe-se que um ato normativo de qualidade evita que os cidadãos, as administrações públicas e as empresas fiquem submetidos a encargos inúteis, que representam tempo e dinheiro, e confere maior segurança jurídica às relações sociais” (p. 10-11).

69 ROCHA, Rodrigo Maia; LIMA, Gabriel Meira Nóbrega. O estatuto nacional dos procuradores do estado como medida de fortalecimento do pacto federativo. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (Org.). *O Federalismo na visão dos Estados: uma homenagem do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal – Conpeg – aos 30 anos da Constituição*. Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 148.

70 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume LXIII, 1987, p. 405-494.

acabam por focar na demanda judicial, no processo civil, ignorando um ponto importante e fundamental do aprendizado jurídico que é a produção do direito e o processo legislativo. Somente quando um bacharel passa a trabalhar em atividades ligadas à produção normativa, seja a serviço da administração do Estado, assessorando algum parlamentar ou mesmo nas entidades envolvidas em processos de normação, como as associações de classe, é que desperta o interesse – que deveria ser de todo o cidadão – de estudar a teoria da legislação.

Nessa linha, Charles-Albert Morand observou que um dos paradoxos da formação dos juristas consiste em que estes são comumente chamados a confeccionar textos legais, ao passo que a iniciação aos métodos se encontra exclusivamente voltada para a aplicação do direito. Ele lembra que o domínio do silogismo jurídico não é de grande valia para quem almeja conceber e redigir uma lei.⁷¹

Diante desse contexto, Derly Silva Filho vislumbra que a produção jurídica é um terreno fértil para a atuação institucional da advocacia pública, defendendo uma mudança de paradigma na função: devem os advogados públicos deixarem de ser meros intérpretes para se tornarem partícipes da elaboração de leis e atos normativos qualitativamente bons e melhor ajustados aos estalões de juridicidade.⁷² Especificamente no que concerne às questões tributárias o autor observa que elas são normalmente concebidas em círculo fechado de especialistas e autoridades, sem publicidade, obedecendo fundamentalmente a diretrizes estabelecidas pelo próprio Governo e carecendo de controles jurídicos prévios de adequação constitucional e legal e de avaliações de impacto normativo.⁷³ E, após examinar algumas assessorias técnico-legislativas, considera que a advocacia pública não pode mais seguir sendo apenas um órgão responsável por dar a “redação final” a projetos de lei de iniciativa do Governador e preparar as respectivas mensagens, haja vista o domínio do Executivo em matéria legislativa, sendo notáveis tais inovações na estrutura orgânico-funcional do Estado, para assegurar maior racionalidade e eficiência às normas jurídicas por ele impulsionadas, mas que ainda carecem ser democraticamente aperfeiçoadas, com vistas a dar maior legitimidade e eficácia social ao Direito.⁷⁴ Trata-se, assim, de uma abordagem doutrinária inovadora sobre os rumos da advocacia pública e sua relação com a democracia. Ainda sobre o assunto, vale a transcrição do seguinte trecho do mesmo ensaio:

O desafio do Estado Democrático de Direito, tanto no que se refere à produção do Direito quanto aos efeitos e aos destinatários de suas normas, reside em obter a máxima eficácia social e legitimidade democrática e, assim, atingir a síntese de todas as esperanças contidas no Texto Constitucional: a justiça, aspiração maior do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Para tanto, as atividades de consultoria jurídica e de assessoramento técnico-legislativo a cargo da Advocacia Pública devem colaborar de modo mais incisivo e proficiente, em especial na fase instrutória das proposições normativas, em que o

71 MORAND, Charles Albert. *Éléments de légistique formelle et matérielle*. In: *Légistique formelle et matérielle – Formal and material legistic*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires D`Aix-Marseille, 1999. p. 17-45.

72 SILVA FILHO, Derly Barreto. A advocacia pública e o aperfeiçoamento normativo do Estado Democrático de Direito Brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. vol. 37, n. 78, Porto Alegre: PGE, jul./dez. 2016, p. 12.

73 SILVA FILHO, Derly Barreto. A advocacia pública e o aperfeiçoamento normativo do Estado Democrático de Direito Brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. vol. 37, n. 78, Porto Alegre: PGE, jul./dez. 2016, p. 18.

74 SILVA FILHO, Derly Barreto. A advocacia pública e o aperfeiçoamento normativo do Estado Democrático de Direito Brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. vol. 37, n. 78, Porto Alegre: PGE, jul./dez. 2016, *passim*.

Estado há de submeter a ideação legislativa à consulta e à discussão popular e buscar ouvir e persuadir os seus destinatários.

[...]

Esses aspectos valorizam a fase pré-legislativa das leis, o processo administrativo legislativo, em que a Advocacia Pública, por suas consultorias jurídicas e assessorias técnico-legislativas, deve atuar de modo a diminuir o distanciamento entre os cidadãos e as leis, que ocorre por problemas de diversas naturezas, como falta de diálogo e compreensão e incertezas ou preconceitos acerca do Direito vigente ou daquele que se propõe.

[...]

Trata-se, assim, de emprestar maior racionalidade ao processo de produção jurídica, para lograr maior eficiência normativa. Trata-se de legitimar democraticamente os projetos estatais mediante um processo de debate público, no qual as discussões devem ser amplas, abertas, durar um tempo razoável e observar os postulados da contradição e do diálogo. Um bom procedimento legislativo há de propiciar espaços e tempos adequados para a negociação, para o convencimento e, se possível, para a confluência entre pontos de vista originariamente confrontantes.⁷⁵

A preocupação externada por Derly Silva Filho de dignificar o processo de produção das leis brasileiras, notoriamente dominado pelo(s) Poder(es) Executivo(s) – a partir de uma exigência do Estado Social, que rompeu com o monopólio da atividade legiferante pelo Legislativo e deslocou o centro de gravitação político-jurídica para o Executivo – relaciona-se com a busca de mais legitimidade democrática à atuação estatal. De fato, se os tecnoburocratas governamentais que elaboram políticas públicas estão comprometidos com o atingimento de metas, os advogados públicos podem atuar no *processo legislativo administrativo* ou *processo pré-legislativo* (ou, ainda, forte em Gilmar Mendes, *processo legislativo interno*⁷⁶) traduzindo aos administradores públicos e aos governantes, sob o ângulo jurídico, as potenciais repercussões das regras as serem criadas, compatibilizando os interesses e as expectativas para obter maior adesão e consenso social.⁷⁷

75 SILVA FILHO, Derly Barreto. A advocacia pública e o aperfeiçoamento normativo do Estado Democrático de Direito Brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. vol. 37, n. 78, Porto Alegre: PGE, jul./dez. 2016, p. 37-39.

76 Segundo Gilmar Mendes, “além do processo legislativo disciplinado na Constituição (processo legislativo ‘externo’), identifica a doutrina o chamado processo legislativo ‘interno’, que se refere ao *modus faciendi* adotado para a tomada da decisão legislativa. Não se pode negar que, a despeito de sua relativa informalidade, o processo legislativo ‘interno’ traduz um esforço de racionalização dos procedimentos de decisão, que configura uma exigência do próprio Estado de Direito. A doutrina esforça-se por identificar o roteiro básico observado na definição de uma decisão legislativa. [...] A reunião de informações exatas sobre uma situação considerada inaceitável ou problemática é imprescindível tanto para evitar a construção de falsos problemas,³⁰ quanto para afastar o perigo de uma avaliação errônea (superestimação ou subestimação). [...] Antes de decidir sobre a alternativa a ser positivada, devem-se avaliar e contrapor as alternativas existentes sob dois pontos de vista: a) de uma perspectiva puramente objetiva, cumpre verificar se a análise sobre os dados fáticos e prognósticos se mostra consistente; b) de uma perspectiva axiológica, impõe-se aferir, com a utilização de critérios de probabilidade (prognósticos), se os meios a serem empregados se mostram adequados a produzir as consequências desejadas. Devem-se contemplar, igualmente, as suas deficiências e eventuais efeitos colaterais negativos.” (MENDES, Gilmar. *Questões Fundamentais de Técnica Legislativa. Revista de Doutrina e Jurisprudência – RDJ*, v. 37, p. 41-68, Brasília: TJDFT, set./dez. 1991, p. 60 e ss.). O autor, que à época era o chefe da assessoria jurídica da Secretaria-Geral da Presidência da República, apresentou no seu estudo – que serviu de base para o manual de redação da Presidência da República – uma série de questões que devem, a seu juízo, ser analisadas na elaboração de atos normativos no âmbito do Poder Executivo, baseando-se na Resolução de 11 de dezembro de 1984, do Governo da República Federal da Alemanha, destinada a controlar e racionalizar tal elaboração.

77 “Nesse processo dinâmico e reiterativo, de interação e interseção entre a sociedade civil e o sistema político-administrativo, a Advocacia Pública pode atuar de diversas formas: por meio de audiências públicas, fóruns de discussões, realização de seminários, capacitação de agentes públicos e lideranças comunitárias, publicações

Indo além, considera-se que a advocacia pública estadual pode subsidiar uma melhor atuação da representação estadual no Congresso Nacional, mitigando a dificuldade de os Estados participarem efetivamente da vontade nacional no trâmite dos processos legislativos. É dizer, além de uma importante atuação no âmbito horizontal, tornando mais cristalina a política pública e os objetivos da futura regra no processo pré-legislativo, um corpo técnico de juristas torna-se fundamental na descentralização vertical do poder, no reforço ao federalismo e na facilitação da democracia.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Legislador Constituinte Originário da CRFB/88, sabedor de que a autonomia e as competências de uma entidade federativa estão estritamente ligadas à disponibilidade de recursos financeiros – que é delimitada pelo sistema tributário nacional – desenhou uma estrutura federalista pautada na harmonia social e na cooperação entre os membros do pacto federativo.

Após décadas da promulgação da Constituição Cidadã, o que se observa é uma federação com uma alta carga tributária cuja arrecadação é mal distribuída entre seus componentes. O cenário mostra a União como a maior arrecadadora do “bolo” fiscal, ao concentrar cerca de 2/3 dos rendimentos recolhidos, e sendo também a maior detentora da receita disponível para ser investida na nação, com pouco mais de metade da receita. No entanto, há de se considerar a necessária previsão de distribuição das receitas entre os demais entes federativos, o que possibilita o fortalecimento nacional. Em contrapartida, o que se vê no cotidiano federativo é o esvaziamento financeiro dos Estados-membros e Municípios e o alargamento do poderio econômico e político da União.

Para compreender melhor esse panorama, observa-se que a natureza fragmentada do sistema partidário, o regime presidencialista e a organização federativa aparecem como elementos fundamentais do jogo institucional, influenciando fortemente o desempenho governamental.⁷⁸ Prova disso, é que para que as Casas legislativas funcionem é necessária uma habilidade presidencial para formar e manter coalizões capazes e, por parte do legislativo, lideranças igualmente capazes e com disposição de parametrizar suas ações pela agenda do Executivo.⁷⁹

Sendo assim, ocorre o afastamento dos Estados-membros e do DF do processo de formação das decisões legislativas, ocasiona-se uma centralização nas proposições da tecnoburocracia do Poder Executivo Federal impactando no esquecimento de matéria caras aos entes federados e na baixa qualidade da produção legislativa nacional. Esse contexto viola

científicas, levantamentos estatísticos, avaliações de impacto normativo, mapeamentos jurisprudenciais, formação de bancos de dados temáticos, entre outras. Como se vê, a atuação da Advocacia Pública, no campo da produção jurídica, revela-se extraordinariamente fecunda.” (SILVA FILHO, Derly Barreto. A advocacia pública e o aperfeiçoamento normativo do Estado Democrático de Direito Brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. vol. 37, n. 78, Porto Alegre: PGE, jul./dez. 2016, p. 42).

78 PALERMO, Vicente. Como se governa o Brasil? O debate sobre instituições políticas e gestão de governo. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 3, p. 521-557, 2000. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582000000300004&lng=en&nrm=iso>.

Acesso em 13 dez. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582000000300004>.

79 NUNES, Edison. Fragmentação de interesses e morosidade no parlamento brasileiro. In: *O Papel do Congresso Nacional no Presidencialismo de Coalizão*, ed. José Álvaro Moisés. São Paulo/Rio de Janeiro: Núcleo de Pesquisa de Políticas Públicas (USP)/Fundação Konrad Adenauer. 2011. p. 30-41.

frontalmente os ideais do federalismo cooperativo, desrespeitando dois importantes princípios, a lei da participação e a lei da autonomia, ao afastar a vontade efetiva dos Estados-membros das deliberações e a plena autonomia constitucional garantida aos entes federados.

Logo, fica claro que há uma ameaça real à autonomia dos entes federados, inviabilizando assim o cumprimento das competências dessas instituições e o fortalecimento do Legislativo nacional.

Em virtude dessa situação, urge-se que a federação brasileira possa viabilizar a efetividade do federalismo cooperativo brasileiro. Dessa forma, resta aos estados e ao DF se organizarem em uma ação coletiva, para coordenar um movimento de fortalecimento dos entes federados subnacionais, afim de que União e entes federados possam atuar em harmonia no pacto federativo brasileiro.

Nessa linha, destaca-se o protagonismo da proposição do Colégio de Governadores dos Estados-membros e do DF, instituição que pode suprir a lacuna deixada pelo jogo partidário do Senado Federal, ao construir acordos entre os entes federados com vistas a garantir a participação, a harmonia federativa e o fortalecimento da autonomia das unidades federadas.

Igualmente importante é o papel do Conpeg que, em virtude de ser formado por um grupo de *experts*, subsidia não só as discussões federalistas nas Casas Legislativas, como as demandas jurídicas de interesse dos entes federados, assim favorece o federalismo cooperativo, a formação da vontade nacional e a melhoria na produção legislativa nacional.

Referência:

GONÇALVES, André Almeida; MOREIRA, Bernardo Motta. O Colégio de Governadores e o CONPEG: o federalismo e o processo de formação da vontade nacional. *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias*, Belo Horizonte, v.16, n.1, p. 31-53, jan./dez., 2019.

Aceito em: Dezembro/2019.

**O USO DE AMBIENTES VIRTUAIS E O FORTALECIMENTO DA
ADVOCACIA PÚBLICA INTERFEDERATIVA:**
a máxima expressão do federalismo colaborativo e afirmação da autonomia dos
Estados e Distrito Federal

VIVIANE RUFFEIL TEIXEIRA PEREIRA*

Há aproximadamente 20 (vinte anos) anos as Procuradorias-Gerais de Estados constataram a necessidade de instituir linhas de atuação específicas e profissionalizadas, perante as Cortes Superiores em Brasília, à semelhança de grandes escritórios de advocacia.

Foram então implantadas, paulatinamente pelos Estados, as Setoriais de suas Procuradorias em Brasília¹, com Procuradores lotados na capital federal, cujo propósito era exercer representação judicial qualificada e especializada nas demandas próprias das Cortes Superiores.

Com efeito, a jurisprudência defensiva dos Tribunais Superiores e os requisitos de admissibilidade cada vez mais exigentes dos recursos excepcionais passavam a demandar envolvimento mais próximo e específico dos Procuradores de Estados, para que a atuação se conformasse o máximo possível às exigências formais e, principalmente, com vistas à atuação exitosa.

A advocacia pública exercida perante os Tribunais Superiores mostrou-se de grande importância, sendo revestida de especificidades, tal qual diversas áreas especializadas das Procuradorias de Estados o são.

Tratar da advocacia pública perante as Cortes Superiores é falar em atuação especial tanto quanto é a atuação especializada dos setores tributários e consultivos, por exemplo. Não se trata de atuação mais ou menos importante, mas simplesmente, atuação especializada em segmento judicial próprio.

A aproximação entre Procuradores dos diversos Estados atuando na capital federal foi um caminho natural, promovido tanto pela atuação do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e Distrito Federal (CONPEG), quanto pela coincidência e afinidade de

* Procuradora do Estado do Pará, coordenadora da setorial em Brasília. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará e Especialista em Direito Processual pela Universidade da Amazônia.

¹ Os primeiros escritórios setoriais das Procuradorias de Estados em Brasília datam, na verdade, das décadas de 70 (Bahia) e 80 (São Paulo). Mas foi somente em meados dos anos 90 e início dos anos 2000 que o movimento de fixação de escritórios na capital federal se consolidou. Exemplificativamente: Pernambuco (1996), Alagoas (1999), Pará (2000), Mato Grosso do Sul (2000), Sergipe (2002), Espírito Santo (2003), Ceará (2005).

temas debatidos pelos Estados, especialmente nas causas cujo embate é travado com a União Federal, os chamados conflitos federativos.

Quanto ao Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e Distrito Federal (CONPEG), sua organicidade e atuação concertada remontam à década de 80, momento de significativo protagonismo das Procuradorias de Estados no cenário da federação, conforme registros históricos resgatados em artigo de abertura da obra “*Federalismo na Visão dos Estados*”, de autoria do Procurador do Estado de Minas Gerais, Onofre Alves Batista Júnior e João Leonardo Silva Costa²:

Os primórdios do CONPEG remontam a outubro de 1984, durante o Décimo Congresso Nacional de Procuradores dos Estados, em Maceió (AL), ocasião na qual os Procuradores-Gerais e Advogados-Gerais dos Estados, avistando as incumbências e responsabilidades que o porvir reservaria à procuratura, decidiram conceber uma instituição que congregasse a cúpula da Advocacia Pública de Estado, de modo a articular e centralizar uma atuação jurídica concertada entre os Estados.

(...)

Relevante perceber que desde sua origem a instituição foi criada para ser um autêntico ‘Colégio’, e não um fórum, um conselho ou uma ouvidoria sobre os problemas que os Estados enfrentavam. Ainda que o acrônimo da instituição tenha variado ao longo do tempo, sendo anteriormente referido como CNPGEDF, CNPGEDFT, ou CNPGE, sua missão precípua se manteve intacta: o fortalecimento da federação, no desempenho de articulações entre os Estados em defesa da legalidade, na construção de políticas públicas conjuntas e em ações de interesse comum em prol dos entes subnacionais.

Os interesses comuns facilmente identificados nas reuniões do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais transitavam em torno de conflitos federativos travados, o mais das vezes, com o governo central.

Os problemas enfrentados pelos Estados, relatados e compartilhados pelos Procuradores-Gerais, restavam muitas vezes sem possibilidade de encaminhamentos práticos, dadas as dificuldades de integração e atuação judicial conjunta, considerando a autonomia dos Estados e a vocação jurídica regional e local de suas Procuradorias.

Os escritórios setoriais de Brasília permitiram grande avanço no trato dos temas comuns aos entes federados, viabilizando o encontro de Procuradores de todos os Estados em um mesmo espaço territorial, com a frequência necessária à maturação de temas e teses, bem como, à atuação judicial conjunta.

Nesse cenário foi então criada a Câmara Técnica do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e Distrito Federal:

Progressivamente o Colégio também se formalizou. Desde as suas origens havia um regimento interno sobre sua constituição e funcionamento. Mas autêntico marco em sua história foi a criação de sua Câmara Técnica (CT) em 2008, primeiramente coordenada pela Procuradora do Estado Sandra Maria do Couto e Silva (AM), coadjuvada pelas colaboradoras também Procuradoras do Estado Ana Carolina Monte Procópio (RN) e Vanessa Abreu (MG), contando com a participação do atual

2 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; *O Federalismo na Visão dos Estados: uma homenagem do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal – CONPEG – aos 30 anos de Constituição*; 2018. Casa do Direito, fls. 10-12,

presidente da CT, Ulisses Schwarz Viana, como 1º Vice-presidente à época, e das colegas Christina Aires Correa Lima (RJ) e Sérgio Santana (PE).

A criação da Câmara foi impulsionada, dentre outros motivos, pela sistemática da Repercussão Geral, no STF, e dos Recursos Repetitivos, no STJ, e pelo anseio de que houvesse um centro que gestasse ações jurídicas concertadas entre os Estados, a evitar o tumulto processual, e a combater aberrações autoritariamente impostas pelo poder central.³

A identificação de conflitos federativos comuns aos Estados e a modernização dos processos de demanda de massa, com a introdução no sistema processual do julgamento de recursos repetitivos impulsionou os Estados e Distrito Federal a se organizarem em ambiente permanente de estudo e troca de experiências.

Esse ambiente de trabalho coletivo, que como dito, tem foro na capital federal e é protagonizado pelos Procuradores de Estados que atuam perante as Cortes Superiores, lotados em escritórios Setoriais em Brasília, realiza reuniões mensais, nas quais são submetidos a debates os mais variados temas comuns, de interesse federativo e que despertam a atuação conjunta dos Estados-membro.

As reuniões são usualmente realizadas na sede da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, que acolhe, nesse propósito, as demais Procuradorias de Estados e confere apoio fundamental ao bom desempenho de tão relevante atribuição.

O compartilhamento de informações entre os Procuradores lotados na capital e a coleta de dados com os setores especializados das Procuradorias, nas bases estaduais, é elemento fundamental no desempenho da advocacia interfederativa.

Traço de importância relevantíssima, o esforço de congregação de informações, dados, estatísticas e elementos locais fáticos, necessários à instrução das mais variadas demandas, são obtidos em ambiente virtual, exigindo dos participantes enorme envolvimento e organicidade em plataformas digitais de uso comum e de domínio público, como *chats* de conversação, nuvens e correio eletrônico.

A velocidade da informação, de fácil acesso e compartilhamento entre os advogados públicos federais, que contam com um único sistema de dados espraiado por todo o país, escapa aos Procuradores dos Estados que atuam nas causas federativas.

Com efeito, Estados e Distrito Federal, por força de sua autonomia e em razão da enorme variedade de sistemas de gestão de processos (alguns Estados nem mesmo os tem), somados à diversidade de realidades regionais, ausência de sistema integrado e compartilhado de troca de informações, não contam com a facilidade de acesso a dados que tem o governo central, o que impõe aos Procuradores de Estados que atuam na capital federal dedicação diária a ambientes virtuais e softwares de domínio público que, longe de ser instrumentos de lazer, mostram-se ferramentas de trabalho de relevantíssima utilidade.

Exemplo da utilização de instrumentos digitais – sem qualquer custo aos entes públicos – a Câmara Técnica reúne-se, diariamente, no ambiente do aplicativo *WhatsApp*, em grande grupo de atuação no qual são trocadas informações, peças processuais, minutas de adesão, documentos de interesse dos Estados, sendo ambiente em que, principalmente, são

³ *Op. cit.* fls. 16.

deliberadas – com legitimidade – muitas estratégias de atuação judicial conjunta e concertada dos Estados-membro.

Os Tribunais se modernizam constantemente e criam os mais variados mecanismos digitais de aperfeiçoamento de julgamentos. Contam, tal qual as procuradorias federais, com a unicidade de tratamento de dados e informações. Um mesmo sistema atendendo todo um universo judicial, facilitando a comunicação de informações e o trabalho do operador do direito.

Os Procuradores dos Estados que atuam em conjunto na capital federal, pelas causas comuns dos entes federativos, não podem contar com sistema unificado de troca de dados e informações e têm nas plataformas digitais mais singelas, de domínio público e sem custo (tecnologias gratuitas), o refúgio para bem desempenhar sua missão.

Em um cenário de grande especialização digital, portanto, os Estados e o Distrito Federal têm se desincumbido de tarefa jurídica de grande envergadura sem fazer uso de softwares elaborados e custosos. Ainda assim, vêm experimentando novo avanço na advocacia federativa exercida em conjunto, na capital federal.

Com efeito, é possível afirmar que o compartilhamento diário de informações e material relevante para os Estados pelas plataformas digitais utilizadas pela Câmara Técnica consiste em verdadeira prática de advocacia pública inovadora, conquanto não seja atuação imposta institucionalmente aos Procuradores, mas aderida e utilizada espontaneamente por aqueles que desempenham tais atribuições, além de ser um foro reconhecidamente legítimo por todos os que dele se utilizam.

A espontaneidade no uso e, ao mesmo tempo, reconhecimento da legitimidade do ambiente virtual pelos Procuradores de Estados e Distrito Federal que integram a Câmara Técnica são elementos de fundamental importância para o sucesso da advocacia pública federativa.

Com efeito, a autonomia dos Estados inviabiliza a atuação centralizadora ou hierárquica de um ente federado sobre o outro. Tentativas de uniformização de sistemas de dados, compartilhamento de informações padronizadas ou aplicação de medidas disciplinares por atuação destoante de modelos pré-definidos não se coadunam com a harmonia da advocacia interfederativa.

A preservação do pacto federativo e da autonomia dos Estados é, justamente, grande elemento propulsor da atuação da Câmara Técnica e do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, de modo que, para consecução de seu mister, não poderiam os mesmos valer-se de expedientes capazes de enfraquecer as balizas constitucionais federativas.

É nessa sensível equação que caminha a atuação dos Procuradores dos Estados e Distrito Federal que congregam a Câmara Técnica: a espontaneidade em atuar coletivamente, o respeito pela autonomia de cada ente federado, a harmonia na atuação conjunta, com o propósito de conduzir a defesa dos Estados em caminho de interesse comum, pela preservação do pacto federativo e em sistema de moderação de forças com a União Federal.

A advocacia federativa colaborativa, portanto, não pode perder de vista o elo constitucional que a motiva e que justifica sua razão de ser:

Constituição Federal:

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:

(...)

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

É bem dizer, para desempenhar a advocacia interfederativa, os Procuradores que integram a Câmara Técnica e os Procuradores-Gerais, no CONPEG, devem atuar preservando e enaltecendo a autonomia dos Estados-membro, de modo a fortalecer o pacto federativo.

É exatamente por atuarem em equilíbrio de forças e no exercício da autonomia constitucional que lhes é conferida que se revela a legitimidade da atuação coletiva dos Estados e Distrito Federal, sendo a coligação de esforços um traço de reafirmação da autonomia dos entes federativos, que optam por atuarem em conjunto na defesa de causas de interesse comum.

A autonomia, como princípio constitucional, legitima a unidade federativa na tríplice capacidade: de auto-organização, autogoverno e auto-administração, observados os limites do poder soberano. Por conseguinte, compete ao Estado reger sua disciplina administrativa e política, até porque é dotado de Poder Constituinte decorrente devendo reger-se pela Constituição e leis que adotar, observados os princípios da Carta Magna.

Quanto aos conceitos de soberania, autonomia e federação, transcreve-se trecho doutrinário extraído da obra *Curso de Direito Constitucional*, de autoria do Min. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Assim, a soberania, no federalismo, é atributo do Estado Federal como um todo. Os Estados-membros dispõem de outra característica – a autonomia, que não se confunde com o conceito de soberania.

A autonomia importa, necessariamente, descentralização do poder. Essa descentralização é não apenas administrativa como, também, política. Os Estados-membros não apenas podem, por suas próprias autoridades, executar leis, como também é-lhes reconhecido elaborá-las. (...)

A autonomia política dos Estados-membros ganha mais notado relevo por abranger também a capacidade de autoconstituição. Cada Estado-membro tem o poder de dotar-se de uma Constituição, por ele mesmo concebida, sujeita embora a certas diretrizes impostas pela Constituição Federal, já que o Estado-membro não é soberano.

É característico do Estado federal que essa atribuição dos Estados-membros de legislar não se resume a uma mera concessão da União, traduzindo, antes, um direito que a União não pode, a seu talante, subtrair das entidades federadas; deve corresponder a um direito previsto na Constituição Federal. (...)

Sustenta-se, ainda, que a Constituição Federal deve ser rígida e que o princípio federalista deve ser cláusula pétrea, para prevenir que a União possa transformar a Federação em Estado unitário.⁴

4 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, fls. 814/815.

É em torno de tais premissas que muitas das demandas judiciais enfrentadas pela advocacia interfederativa são travadas. Para assegurar o pacto federativo e moderar forças com o governo central, os Estados, no exercício da autonomia constitucional de que gozam, optam por unir esforços entre si e desempenham atuação coletiva que, longe de enfraquecer referida autonomia, a reafirma e a consolida.

É enorme, como se vê, o desafio de se apresentar de modo uníssono, com elementos comuns, com teses construídas em bases uniformes para todos os Estados e Distrito Federal, especialmente quando se vislumbra o aparato de sistemas e recursos digitais de que dispõe a União Federal, maior opositora judicial dos Estados nas trincheiras das demandas federativas.

Para viabilizar essa atuação coordenada, de modo a preservar a autonomia dos entes federativos, a Câmara Técnica conta com regimento interno⁵ que disciplina, de forma sucinta, procedimentos para os encaminhamentos dos trabalhos:

Art. 3º - Nos recursos extraordinários processados nos termos dos artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil, os Estados e o Distrito Federal poderão apresentar manifestação conjunta sobre a questão da repercussão geral, visando a defesa do interesse público comum, observadas as disposições do artigo 4º da Resolução CNPGEF n.º 1/2008 e os seguintes procedimentos:

§1º Destacada a existência de repercussão geral de matéria relevante para o interesse comum dos Estados e do Distrito Federal, a Procuradoria/Advocacia Geral do ente federativo que figurar como parte no processo comunicará o fato ao Colégio Nacional de Procuradores-Gerais e ao Presidente da Câmara Técnica, que cientificará os integrantes da câmara e designará o coordenador das medidas necessárias à manifestação conjunta no feito na qualidade de terceiros interessados na análise da repercussão geral, na forma do art. 543-A, §6º do CPC.

§2º Reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a existência de repercussão geral, a Procuradoria/Advocacia Geral do ente federativo que for parte no recurso extraordinário comunicará o fato ao Colégio Nacional de Procuradores-Gerais e ao Presidente da Câmara Técnica, que cientificará os membros da câmara e, se ainda não houver, designará o coordenador das medidas necessárias à intervenção conjunta no feito, observado o disposto no art. 327, §2º do RISTF.

§3º O Presidente da Câmara Técnica designará o coordenador na forma do §2º, do art. 4º, da Resolução n.º 001/2008-CNPGEF.

§4º Na hipótese do parágrafo anterior, o coordenador da manifestação conjunta, a quem competirá elaborar a minuta da manifestação, será designado dentre os representantes da Câmara Técnica, salvo determinação em contrário.

§5º O ente federativo que decidir pela apresentação de manifestação autônoma comunicará a decisão ao Presidente por meio de seu representante na Câmara Técnica.

§6º As manifestações conjuntas serão submetidas e subscritas pelos Procuradores/Advogados Gerais, que poderão delegar a subscrição das peças aos respectivos representantes perante a Câmara Técnica.

Nota-se, pelas disposições transcritas do regimento interno da Câmara Técnica, que a atuação conjunta dos Estados é feita com grande independência entre os mesmos, não havendo determinação impositiva de atuação coletiva, ao mesmo tempo em que não há traço hierárquico entre os entes federados.

5 Regimento Interno da Câmara Técnica do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e Distrito Federal – Criada pela Resolução nº 01/08-CONPEG.

A mesma sistemática prevista no art. 3º acima transcrito deve ser observada para os temas de recursos repetitivos perante o Superior Tribunal de Justiça, bem como ações diretas de inconstitucionalidade/constitucionalidade de interesse comum dos Estados.

Há registros de atuação coletiva dos Estados-membro, também, em arguição de inconstitucionalidade perante o Tribunal Superior do Trabalho (índices de atualização de débitos da fazenda, Arg. Inc. 479-60.2011.5.04.0231), bem como em incidente de resolução de demandas repetitivas perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (repartição de receitas IRRF, IRDR 5008835-44.2017.4.04.000), e até mesmo em sede de Recurso em Habeas Corpus, no célebre caso do devedor contumaz, atuação interfederativa brilhantemente liderada pelas Procuradoras Luciana Marques Vieira da Silva Oliveira (Procuradora do Distrito Federal) e Ana Carolina de Carvalho Neves (Procuradora do Estado de Santa Catarina à época, atualmente Procuradora do Estado da Bahia) (RHC 163.334, Supremo Tribunal Federal).

Também há registros de atuação coletiva dos Estados e Distrito Federal no âmbito do FONAP – Fórum Nacional de Advocacia Pública, em que os Procuradores que atuam perante os Tribunais Superiores trocaram experiências com Procuradores Federais, tendo havido proposição formal, subscrita pelo CONPEG, de solução administrativa de contencioso federativo pacificado no Supremo Tribunal Federal, por meio de pareceres normativos da Advocacia-Geral da União, a exemplo das causas que tratam de inscrição no CAUC sem a conclusão do devido processo legal, bem como processos que tratam do princípio da intranscendência das sanções (restrições aplicadas aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário não podem contaminar um ao outro).

A atuação colegiada das Procuradorias dos Estados também deu azo à propositura de ações, com petição inicial subscrita por diversos Procuradores, deduzindo as mesmas e únicas razões de interesse comum. São exemplos nesse sentido a Ação Cível Originária nº 3.150 e Ação Cível Originária nº 3.151, propostas perante o Supremo Tribunal Federal, nas quais se questiona a queda de repasses constitucionais do Fundo de Participação dos Estados (FPE) pela União e nas quais se requer a reposição das perdas detectadas, bem como, ajustes no sistema federal de escrituração e repartição de receitas, de modo a corrigir as distorções identificadas.

Outro exemplo de atuação coletiva em ação originária proposta conjuntamente pelos Estados e Distrito Federal perante o Supremo Tribunal Federal é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 523), na qual se sustenta a tese de que a União vem praticando verdadeira fraude fiscal em ampliar e perpetuar a desvinculação de receitas (DRU) e instituir contribuições, quando deveria ampliar sua capacidade de arrecadação por meio de tributos cujas receitas possam ser repartidas com os demais entes federativos, conforme comandos constitucionais explícitos a respeito.

Nesse ponto, importante destacar a confecção coletiva de peças, em exemplo de perfeito entrosamento, harmonia e respeito entre os Procuradores dos mais variados Estados, fatores que fortalecem e legitimam as teses levadas a juízo, sempre impressionando positivamente os Ministros que são visitados nas inúmeras audiências realizadas pelos representantes das Procuradorias na capital federal.

A atuação coletiva, por sua vez, pode suscitar questionamentos quanto à legitimidade de atuação e preservação da autonomia constitucional dos entes federados, especialmente nos casos de propositura de ações subscritas em conjunto pelos Estados e Distrito Federal, assim como nos momentos em que um Estado representa os demais no uso da tribuna em sessões de julgamento, o que vem acontecendo com grande frequência, em nome da economia processual e organicidade e eficiência das sessões de julgamento.

O presente ensaio pretende, exatamente, demonstrar que, longe de enfraquecer a autonomia dos Estados e Distrito Federal, sua atuação coletiva em verdade é resultado do irrestrito exercício de tal autonomia, revelando-se de grande importância para preservação do pacto federativo e para a moderação de forças com o governo central.

A ausência de subordinação entre os entes, ausência de hierarquia e controle disciplinar, demonstra que a atuação colegiada dos Estados e Distrito Federal perante as Cortes Superiores consiste no exercício da autonomia com total preservação das normas constitucionais, tratando-se de atuação absolutamente legítima.

O resultado desse trabalho de advocacia pública interfederativa não passa despercebido nos Tribunais Superiores, conforme registrado em matéria jornalística publicada no jornal Folha de São Paulo, em 18/03/2018, intitulada “*Como se relacionam os influenciadores do Supremo*”:

A comunidade central, azul, mais heterogênea e conectada, é eminentemente composta por entes da federação, incluindo-se o amigo mais frequente do STF: a União. Eles tendem a opinar sobre guerra fiscal e outros temas relativos ao federalismo e financiamento estatal.

No caso dos Estados, podem orquestrar sua atuação a partir da Câmara Técnica de Procuradores de Estado, um centro de decisão conjunta que funciona junto ao Supremo.

À atuação dos Procuradores de Estados na capital federal, como se vê, instituída em princípio para especialização da advocacia perante os Tribunais Superiores, considerando os crescentes requisitos de admissibilidade dos recursos excepcionais e abrangência da jurisprudência defensiva de referidas Cortes, agregou-se atuação interfederativa que somente tem sido possível em razão de novas práticas de advocacia pública colaborativa, realizadas, inclusive, por meio de plataformas digitais que, embora de domínio público e não institucionais, viabilizam a necessária integração para o bom desempenho de tão relevante papel.

O compromisso assumido com a carreira comum de Procurador de Estado e com a causa federativa tem viabilizado a atuação judicial coletiva dos Estados e Distrito Federal, sem que haja norma vertical impositiva.

Enfrenta-se neste ensaio o questionamento sobre possível violação à autonomia constitucional dos entes federados, considerando-se a atuação judicial e administrativa coletiva de Estados e Distrito Federal.

Em conclusão, e de modo propositivo, justamente por não haver hierarquia ou sobreposição de um ente sobre o outro, conclui-se que essa atuação coletiva de advocacia interfederativa revela total expressão da autonomia dos Estados e Distrito Federal, não

havendo qualquer violação constitucional no modelo de condução coletiva de demandas ora apresentado.

O resultado de tal atuação tem sido a prática de advocacia pública harmônica, a revelar o federalismo de cooperação no seu estado mais puro, com respeito à autonomia dos entes federados e direcionamento dos esforços profissionais para interesses comuns, especialmente à preservação do pacto federativo e moderação de forças com o governo central.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Robert; *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 7.ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; *O Federalismo na Visão dos Estados: uma homenagem do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal – CONPEG – aos 30 anos de Constituição*. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

Referência:

PEREIRA, Viviane Ruffeil Teixeira. O uso dos ambientes virtuais e o fortalecimento da advocacia pública interfederativa: a máxima expressão do federalismo colaborativo e afirmação da autonomia dos Estados e do Distrito Federal. *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gérias*, Belo Horizonte, v.16, n.1, p. 55-63, jan./dez., 2019.

Aceito em: Dezembro/2019.

O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELO PODER EXECUTIVO

THIAGO ALENCAR ALVES PEREIRA*

SUMÁRIO

1 A constitucionalidade do direito administrativo. 2 O Poder Executivo, o controle de constitucionalidade e a advocacia pública consultiva. 3 Considerações finais.

Resumo: O presente trabalho introduz a marcante atuação da advocacia pública no aconselhamento do Poder Executivo quando do controle de constitucionalidade de atos normativos. Embora a advocacia pública tenha registros de sua existência nas ordenações afonsinas de 1446, ela somente ganhou envergadura constitucional em 1988, quando o constituinte expressamente previu a competência da Advocacia-Geral da União e dos Procuradores de Estado para representar e exercer a consultoria dos respectivos entes. Desta sorte, ouvir a Advocacia Pública antes de tomar decisões administrativas se tornou uma rotina que espelha segurança jurídico-constitucional. Nota-se que, mesmo na vigência da Constituição de 1967/69, o Supremo Tribunal Federal se manifestava no sentido da constitucionalidade de ato do Chefe de Poder Executivo determinando aos órgãos a ele subordinados que se abstivessem de cumprir dispositivos legais que não tinham a iniciativa exclusiva do Poder Executivo.¹ Com a chegada da Constituição de 1988, vozes ecoavam, e ecoam, no trilho da impossibilidade de o chefe de Poder Executivo ordenar, por ato próprio, o descumprimento de lei que entenda inconstitucional. Por isso, o papel marcante dado à Advocacia Pública pela Constituição de 1988 não pode refletir a repetida passagem de Seabra Fagundes de que administrar é aplicar a lei de ofício, já que vem sofrendo constante desconstrução, especialmente quando falamos na constitucionalidade do direito administrativo

* Procurador do Estado de Rondônia. Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós-Graduado lato sensu em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Técnico da Área de Gestão na Habilitação em Contabilidade pelo Colégio Técnico Contábil Presidente Getúlio Vargas – SOCEPP em Recife/PE. E-mail profissional: thiagoalencar@pge.ro.gov.br; E-mail pessoal: thiagoalencar@gmail.com; Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5102172909980935>

¹ “É constitucional decreto de Chefe de Poder Executivo Estadual que determina aos órgãos a ele subordinados que se abstenham da prática de atos que impliquem a execução de dispositivos legais vetados por falta de iniciativa exclusiva do Poder Executivo. Constitucionalidade do Decreto nº 7.864, de 30 de abril de 1976, do Governador do Estado de São Paulo. Representação julgada improcedente.” (Rp 980, Relator(a):Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 21/11/1979, DJ 19-09-1980 PP-07202 EMENT VOL-01184-01 PP-00100 RTJ VOL-00096-03 PP-00496)

e na aproximação do exercício da jurisdição material pela Advocacia Pública. Alfim, exsurge a necessidade de se estudar, mais e mais, como a advocacia pública exerce a atribuição de consultoria e conduz a decisão do Poder Executivo no controle de constitucionalidade extrajudicial, mantendo-se constante respeito ao Estado de Direito Constitucional.

1 A CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O primeiro passo para iniciarmos o estudo desta tormenta é compreender a amplitude do constitucionalismo em um Estado de Direito.

Partindo da teoria geral do Estado, encontramos os elementos formadores deste, quais sejam: território, povo e soberania. Todo Estado há de possuir um território ocupado por um povo e com natural exercício da soberania (autoridade).

Portanto, Estado de direito é o sistema institucional em que o povo soberano, fixado no território, decide por impor um sistema jurídico hierarquizado, onde todos devem seguir. E este sistema hierarquizado há muito é a Constituição.

José Joaquim Gomes Canotilho nos presenteia dizendo que Constituição é um diploma sistematizado e racional do conjunto político, firmado de forma escrita, do qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza o poder político, com base no princípio da separação de poderes.²

Bem antes do professor Canotilho, Ferdinand Lassale e Konrad Hesse já traçavam teses sobre as questões constitucionais, se jurídicas ou políticas.

Kelsen dizia que o ordenamento jurídico não é um sistema jurídico de normas igualmente ordenadas, colocadas lado a lado, mas um ordenamento escalonado de várias camadas de normas jurídicas.³

E este escalonamento de normas jurídicas, juntamente com a força normativa da Constituição, tão evoluída por Hesse, propiciaria indícios de que a Constituição, no ápice do ordenamento jurídico, deve ser o primeiro ato normativo a ser defendido.

A Constituição do Estado, então, seria um sistema de normas jurídicas que regula a forma de Estado, a forma de seu governo, as atribuições e competências de seus Poderes e órgãos, os direitos e garantias dos cidadãos e os limites de cada um dentro do território.

Traçadas as balizas preliminares, inauguramos o que a doutrina moderna chama de constitucionalização do direito.

O professor Luís Roberto Barroso explica que a percepção de constitucionalização do direito está ligada a um efeito expansivo das normas constitucionais, de modo que o conteúdo material e valorativo se espalha, imperativamente, por todo o sistema jurídico. Os

² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 103.

princípios e regras da Constituição passam a balizar a validade e o sentido jurídico dos atos infraconstitucionais. A constitucionalização, intuitivamente, repercute sobre a atuação de todos os Poderes e Órgãos autônomos de Estado. Assim, a constitucionalização frente ao Legislativo reduz a discricionariedade ou liberdade de confecção de leis em geral e impõe alguns deveres na atuação frente a direitos e programas constitucionais. No tocante à *Administração Pública*, igualmente limita a discricionariedade, impondo a ela deveres de atuação, validando a feitura de atos na aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao *Poder Judiciário*, serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como condiciona a interpretação de todas as normas do sistema.⁴

Veja que a constitucionalização do direito, mesmo que tardia em nossa pátria, vem a confirmar, parece-me, os mandados de otimização trilhados por Robert Alexy, denotando a técnica da ponderação.⁵

A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao tratar do princípio da legalidade, em artigo que trata da constitucionalização do direito administrativo, explica que a lei, quando é observada dentro de um sistema lógico-jurídico, destituído de qualquer conteúdo valorativo, torna a discricionariedade administrativa mais forte, porque a Administração Pública só tem que observar a lei em seu sentido formal. Porém, quando à lei formal se acrescentam considerações axiológicas, amplia-se a possibilidade de controle judicial, porque, por essa via, poderão ser corrigidos os atos administrativos praticados com inobservância de certos valores adotados como dogmas em cada ordenamento jurídico. Então, ao lado do princípio da legalidade, colocam-se os princípios gerais de direito e os princípios da moralidade, da razoabilidade, do interesse público, da motivação, como essenciais para delimitar o espectro de discricionariedade que a lei confere à Administração Pública.⁶

Tem-se, então, que a solução normativa aos problemas concretos não se pauta mais pela subsunção do fato à lei, mas exige do intérprete um procedimento de avaliação condizente com os valores jurídicos envolvidos (justiça, equidade, democracia, república).⁷

Neste soar, a Advocacia Pública, elevada a patamar constitucional, deve igualmente sofrer uma releitura do seu nobre papel.

E fala-se em releitura pelo fato de, possuindo o atributo de exercer a representação judicial e consultoria da Administração Pública, não pode ficar limitado em seu papel interpretativo. Não há como impor ao Advogado Público que ele oriente pura e simplesmente a aplicação da lei estrita, sem consonância alguma com a Constituição. O respeito à constituição é corolário do Estado democrático de direito.

⁴BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63.

⁵Devemos lembrar que o próprio Alexy reconhece ter buscado em Ronald Dworkin as bases de sua teoria dos princípios como *mandados de otimização*, de modo que é possível se ver uma certa identidade entre os autores.

⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. *Atualidades Jurídicas – Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 83106, jan./jun. 2012.

⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. M. C. de Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 80-81.

Assim, o tradicional discurso de que a advocacia pública exerce controle de legalidade da administração pública salta para um controle de juridicidade dos atos da administração pública.

E, sobre juridicidade, cumpre-nos acolher os ensinamentos do saudoso Procurador do Estado do Rio de Janeiro Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem o princípio da juridicidade seria como o “princípio da legalidade” em sentido amplo, ou seja, não se o restringindo à mera submissão à lei, como produto das fontes legislativas, mas de reverência a toda a ordem jurídica.⁸

Talvez por isso o Código de Processo Civil vigente traga imensa carga principiológica, reproduzindo, inclusive, passagens do texto maior.

É um momento de Estado Constitucional.

2 O PODER EXECUTIVO, O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A ADVOCACIA PÚBLICA CONSULTIVA

O Poder executivo, seja em sua função típica de administrar ou atípica de legislar e julgar, deve zelar pelo fiel cumprimento do direito.

A função promocional do Direito, confiada aos princípios da república e da democracia, impõe a todos que ocupam funções públicas a máxima eficácia do texto constitucional, expressão mais honesta das profundas aspirações de transformação social.

Por isso que os princípios constitucionais imperam nomes de rigor: Princípio da Supremacia das Normas da Constituição, Princípio da Força Normativa, Princípio da Imperatividade (ou da Máxima Efetividade) da Norma Constitucional, Princípio da Unidade da Constituição.

Embora pareça racional pensar em um sistema de respeito imediato do texto constitucional, quando o Poder Executivo se propõe a defendê-lo, logo surgem vozes contrárias.

Dizem os que doutrinam em contrário que o Poder Executivo está pautado na legalidade estrita e que não há previsão constitucional autorizando-o a descumprir normas inconstitucionais, atribuição exclusiva do Poder Judiciário quando exerce o controle de atos normativos, seja de maneira concentrada ou difusa.

Caem por terra estes argumentos quando, da leitura dos artigos 78 e 85 da Constituição de outubro, vê-se que o Presidente da República, chefe do Poder Executivo Federal, ao tomar posse, prestará o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, e que, descumprindo-a, cometerá crime de responsabilidade.

A própria constituição determinou que o Chefe do Poder Executivo cumpra e respeite a Constituição e, conseqüentemente, as leis – quando constitucionais.

⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 85.

Percebe-se que o constituinte possibilita o exercício do controle constitucional ao Poder Executivo, não excluindo, por lógico, o controle posterior pelo Estado-juiz.

A doutrina majoritária, de semelhante, fincada especialmente nos autores Rui Medeiros e André Salgado Matos, milita favoravelmente ao controle de constitucionalidade pela Administração Pública.

Dizem que, acaso o Poder Executivo não pudesse exercer o controle de constitucionalidade de normas, seria o único poder estatal imune ao texto constitucional.

Pensar assim seria atribuir ao Poder Executivo o desempenho de atividades inconstitucionais, em desprestígio aos princípios da Supremacia e Força da Constituição.

A administração deve ser conforme a Constituição.

De nobreza ímpar, portanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2, de relatoria do saudoso Ministro Paulo Brossard. Disse o Ministro que a lei ou é constitucional ou não é lei. Seria um contrassenso falar em uma lei inconstitucional, já que se teria o ato inconstitucional em patamar de supremacia ao texto Constitucional.⁹

E o Poder Executivo, situado no centro das políticas públicas, deve, igualmente aos demais Poderes e Órgãos Autônomos¹⁰, guiar suas decisões no ápice da pirâmide jurídica. Não se trata de uma opção, mas de um dever.

Como dito alhures, da própria leitura da Carta de Outubro de 1988 se abstrai que o Presidente da República, chefe do Poder Executivo Federal, cometerá crime de responsabilidade sempre que atente contra ela (artigo 85, *caput*).

Ora, se atentar contra a Constituição é crime de responsabilidade e, neste caso, entendo que a conduta culposa não é punível, como não permitir que uma autoridade constitucionalmente investida e soberanamente constituída se guie sobre trilhos sabidamente frágeis? Não há como ser diferente. Se a lei fundamental do Estado é a Constituição, as

⁹ EMENTA: CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido. (ADI 2. Relator(a):Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/1992, DJ 21-11-1997 PP-60585 EMENT VOL-01892-01 PP-00001).

¹⁰ Tribunal de Contas, Ministério Público e Defensoria Pública.

normas que com ela não condizem não podem prevalecer¹¹. Deixa-se para trás o Estado Legal para se ter um Estado de Direito Constitucional (axiológico).

Poder-se-ia dizer, inclusive, que temos na espécie uma vertente da teoria da sociedade aberta de intérpretes da constituição, de Peter Häberle.

Aí ingressa o relevante papel da Advocacia Pública.

Tendo sido lançada no ápice do manual jurídico, passa atualmente a exercer, livre e independente, a atribuição de interpretar as normas, inclusive no seu aspecto constitucional. É o que denominam jurisdição material.¹²

Ao exercer o ato de consultoria, analisa o Advogado Público o caso concreto com base em todas as relações jurídicas existentes, sempre com olhos à manutenção da higidez constitucional, em um exercício de sistematização e concretização do interesse público primário.

De se recordar que a Constituição escrita nasce como uma instituição política que tinha finalidade bem definida: a delimitação do Poder. E como função essencial à justiça, a Advocacia Pública tem por dever institucional preservar a ordem constitucional.

Daí porque os ensinamentos do professor Häberle serem mais que atuais.

Dizia ele que no processo de interpretação constitucional todos os órgãos estatais, todos os cidadãos e grupos, estão hipoteticamente vinculados, não sendo possível restringir os intérpretes da Constituição, afastando o sistema fechado de interpretação constitucional.

Continuava dizendo que a interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta, que, cada vez mais pluralista, diversificará os sujeitos passíveis de interpretação.^{13,14}

Sobre esta teoria, Canotilho pontuou que a lei constitucional e a interpretação constitucional republicana acontecem numa sociedade pluralista aberta como obra de todos os participantes, com elementos de diálogo e de conflitos, de continuidade e descontinuidade, de tese e antítese. A constituição seria ela mesmo um “processo” e daí a sua insistência no “processo” em vez de conteúdo, na compressão “pluralística normativo-processual”, nas

¹¹Dworkin afirma que *regras são aplicáveis segundo um modelo de tudo-ou-nada*. Desta sorte, se uma norma infra não está em consonância com a supra, deve ser expulsa do sistema.

¹²A jurisdição constitucional pode ser compreendida em um aspecto formal e material. No aspecto formal, a importância maior é atribuída ao sujeito que exerce a jurisdição, enquanto no aspecto material basta o exercício em si da função de aplicar diretamente a Constituição.

¹³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 13.

¹⁴Ressalto, momentaneamente, que permitir uma interpretação constitucional aberta não é premiar o desrespeito puro à lei. Há mecanismos para que se exerça esta interpretação, como o Decreto, no caso do Poder Executivo, a Resolução, quando os Poderes Legislativo e Judiciário, e as ações “anulatórias”, quando os particulares – neste caso, tendo em vista a presunção de constitucionalidade das leis, não pode simplesmente o particular descumprir a lei.

“alternativas”, na “pluralização da legislação constitucional”, na heterogeneidade de intérpretes na força normativa.¹⁵

Nelson Nery Jr. e Georges Abboud explicam que a norma não é descoberta a partir de um significado já contido no texto da lei, mas de um produzir/atribuir sentido, sempre diante de um caso concreto posto ao intérprete.¹⁶

Insiste-se. Para além da tese pluralista de interpretação da constituição, tem-se que o fato de o chefe do Poder Executivo descumprir lei que entenda inconstitucional, especialmente sob o manto opinativo da Advocacia Pública, não afronta a separação de poderes e, muito menos, o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, já que o faz em sua vertente atípica.

Tanto que, sob a égide da Constituição de 1988, o ministro Moreira Alves, do Supremo Tribunal Federal, posicionou-se devidamente sobre o tema ao analisar a medida cautelar requerida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 221. Em seu voto, o Ministro disse que os Poderes Executivo e Judiciário podem determinar a seus subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis que entendem inconstitucionais.¹⁷

Data vênua, o único equívoco no voto do Ministro é sua exposição de que controle de constitucionalidade é exclusivo do Poder Judiciário. Como dito alhures, o Poder Executivo pode deixar de aplicar uma lei que entenda inconstitucional, e isso é, sim, exercer controle de constitucionalidade. Não há que confundir este controle com o princípio da inafastabilidade do Estado-juiz.

Já a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgando o Recurso em Mandado de Segurança (RMS) nº 24.675/RJ18, cuja relatoria coube ao Ministro Mauro Campbell Marques, decidiu que os Chefes dos Poderes Executivos federal, estaduais, distrital e municipais, por tomarem posse com o compromisso de guardar especial observância à Constituição da República, podem deixar de cumprir lei que entendam por inconstitucional,

¹⁵ CANOTILHO, José. Joaquim. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador Contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra Limitada. 1994. p. 91.

¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. *Direito constitucional brasileiro: curso completo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

¹⁷ “Em nosso sistema jurídico, não se admite declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo com força de lei por lei ou por ato normativo com força de lei posteriores. O controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos é da competência exclusiva do Poder Judiciário. Os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia – e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimidade ativa na ação direta de inconstitucionalidade – podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais.”

¹⁸ CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CHEFE DE EXECUTIVO QUE SUSPENDE O CUMPRIMENTO DE CERTAS NORMAS INTERNAS DE TCE POR CONSIDERÁ-LAS INCONSTITUCIONAIS. POSSIBILIDADE. VINCULAÇÃO SUBSEQÜENTE DE TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ELE DIRIGIDA. CHEFE DA POLÍCIA CIVIL QUE DEIXA DE CUMPRIR AS NORMAS DA CORTE DE CONTAS EM RAZÃO DA DECISÃO DO GOVERNADOR DO ESTADO. CONDUTA ILEGAL NÃO-CONFIGURADA. [...] 4. Os Chefes dos Poderes Executivos federal, estaduais, distrital e municipais, por tomarem posse com o compromisso de guardar especial observância à Constituição da República (arts. 78 da CR/88 e 139 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro), podem deixar de cumprir lei que entendam por inconstitucional, ainda que sem manifestação do Judiciário a respeito, decisão esta que vincula toda a Administração Pública a eles subordinada e que importa na assunção dos riscos que decorrem de suas escolhas político-jurídicas. Precedente do STF. [...]

ainda que sem manifestação do Judiciário a respeito, decisão esta que vincula toda a Administração Pública a eles subordinada.

Mais. Os professores e, atualmente, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes, compartilham desta possibilidade, dizendo, aquele que “até mesmo o particular pode recusar o cumprimento à lei que considere inconstitucional, sujeitando-se a defender sua convicção caso venha a ser demandado. Com mais razão, deverá poder fazê-lo o chefe de um Poder”.^{19,20}

Ronaldo Poletti, simetricamente às decisões do Tribunal Constitucional brasileiro e do Superior Tribunal Justiça, diz que todos os poderes devem guardar a Constituição, devendo zelar para que atos inconstitucionais não sejam cumpridos na esfera administrativa, inobstante a análise posterior pelo Poder Judiciário²¹.

Clèmerson Merlin Clève, com fulcro no artigo 23, inciso I, da atual Constituição brasileira, explica que todos os Poderes da República estão sujeitos à guarda da Constituição, razão por que se afigura legítima a negativa à aplicação de lei pelo Executivo, quando compreendê-la inconstitucional.²²

Nota-se que há um caminhar seguro e quase que uníssono pela possibilidade de o Chefe do Poder Executivo exercer jurisdição constitucional material, ainda mais presente após importante inovação legislativa posta no Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, passando a exigir das autoridades públicas um atuar voltado a majorar a segurança jurídica na aplicação das normas, seja por via de regulamentos, súmulas administrativas ou respostas a consultas.

De clareza solar a imensa responsabilidade que recai sobre a Advocacia Pública, pois, ao interpretar o caso concreto posto, deverá exercer a justa jurisdição material constitucional, transmitindo ao chefe do Poder Executivo a segurança jurídica necessária para o irretocável exercício da soberania.

¹⁹BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 71.

²⁰ Este entendimento dos atuais Ministros se coaduna com a tradição da Suprema Corte, que em 1966 decidiu: “INCONSTITUCIONALIDADE - SEM EMBARGO DE QUE, EM PRINCÍPIO, COMPETE AO PODER JUDICIÁRIO A ATRIBUIÇÃO DE DECLARAR INCONSTITUCIONAL UMA LEI, A JURISPRUDÊNCIA TEM ADMITIDO QUE O PODER EXECUTIVO, TAMBÉM INTERESSADO NO CUMPRIMENTO DA CONSTITUIÇÃO GOZA DA FACULDADE DE NÃO EXECUTÁ-LA, SUBMETENDO-SE AOS RISCOS DAÍ DECORRENTES, INCLUSIVE O DO 'IMPEACHMENT'. NESSE CASO, QUEM FOR PREJUDICADO SE SOCORRERÁ DOS REMÉDIOS JUDICIAIS AO SEU ALCANCE. RECUSANDO CUMPRIMENTO À LEI HAVIDA COMO INCONSTITUCIONAL, O GOVERNADOR SE COLOCA NA MESMA POSIÇÃO DO PARTICULAR QUE SE RECUSA, A SEU RISCO, A DESOBEDECER A LEI, AGUARDANDO AS AÇÕES E MEDIDAS DE QUEM TIVER INTERESSE NO CUMPRIMENTO DELA.” (STF, RMS 14.136/ES, Rel. Min. Antonio Villas Boas, Segunda Turma, DJU 30.11.1966)

²¹POLETTI, Ronaldo. *Controle de constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 132 et seq. ss. Nesta obra, o autor diz: “Todos os Poderes da República são guardas da Constituição. O zelo pela intangibilidade do regime não constitui privilégio ou exclusividade do Poder Judiciário, ele apenas diz a última palavra sobre a constitucionalidade das leis” e segue expondo que “Não somente pode (...) recusar cumprimento à disposição emanada do Legislativo, mas evidentemente inconstitucional, como é de seu dever zelar para que não tenha eficácia na órbita administrativa”

²² CLÉVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 166.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não restam dúvidas sobre a competência que o Poder Executivo tem para exercer controle de constitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais.

Em que pese uma minoria de vozes contrárias, estas diariamente vêm silenciando, já que a maturidade constitucional que se espera do Estado vem ganhando força.

É que, ao adotar um Estado Constitucional, opta-se pelo cumprimento imediato da Constituição, em vez de uma observância distante e ineficaz.

E a suposta subtração da exclusividade do Poder Judiciário nesta análise – o que não é verdade, já que o Estado-juiz é o único que exerce a jurisdição formal – vem para tornar os princípios e regras presentes na Carta de outubro ainda mais presentes na sociedade. Presença esta que não é possível se o exercício da jurisdição material for restringida.

É neste feixe de luz que emerge a Advocacia Pública e o seu papel primordial de prestar consultoria à Administração Pública, pois ao fazê-lo terá primado pela independência técnico-funcional, o respeitável papel de orientar o gestor a cumprir atos normativos iluminados pela Lei Maior, tornando a atividade administrativa, especialmente quando implementa políticas públicas, segura, eficaz e proba.

A advocacia pública, então, exercerá uma camada de jurisdição material, que poderá, a critério do Chefe do Poder Executivo, culminar, quando o ato normativo analisado for inconstitucional, em ato administrativo vinculativo de desobediência a toda a administração pública.

E tudo isso advém da natural evolução jurídica, pautada na Constitucionalização do Direito Administrativo e na presença marcante da hermenêutica constitucional promovida por Peter Harbele – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

A Constitucionalização do direito, então, exige uma releitura da legalidade.

Passa-se da legalidade à juridicidade, calcando o agir público no cumprimento do ordenamento jurídico como um todo, emitindo um comando imperativo à Administração: respeito aos princípios da supremacia e força constitucionais.

Não se admite mais, pois, uma Administração Pública inconstitucional, descumpridora do que há de mais sagrado no Direito: a Constituição política de um povo.

Está-se a viver um momento de Estado Constitucional. Um momento em que pensar, repensar, traduzir sentidos e vocábulos, premiar a última *ratio* jurídica, exigirá de todo plexo social atenção e disciplina.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação (Rp) nº 980, Relator(a):Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 21/11/1979, DJ 19-09-1980 PP-07202 EMENT VOL-01184-01 PP-00100 RTJ VOL-00096-03 PP-00496.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 02, Relator(a):Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/1992, DJ 21-11-1997 PP-60585 EMENT VOL-01892-01 PP-00001.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 221, Relator(a):Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/1990, DJ 22-10-1993 PP-22251 EMENT VOL-01722-01 PP-00028.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança (RMS) nº 14.136/ES, Relator(a): Min. Antonio Villas Boas, Segunda Turma, DJU 30.11.1966. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=112088>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança (RMS) nº 24.675/RJ, Relator (a): Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 13/10/2009, Dje em 22/10/2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador Contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra Limitada. 1994.

CLÉVE, Clérmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. *Atualidades Jurídicas – Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 83106, jan./jun. 2012.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LORENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle de Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. *Direito constitucional brasileiro: curso completo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

POLETTI, Ronaldo. *Controle de constitucionalidade das leis*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil-constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Abstract: This article introduces the outstanding performance of public advocacy in advising the Executive Branch on constitutionality control. Although public advocacy has records of its existence in the afonsine ordinations of 1446, it only gained constitutional scope in 1988, when the constituent expressly foresaw the competence of the Federal Attorney General's Office and of the State Attorneys to represent and to exercise the advice of the respective entities. That way consulting the Public Advocacy before any administrative decisions has become a routine that mirrors legal-constitutional security. Particular noteworthy that even under the 1967/69 Constitution, the Federal Supreme Court recognized the constitutionality of Chief Executive Power acts that determined the non-observance of legal acts that did not have the initiative Executive Branch observed. ²³ With the arrival of the 1988 Constitution, voices echoed and echoed, on the trail of the impossibility of the head of the executive branch ordering, by their own act, the non-compliance with a law that they consider unconstitutional. Therefore, the outstanding role given to the Public Advocacy by the 1988 Constitution can not reflect Seabra Fagundes' repeated passage that administering is to apply the law, since it has been undergoing constant deconstruction, especially when we speak of the constitutionality of administrative law and approximation of the exercise of the material jurisdiction by Public Advocacy. In this context it is verified the importance to study how public advocacy exercises its attribution of advising and leading the decision of the Executive Power in the control of extrajudicial constitutionality, keeping constant respect for the Constitutional State of Law.

²³ "It is constitutional decree of Head of State Executive Branch that determines to the subordinate organs that they abstain from the practice of acts that imply the execution of legal devices vetoed by lack of initiative of the Executive. Constitutionality of Decree No. 7.864, of April 30, 1976, of the Governor of the State of São Paulo. Representation rejected. "(Rp 980, Rapporteur: Min. MOREIRA ALVES, Full Court, dismissed on 11/21/1979, DJ 19-09-1980 PP-07202 EMENT VOL-01184-01 PP-00100 RTJ VOL. -00096-03 PP-00496)

Referência:

PEREIRA, Thiago Alencar Alves. O papel da Advocacia Pública no controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Executivo. *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gérias*, Belo Horizonte, v.16, n.1, p. 65-75, jan./dez., 2019.

Aceito em: Dezembro/2019.

**ADVOCACIA DE ESTADO:
ESBOÇO EM BUSCA DO AGIR COMUNICATIVO E AINDA DA
PROMOÇÃO DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS**

ALEXANDRE MOREIRA DE SOUZA ANAGUCHI*

RAFAEL LAZZAROTTO SIMIONI**

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Da acepção advocacia de Estado. 3 A advocacia de Estado como instrumento para efetivação do Estado Democrático de Direito. 4 As formas de atuação da advocacia de Estado. A busca pelo diálogo e o necessário agir comunicativo. 5 Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

A advocacia de Estado é função essencial a justiça que exerce a representação jurídica e presta consultoria aos entes públicos, tendo como fulcro a efetivação dos fins assumidos pelo Estado brasileiro. Neste sentido busca-se, neste trabalho, por meio do método analítico bibliográfico explicitar no que consiste tal função, bem como destacar que, faz-se necessária a adoção do agir comunicativo e que, por meio de sua atuação pode-se tentar fomentar o diálogo entre as instituições.

Na primeira parte deste trabalho serão problematizadas questões terminológicas, principalmente quanto a nomenclatura e a diferenciação em relação as demais funções elencadas pelo texto constitucional como essenciais a função jurisdicional, se buscará ainda, discorrer sobre a advocacia de Estado nos diversos níveis da federação brasileira.

Na segunda parte será abordada e discutida a indispensabilidade da advocacia de Estado para o Estado Democrático de Direito, principalmente por atuar na defesa do interesse

* Procurador do Estado de Minas Gerais. Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas Gerais (2018/...) Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica/MG (2009/2010). Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes/RJ (2008/2009). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Varginha/MG (1999/2003).

** Pós-Doutor em Filosofia e Teoria do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2011), Doutor em Direito Público pela Unisinos (2008), Mestre em Direito pela UCS (2005) e graduação em Direito pela UCS. É professor permanente do PPG em Direito-FDSM, professor colaborador do PPG em Bioética-Univás e professor convidado do PPG em Educação Unicamp. Editor-Chefe da Revista da FDSM. Pesquisador-líder do Grupo de Pesquisa Margens do Direito (PPGD/FDSM).

público e na busca pela implementação das finalidades assumidas pelo Estado brasileiro quando da sua instituição como ente catalisador da vontade coletiva.

Na terceira parte será tematizado de maneira específica as formas de atuação da advocacia de Estado, sendo apresentado a possibilidade de ser fomentado os diálogos institucionais por meio do seu atuar e, mesmo que, de forma incipiente, se tentará apontar a necessidade da adoção de agir comunicativo em substituição ao agir estratégico.

Nas considerações finais será destacado que a advocacia de Estado como função essencial à justiça está inserida como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, todavia, necessita aprimorar-se e mudar seu modo de atuar, abarcando o agir comunicativo e ainda contribuindo para a realização do diálogo entre as instituições.

2 DA ACEPTÃO ADVOCACIA DE ESTADO

A reforma constitucional promovida pela Emenda Constitucional nº 19¹ elencou a advocacia pública como função essencial a justiça. Em que pese constar na seção II do capítulo IV da Constituição Federal² a locução “advocacia pública”, adotou-se neste trabalho o termo advocacia de Estado, expressão que distingue o seu palco de atuação, explicitando que não se trata de advocacia de Governo, por não ser defensora do governante, e sim atuação em defesa do Estado.

O termo “Estado” é aqui utilizado como englobante de todos os entes públicos, quais sejam União, Estado-Membros, Distrito Federal e ainda os Municípios, bem como as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista³. A expressão “advocacia pública” representa de forma geral a defesa dos interesses dos entes públicos referidos, interesse da coletividade, o que é distinto da “advocacia privada”, exercida pelos advogados na defesa dos interesses tipicamente dos particulares⁴.

O termo fazenda pública também é utilizado para designar o Estado, segundo Dinamarco significa a “personificação do Estado em juízo”⁵, ou seja, é comumente utilizado em “todas as relações jurídicas processuais que dizem respeito aos interesses da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como das suas respectivas autarquias e fundações”⁶.

O termo “advocacia pública”, todavia, não se mostra técnica e delimitadora, por abarcar outras duas instituições essenciais à justiça e que também exercem a advocacia

1 BRASIL, 1998.

2 Está assim contido na Constituição Federal a partir do artigo 131: “SEÇÃO II - ~~DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO~~ - DA ADVOCACIA PÚBLICA (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)” (BRASIL, 1988).

3 Estas entidades estão definidas no Decreto Lei nº 200/1967 (BRASIL, 1967).

4 Distinção feita pelos autores. Esta distinção será explicitada no decorrer do texto, sendo importante destacar que, não se utilizou a distinção entre interesse público e privado para dizer que, a advocacia pública defende o interesse público e a advocacia privada defende o interesse privado por entender que este critério não é suficiente.

5 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I, 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 179.

6 SOUZA, Alexandre Moreira de. O prazo prescricional da pretensão de reparação civil por danos em face da Fazenda Pública (Município, Distrito Federal, Estado-membro e União Federal). *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado MG*, Belo Horizonte v.8 n.1/2, p.388 jan./dez. 2011, p. 14.

pública, sendo elas: a defensoria pública e o ministério público. A diferenciação das advocacias públicas pode ser encontrada na obra de Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁷.

A defensoria pública é a advocacia pública dos interesses dos hipossuficientes, interesses individuais daqueles que comprovem insuficiência de recursos, conforme artigos 134 e 135 da Constituição Federal⁸; já o ministério público exerce a advocacia pública dos interesses da sociedade, tem atuação consubstanciada na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis⁹, bem como na defesa dos interesses difusos e coletivos em geral¹⁰.

Segundo Guedes¹¹ o termo “advocacia de Estado” é expressão e conceito ainda não estabilizado na doutrina brasileira, embora corrente na Itália e Espanha. Neste trabalho adotou-se o “advocacia de Estado”, devendo ser destacado que é totalmente diverso de “advocacia de Governo”. A advocacia de Estado é a advocacia pública dos interesses do Estado, o seu atuar é inerente a consecução dos interesses dos entes públicos como a síntese dos interesses da coletividade e está vinculada a todos os entes públicos contidos no Estado federal brasileiro.

Desta forma, em relação a União, existe a advocacia geral da União; no que tange aos Estados e Distrito Federal existem as procuradorias ou advocacias gerais do Estado; e ainda em relação aos Municípios as procuradorias ou advocacias municipais, conforme está estabelecido nos artigos 131 e 132 da Constituição Federal.

A carreira da advocacia geral da União¹² é subdividida em outras três carreiras com concurso público próprio e ainda atuação específica, sendo elas a advocacia da união (AGU em sentido estrito) que defende a União, procuradoria federal que exerce a defesa dos interesses das fundações e autarquias federais, e por último a procuradoria da fazenda nacional que atua em relação arrecadação de tributos federais.

7 O autor assim estabelece as diferenças: “a) a advocacia pública da sociedade em sentido estrito: representada pelo Ministério Público, cujas funções se voltam à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; b) a advocacia pública das entidades públicas: representada pelos diversos ramos da Advocacia de Estado, cujas funções se especializam na defesa dos interesses públicos primários e secundários⁷ cometidos aos diversos entes estatais, políticos ou administrativos; e c) a advocacia pública dos hipossuficientes: representada pela Defensoria Pública, cujas funções se dirigem à defesa dos interesses dos necessitados.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Responsabilidade do Advogado de Estado*. Rio de Janeiro/RJ, 2007. Disponível em: <http://www.abrap.org.br/wp-content/uploads/2012/12/res.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2018.

8 BRASIL, 1988.

⁹ Direitos indisponíveis são os direitos dos quais a pessoa não pode abrir mão, como o direito à vida, à liberdade, à saúde e à dignidade. Por exemplo: uma pessoa não pode vender um órgão do seu corpo, embora ele lhe pertença. (BRASIL, 2008).

¹⁰ A classificação e a diferenciação literal e legal dos direitos coletivos e difusos é estabelecida pelo parágrafo único do artigo 81 da Lei Federal 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, que dispõe: “Parágrafo único: A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”. (BRASIL, 1990)

11 GUEDES, Jefferson Carús. Bibliografia (provisória) sobre advocacia de estado, advocacia pública, orientação legal e defesa judicial do estado. *Revista da AGU*, v.9 n.25 Brasília-DF jul./set. 2010. Disponível para download em <https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/2045724>. Acesso em 24 set.18

¹² O regramento geral está contido na lei federal complementar nº 73 (BRASIL, 1993).

No Estado de Minas Gerais o órgão de representação jurídica possui a nomenclatura de “advocacia geral do Estado”, conforme disposto na Lei Complementar Estadual nº 83, de 28 de maio de 2005¹³, já nos demais Estados e no Distrito Federal é utilizado o termo “procuradoria geral do Estado”.

Em relação às procuradorias municipais não há na constituição federal a obrigatoriedade de criação de órgão ou ainda de concurso público para ingresso nos cargos. Apesar de prestigiar a autonomia, já que cada município pode editar sua lei, criando o órgão e tornando obrigatório o ingresso por concurso público, tal aspecto faz com que a grande maioria dos municípios não tenha um órgão próprio, e os advogados que exercem a função de procuradores municipais sejam nomeados pelo chefe do Poder Executivo¹⁴.

3 A ADVOCACIA DE ESTADO COMO INSTRUMENTO PARA EFETIVAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A advocacia de Estado foi constituída como forma de exercício da consultoria jurídica e representação judicial dos entes públicos, todavia, com o desenvolvimento do “Estado” e a assunção de diversas prestações, as relações estatais tornaram-se complexas, modificando-se também o campo de atuação da advocacia do Estado.

Silva Filho entende que a advocacia de Estado “insere-se basicamente no contexto do controle jurídico da função administrativa, acautelando, promovendo e defendendo os interesses públicos sob a ótica da justiça”¹⁵, justificando que, no atual desenho do Estado moderno há a necessidade de uma função essencial.

O termo “representação em âmbito judicial”, não é de todo técnico, isto porque o Estado, por ser um ente despersonalizado, não é pessoa de carne e osso, não é representado nem por preposto¹⁶ ou qualquer outra figura, e sim apresentado¹⁷, portanto, “os advogados públicos apresentam a Fazenda Pública¹⁸ em juízo, não sendo correto aludir-se a representação”¹⁹.

¹³ Minas Gerais, 2005.

¹⁴ O Poder Executivo municipal é exercido pelo Prefeito, o procurador do Município é escolhido dentro do espectro de apoio eleitoral do Prefeito, privilegiando mais uma advocacia de Governo que de Estado, existem propostas de emenda constitucional para tornar obrigatória a implementação de procuradoria municipal com a assunção do cargo somente mediante concurso, neste sentido indica-se a leitura de Corrêa & Pelosini (2012).

¹⁵ SILVA FILHO, Derly Barreto. O controle da legalidade diante da remoção e da inamovibilidade dos advogados públicos. *Revista da Informação Legislativa*. Brasília a. 35 n. 139 jul./set. 1998, p. 145.

¹⁶ O termo “preposto” para fins deste artigo seria a pessoa natural nomeada como representante físico de uma pessoa jurídica ou organização, por exemplo, em audiência judicial é o preposto que personifica uma sociedade empresária no ato.

¹⁷ É comum o equívoco de ser pedido em processo judicial, o depoimento pessoal (oitiva) do representante legal do ente público, como explanado anteriormente o representante legal é o advogado público, neste sentido não cabe seu depoimento, sendo o correto requerer o testemunho de eventual servidor público, que tenha conhecimento ou que tenha praticado o ato administrativo.

¹⁸ Fazenda pública é o outro termo utilizado para se referir aos entes públicos, os quais neste trabalho são nomeados de Estado em sentido lato.

¹⁹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em Juízo*. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2008, p. 20.

Os autores Binenjojm²⁰, Grande Júnior²¹, Lustoza²², Madeira²³, Oliveira²⁴, Silva²⁵, Silva Filho²⁶, Souza²⁷ e Tasse²⁸, entendem que, por defender o interesse dos entes públicos, a advocacia de Estado exerce papel fundamental na defesa do Estado Democrático de Direito, quer na sua atuação em âmbito administrativo, em relação com o poder/função executiva e legislativa, quer ainda no âmbito judicial, quando na apresentação²⁹ dos entes públicos em processos judiciais.

Os autores Castro³⁰, Madureira³¹ e Silva Filho³², além de reconhecer a posição fundamental para o Estado Democrático de Direito, defendem a total desvinculação da advocacia de Estado do Poder Executivo, entendendo ser necessária autonomia não só funcional já garantida em tese, mas também administrativa e orçamentária. Tudo para uma atuação livre e estritamente técnica-jurídica³³.

20 BINENJOJM, Gustavo. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica de Direito do Estado* (REDE), Salvador/BA, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 31, jul/ago. 2012. Disponível em <https://www.direitodoestado.com.br/revista/REDE-31-julho-2012-ANDERSON-PEDRA.pdf>. Acesso em 24 abr. 2018.

21 GRANDE JÚNIOR, Cláudio. A advocacia pública no Estado Democrático de Direito. In: O Estado do Paraná. Curitiba, 27/jun./2004. Caderno Direito e Justiça. Disponível em <https://http://www.tribunapr.com.br/noticias/a-advocacia-publica-no-estado-democratico-de-direito>. Acesso em 24 abr. 2018.

22 LUSTOZA, Helton Kramer. O fortalecimento da advocacia pública como pressuposto do Estado Democrático de Direito. Artigo, Gazeta do Povo, Curitiba/PR, 06 de janeiro de 2017. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/o-fortalecimento-da-advocacia-publica-como-pressuposto-do-estado-democratico-de-direito-4v4bf9jq4rybly6l4v61e7diz>. Acesso em 23 abr. 2019

23 MADEIRA, Danilo Cruz. O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2744, 5 jan. 2011. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/18128>. Acesso em 23 abr. 2018

24 OLIVEIRA, Daescio Lourenço Bernardes de. Advocacia pública como catalisadora do Estado Democrático de Direito. Conteúdo Jurídico, Brasília/DF: 22 julho. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49102>. Acesso em: 25 abr. 2018.

25 SILVA, José Afonso da. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro/RJ, 230: 281-289, out/dez. 2002

26 SILVA FILHO, Derly Barreto. A função social da advocacia pública. *Carta Forense*, São Paulo/SP, 02 de janeiro de 2018. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-funcao-social-da-advocacia-publica/18048>. Acesso em: 23 abr. 2018.

27 SOUZA, Luciane Moessa de. O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito: da necessidade de sua contribuição para o acesso a justiça e o desenvolvimento institucional. ABC – *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte/MG, a.8, n. 34, p. 141-174, 2003

28 TASSE, Adel El. A missão do advogado público na Defesa do Estado Democrático. *Revista CEI*, Brasília/DF, Ano XV, n. 55, p. 25-35, out/dez. 2011.

²⁹ Utiliza-se o termo “apresentação” e não “representação”, já que o advogado público é o ente público presente em juízo e não apresenta o ente público. Esta diferenciação é feita por Cunha (2008).

30 CASTRO, Aldemário Araújo. O Estado Democrático de Direito preconizado pela constituição exige uma advocacia pública autônoma e valorizada. Brasília, 2015. Disponível em www.aldemario.adv.br/pecs82e443.pdf. Acesso em 5 maio 2018.

31 MADUREIRA, Cláudio Penedo. Advocacia pública: órgão do estado ou do poder executivo? *Revista Quaestio Iuris*, v.9, n. 02, Rio de Janeiro/RJ, 2016. pp.1155-1174.

32 Op. cit.

³³ Existem duas propostas de emenda constitucional que visam alterar a constituição neste ponto, as emendas são defendidas pela Associação Nacional dos Procuradores de Estado, da seguinte forma: “As atribuições dos advogados e procuradores da União e dos procuradores dos Estados e do Distrito Federal são, por vontade constitucional, consideradas como funções essenciais ao funcionamento da Justiça. A vinculação de suas funções a esses princípios descortina a necessidade de que seus membros recebam da Constituição Federal, de maneira explícita, o tratamento adequado, de forma a conferir-lhes a adequada importância constitucional, tanto do ponto de vista estrutural (PEC 82/2009) como remuneratório (PEC 443/2009)” (ANAPE, 2015, s/p).

Autonomia funcional seria inerente a própria função de representação jurídica, neste sentido, poderia atuar de acordo com as normas jurídicas³⁴, já a autonomia administrativa seria nos aspectos de organização, como por exemplo fazer concurso e efetuar nomeações sem necessitar de aval do Executivo.

Por último e não menos importante, a autonomia financeira que nada mais é que deter um orçamento próprio para custear seu funcionamento, novamente sem o aval do Executivo, sendo interessante para isto fixar um percentual dentro orçamento, semelhante ao que ocorre com o judiciário e o ministério público³⁵.

Cabe destacar que, em artigo que o próprio autor classifica como parcial, Sarai defende com base em dois enfoques que a advocacia de Estado não é um quarto poder, mas também não é vinculada ao Poder Executivo. O primeiro enfoque está nos fundamentos da estrutura e o segundo nas normas vigentes, concluindo que, “dessa forma, além das funções essenciais à Justiça não serem um quarto poder, elas também não se enquadram na estrutura constitucional de nenhum dos poderes”³⁶.

As teses expostas são interessantes, incitam até pesquisa posterior sobre os temas, mas para os fins do presente trabalho iremos adotar a ideia de ser a advocacia de Estado necessária para o Estado de Democrático de Direito, posto que, atua na defesa do interesse público e da finalidade assumidos pelo Estado quando da sua instituição como ente catalisador da vontade coletiva.

4 AS FORMAS DE ATUAÇÃO DA ADVOCACIA DE ESTADO. A BUSCA PELO DIÁLOGO E O NECESSÁRIO AGIR COMUNICATIVO

A forma de efetivação dos fins ou objetivos insculpidos na Constituição Federal, independentemente da natureza, se individual, social ou coletivo, se dá através da atuação do poder público. Inicialmente, há o critério político, o administrador escolha o que e como pretende fazer, depois passa-se para o agir público, típico ato administrativo, este agir deverá ter a efetiva atuação da advocacia de Estado.

A participação do advogado do Estado na concepção e implementação é fundamental, pois auxilia o Estado para elaborar um planejamento permitindo redução de demandas e litígios, evitando as ilegalidades, as inexatidões e as inconstitucionalidades nos atos administrativos. Isso demonstra, claramente, que o papel de consultoria efetiva e ativa é fundamental no Estado Democrático moderno.

Guimarães³⁷ entende que o papel ativo da advocacia de Estado depende inclusive do rompimento de paradigma construído pelo mito positivista de que a administração pública

³⁴ Sobre autonomia funcional e responsabilização do advogado público interessante o texto de Mancuso (2003).

³⁵ Sobre o orçamento próprio do judiciário e ministério público indica-se as dicas do Ministério do Planejamento (BRASIL, 2015) Disponível no site <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/planeja/orcamento-federal/lei-de-responsabilidade-fiscal/dicas> Acesso em 13 jul. 2018.

³⁶ SARAI, Leandro. Advocacia pública: quarto poder, órgão do Poder Executivo ou nenhuma das alternativas anteriores? *Revista Jus Navigandi*, Teresina/PI, ano 31, n.11, nov.2015, s/p. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/39288/advocacia-publica-quarto-poder-orgao-do-poder-executivo-ou-nenhuma-das-alternativas-anteriores/2>. Acesso em 25 abr. 2018.

³⁷ GUIMARÃES, Guilherme F. A. Cintra. Advocacia de estado, administração pública e democracia: a função da consultoria jurídica na formulação e execução de políticas públicas. *Democracia, Direito e Gestão Pública*:

deve em sua atuação apenas ser cumpridora de leis, mito este que também está presente na atividade de consultoria jurídica e representação exercida pela advocacia de Estado.

Atualmente, faz-se necessário um atuar construtivo por parte da advocacia de Estado, que vise efetivar os objetivos propostos quando da criação do ente público estatal, é necessário ouvir as vozes do parlamento, representantes do povo, e transformar a constituição ‘de mera folha de papel’³⁸ em algo vivo, ‘levando os direitos a sério’³⁹.

Nesse intuito, os autores Binenjojm⁴⁰ e Oliveira⁴¹ mencionam três possibilidades de agir da advocacia de Estado, as quais as outras instituições jurídicas, ministério público e judiciário, não detém ou não podem exercer, sendo elas as atuações prévia, sistêmica e proativa, atividades estas que podem ser desenvolvidas concomitantemente.

O ministério público e ainda o tribunal de contas exercem o papel de controle *a posteriori*, analisando a regularidade e legalidade de atos já praticados; já o judiciário somente efetua o controle após ser acionado em virtude da inércia da jurisdição, portanto, as referidas atuações são específicas da advocacia de Estado.

Cabe atuação prévia à atuação do poder público, a fim de que se mantenha dentro do quadro da constitucionalidade, legalidade e/ou juridicidade, principalmente quanto aos elementos do ato administrativo, de modo que o ato possa se sustentar ao passar por eventual discussão no âmbito judicial.

A advocacia de Estado possui uma visão sistêmica, do todo, isto porque ainda não se desvinculou do executivo, assim, consegue enxergar os limites sistêmicos em relação ao orçamento público, em relação ao quadro de pessoal, ao quadro de estrutura material, em relação aos possíveis efeitos colaterais de uma política pública.

A atuação proativa da advocacia de Estado possibilita a prevenção de litígios, aconselhando medidas e recomendando uma solução consensual preferível à solução litigiosa, neste sentido, Maia quando discorre sobre defende “o caminho parece ser a conjugação das diversas ferramentas existentes, objetivando evitar o ajuizamento de novas demandas”⁴² em seguida conclui “como também resolver eficientemente demandas de massa já ajuizadas”⁴³.

Além das atuações mencionadas a advocacia de Estado deve deixar de ser no sentido de ser um agir estratégico e tentar se tornar um agir comunicativo. Habermas estabelece esta distinção nos seguintes termos “enquanto que no agir estratégico um atua

textos para discussão / Samuel A. Antero e Valéria Alpino Bigonha Salgado (Orgs.). Fundação Instituto para o Fortalecimento das Capacidades Institucionais – IFICI / Agência Espanhola de Cooperação Internacional para o Desenvolvimento – AECID / Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG / IABS, Brasília-DF, Brasil – 2012. pp. 9 a 46.

³⁸ O termo foi cunhado por Lassale (2008).

³⁹ Nome da obra de Dworkin (2007).

⁴⁰ *Op. cit. s/p.*

⁴¹ *Op. cit. s/p.*

⁴² MAIA, Sandra Cristina. A advocacia pública e o enfretamento das demandas de massa. In: OLIVEIRA, Weber Luiz (Org.). *Advocacia Pública em Debate*. Florianópolis: Empório do Direito, 2018, p.94.

⁴³ *Op. cit.*

sobre o outro para ensejar a continuação desejada de uma interação, no agir comunicativo um é motivado racionalmente pelo outro para uma ação e adesão”⁴⁴.

Nas demandas repetitivas pode se pensar no atuar da advocacia de Estado com agir comunicativo de forma preventiva ou concomitante aos eventos. Habermas argumenta que o agir comunicativo pode ser assim utilizado, quando menciona que “sob condições modernas de sociedades complexas, que exigem um agir conduzido em larga escala por interesses e neutralizado do ponto de vista normativo”⁴⁵.

Na mesma obra e em momento anterior Habermas afirma que “a integração social, que se realiza através de normas, valores e entendimento, só passa a ser inteiramente tarefa dos que agem comunicativamente...”⁴⁶, portanto, a advocacia de Estado, pode sim, em sua atuação, através de um procedimento, objetivar a integração social.

Fábio Oliveira⁴⁷ inclusive critica as advocacias, tanto a pública quanto a privada, que sempre atuam com viés de agir estratégico e ajuízam demandas em que o campo de discussão ideal não seria o judiciário, em relação a advogado privado é até aceitável já que defende o interesse de seu cliente, já o advogado público é realmente criticável por defender o interesse público.

O autor em questão indica outra maneira de atuação da advocacia de Estado que, pode ser na implementação e desenvolvimento dos diálogos institucionais na forma criada pela teoria dos diálogos⁴⁸, como um meio de resolver conflitos e a excessiva judicialização. Neste cenário caberia debate sobre as questões e a resolução de forma institucional. Oliveira entende que “o Brasil poderia se beneficiar desse debate, na medida em que há evidência da ocorrência desse diálogo”⁴⁹.

Como dito anteriormente no âmbito brasileiro a teoria dos diálogos não é largamente utilizada, o que deveria ser diferente conforme ensina Silva “em que pesem as dificuldades de ordem prática na concretização do diálogo, confiar, num modelo dessa natureza, ainda no potencial de aprimoramento do exercício democrático do poder”⁵⁰.

44 HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 79.

45 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 58.

46 HABERMAS, *op. cit.* p. 58.

47 “Bem compreendida, a crítica da teoria dos diálogos ao papel da judicatura é extensiva aos atores que tomam parte no jogo processual forense, isto é, ao ministério público – o qual, no Brasil, assumiu uma atuação proeminente que por vezes vem com uma capa de arrogância e heroísmo, paladino da justiça, a ética –, à advocacia pública e privada, às associações e outras pessoas jurídicas, e mesmo aos indivíduos, quando optam por judicializar assuntos que não encontram no Judiciário o mais apropriado campo para deliberação. Até porque o processo judicial esgotado em si mesmo, a despeito das aberturas promovidas (audiências públicas, *amicus curiae*), presumivelmente ou como regra geral não se dá ao debate democrático, sendo antes, pela sua própria lógica estrutural, manifestação do agir estratégico do que do agir comunicativo (Habermas).” OLIVEIRA, Fábio Côrrea Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de. Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica. *Juris Poesis*, a.14, n. 14, jan/dez. 2011, p. 107/108.

48 Obra referência sobre o tema é BATEUP, Christine. The dialogic promise. *Brooklyn Law Review*, v.71. 2006.

49 OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. A nova crítica ao *judicial review*: breves reflexões acerca da emergência de um diálogo deliberativo institucional e os reflexos na experiência brasileira. In SIMIONI, Rafael (Org.). *Constitucionalismo e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2017, p. 257.

50 SILVA, Cecilia de Almeida. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 107.

Desta maneira, além da possibilidade da modificação do modo de atuar de um agir estratégico para um agir comunicativo também poderia a advocacia de Estado utilizar das ideias da teoria dos diálogos, atuando também de maneira a conseguir a resolução de conflitos institucionais, o que representaria ganho democrático, efetivação de direitos e estabilização social.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa não apresenta uma solução definitiva, mas indica que Advocacia de Estado como função essencial à justiça está inserida como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, sendo indispensável a sua presença e ainda é importante que sejam observados os requisitos da autonomia administrativa e quicá orçamentária.

A advocacia de Estado difere das demais advocacias públicas (ministério público e defensoria pública), atua em âmbito judicial quanto extrajudicial e por isso necessita aprimorar-se e mudar seu modo de atuar, abarcando também o agir comunicativo, devendo ser deixado de lado o agir estratégico.

De outro modo, até mesmo para pesquisas futuras, pode-se identificar que a advocacia de Estado pode ainda contribuir na realização dos diálogos entre as instituições (teoria dos diálogos), haja vista que atua de forma direta com a jurisdição, está vinculada ao executivo e pode manter canais de comunicação com o legislativo.

REFERÊNCIAS

ANAPE, Associação Nacional dos Procuradores de Estado e Distrito Federal. ANAPE defende PECS 82/09 e 443/09 e o fortalecimento da advocacia pública brasileira. Brasília, 2015. Disponível em <http://anape.org.br/site/anape-defende-pecs-8209-e-44309-e-o-fortalecimento-da-advocacia-publica-brasileira/> . Acesso em: 5 maio 2018.

BATEUP, Christine. *The dialogic promise*. Brooklyn Law Review, v.71. 2006.

BINENJOJM, Gustavo. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador/BA, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 31, jul./ago. 2012. Disponível em <https://www.direitodoestado.com.br/revista/REDE-31-julho-2012-ANDERSON-PEDRA.pdf>. Acesso em 24 abr. 2018.

BRASIL, 1967. Decreto Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm . Acesso em 24 jun. 2018.

_____,1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília/DF, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 26 abr. 2018.

_____, 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Lei Federal 8.078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm . Acesso em: 5 maio 2018.

_____, 1993. *Lei Complementar nº 73* de 10 de fevereiro de 1993. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm . Acesso em: 5 maio 2018.

_____, 1998. Emenda Constitucional nº 19 de 04 de junho de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm. Acesso em: 5 maio 2018.

_____, 2008. Câmara Legislativa. Agência câmara notícias. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/agencia/noticias/119440.html> . Acesso em: 21 ago. 2018.

_____, 2015. Ministério do Planejamento. Dicas. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/planeja/orcamento-federal/lei-de-responsabilidade-fiscal/dicas> . Acesso em: 7 maio 2018.

CASTRO, Aldemário Araújo. *O Estado Democrático de Direito preconizado pela constituição exige uma advocacia pública autônoma e valorizada*. Brasília, 2015. Disponível em www.aldemario.adv.br/pecs82e443.pdf . Acesso em: 5 maio 2018.

CORRÊA, Rafael Gomes & PELOSINI, Maria Carolina Martins. Advocacia pública municipal é fundamental. *Revista Consultor Jurídico*, Santo André/SP, 2012. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-jul-01/advocacia-publica-municipal-fundamental-aplicacao-justica> . Acesso em: 7 maio 2018.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em Juízo*. 6.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Tomo I, 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. A advocacia pública no Estado Democrático de Direito. In: O Estado do Paraná. Curitiba, 27/jun./2004. *Caderno Direito e Justiça*. Disponível em <https://http://www.tribunapr.com.br/noticias/a-advocacia-publica-no-estado-democratico-de-direito> . Acesso em: 24 abr. 2018.

GUEDES, Jefferson Carús. Anotações sobre a história dos cargos e carreiras da Procuradoria e da advocacia pública no Brasil: começo e meio de uma longa construção. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Jefferson Carús Guedes; Luciane Moessa de Souza (coords.). Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 335-361;

_____. Bibliografia (provisória) sobre advocacia de estado, advocacia pública, orientação legal e defesa judicial do estado. *Revista da AGU* v.9, n.25, Brasília-DF jul./set. 2010.

Disponível em: <https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/2045724>. Acesso em 24 set. 2018.

GUIMARÃES, Guilherme F. A. Cintra. Advocacia de estado, administração pública e democracia: a função da consultoria jurídica na formulação e execução de políticas públicas. Democracia, Direito e Gestão Pública: textos para discussão / Samuel A. Antero e Valéria Alpino Bigonha Salgado (Orgs.). Fundação Instituto para o Fortalecimento das Capacidades Institucionais – IFCI / Agência Espanhola de Cooperação Internacional para o Desenvolvimento – AECID / Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG / IABS, Brasília-DF, Brasil, 2012. p. 9-46.

HABERMAS, Jurgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 8.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LUSTOZA, Helton Kramer. O fortalecimento da advocacia pública como pressuposto do Estado Democrático de Direito. *Gazeta do Povo*, Curitiba/PR, 06 de janeiro de 2017. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/o-fortalecimento-da-advocacia-publica-como-pressuposto-do-estado-democratico-de-direito-4v4bf9jq4rybly6l4v61e7diz>. Acesso em: 23 abr. 2018.

MADEIRA, Danilo Cruz. O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, a.16, n. 2.744, 5 jan. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18128>. Acesso em: 23 abr. 2018.

MADUREIRA, Cláudio Penedo. Advocacia pública: órgão do Estado ou do poder executivo? *Revista Quaestio Iuris*, v.9, n. 2, Rio de Janeiro, 2016. p.1155-1174.

MAIA, Sandra Cristina. A advocacia pública e o enfrentamento das demandas de massa. In: OLIVEIRA, Weber Luiz (Org.). *Advocacia Pública em Debate*. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

MANCUSO, Rodolfo de C. Advocacia do setor público: riscos e obstáculos no limiar do novo milênio. *Revista dos Tribunais*, v. 92. n. 807, p. 27-55, jan. 2003.

MINAS GERAIS, 1989. *Constituição do Estado de Minas Gerais*, de 21 de setembro de 1989. Disponível em <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=CON&num=1989&ano=1989>. Acesso em 8 maio 2018.

_____, 2005. *Lei Complementar Estadual nº 83*, de 28 de maio de 2005. Disponível em <http://www.age.mg.gov.br/images/stories/downloads/leis/lei-complementar-83-consolidado.pdf>. Acesso em: 5 maio 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Responsabilidade do Advogado de Estado*. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <http://www.abrap.org.br/wp-content/uploads/2012/12/res.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2018.

OLIVEIRA, Daescio Lourenço Bernardes de. Advocacia pública como catalisadora do Estado Democrático de Direito. *Conteúdo Jurídico*, Brasília/DF: 22 julho. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49102>. Acesso em: 25 abr. 2018.

OLIVEIRA, Fábio Côrrea Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de. Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica. *Juris Poesis*, a.14, n. 14, jan./dez. 2011.

OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. A nova crítica ao *judicial review*: breves reflexões acerca da emergência de um diálogo deliberativo institucional e os reflexos na experiência brasileira. In SIMIONI, Rafael (Org.). *Constitucionalismo e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2017.

SARAI, Leandro. Advocacia pública: quarto poder, órgão do Poder Executivo ou nenhuma das alternativas anteriores? *Revista Jus Navigandi*, Teresina/PI, ano 31, n.11, nov.2015. Disponível em https://jus.com.br/artigos/39288/advocacia-publica-quarto-poder-orgao-do-poder-executivo-ou_nenhuma-das-alternativas-anteriores/2. Acesso em 25 abr. 2018.

SILVA, Cecilia de Almeida. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, José Afonso da. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 230: 281-289, out/dez. 2002;

SILVA FILHO, Derly Barreto. O controle da legalidade diante da remoção e da inamovibilidade dos advogados públicos. *Revista da Informação Legislativa*. Brasília a. 35, n. 139 jul./set. 1998

_____. A função social da advocacia pública. *Carta Forense*, São Paulo/SP, 02 de janeiro de 2018. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-funcao-social-da-advocacia-publica/18048>. Acesso em: 23 abr. 2018.

SOUZA, Alexandre Moreira de. O prazo prescricional da pretensão de reparação civil por danos em face da Fazenda Pública: Município, Distrito Federal, Estado-membro e União Federal. *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado MG*, Belo Horizonte, v.8, n.1/2 p.388 jan./dez. 2011.

SOUZA, Luciane Moessa de. O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito: da necessidade de sua contribuição para o acesso a justiça e o desenvolvimento institucional. ABC. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte/MG, a.8, n. 34, p. 141-174, 2003;

_____. Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antônio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, out/dez. 2008.

TASSE, Adel El. A missão do advogado público na Defesa do Estado Democrático. *Revista CEI*, Brasília, a.15, n. 55, p. 25-35, out/dez. 2011.

Referência:

ANAGUCHI, Alexandre Moreira de Souza; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Advocacia de Estado: esboço em busca do agir comunicativo e ainda da promoção dos diálogos institucionais. *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias*, Belo Horizonte, v.16, n.1, p. 77-89, jan./dez., 2019.

Aceito em: Dezembro/2019.

O FUNDAMENTO ÉTICO DO DIREITO DE PROPRIEDADE NA TEORIA POLÍTICA DE JOHN LOCKE E A FUNÇÃO SOCIAL NA PÓS-MODERNIDADE

EVANDRO REGIS ECKEL*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A propriedade como direito natural na teoria de John Locke. 3 Contribuição analítica de alguns autores sobre a teoria de Locke. 4 O resgate do fundamento ético: o mérito proprietário e a necessidade de subsistência. 5 Considerações finais.

RESUMO: Analisa-se no artigo a fundamentação moral do direito de propriedade como natural e individual na teoria política de John Locke, autor representativo do liberalismo político e da concepção jusnaturalista, por sua importância histórica e influência sobre as Declarações de Direitos do Homem e do Cidadão e sobre o Estado de Direito liberal, valendo-se da análise crítica e histórica de alguns renomados autores da teoria política e jurídica, e do contraponto das visões historicista e positivista dos direitos. Por fim, busca-se estabelecer uma conexão entre o fundamento ético do direito de propriedade para Locke e a função social da propriedade na pós-modernidade, frente aos desafios do capitalismo financeiro e especulativo, apoiando-se na importância do resgate do mérito proprietário de acordo com a tese de José Isaac Pilati, numa abordagem crítica que deve recuperar a esfera coletiva para além da redutora dicotomia moderna “público/privado”.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade; Locke; Direito natural; Liberalismo; Jusnaturalismo racionalista.

1 INTRODUÇÃO

A propriedade é uma categoria presente nas teorias políticas desenvolvidas ao longo da história ocidental. A categoria básica da teoria política é o poder, como esclarece Norberto Bobbio ao dizer que aquilo que “Estado” e “política” têm em comum (e é inclusive

* Procurador do Estado de Santa Catarina. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito, Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente pela UNIVALI com dupla titulação em *Territorio, Urbanismo e Sostenibilidad Ambiental en el marco de la economia circular* pelo *Instituto Universitario del Agua y de las Ciencias Ambientales (IUACA)* - Universidade de Alicante (UA), Espanha, com apoio do FUNJURE/ESC

a razão da sua intercambialidade) é a referência ao fenômeno do poder, não havendo teoria política que não parta de alguma maneira, direta ou indiretamente, de uma definição de “poder” e de uma análise do fenômeno do poder.¹

O direito de propriedade é, naturalmente, objeto da teoria jurídica. Contudo, como assinala Nelson Saldanha, não há como sustentar uma distinção perfeita entre as perspectivas filosófica, política e jurídica, porquanto as formulações políticas se acham sempre montadas sobre supostos filosóficos - ao menos implícitos - e se acham vinculadas a categorias jurídicas.²

E o tema da propriedade privada ou pública situa-se entre aqueles em que as teorias política e jurídica se conectam. O ponto de partida de Aristóteles, em sua pesquisa sobre a constituição ideal da *polis*, foi a classificação dos regimes de propriedade, como a comunhão, o condomínio de certas coisas e a propriedade individual de outras. Na obra “Ensaio sobre a história da sociedade civil”, de 1767, Adam Ferguson descreve a passagem das sociedades primitivas às sociedades evoluídas como uma história do progresso, pela qual a humanidade passou e continua a passar do estado selvagem dos povos caçadores sem propriedade e sem Estado ao estado bárbaro dos povos que se iniciam na agricultura e introduzem os primeiros germes de propriedade, e ao estado civil (civilizado) caracterizado pela instituição da propriedade, do comércio e do Estado.³

Como ressalta Fabio Konder Comparato, a propriedade privada, enquanto instituição jurídica, representou na modernidade o elo (político) entre as duas esferas, nitidamente separadas, do Estado e da sociedade civil, pelo estabelecimento do sufrágio censitário, tendo a classe proprietária assegurado a transição do absolutismo político (do antigo regime) para o governo representativo (do Estado de Direito liberal).

Pretende-se com este artigo analisar a fundamentação ética do direito de propriedade na perspectiva de John Locke, clássico da teoria política na aurora da era moderna, representativo do liberalismo político e da concepção jusnaturalista, por sua importância histórica e influência sobre as Declarações de Direitos do Homem e do Cidadão e sobre o Estado de Direito liberal, valendo-se da importante contribuição analítica de autores como Norberto Bobbio, Paulo Bonavides, Luigi Ferrajoli e Gregorio Peces-Barba Martínez

1 BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 12. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p. 76 - 77. Do grego *Kratos*, “força”, “potência”, e *arché*, “autoridade”, nascem os nomes das antigas formas de governo, e todas as palavras que gradativamente foram sendo forjadas para indicar as formas de governo (p. 76).

2 SALDANHA, Nelson. Nota para a edição brasileira de BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Tradução de Sérgio Bath. 10. ed. Brasília: UnB, 1980. p. 9. “A combinação (não confusão) entre problemática ‘política’ e problemática ‘jurídica’, hoje presente em alguns dos mais sugestivos pensadores do direito ou da política, tem sido realmente o caminho mais fértil para o aprofundamento das reflexões, em ambos os campos. Na Itália, este tem sido o caminho do próprio Bobbio, como tem sido o de Luigi Bagolini e como foi, em dias passados, o de Piero Calamandrei; na Alemanha, vem sendo o caminho de Niklas Luhmann, entre outros. No Brasil, foi o de Pontes de Miranda como vem sendo o de Miguel Reale (tão diferentes entre si, embora), o de Afonso Arinos, de Paulo Bonavides e de Tércio Ferraz Júnior, para citar apenas estes”. (p. 10).

3 Apud BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*: para uma teoria geral da política. 2005. p. 47, segundo o qual, com Ferguson e os escoceses, a palavra “civil” ganha o significado de “civilizada”. Civil não é mais adjetivo de *civitas* mas de *civilitas*. Adam Smith de fato emprega o adjetivo *civilized*. *A civil society* de Ferguson é civil não porque se distingue da sociedade doméstica (família) ou da sociedade natural, mas porque se contrapõe às sociedades primitivas. (p. 48).

sobre teoria política, e do contraponto da visão histórica e positivista dos direitos, como o de propriedade.

Por fim, busca-se estabelecer uma conexão entre o fundamento ético do direito de propriedade para Locke e a função social da propriedade na pós-modernidade, frente aos desafios da globalização, do capitalismo financeiro e especulativo, apoiando-se, com a brevidade que um artigo exige, na importância do resgate do fundamento moral do direito de propriedade em Locke de acordo com a tese de José Isaac Pilati sobre a propriedade e sua função social e ambiental no novo paradigma da pós-modernidade, numa abordagem crítica que deve recuperar, na concepção de Pilati, a esfera coletiva e a complexidade do mundo real, para além da redutora dicotomia moderna “público/privado” e da democracia exclusivamente representativa.

2 A PROPRIEDADE COMO DIREITO NATURAL NA TEORIA DE JOHN LOCKE

Teoria política de grande importância e influência para o liberalismo clássico é, sem dúvida, a que foi exposta por John Locke (1632-1704) nos Dois Tratados Sobre o Governo Civil, de 1680. Filósofo inglês, admirador das obras de Bacon e Descartes, considerado o pai do Iluminismo, era de uma família anglicana de tendências puritanas. Participou da Revolução Inglesa de 1688 e representou o individualismo liberal contra o absolutismo monárquico.

De acordo com Norberto Bobbio, Locke passou para a história, justamente, como o teórico da monarquia constitucional - um sistema político baseado, ao mesmo tempo, na dupla distinção entre as duas partes do poder, o parlamento e o rei, e entre as duas funções do Estado, a legislativa e a executiva, bem como na correspondência quase perfeita entre essas duas distinções - o poder legislativo emana do povo representado no parlamento; o poder executivo é delegado ao rei pelo parlamento.⁴ A constituição inglesa, entre outras, foi inspirada por Locke, para sempre ligado à monarquia parlamentar, em oposição à monarquia absolutista.

A teoria de Locke merece análise mais detida no que toca ao direito de propriedade, por sua influência nas declarações modernas de direitos do homem oriundas das revoluções americana e francesa, nas quais o direito de propriedade era concebido como inerente, natural, inato a toda pessoa.

Conhecida é a corrente filosófica jusnaturalista que inspirou o constitucionalismo liberal, pela qual, em apertada síntese, alguns direitos existem antes de que sejam positivados pelo poder político. Comenta Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, com apoio em Prieto Sanches, que o jusnaturalismo, como resposta filosófica, desde sua origem, compreende que existe uma ordem natural acima e independente do mundo real e das ações humanas, ou seja, uma lei natural e imutável que rege o mundo. No início da idade moderna, surge o jusnaturalismo racionalista, baseado na emancipação do Direito frente à Teologia ao concebê-lo como objeto passível de conhecimento. Nesses movimentos, encontra-se a noção de pacto social, apresentada por Hobbes, Locke e Rousseau, de modo que o Estado e o Direito (positivo) não existem por obra de Deus, mas como produto da vontade dos homens, como

4 BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo na história do pensamento político*. Tradução de Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: EDIPRO, 2017. p. 103.

seres racionais. Apesar de variações ao longo da história, “o jusnaturalismo não se afasta da ideia de que o Direito possui uma ordem de valores conhecíveis através da razão”.⁵

É importante esclarecer, desde logo, que o conceito de propriedade na obra de Locke é amplo e abrange a vida, a liberdade e, também, os bens.⁶ O homem une-se em sociedade política “em favor da preservação mútua de vidas, liberdades e terras, ao que chamo de propriedades”⁷. E cada indivíduo é, antes de tudo, “proprietário de si mesmo”⁸, de suas ações e de seu trabalho.

Parte o filósofo do conceito de estado de natureza, uma condição natural de todos os homens, ou seja, de perfeita liberdade que os possibilite ditar suas ações e dispor de seus bens e pessoas dentro dos limites do direito natural. Mas, também, “uma condição de igualdade, em que o poder e a jurisdição sejam recíprocos, ninguém acima de ninguém”, não sendo nada mais evidente do que seres da mesma espécie, beneficiados pelas mesmas vantagens concedidas pela natureza, e desfrutando das mesmas faculdades mentais – “devem ainda ser iguais entre si, e sem subordinação ou sujeição”.⁹ Mas esse estado de liberdade não é, para Locke, um estado de licença, de modo que ninguém é livre para causar sua própria destruição nem a de qualquer criatura que lhe pertença, exceto por algum motivo mais nobre que a sua própria conservação, pois “o estado de natureza é composto por um direito natural que favorece todos os homens” e “não há qualquer concessão que nos permita destruir o próximo, como se tivéssemos sido criados para usarmos uns aos outros”. O homem, que é obrigado a preservar-se e a manter-se, “deve, dentro do possível, zelar pelo resto da humanidade”.¹⁰

No capítulo V do livro “Segundo tratado sobre o governo civil”, Locke trata da propriedade, principiando por dizer que irá se empenhar para demonstrar como os homens podem vir a ter propriedades em várias partes daquilo que Deus concedeu à humanidade sem qualquer pacto expresso pelos homens. Para ele, Deus deu a Terra aos homens e também lhes

5 OLIVEIRA NETO, Franciso José Rodrigues de. O ativismo judicial e o princípio da legalidade em matéria ambiental. In: BRANDÃO, Paulo de Tarso; ESPÍRITO SANTO, Davi do (coord.) SOUZA, Maria Cláudia Antunes de; JACOBSEN, Gilson (org.). *Direito, Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente*. Alicante: IUACA/U Alicante, Itajaí: UNIVALI, 2016. p. 172 - 193. E-book, p. 175 - 176. Passado esse período, o jusnaturalismo vai experimentar um período de baixa, ante o surgimento de correntes filosóficas que repelem a metafísica e dão mais atenção aos atos e fatos humanos e, ainda, a uma explicação histórica da realidade (p. 175). Paulo Bonavides vai dizer que Locke, Montesquieu e Rousseau deixaram de lado a *teologia* pela *filosofia*, e o *direito sobrenatural* pelo *natural*. À idade dos teólogos, sucede na especulação política a idade dos *metafísicos*, e, após, chega-se à idade dos sociólogos e dos positivistas do Direito (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1972. p. 191).

6 LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Tradução de Marsely de Marco Dantas. Apresentação e notas de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2014. O homem tem um poder inato para preservar sua propriedade, ou seja, sua vida, liberdade e bens (capítulo VII – da sociedade civil ou política, p. 77). Todo homem que tenha posses... pouco importa se seus bens forem terras, transferíveis a seus herdeiros, ou uma moradia temporária, ou se ele desfruta da liberdade simples de locomoção pelas estradas... (capítulo VIII – do início das sociedades políticas, p. 99).

7 LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*, 2014, p. 101.

8 LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*, 2014, p. 44.

9 LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*, 2014, p. 29. No século XVII, o conceito dessa condição pré-política, o estado de natureza, foi extensivamente utilizado, a exemplo de Thomas Hobbes, Hugo Grotius e Samuel Pufendorf.

10 LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*, 2014, p. 29 - 30. A concepção é oposta à de Hobbes, como visto, para quem no estado de natureza, a plena liberdade para fazer o que quiser induz a guerra de todos contra todos para preservar a própria vida.

deu motivos para fazer uso dela de modo a facilitar a vida, por meio de vantagens e conveniências, para seu sustento e conforto, e tudo pertence originalmente à humanidade, haja vista que espontaneamente produzido pela natureza, e ninguém, originariamente, possui qualquer tipo de domínio privado, uma vez que tais bens estão em estado de natureza.¹¹

Embora a Terra e todas as criaturas inferiores sejam comuns a todos os homens, *cada um é proprietário de si mesmo*; e nenhum homem tem qualquer direito sobre outro homem, salvo si mesmo. *O trabalho de seu corpo e o feito por sua mãos pertencem a ele. Àquilo que tira do estado que a natureza provê e lega, ele mescla e acrescenta algo que é seu, e, assim, torna tal coisa propriedade sua.* Sendo tal coisa removida do estado que a natureza a ela imprimiu, o homem, por meio do seu trabalho, anexou-a a ele, excluindo-a, assim, do direito comum dos demais homens. *Esse trabalho é propriedade inquestionável do trabalhador*; e, assim, nenhum outro homem tem direito àquilo que agregou – *pelo menos em relação aos recursos que existam em abundância e em boa qualidade para o benefício comum de outros homens.*¹²

O trabalho estabelece uma distinção, acresce algo a mais do que o provido pela natureza (esta pertencente à humanidade e fora do domínio privado), desde o ato da colheita ou da caça, tornando seu direito privado o que era comum. E dentre as leis positivas que determinam o que é propriedade, tal direito natural original, que deu início à percepção de propriedade de bens antes considerados comuns, permanece em vigência.¹³

E qualquer um poderá apoderar-se de tudo o que conseguir? Locke responde que não, pois “o mesmo direito natural que, por este *modus operandi*, nos dá a propriedade, também estabelece limites a esse mesmo *modus operandi*”, que consistem em tudo aquilo que o homem conseguir usar de modo a facilitar sua vida, sem desperdício ou destruição.¹⁴

Mas o âmago da questão da propriedade se refere à terra. Toda a terra que o homem lavra, planta, melhora, cultiva e da qual pode retirar e utilizar a produção torna-se propriedade sua. Para Locke, “Deus ao conceder o Planeta Terra à humanidade, ordenou aos homens que trabalhassem”, que melhorassem a terra para o uso inteligente dos recursos existentes, agregando a propriedade, “e nenhum outro homem poderia reclamar, nem tomar com o uso de violência”; e “não podemos conceber que Ele – Deus – tenha planejado a terra de modo a que permanecesse comum e não cultivada”. Deus “plantou mais recursos do que os homens pudessem imaginar ou que pudessem conquistar com o próprio trabalho”.¹⁵ Como se constata, o fundamento do direito de propriedade, ainda no jusnaturalismo racional de Locke, é religioso.

Para ele, o trabalho é propriedade do homem. A norma de propriedade, estabelecida pela natureza, limitava as posses de cada homem a uma proporção moderada, que podia tomar para si sem prejuízo a qualquer pessoa, nos estágios iniciais do mundo. E essa regra pode vigorar no presente (falava no século XVII), sem qualquer prejuízo a quem quer que seja, por maior que pareça a população mundial, “visto haver terra bastante para o dobro dos habitantes”. Mas “o certo é que no início o homem não tinha desejo de ter mais do que o

11 LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*, 2014, p. 43 - 44.

12 LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*, 2014, p. 44. Grifo nosso.

13 LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*, 2014, p. 45.

14 LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*, 2014, p. 46.

15 LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*, 2014, p. 46 - 47.

necessário, o que alterou o valor intrínseco das coisas – algo que depende apenas de sua utilidade para a vida humana.”¹⁶

O homem tinha direito à apropriação, no entanto isso não podia ser exagerado, nem representar qualquer prejuízo aos demais, havendo ainda bastante terra àqueles que desejassem dedicar-se ao mesmo trabalho. O homem que se apropria da terra por seu trabalho aumenta as reservas para uso comum da humanidade, pois as provisões que dão sustento à vida humana produzidas nessas terras são muito maiores que aquelas das terras não aproveitadas. Quem deixava perecer fruto colhido ou putrefar carne obtida na caça, também transgredia o direito natural comum, ficando sujeito à punição, assim como quem invadia terra do vizinho ou demandava mais terras do que as necessárias para suprir seu sustento. As mesmas regras governavam a posse das terras, de modo que se os frutos perecem antes que fossem colhidos e armazenados, essa terra, apesar de cercada, era tida como desperdiçada, e poderia se tornar propriedade de qualquer outro homem.¹⁷

É preciso ter em mente que Locke, como deixa expressamente dito¹⁸, busca refutar a doutrina da época, segundo a qual, Deus concedeu o direito de propriedade privada a Adão sobre o mundo todo, com exclusão de todos os outros homens. Refuta-a porque não pode ser provada, sustentando o filósofo, ao contrário, que o mundo foi dado aos filhos dos homens em comum, que com o trabalho, acrescentando valor à terra, podem adquirir o direito de propriedade, contanto que nenhuma outra pessoa tenha se tornado antes proprietária da mesma terra, e que, de acordo com a concepção de Locke, a mantivesse produtiva.

Como se pode inferir da própria teoria de Locke, a aquisição do direito de propriedade é natural se decorrer do trabalho do homem, e a manutenção da propriedade se legítima desde que essa seja mantida produtiva e não desperdiçada. Está aí, já em Locke, pode-se argumentar, o germe da função social que deve exercer a propriedade, afirmada nos séculos XIX e XX.

O próprio trabalho estabelece o valor de cada coisa, e a melhoria por ele propiciada é responsável pela maior parte do valor da terra. O pão, o vinho e os tecidos são produtos mais valiosos que as avelãs, a água e as folhas, e essa valorização se deve totalmente ao esforço e ao trabalho. Os números dos homens são preferíveis à extensão de seus domínios.¹⁹ Para o escritor inglês,

§ 44. Embora as coisas da natureza sejam concedidas para o bem comum, o homem, senhor de si mesmo, e *proprietário de sua própria pessoa, bem como das suas ações e do seu trabalho*, ainda tinha em si a base da propriedade; e *aquilo que constituiu a maior parte do que ele aplicou ao sustento ou conforto de sua vida*, quando as invenções e o desenvolvimento de habilidades haviam melhorado suas condições de vida, era perfeitamente seu, e não pertencia ao bem comum dos demais.²⁰

E a terra permaneceu por muito tempo abundante e atualmente (fala no século XVII) ainda é maior do que a parcela que a humanidade realmente utiliza. Depois – e só depois - várias comunidades demarcaram os limites de seus diferentes territórios e com leis

16 LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*, 2014, p. 49.

17 LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*, 2014, p. 50.

18 LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*, 2014, p. 51.

19 LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*, 2014, p. 52 - 53. Grifo nosso.

20 LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*, 2014, p. 54. Grifo nosso.

internas regulamentaram as propriedades privadas da sociedade, e isso aconteceu pelo direito positivo.

Para evitar o desperdício do suprimento comum, com o acúmulo de mais do que se podia usar, surgem as trocas, inicialmente de produtos por produtos, depois por barras metálicas de ouro ou prata, passando-se consensualmente ao uso do dinheiro, algo que durava e que os homens podiam guardar sem estragar, e que por acordo entregavam na troca de recursos úteis para a sua vida. Assim, conclui Locke, por meio de um consentimento voluntário e tácito, os homens chegaram a uma maneira pela qual podem honestamente possuir mais terra do que precisam para prover seu sustento, ou seja, recebendo em troca do produto em excesso, ouro e prata, que podem ser acumulados sem qualquer prejuízo. O homem passou a ter, assim, o direito de ficar com tudo que fosse fruto do seu trabalho.²¹

Assim, para Locke, o direito de propriedade é natural, e portanto surge antes que as leis positivas o reconheçam, mas em decorrência do trabalho e para garantia do seu sustento e conforto, e, portanto, preservação da vida. Vale citar a conclusão do capítulo sobre a propriedade, a partir do fato de que o trabalho conduzia a um título de propriedade:

Com isso não havia motivos para se disputar um título, nem qualquer dúvida sobre o tamanho da posse autorizada. O direito e a conveniência estavam associados; pois, ao mesmo tempo em que um homem tinha o direito de ficar com tudo que fosse fruto do seu trabalho, ele não tinha a tentação de trabalhar mais do que o necessário para sua sobrevivência. E isso não deixava margem para controvérsias, nem para transgredir o direito de outros; o que cada homem conseguiria para si estava claramente estabelecido. *Era inútil e desonesto ter muito, ou pegar mais do que o necessário.*²²

Nas palavras de Locke, Deus também criou a sociedade, e nela posicionou o homem, perante fortes obrigações, sendo que a primeira sociedade foi a família. Depois, surge a sociedade política ou civil, cuja finalidade principal é a preservação da propriedade (na noção ampla acima esclarecida). O homem nasce, como visto, com direito à liberdade perfeita e ao gozo livre de todos os direitos e privilégios da lei natural, e tem um poder inato de preservar a sua propriedade, ou seja, sua vida, liberdade e bens contra danos e ataques promovidos por outros homens, e também de julgar e punir as brechas da lei natural nos outros.

No entanto, quando um homem entra na sociedade civil, renuncia a seu poder executivo - natural - para punir transgressões contra o direito natural, em favor da comunidade política, que estabelece regras a quem apelar para decidir as controvérsias e punir as transgressões, tudo isso devendo ser feito em prol do bem comum. Nenhuma sociedade política pode existir ou subsistir sem ter em si o poder para preservar a propriedade.²³

Nesse cenário, Locke afirma – e este é o objetivo de sua obra - ser evidente que a monarquia absolutista é algo deveras inconsistente em relação à sociedade civil, não deixando espaço para qualquer forma de governo civil, afinal “o objetivo da sociedade civil é o de

21 LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*, 2014, p. 54 - 57.

22 LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*, 2014, p. 57. Grifo nosso.

23 LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*, 2014, p. 73 - 79. Reconhecendo sua incapacidade, o homem renuncia ao poder de fazer justiça com as próprias mãos. O gozo desses direitos no estado de natureza é arriscado, incerto, inseguro, de modo que, usando desse poder de preservação de si mesmo, o homem renuncia em favor das leis feitas pela sociedade (p. 101 - 104).

evitar e remediar as inconveniências do estado de natureza” que necessariamente resultam do fato de cada homem ser julgado de acordo com o seu caso, por meio do estabelecimento de uma autoridade conhecida, à qual todos da sociedade possam apelar a respeito de prejuízos sofridos, ou de controvérsias que possam surgir, e a quem todos os membros da sociedade devam obedecer. A monarquia absoluta, na qual o príncipe detém sozinho tanto o poder legislativo quanto o executivo, equivale ao estado de natureza. Invocando a história, Locke questiona o que a monarquia absolutista representa em termos de proteção e qual o grau de segurança que traz à sociedade civil. Que segurança existe no território contra a violência e a opressão desse governante?²⁴

É como se, no dia em que os homens deixaram o estado de natureza para entrar na sociedade, tivessem concordado todos em ficar submissos à contenção das leis, exceto um, que ainda conservaria toda a liberdade do estado de natureza, ampliada pelo poder, e se tornaria desregrado devido à impunidade. Isso equivale a acreditar que os homens são tolos o bastante para se protegerem cuidadosamente contra os danos que podem sofrer por parte das doninhas ou das raposas, mas ficam contentes e tranquilos se devorados por leões.²⁵

Afinal, foi para haver segurança e proteção que os homens instituíram e ingressaram na sociedade civil. Como a finalidade do governo deve ser a preservação da propriedade (no sentido abrangente que lhe atribui Locke), o legislativo deve ser exercido por vários homens, de maneira que cada pessoa se torna um indivíduo e se sujeita às leis que ele mesmo estabeleceu. Igualmente, ninguém poderá, por sua própria autoridade, eximir-se da força da lei.²⁶

3 CONTRIBUIÇÃO ANALÍTICA DE ALGUNS AUTORES SOBRE A TEORIA DE LOCKE

A teoria liberal individualista de matriz naturalista de John Locke deve ser contextualizada, mediante análise crítica, em sua oposição ao absolutismo monárquico que predominou na formação dos Estados modernos, assim como é indispensável enfatizar a historicidade da Declaração de Direitos do Homem de 1789, fruto da Revolução Francesa como reação concreta à ordem política-jurídica anterior, ao antigo regime absolutista e ao feudalismo.

No exame de Paulo Bonavides, a limitação do poder é a tese máxima do liberalismo, e todas as suas diligências convergiam para esse fim, e o reconhecimento desse traço é permitido pelo estudo compreensivo do papel que Locke e Montesquieu desempenharam no campo das ideias políticas, a partir dos caminhos que seguiram, para chegar a esse resultado comum e coincidente que é a redução do poder.²⁷ Montesquieu punha

24 LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil, 2014, p. 79 - 82.

25 LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*, 2014 p. 82.

26 LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*, 2014, p. 82 - 83. O legislativo é o poder supremo em cada comunidade civil (p. 108).

27 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972. p. 183. Lembra Bonavides que o absolutismo combatido por Locke havia se fortalecido com o êxito das doutrinas de legitimação desse novo poder, como Bodin e a soberania, Maquiavel e a laicização contra as ingerências papais, e Hobbes e a unificação pelo absolutismo no indivíduo ou no grupo, porém sempre como uma reação ordenada e calculada contra os ordenamentos medievais e sua pluralidade de poderes concorrentes. Porém, “consolidado o moderno Estado nacional, interna e externamente, tanto de fato como na doutrina, o poder

limites ao exercício da autoridade com a separação dos poderes, e Locke, à organização estatal com a conservação de direitos naturais, e desses, o mais típico era o direito de propriedade, que se apresenta no contratualismo lockiano como direito anterior e superior a toda criação jurídica do homem, depois da passagem do estado de natureza ao estado de sociedade. No *Treatise of Civil Government*, em capítulo consagrado à extensão do poder legislativo, o pensador do liberalismo

[...] manifesta, com rara lucidez, essa constante doutrinária de sua filosofia do Estado, a saber, o básico e relevante papel conferido à propriedade, como fundamento do governo e da sociedade, ou como direito que não tolera a mínima lesão, e cuja defesa ele coloca no consentimento de seus titulares, compondo assim a medula de uma concepção, que decisivamente influi no ânimo dos constituintes franceses de 1791, e, por conseguinte, no célebre texto que declarou a propriedade ‘direito inviolável e sagrado’ (art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, contida na Constituição Francesa de 3 de setembro de 1791).

Em ambos os casos, com Locke ou Montesquieu, a ideia que persiste no fundo do debate, é esse princípio invariável do liberalismo – a proteção do indivíduo, premissa essencial do sistema capitalista.²⁸

Na análise de Norberto Bobbio, com Locke, a propriedade converte-se num verdadeiro direito natural, pois nasce do esforço pessoal no estado de natureza, antes da constituição do poder político, e como tal deve ter o seu livre exercício garantido pela lei do Estado (que é a lei do povo). Através dele, a inviolabilidade da propriedade, que compreende todos os outros direitos individuais naturais, como a liberdade e a vida, e indica a existência de uma esfera do indivíduo singular autônoma com respeito à esfera sobre a qual se estende o poder público, torna-se um dos eixos da concepção liberal do Estado, que nesse contexto pode então ser redefinida, conforme Bobbio, como a mais consciente, coerente e historicamente relevante teoria do primado do privado sobre o público.²⁹ Enfim, para Locke, o fim do governo civil é a garantia da propriedade, que é um direito individual, cuja formação precede ao nascimento do Estado.³⁰

A respeito do liberalismo clássico e das declarações de direitos do século XVIII, influenciadas pelo pensamento de Locke, a análise de Norberto Bobbio é de que, numa radical inversão de perspectiva da representação da relação política, característica do Estado moderno, passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos dos cidadãos, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional, segundo a qual, a sociedade como um todo vinha antes dos indivíduos.³¹

Daniel Sarmento comenta que a emergência do individualismo foi um dos fenômenos mais importantes da história do pensamento e da sociedade ocidental, e que essa cosmovisão se formou em resposta a alterações profundas ocorridas no âmbito das relações sociais, da economia e da religião que se deram no Ocidente a partir do fim da Idade Média, na qual prevalecia uma compreensão estamental e organicista das relações sociais. E destaca

absoluto dos reis perdeu a sua razão de existir”, advindo novo movimento dialético e reagindo a nobreza da Inglaterra nas revoluções do século XVII, e dessa revolta nasceu o filósofo John Locke (p. 11).

28 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*, 1972, p. 185.

29 BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*: para uma teoria geral da política, 2005, p. 23 - 24.

30 BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*: para uma teoria geral da política, 2005, p. 64.

31 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 2 - 4.

que a concepção individualista foi acolhida pelas teorias contratualistas do Estado de Hobbes e Locke, que “fundavam a existência da comunidade política no interesse dos indivíduos”. Acrescenta Sarmiento que, embora tenham preconizado modelos de Estado muito diferentes – o absolutismo em Hobbes e o Estado liberal em Locke – “tinham em comum a premissa antropológica de pessoa como sujeito abstrato, desencarnado e desenraizado”.³²

Na evolução do pensamento jurídico e político, surgem as correntes que tomam o direito como produto histórico e a concepção de cunho positivista, opondo-se à visão jusnaturalista e metafísica que entendia o Direito fruto da razão, preexistente e independente do Estado.

Oliveira Neto comenta que o desenvolvimento e processo de hegemonia do positivismo jurídico, surgido em meados do século XIX, abrangeu três momentos bem definidos e localizados, a “Escola Histórica do Direito” na Alemanha, que afirmou ser o direito um fenômeno histórico e produto do “espírito do povo”, a “Escola da Exegese”, surgida na França e que identificava, ou melhor, reduzia o direito à lei (usando da codificação para trocar do jusnaturalismo racionalista para o positivismo jurídico na sua versão mais radical) e, por fim, a “Jurisprudência Analítica” na Inglaterra, que defendia a codificação do Direito britânico e sua sistematização para limitar os poderes dos juízes, entendia ser o Direito determinações emanadas pelos soberanos em relação aos súditos, sempre respaldadas pela coação, e negava a existência de direitos anteriores ao Estado. Já no século XX, surgiu a “Teoria Pura do Direito”, de Hans Kelsen, que deu significativa contribuição à compreensão do juspositivismo, compreendendo o Direito como um sistema.

Cita Oliveira Neto, também, as concepções de Herbert Hart, de um positivismo brando ou incluyente de conteúdos mínimos de direito natural, e Norberto Bobbio, que aborda três formas independentes entre si de positivismo jurídico, e dentre elas a de maior aceitação é a que fala dele como enfoque ou modo de aproximação do Direito, sobretudo porque nela as divergências com o Direito Natural ficam mais evidentes: a tese das fontes sociais do Direito (compreendida como realidade histórica mutável) e a tese da separação entre direito e moral.³³

O processo de positivação dos ditos “direitos naturais” nos códigos e nas constituições liberais-burguesas já foi caracterizado como a “saga de zangão” do jusnaturalismo, pois o ápice da vida do zangão ocorre quando copula com a abelha rainha, o que acontece uma única vez em sua vida, e logo após fecundá-la, morre. Os direitos naturais foram esquecidos pela teoria e prática hegemônicas com a ascensão do positivismo legalista.³⁴

Destacando o elemento histórico e as fontes sociais do Direito em oposição à concepção metafísica da essência dos direitos humanos, Norberto Bobbio assim se manifesta:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam,

32 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metologia*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.42 e 43.

33 OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. O ativismo judicial e o princípio da legalidade em matéria ambiental, 2016. p. 177 - 179.

34 Cf. Viviane Nunes Araújo Lima, citada por Daniel Sarmiento em *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metologia*, 2016, p. 57. De outra ponta, segundo Oliveira Neto, fala-se sempre em “eterno retorno do direito natural”, ou simplesmente sua revitalização, pelo menos nas dimensões moral, como espaço de crítica ao Direito positivo, e jurídica, que propõe a recuperação da ideia de conexão entre direito e moral (p. 175).

são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.³⁵

Celso Lafer explica que, no estudo da teoria da justiça, o ponto de partida de Bobbio é sociológico e axiológico, inclusive etnográfico, e é por isso que, ao contrário do que pensam os jusnaturalistas, a natureza do homem é o seu ponto de chegada e não de partida.³⁶

Gregorio Peces-Barba Martínez comenta, após mencionar o Edito de Nantes baixado em 1598 pelo Rei Henrique IV da França, que:

Los primeros derechos que se pueden encontrar en la historia, de conciencia, de pensamiento, y garantías procesales, son consecuencia de una elaboración, de una construcción doctrinal en el seno del incipiente constitucionalismo, pero no son sólo elaboración racional, son consecuencia de una realidad, de una situación fáctica que se rechaza. El disenso sobre lo real será la base del consenso racional. De manera muy plástica aparece en ese primer momento la conexión razón-historia en la génesis de los derechos fundamentales. La dialéctica hecho-valor y el sentido de la llamada falacia naturalista, se matizan y se entienden mejor desde este ejemplo. Una reflexión sobre la realidad que está formada por hechos históricos, da lugar a la aparición de valores que, a su vez, generarán derechos, por lo que se pasa de lo descriptivo a lo prescriptivo.³⁷

Quando são assumidos esses valores pelo poder, estamos na dinâmica de formação dos direitos, mas quando se sustenta, erroneamente, que é o poder quem os cria, distanciamos-nos da completa construção dos direitos fundamentais e do equilíbrio entre valores morais, poder político e Direito positivo, que exige uma autonomia das três dimensões, as três necessárias, mas sem que nenhuma tenha uma hegemonia última sobre as demais. Só a lei, expressão jurídica de um poder político e da vontade popular, pode positivizar a moralidade dos direitos, e esse modelo de positivação dos direitos é o que representa Locke, “desde la moralidad al derecho positivo a través de la ley de un legislativo, expresión del poder basada en el contrato. Se ve aquí la conexión entre constitucionalismo, el gobierno de las leyes y derechos fundamentales”.³⁸

Peces-Barba Martínez ressalta que o modelo liberal dos direitos é o primeiro na história e utiliza como veículo cultural inicial a ideologia do jusnaturalismo racionalista. O modelo do jusnaturalismo racionalista construiu-se ao modo platônico da doutrina das ideias, sustentando direitos naturais, abstratos, ideais, permanentes e eternos.³⁹

Sólo son derechos aquellos que se pueden justificar racionalmente como pretensiones morales iguales para todos los hombres y para todos los tiempos, y son previos al contrato y al consenso que lo producen. En realidad, *tras esta*

35 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, 2004, p. 5.

36 Neste sentido, para Lafer, Bobbio é um historicista que combina a deontologia (o que o direito deve ser) com a sociologia jurídica (a evolução do direito na sociedade e as relações entre o direito e a sociedade). Ressalta também a escolha metodológica de Bobbio, quando mergulha na filosofia política e do direito, pelas grandes dicotomias no percurso do conhecimento, a exemplo da grande dicotomia público/privado (*In*: Prefácio à 10. ed. de *A teoria das formas de governo*, editado pela UnB, p. 15 - 16).

37 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 143. Frisa que inclusive os pontos de vista mais racionalistas e mais abstratos têm, em parte, explicação na análise da cultura histórica em que nascem (p. 152).

38 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, 1995, p. 157.

39 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, 1995, p. 201.

presentación objetiva y racional se esconden unas exigencias históricas y unos intereses sentidos por la burguesía, que es quien impulsa el proceso con el objetivo de limitar el poder político. Cada derecho, desde la libertad de conciencia y de pensamiento a las garantías procesales que se justifican con razones abstractas, aparecen como exigencias de la realidad histórica del mundo moderno y será necesaria esa coyuntura para su toma de conciencia y su formulación. Es un signo más de que los derechos no surgen en la razón como expresión de la naturaleza, sino como respuesta, como disenso frente a una situación de hecho, que provoca una reacción intelectual que genera los valores que fundamentan cada derecho. La racionalización o la búsqueda de una síntesis racional en las racionalidades parciales de cada derecho, tras la reflexión a partir de la realidad, es posterior como pretensión de legitimidad global.

Esos titulares de los derechos autónomos y racionales, desligados del mundo de la historia, son una construcción teórica apoyada entonces en el iusnaturalismo racionalista, para legitimarios que descartan el valor del hombre real e histórico, y que con su método fijan los derechos humanos de una manera cerrada y definitiva. De ahí la dificultad que tendrán para admitir el proceso de evolución y la incorporación de nuevos derechos fundamentales en el siglo XIX.⁴⁰

Escreve Bobbio que o núcleo doutrinário da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 está contido nos três artigos iniciais. O primeiro refere-se à condição natural dos indivíduos que precede a formação da sociedade civil, senão cronológica, mas axiologicamente. O segundo diz respeito à finalidade da sociedade política, que vem depois do estado de natureza, e o terceiro, ao princípio de legitimidade do poder que cabe à nação.

A fórmula do primeiro é: “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”. Rousseau escrevera, no início do contrato social, que o homem nasceu livre, mas por toda parte se encontra a ferros. Tratava-se, como se disse várias vezes, de um nascimento não natural, mas ideal. Que os homens fossem livres e iguais no estado de natureza, tal como descrito por Locke, era uma hipótese racional e não uma constatação empírica nem um dado histórico, mas uma exigência da razão, a “única que poderia inverter radicalmente a concepção secular segundo a qual o poder político, o poder sobre os homens, o *imperium*, procede de cima para baixo e não vice-versa”.⁴¹ Era a reação contra o poder absolutista dos reis.

Segundo Bobbio, a primeira defesa ampla, filosoficamente argumentada, da Declaração Francesa foi de Thomas Paine (que participara ativamente da revolução norte-americana), em “Os direitos do homem”, de 1791 e 1792, obra influenciada por Locke e em grande parte um panfleto contra Edmund Burke que, em defesa da Constituição inglesa, atacara com acrimônia a Revolução Francesa e os direitos do homem, afirmando que naturais seriam os sentimentos como o temor a Deus, o respeito ao rei e o afeto pelo parlamento.

Logo após, no art. 2º, declarava-se que “o objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”, tais como a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. No artigo não está presente a expressão “contrato social”, mas a ideia do contrato está implícita na palavra “associação”, pela qual se entende uma sociedade baseada no contrato.

40 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, 1995, p. 200 - 201. Grifo nosso.

41 BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*, 2004, p. 87.

Dos quatro direitos elencados, somente a liberdade é definida, no art. 4º, como o direito de “poder fazer tudo o que não prejudique os outros”.

Quanto à propriedade, diz Bobbio que o último artigo da Declaração considera “um direito inviolável e sagrado”, e irá caracterizar historicamente a Revolução de 1789 como revolução burguesa. Era bem conhecida a teoria de Locke, um dos principais inspiradores da liberdade dos modernos, segundo o qual a propriedade deriva do trabalho individual, ou seja, de uma atividade que se desenvolve antes e fora do Estado. Ao contrário do que hoje se poderia pensar, alerta Bobbio, “o direito de propriedade foi durante séculos considerado um dique – o mais forte dos diques – contra o poder arbitrário do soberano”⁴², e isso explica a ênfase a ela dada pela Declaração.

É preciso também sublinhar que a defesa da propriedade como direito individual tinha por alvo bem preciso a propriedade feudal⁴³. A veemência do art. 544 do Código Napoleônico deve ser contemporizada, lembra Silvio Rodrigues, eis que foi fruto da reação da Revolução Francesa de 1789 contra a concepção medieval, que repartia o domínio entre várias pessoas, sob o nome de *domínio eminente* do Estado, domínio direto do senhor e útil do vassalo.⁴⁴

Como expressão mais visível dos interesses da burguesia, o modelo liberal construirá racionalmente o direito de propriedade, como direito fundamental sagrado e inviolável segundo a Declaração Francesa de 1789. Observa Daniel Sarmiento que a expressão “sagrado” constante do art. 17 é usada esta única vez em tal documento, forjado no contexto anticlerical da Revolução Francesa.⁴⁵ De fato, embora soe estranho o uso da palavra nesse contexto secular, é inegável que da leitura da obra de Locke se percebe que a justificativa religiosa não está ausente no jusnaturalismo racionalista. O fundamento teológico, do qual a teoria jusnaturalista de Locke é impregnada, eis que baseada na razão amparada pela inspiração divina, através de constante citação da Bíblia e apoio em Richard Hooker, pastor anglicano e teólogo então influente, é compreensível porque a tese lockeana voltava-se a criticar a concepção então vigente, em especial o teologismo de Robert Filmer, que justificava o poder divino do monarca absoluto.

Ademais, explica Peces-Barba que, não obstante o jusnaturalismo racionalista baseado na natureza – frente ao jusnaturalismo cristão, no qual Deus, como autor das normas, está mais imediatamente presente – seja um dos sinais do processo de secularização da época, fato é que Deus não é posto totalmente de lado, porém a teologia, aqui, interessa muito menos e se indagam as causas naturais das coisas, as técnicas científico-naturais e as técnicas políticas, seguindo Deus como o criador do mecanismo, o grande relojoeiro. A maquinaria, porém, pode ser analisada autonomamente, e nisso consiste, em grande parte, o processo de secularização, em substituição à ordem medieval.⁴⁶

42 BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*, 2004, p. 88. Grifo nosso.

43 BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*, 2004, p. 101. Conforme Fachin, a Idade Média consagrou a superposição de propriedades diversas incidindo sobre o mesmo bem (FACHIN, Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 15).

44 RODRIGUES, Silvio. *Direito das Coisas*. 21. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1994, v. 5, p. 75 - 76.

45 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metologia*, 2016, p. 46.

46 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, 1995. p. 128. Esse autor, ao tratar dos traços da sociedade em trânsito para a modernidade, refere a mudança de mentalidade

Os direitos naturais representam a ideia de liberdade como não interferência, como criação de um espaço livre através do Direito para o desenvolvimento da autonomia da vontade privada, observa Peces-Barba, anotando que o francês Benjamin Constant identificará esses direitos com a liberdade dos modernos, em contraposição à liberdade dos antigos.⁴⁷ Para Paulo Bonavides, Constant foi possivelmente o primeiro a perceber a verdadeira antítese entre a liberdade antiga e a liberdade moderna, projetando um jato de luz sobre as contradições inexplicáveis da Revolução Francesa e permitindo “dissipar o velho equívoco sobre a suposta consistência da aliança estabelecida entre o pensamento liberal e o pensamento democrático, a qual ocultava, todavia, como fórmula de compromisso, dissidência mais profunda, cujas razões só ulteriormente se desenharam com nitidez”.⁴⁸

O terceiro artigo da Declaração de 1789 declarou que “o princípio de toda soberania reside essencialmente na nação”. No princípio da representação una e indivisível da nação (que acaba com os ordenamentos jurídicos separados de cada ordem ou estamento), estava também implícito o princípio da proibição do mandato imperativo, firmemente defendido por Sieyès, segundo o qual a lei é expressão da vontade geral. A declaração podia ser considerada, como o fez o historiador Alphonse Aulard, citado por Bobbio, o atestado de óbito do Antigo Regime, ainda que o tiro de misericórdia só viesse com o preâmbulo da Constituição de 1791.⁴⁹

A Declaração foi submetida a duas críticas recorrentes e opostas. A acusação de abstratividade do pensamento iluminista é um dos motivos clássicos da corrente anti-iluminista. Bobbio cita Taine, para quem a maior parte dos artigos da Declaração não são mais do que dogmas abstratos, definições metafísicas, axiomas mais ou menos literários, ou seja, mais ou menos falsos. Uma crítica filosófica é a de Hegel, para quem a liberdade e a igualdade são tão pouco algo “por natureza” que, ao contrário, são “um produto e um resultado da consciência histórica”⁵⁰, a qual se diferencia de nação para nação.

Mas – questiona o autor italiano – será que os constituintes franceses eram assim tão pouco atentos? A essa pergunta respondeu-se com a observação de que “aqueles direitos aparentemente abstratos eram realmente, na intenção dos constituintes, instrumentos de polêmica política, cada um deles devendo ser interpretado como antítese de um abuso de

impulsionada principalmente pelo humanismo (ética da liberdade, com o antropocentrismo ético colocando o homem como centro do universo e dominador da natureza) e pela reforma luterana (ética da graça, autonomia, valor do trabalho e prosperidade material) frente ao absolutismo divino e à Igreja Católica considerada reacionária, cujo passo seguinte apoiado nessa mentalidade, que será já mentalidade liberal, consistirá na reivindicação de direitos políticos para a burguesia, de modo que alguns autores, como Jellinek, encontrarão as origens protestantes das declarações de direitos (p. 124).

47 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, 1995, p. 201.

48 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*, 1972, p. 150 - 151. A liberdade dos antigos era a liberdade política, o acesso dos indivíduos ao exercício da soberania, desde a *polis* grega de Platão e Aristóteles. Consistia, segundo Constant, em exercer coletiva, porém diretamente, várias partes de toda a soberania, em deliberar na praça pública, em votar leis e proferir julgamentos, mas ao mesmo tempo admitiam como compatível com essa liberdade coletiva a submissão completa do indivíduo à autoridade do todo, não se encontrando entre eles quase nenhum dos direitos que são parte da liberdade dos modernos. Para Bonavides, se algum documento há de reivindicar na história o título de manifesto político do liberalismo, será incontestavelmente o discurso de Constant sobre a liberdade dos antigos comparada com a dos modernos (p. 150 - 153).

49 BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*, 2004, p. 90 - 91.

50 Com Hegel, a historicidade do sujeito e da razão foram postas em evidência, sentido oposto à matriz kantiana. (SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metologia*, 2016, p. 49).

poder que se queria combater”⁵¹, dos tiranos. Se esses direitos foram depois proclamados como se estivessem inscritos numa tábua das leis fora do tempo e da história, isso resultaria, como explicará Tocqueville,

[...] do fato de que a Revolução Francesa havia sido uma revolução política que *se operara como as revoluções religiosas, que consideram o homem em si mesmo*, sem se deterem nos traços peculiares que as leis, os costumes e as tradições de um povo podiam ter inserido naquele fundo comum; e operava como as revoluções religiosas porque “*parecia ter como objetivo, mais do que a reforma da França, a regeneração de todo o gênero humano*”.⁵²

A crítica oposta, feita por Karl Marx no artigo “A questão judaica”, era de que a Declaração, em vez de ser demasiadamente abstrata, era tão concreta e historicamente determinada que, na verdade, não era a defesa do homem em geral, mas do burguês, que existia em carne e osso e lutava pela própria emancipação de classe contra a aristocracia. De modo algum se tratava do homem abstrato, universal, mas do homem separado dos outros homens. Essa interpretação, para Bobbio, confundia uma questão de fato, ou seja, a ocasião histórica da qual nascera a reivindicação desses direitos, que era certamente a luta do Terceiro Estado (a burguesia) contra a aristocracia, com uma questão de princípio, parecendo-lhe difícil negar que a afirmação dos direitos do homem, *in primis* os de liberdade (ou melhor, de liberdades individuais), é um dos pontos firmes do pensamento político universal, do qual não mais se pode voltar atrás.

A acusação marxista era de que a Declaração se inspirava numa concepção individualista da sociedade⁵³. Decerto, para tal concepção, o indivíduo singular era, no hipotético estado de natureza pré-social, titular do poder soberano, pois não existia poder acima dele. O poder político nasce de uma convenção, de uma invenção humana. Esse ponto de vista representa a inversão radical do ponto de vista tradicional do pensamento político, seja do clássico (o poder é do pastor e o povo é o rebanho), seja do medieval (todo o poder vem de Deus), e dessa inversão nasce o Estado moderno: primeiro liberal, no qual os indivíduos que reivindicam o poder soberano são apenas uma parte da sociedade (a burguesia ascendente), depois democrático, no qual são potencialmente todos a fazer tal reivindicação, e finalmente social, no qual os indivíduos reivindicam, além dos direitos de liberdade, também os direitos sociais, que são igualmente direitos do indivíduo.⁵⁴

O ponto de vista tradicional tinha por efeito a atribuição aos indivíduos não de direitos, mas sobretudo de obrigações, a começar pela obrigação da obediência às leis, isto é, às ordens do soberano. Os códigos morais e jurídicos foram, ao longo dos séculos, desde os Dez Mandamentos até as Doze Tábuas, conjunto de regras imperativas que estabelecem obrigações para os indivíduos, não direitos. Ao contrário, observemos mais uma vez os dois primeiros artigos da Declaração. Primeiro, há a afirmação de que os indivíduos têm direitos; depois, a de que o governo, precisamente em consequência desses direitos, obriga-se a garanti-los. A

51 BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*, 2004, p. 92. Grifo nosso.

52 *Apud* BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*, 2004, p. 92. Grifo nosso.

53 Segundo Bobbio, a crítica ao individualismo (no sentido negativo) é lugar-comum da historiografia da esquerda, mas também, de um ponto de vista oposto, mas com igual resultado, da extrema direita, vez que os direitos do homem seriam ineptos para construir uma comunidade (BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*, 2004, p. 101 - 102).

54 BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*, 2004, p. 92 - 93.

relação tradicional entre direitos dos governantes e obrigações dos súditos é invertida completamente.⁵⁵

Antes, desde a Magna Carta, os direitos ou as liberdades eram concedidos, ou seja, não eram reconhecidos como existentes antes do poder do soberano. As Declarações de direitos estavam destinadas a inverter essa imagem e hoje o próprio conceito de democracia é inseparável do conceito de direito do homem. E como foi possível firmar de modo irreversível esse conceito senão através da inversão da relação entre poder e liberdade, fazendo-se com que a liberdade precedesse o poder? Para Bobbio, a concepção individualista é a única que justifica a democracia, e não existe nenhuma Constituição democrática que não pressuponha a existência de indivíduos singulares que têm direitos enquanto tais.⁵⁶

A concepção individualista da sociedade já conquistou muito espaço e os direitos humanos são hoje reconhecidos e solenemente proclamados no âmbito da comunidade internacional, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de modo que todo indivíduo foi elevado a sujeito potencial da comunidade internacional, cujos sujeitos até agora considerados eram, eminentemente, os Estados soberanos.⁵⁷

Por outro lado, a defesa do direito natural de propriedade, se teve o mérito de conter a força e a violência do Estado, não resolveu a desigualdade entre os súditos – doravante indivíduos e cidadãos, com o constitucionalismo liberal, quanto ao acesso ao direito à propriedade. O voto censitário, sustentado por Constant, suprimiu a liberdade dos antigos, ao afastar a liberdade igualitária de participação política. Mas o discurso iluminista dos direitos naturais tinha grande potencial igualitário, pois eram hipoteticamente universais, eram os direitos do homem, nisto diferindo do Direito Natural pré-moderno, que em geral buscava legitimar as hierarquias sociais existentes, fundando-as numa ordem imutável, frequentemente associada à vontade divina.⁵⁸

É certo, lembra Sarmiento, que a igualdade e a generalização de direitos declarados pelas constituições e códigos nem sempre se traduziram em mudanças sociais, não havendo, por exemplo, maior ofensa à igual dignidade – e à liberdade – do que a escravização de pessoas, realidade de muitos países cujos ordenamentos proclamavam, paradoxalmente, princípios do constitucionalismo liberal, como o Brasil⁵⁹. Durante a maior parte do tempo, os direitos humanos foram, no mundo real, pouco mais do que os direitos do homem, branco e

55 BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*, 2004, p. 94.

56 BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*, 2004, p.94 - 95.

57 BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*, 2004, p. 96.

58 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metologia*, 2016, p. 34. Marcelo Neves, escrevendo na perspectiva da teoria dos sistemas de Luhmann, ressalta a existência da dicotomia entre semântica e estrutura, afirmando que a semântica do constitucionalismo, manifestada na soberania popular, no governo das leis e nos direitos dos homens e dos cidadãos, embora tenha servido para consolidar e fortificar as novas estruturas políticas e jurídicas, também teve um papel simbólico relevante, muitas vezes de natureza ideológica, acentuando o descompasso entre a semântica moderna e os limites estruturais, a exemplo da permanência do voto censitário e da escravidão durante o século XIX e da segregação racista até o século XX. Mas também aponta que esta semântica, nos Estados da modernidade central, levou à consolidação paulatina daquelas estruturas de democracia política e direitos humanos. “De fato, há tensões entre a semântica desenvolvida no nível da autodescrição ou reflexão da sociedade e o plano estrutural da delimitação seletiva das operações possíveis, mas é evidente que mudanças na estrutura influenciam mudanças do artefato semântico e vice-versa”. (In: NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fortes, 2009. p. 2 e 60 - 62)

59 A abolição da escravatura negra no país ocorreu em 1888, apesar da liberal Constituição de 1824. Nos Estados Unidos, a escravidão durou até 1863.

burguês, e isso se deveu tanto ao conteúdo dos direitos reconhecidos, com ênfase na proteção da propriedade e das liberdades econômicas, como à falta do seu efetivo gozo por outras camadas da população. Todavia, o discurso da universalidade dos direitos já exprimia uma cosmovisão igualitária, plantando no solo das relações sociais as sementes da mudança.⁶⁰

De acordo com Fabio Konder Comparato, a propriedade moderna perdeu a dimensão religiosa das origens, passando a ter um sentido de mera utilidade econômica, sendo forçoso buscar outra base ética para justificá-la no direito moderno, de modo que os inspiradores do constitucionalismo liberal, em particular Locke, não hesitaram em fundar esse direito na exigência natural de subsistência do indivíduo e na especificação dada à coisa pelo trabalho como força emanada do seu corpo, e no curso do século XVIII essa justificativa transformou-se na garantia fundamental da liberdade do cidadão.⁶¹ Destarte,

[...] é dentro dessa perspectiva institucional que se pôs, já no bojo do constitucionalismo liberal, a questão do direito de todo indivíduo à propriedade, ou seja, *o direito à aquisição dos bens indispensáveis à sua subsistência*, de acordo com os padrões de dignidade de cada momento histórico. A lógica do raciocínio tornou incoercível o movimento político reivindicatório. *Se a propriedade era reconhecida como garantia última de liberdade individual*, tornava-se inevitável sustentar que a ordem jurídica deveria proteger não apenas os atuais, mas também os futuros e potenciais proprietários. *O acesso à propriedade* adquiriria pois, insofismavelmente o *caráter de direito fundamental* da pessoa humana.⁶²

Consoante Peces-Barba, corresponderá à segunda aportação ideológica ao tema dos direitos, que se pode denominar democrática, a tarefa de conceber o direito fundamental à participação política, visto que o contratualismo, base da ideologia liberal, havia apontado a soberania popular como conjunto de contratantes, porém se tratava apenas de um princípio de organização.

Os direitos democráticos estabelecem uma relação entre a sociedade civil e o Estado, que dificulta os reducionismos estatizantes ou socializadores, que pretendem, respectivamente, a hegemonia do Estado, da Sociedade e a incomunicabilidade entre ambas.

Supone una de las dimensiones decisivas de la comunicación entre la sociedad civil y Estado, y *sugiere las contradicciones de un modelo liberal de participación y limitada por razones de cultura y de riqueza*. Su finalidad no es limitar el poder, sino extenderlo, haciendo participar a los ciudadanos en la formación de su voluntad.

Los argumentos liberales que pretenden limitar la participación *pueden ser, se les da la vuelta dialéctica, más bien argumentos para justificar los derechos económicos, sociales y culturales*. No se trata de que la falta de riqueza o de cultura limiten el derecho a participar, sino que fundamentan otros nuevos derechos con la satisfacción de necesidades básicas, para que todos puedan participar.⁶³

60 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*, 2016, p. 37.

61 COMPARATO, Fabio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *Revista do Conselho da Justiça Federal*, Centro de Estudos Judiciários, Brasília: CJF, v. 1, n. 1, set./dez. 1997, p. 92-99, p. 94. Grifo nosso.

62 COMPARATO, Fabio Konder. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*. 1997, p. 94. Grifo nosso.

63 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, 1995, p. 202. Grifo nosso.

Bobbio, com seu costumeiro rigor analítico, vai falar em democratização do Estado representativo pelo alargamento do direito ao voto até o sufrágio universal masculino e feminino, e o direito de associar-se livremente em partidos políticos. E, em outro caminho, no alargamento da democracia direta, com a integração de institutos como o *referendo*.⁶⁴

O modelo socialista de direitos humanos foi o último no tempo, conforme Peces-Barba, e pretendeu incorporar elementos igualitários à liberdade e excluir da mesma as dimensões com impossível conteúdo igualitário, como a propriedade. Buscou criar as condições para que todos possam desfrutar dos direitos de raiz liberal e democrática. Supõe os direitos tendentes a criar as condições reais e efetivas para a generalização do desfrute da liberdade, não almejando, portanto, serem excludentes, senão compatíveis com os modelos liberal e democrático.⁶⁵

No plano constitucional, as constituições passam a consagrar direitos sociais e a relativizar as liberdades econômicas, bem como o direito de propriedade (até então considerado absoluto), que em alguns textos constitucionais, a partir da Carta do México de 1917, passou a ser condicionado por uma “função social”, expressão cunhada pelo francês Leon Duguit em 1911.⁶⁶

Luigi Ferrajoli elenca a cláusula da função social da propriedade, consagrada na Constituição italiana, como um dos limites internos do mercado, postos para a garantia do próprio mercado e da efetividade dos direitos civis de autonomia (em oposição aos limites externos ou garantias frente ao mercado), e a considera como o fundamento do constitucionalismo do direito privado, como garante da efetividade para todos do direito de propriedade.⁶⁷

Ao abordar o tema da democracia civil e do constitucionalismo do direito privado, esse autor analisa criticamente a amplitude da noção de propriedade na obra de Locke, que abrange o próprio corpo, seu trabalho, suas ações e sua liberdade.

Para o autor, a configuração de tais bens como bens de propriedade equivaleria a uma opção mercantil, que serviria para reduzir o corpo da pessoa à coisa, ou a um conjunto de coisas, em contraste com os princípios de Beccaria e de Kant, consistentes na dignidade da pessoa humana, como fim em si mesmo, que Ferrajoli toma como postulado. Em todos esses casos, a proteção do sujeito débil frente à lógica do mercado é a mesma opção em que se baseia a indisponibilidade dos direitos fundamentais, segundo o autor italiano. Se os titulares de tais direitos tivessem o poder de dispor deles junto aos bens que são seu objeto, por exemplo, vendendo sua liberdade ou parte de seu corpo, ou até convertendo-se em escravos, tais direitos e tais bens deixariam de ser universais e portanto fundamentais e se converteriam em patrimoniais. E se produziria uma insolúvel aporia, afinal semelhante poder de

64 BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política*, 2005, p. 152 - 155. No Brasil, além do referendo, também o plebiscito e a iniciativa popular, previstos no art. 14 da Constituição de 1988.

65 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, 1995, p. 202 - 203.

66 O estado da arte da função social da propriedade numa perspectiva dogmática já foi objeto de revisão bibliográfica em: ECKEL, Evandro Régis. A função socioambiental da propriedade e da posse no ordenamento jurídico brasileiro. In: DANTAS, Marcelo Buzaglo (coord.). *Estudos de Direito Ambiental e Urbanístico*. Alicante: IUACA/Universidade de Alicante, Itajá: UNIVALI, 2018, p. 446 - 485. *E-book*.

67 FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris: Teoría del Derecho y de la Democracia*, Madri: Trotta, 2011, p. 249-250.

autodeterminação, se concebido como absoluto e portanto carente de limites, comportaria também a disponibilidade do mesmo, com o conseqüente colapso da própria autodeterminação, e como reflexo, de todo edifício do Estado de Direito.

Ferrajoli acentua que a origem dessa expansão indevida do vocábulo “propriedade” remonta a Locke:

Detrás de estas concepciones hay en realidad una indebida extensión del léxico propietario, que siempre corre el peligro de ser el vehículo de una distorsionadora confusión entre derecho real de propiedad, como tal disponible, y derechos fundamentales, el primero entre todos el derecho a la salud y a la integridad personal, como tales indisponibles. El riesgo es el de una extensión del concepto de «propiedad», que vaya a sumarse a la ya varias veces señalada del concepto de «libertad», hasta su uso indiscriminado, como sustantivo del adjetivo posesivo «propio», también en materia de identidad personal y de relaciones familiares, afectivas, de trabajo y similares. El origen de esta expansión invasiva del léxico...remonta a John Locke: Se habla así de propiedad del «propio» cuerpo, de propiedad del «propio» trabajo, de propiedad de los «propios» derechos e incluso de los «propios» hijos y del «propio» cónyuge o similares.⁶⁸

Pessoas e coisas, esclarece Ferrajoli, são, pelo contrário, temas distintos, figuras contrárias e incompatíveis entre si, aos quais não se pode associar os mesmos predicados.

Se pone de manifiesto aquí, en todo su alcance teórico, la necesidad metateórica, de distinguir, a nivel sintáctico, entre los distintos géneros o campos de dominio de los temas de la teoría, de forma que se eviten los deslizamientos semánticos provenientes de las ambigüedades sintácticas es decir, de la asociación del mismo predicado a clases de temas distintos. La propiedad se refiere en realidad a las relaciones con las cosas; el cuerpo humano y sus órganos no son cosas y, en cuanto tales, posibles objetos de propiedad, sino partes integrantes de las personas y de su identidad física y psíquica: son lo que son y no ya lo que tienen. «Mi» cuerpo no designa un objeto de mi propiedad sino mi identidad, no menos que «mi» pensamiento o «mi» mente, y por eso, al igual que ellos, está configurado como bien fundamental: inviolable, inalienable e intangible.⁶⁹

De fato, como também acentua Pedro Manoel Abreu, o conceito de liberdade monopolizou, no século XVII, os debates teóricos sobre a formação do Estado, sua legitimidade e função, e, nessa concepção seiscentista, a liberdade afigurava-se como propriedade⁷⁰.

68 FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*: Teoría del Derecho y de la Democracia, 2011, p. 257 - 258.

69 FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*: Teoría del Derecho y de la Democracia, 2011, p. 258. Nós não *temos* um corpo, nós *somos* um corpo, e essa é uma regra invariável, pois não existem pessoas sem corpo, acentua Sarmiento reportando-se a Keith Campbell e Peter Carruthers (SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*: conteúdo, trajetórias e metodologia, 2016, p. 75).

70 ABREU, Pedro Manoel. *Processo e democracia*: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. v. 3. Coleção Ensaios de Processo Civil. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 52, grifo nosso). *O conceito de liberdade* transita por toda a história do pensamento político e jurídico da modernidade e é o primeiro fundamento da construção de um Estado de Direito, e mais do que isso, de um Estado Democrático de Direito, exigência inarredável da sociedade contemporânea, demarcando a escala civilizatória da humanidade (p. 58, grifo nosso).

Devidamente esclarecida a ampla noção que John Locke deu à propriedade na sua obra, afasta-se de sua abrangência a liberdade.⁷¹ O valor fundamental do paradigma moderno, inspirado pelo pensamento liberal, é a liberdade. Como deixou, aliás, expresso o próprio Locke no capítulo sobre o estado de guerra, a liberdade é a base de tudo que resta.⁷² Segundo Pedro Abreu, é a liberdade o primeiro fundamento da construção de um Estado de Direito, consistindo em signo político da modernidade.⁷³

Antônio Carlos Santos afirma que as leituras que formaram verdadeiras tradições interpretativas da obra de Locke, apesar das diferenças entre elas, de época e de foco,

[...] apontam para o aspecto da modernidade do pensamento lockiano: sua religiosidade e ao mesmo tempo seu distanciamento da religião, a noção de direito subjetivo anterior ao dever, a noção de indivíduo que busca segurança e prazer em meio a uma sociedade civil, formada de homens políticos e sociais. Tudo isso fez de Locke ora o pensador liberal ora crítico do próprio liberalismo, tendo um papel central e por demais fecundo no pensamento político desde o início da Modernidade até a atualidade, sempre provocando novas interpretações.⁷⁴

É evidente, conforme ressalta Santos, que não há conceitos eternos e imutáveis, pois todos eles foram forjados num tempo e num espaço específicos, porém é possível aprender com os textos do passado, porque toda a filosofia política é – citando Spitz – uma “intervenção no debate”, e serve para enriquecer a percepção e a discussão dos problemas semelhantes no mundo atual, e, por isso, “não há exagero em dizer que Locke contribui imensamente na construção dos conceitos da política moderna, com fortes ecos, portanto, no mundo contemporâneo”.⁷⁵

4 O RESGATE DO FUNDAMENTO ÉTICO: O MÉRITO PROPRIETÁRIO E A NECESSIDADE DE SUBSISTÊNCIA

José Isaac Pilati propõe o resgate do fundamento ético/moral da propriedade em Locke, que é o mérito proprietário, sem prejuízo da liberdade que se desfruta sob a instituição da propriedade, estabelecendo uma ponte entre o fundamento ético do direito de propriedade para Locke e a função social na pós-modernidade, frente aos desafios da globalização, do capitalismo financeiro e especulativo.

71 De acordo com Antônio Carlos Santos, para a Escola de Cambridge, que trouxe preocupações metodológicas para a Filosofia Política a partir de meados do século XX, frente aos desafios da filosofia da linguagem e às abordagens sociológicas da política, não se deve analisar a história política a partir de conceitos, porque eles mudam no tempo, tomando novos contornos e feições, mas a partir de usos discursivos dos conceitos em ocorrências específicas. Nessa perspectiva, não haveria, por exemplo, a história do conceito “liberdade”, mas a história dos usos do termo liberdade, elaborada por pensadores, em um contexto específico. Quentin Skinner, por exemplo, propõe que se parta do texto, mas não se prenda a ele, defendendo o contexto linguístico como ponto central de sua metodologia, ou seja, o que os enunciados significam em relação ao contexto. Para Skinner, na busca pelos elementos atemporais da Filosofia Política, os pesquisadores valem-se de seus preconceitos, o que, por conseguinte, os deixa vinculados ao contexto em que eles próprios se inserem (Apud SANTOS, Antônio Carlos. John Locke e a diversidade de interpretações. *Sapere aude*. Belo Horizonte, v. 8, n. 16, p. 469 - 491, ago./dez. 2017, ISSN 2177 - 6342, p. 472 - 473, 477 e 487. Disponível em: file:///C:/Users/acsth/Downloads/16149-59496-1-PB.pdf. Acesso em: 4 fev. 2019).

72 LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil, 2014, p. 38.

73 ABREU, Pedro Manoel. *Processo e democracia*: o processo jurisdicional como um *locus* da democraccia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito, 2011, p. 58.

74 SANTOS, Antônio Carlos. John Locke e a diversidade de interpretações, 2017, p. 488.

75 SANTOS, Antônio Carlos. *John Locke e a diversidade de interpretações*, 2017, p. 487 - 488.

Para Pilati, a supressão do coletivo pela filosofia liberal individualista trouxe problemas que a institucionalização da função social da propriedade tentou resolver. Em menção a Rodotà, diz que a propriedade carrega um enigma perante a desigualdade social renitente, que o Estado e os instrumentos da ordem social não conseguem resolver, questionando até onde vai o mérito proprietário, e advogando que estes são os desafios à pós-modernidade: a desigualdade e a corrupção.

Locke justifica a apropriação com fundamento no trabalho, porém não para *açambarcar* e sim para *usufruir*, mencionando trecho do Segundo Tratado, acima citado, no qual o pensador inglês arremata que assim é de início: Direito e conveniência andando juntos, sendo inútil, *bem como desonesto*, tomar demasiado, ou *mais do que o necessário*. Para Pilati, o liberalismo de Locke é preciso nesse aspecto, do mérito e dos limites da propriedade.⁷⁶

Não é o caso de discutir se a propriedade é um fenômeno construído, histórico, contranatural (na expressão de Nietzsche) ou se é eterno, fazendo parte da natureza humana, pondera Pilati, porque a propriedade incorpora e institucionaliza relação de luta, de poder, de dominação e subserviência, não sendo campo neutro, nem objeto estático.⁷⁷

Adverte que se a modernidade apropriou-se do coletivo em favor do particular, a pós-modernidade não pode ir para o outro extremo e anular o particular num coletivo de feição *estatal*. Deverá instituir um sistema estruturado na tríplice dimensão de Coletivo, Privado, Estatal. Cuida-se, então, não de eliminar a velha propriedade e o velho Estado, mas resgatá-los em plano superior, redefinindo-os numa nova ordem que irá fundamentar e legitimar a propriedade na justiça do mérito, de capital e trabalho, cuja antítese é a especulação, o enriquecimento sem causa, os privilégios da lei, e que impede o lucro a qualquer custo, inclusive o ambiental, em novo *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu), baseado no equilíbrio entre as esferas distintas: do privado (indivíduo), do público (Estado) e do coletivo (Sociedade). Esta última corresponde aos bens coletivos (valores fundamentais do meio ambiente e patrimônio histórico e cultural), titularizados por sujeitos coletivos e com tutela e exercício também coletivos, numa dimensão de democracia participativa, a exemplo do plano diretor dos municípios, cujo atendimento dá concretude à função social da propriedade urbana (art.182 da CFRB). Nesse contexto, *é função* para o proprietário, na face voltada para o indivíduo (dever fundamental), mas *é social* como direito subjetivo fundamental, na face que se oferece para o coletivo.⁷⁸

Comparato põe em relevo as transformações funcionais da propriedade na era contemporânea, em que se reconheceu que direitos pessoais de valor patrimonial, indispensáveis à subsistência individual, mereciam proteção constitucional semelhante à dispensada tradicionalmente à propriedade, atribuindo-se-lhes a mesma força jurídica, e a ressurgência de um capitalismo anti-social agressivo no fim do século XX, que procura reduzir ou suprimir na prática tais direitos, quando não alterar o texto constitucional para esse efeito, vem demonstrar a importância de se recorrer, também aqui, ao velho conceito de propriedade, para garantia das condições mínimas de uma vida digna.⁷⁹

76 PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade*. 3. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017. p. 2.

77 PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade*, 2017, p. 4.

78 PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade*, 2017, p. XIX-XX, 6 - 7 e 20.

79 COMPARATO, Fabio Konder. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*, 1997, p. 95.

Em outras palavras, pode-se afirmar que a visão abstrata de pessoa e o individualismo possessivo em Locke não ignorava as necessidades materiais dos indivíduos, a vincular a propriedade à necessidade de preservação, subsistência e conforto das pessoas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pensamento liberal clássico aqui representado em Locke concentra-se na limitação do poder e proteção do indivíduo, que tem prioridade axiológica contra o poder absoluto, surgindo num contexto histórico de reação à monarquia absoluta inglesa. Jusnaturalista e contratualista, concebe a propriedade em sentido amplo, abrangendo a vida, a liberdade, as ações, o corpo e o trabalho do homem, como direito natural, anterior e superior ao Estado, na passagem do estado de natureza para a sociedade, uma esfera autônoma, um espaço de não interferência, que o Direito Positivo deve observar. Influenciou as revoluções e declarações de direitos modernas e a construção do estado de direito liberal.

A modernidade instaura a grande dicotomia público/privado e o governo das leis. Para Norberto Bobbio, a doutrina liberal de Locke é a mais consciente, coerente e historicamente relevante teoria do primado do privado sobre o público.

A fundamentação religiosa ainda não está de todo ausente no seu jusnaturalismo, embora a teologia importe menos e o trabalho e o sustento constituam a base moral do direito natural de propriedade.

É preciso, conforme José Isaac Pilati, recuperar na pós-modernidade, frente ao capitalismo financeiro e especulativo, o fundamento ético do direito de propriedade – o mérito proprietário, mérito cuja antítese é a especulação, e também o enriquecimento sem causa, a corrupção e os privilégios da lei.

De acordo com a concepção de Locke, com o trabalho, os indivíduos podem adquirir o direito de propriedade da terra, desde que a mantenham produtiva. Como se pode inferir da própria teoria de Locke, a aquisição do direito de propriedade é natural desde que se dê mediante o trabalho do homem, e a manutenção da propriedade se legitima contanto que seja mantida produtiva, devendo também ser feito uso inteligente dos recursos naturais, sem desperdício ou destruição. Está aí, já em Locke, pode-se sustentar, implícito o germe da função social da propriedade, afirmada pelas Constituições no século XX, considerada por Ferrajoli o fundamento do constitucionalismo do direito privado e garante da efetividade para todos do direito de propriedade.

É necessário também, consoante Fabio Konder Comparato, se recorrer ao velho conceito liberal-moderno de propriedade baseado na exigência natural de subsistência do indivíduo, para garantia da liberdade e das condições mínimas de uma vida digna, que tornou o direito de acesso à propriedade direito fundamental da pessoa humana e ampliou a proteção constitucional da propriedade a direitos patrimoniais não-reais.

A visão abstrata de pessoa da filosofia iluminista e o individualismo possessivo em Locke não ignorava as necessidades materiais dos indivíduos, ao vincular toda a justificação da propriedade à necessidade de preservação, subsistência e conforto das pessoas. Da análise da teoria de Locke, pode-se afirmar que a propriedade não é garantida em si mesma, mas como instrumento de proteção de valores fundamentais. O trabalho, como disse o

filósofo inglês, é direito inquestionável do trabalhador, e dentre as leis positivas que determinam o que é propriedade, o direito natural original deve permanecer em vigência.

Em suma, a propriedade é instrumento de proteção da dignidade humana. Vale lembrar que a ordem econômica instaurada pela Constituição de 1988, na esteira do constitucionalismo contemporâneo, regida por princípios entre os quais a propriedade privada dotada de função social, a livre concorrência, a defesa do meio ambiente e a redução das desigualdades sociais e regionais, *funda-se*, declaradamente, na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e *tem por fim* assegurar a todos existência digna (art. 170).

Por fim, embora o jusnaturalismo – tanto quanto o positivismo puro – não se preste mais a explicar e enfrentar os problemas contemporâneos, registra-se, quanto ao direito de propriedade, que mesmo no direito natural que rege o estado de natureza pré-político de acordo com a teoria política de Locke, onde reinam a liberdade e igualdade dos homens (os signos da modernidade), ninguém é livre para causar a destruição de qualquer criatura que lhe pertença, pois o estado de natureza é composto por um direito natural que favorece todos os homens e não há qualquer concessão que nos permita destruir ou usar o próximo, sendo inútil e desonesto ter muito, ou pegar mais do que o necessário, ou seja, o exagero. O homem, que é obrigado a preservar-se e a manter-se, “deve, dentro do possível, zelar pelo resto da humanidade”.⁸⁰ Esse fundamento ético do direito natural de propriedade para Locke deve ser rememorado na pós-modernidade, contribuindo como critério interpretativo dos textos constitucionais e legais, sobretudo na dimensão coletiva (para além da dicotomia público/privado) relativa aos desafios atuais da sustentabilidade.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. *Processo e democracia: o processo jurisdicional como um locus da democrácia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. v. 3. Coleção Ensaios de Processo Civil. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 12. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Tradução de Sérgio Bath. 10. ed. Brasília: UnB, 1980.

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo na história do pensamento político*. Tradução de Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: EDIPRO, 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.

80 LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*, 2014, p. 29-30.

COMPARATO, Fabio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *Revista do Conselho da Justiça Federal*, Centro de Estudos Judiciários. Brasília: CJF, v. 1, n. 1, set./dez. 1997, p. 92 – 99.

FACHIN, Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris: Teoría del Derecho y de la Democracia*, Madri: Trotta, 2011.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Tradução de Marsely de Marco Dantas. Apresentação e notas de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2014.

NEVES, MARCELO. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fortes, 2009.

OLIVEIRA NETO, Franciso José Rodrigues de. O ativismo judicial e o princípio da legalidade em matéria ambiental. In: BRANDÃO, Paulo de Tarso; ESPÍRITO SANTO, Davi do (coord.); SOUZA, Maria Cláudia Antunes de; JACOBSEN, Gilson. *Direito, Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente*. Alicante: IUACA/UAlicante, Itajaí: UNIVALI, 2016, p. 172-193. *E-book*. Disponível em: <<https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202016%20DIREITO,%20DESENVOLVIMENTO%20URBANO%20E%20MEIO%20AMBIENTE.pdf#search=direito%20e%20desenvolvimento%20urbano>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade*. 3. ed., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017.

RODRIGUES, Silvio. *Direito das coisas*. 21.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1994, v. 5.

SANTOS, Antonio Carlos. John Locke e a diversidade de interpretações. In: *Sapere aude*. Belo Horizonte, v. 8, n. 16, p. 469-491, ago./dez.2017, ISSN 2177-6342. Disponível em: <file:///C:/Users/acsth/Downloads/16149-59496-1-PB.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2019.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

The ethical basis of property right in John Locke's political theory and the social function in postmodernity

Abstract: This article analyzes the moral basis of natural and individual property law in John Locke's political theory. Locke has historical value and influence on the declaration of men and citizen rights and on the liberal law state, thus being considered to be an author who represents political liberalism and the natural right conception. Critical and historical analysis

of some renowned authors of political and legal theory are used as well as the counterpoint to the historical and positivist law views. At last a connection between the ethical foundation of property law for Locke and the social role of property in postmodernity is aimed for. Challenges facing financial and speculative capitalism are taken into account, building on the importance of the property merit redemption according to José Isaac Pilati thesis. A critical approach is used which must retrieve the collective sphere beyond modern reductive dichotomy of “public/private”.

Keywords: Property; Locke; Natural law; Liberalism; Rationalist Jusnaturalism.

Referência:

ECKEL, Evandro Regis. O fundamento ético do direito de propriedade na teoria política de John Locke e a sua função social na pós-modernidade. *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias*, Belo Horizonte, v.16, n.1, p. 91-114, jan./dez., 2019.

Aceito em: Dezembro/2019.

O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA E A APRESENTAÇÃO DE ESCUSA DE CONSCIÊNCIA FRENTE A DEVER ESPECÍFICO

Estudo de casos: a apresentação de escusa de consciência pelo candidato a concurso público e pelo servidor público que professam religião sabatista.

CAROLINA PELLEGRINI MAIA ROVINA LUNKES*

SUMÁRIO

1 Breve síntese histórica do Direito à Liberdade de Consciência e de Crença à luz da experiência constitucional brasileira. 2 O novo paradigma trazido pela Constituição de 1988: liberdade de consciência e de crença como direito fundamental do cidadão. 3 A apresentação de escusa de consciência frente a dever específico imposto a uma classe determinada de cidadãos. 4 Estudo de casos: o candidato a concurso público que professa religião sabatista. 5 A disciplina específica do servidor público: a apresentação de escusa de consciência frente ao dever específico de cumprimento de jornada. 6 Considerações Finais.

1.BREVE SÍNTESE HISTÓRICA DO DIREITO À LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA À LUZ DA EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.

A história da liberdade de consciência e de crença no cenário político e constitucional brasileiro se imbrica com a instituição da República como forma de governo.

De fato, a Constituição do Império, outorgada aos 25.03.1824, erigia, em seu artigo 5^o, a Religião Católica como religião oficial do Império, apenas admitindo o culto de religiões no âmbito doméstico ou em estabelecimentos constituídos com esta finalidade, desde que não ostentassem sinal exterior de templo. Apesar de se vedar, como regra geral, a perseguição religiosa (artigo 179, V), exigia-se do Imperador, do Herdeiro Oficial e dos Conselheiros de Estado que prestassem juramento de manter a Religião Católica (artigos 103,

* Procuradora do Estado de São Paulo desde 2010. *email*: crovina@sp.gov.br

¹ Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fóрма alguma exterior do Templo.

106 e 141); e previa-se, como condição de elegibilidade, para Deputado, a profissão da fé católica (artigo 95).

A Constituição de 1891 elevou a recém-nascida República Brasileira à condição de Estado Laico, ao vedar o que a União e os Estados estabelecessem, subvencionassem ou embaraçassem o exercício de cultos religiosos (artigo 11, §2º); e prever o direito de todos os indivíduos e confissões religiosas de exercerem, pública e livremente, o seu culto (artigo 72, §3º). O direito à liberdade religiosa, contudo, foi inicialmente assegurado com contornos tímidos. Ao mesmo tempo em que limitou a atuação e interferência estatal frente à autonomia do indivíduo, rechaçando a possibilidade de privação de direitos civis e políticos por motivo de crença ou função religiosa, a Constituição de 1891 fixou a supremacia do interesse público como limite intransponível da liberdade de religião, ao vedar, peremptoriamente, a apresentação de objeção de consciência para isenção do cumprimento de dever cívico ou ônus imposto pela lei, sob pena de perda dos direitos políticos (artigo 72, §§ 28 e 29).

A Constituição de 1934 reproduziu a vedação a que o cidadão apresentasse objeção de consciência para eximir-se de ônus ou serviço imposto pela lei aos brasileiros (artigo 111, *b*), e reduziu o espectro normativo da liberdade religiosa, ao dela excepcionar os cultos religiosos que *contraviessem à ordem pública e aos bons costumes* (artigo 113, 5). Na mesma linha, foi a disciplina trazida pela Carta Constitucional de 1937, que, na matéria, ecoou a normativa da constituição que lhe antecedeu (artigos 119, *b* e 122, 4º).

A Constituição de 1946 – reproduzindo, no mais, a disciplina das constituições anteriores – consagrou, pioneiramente, a escusa de consciência, ao prever a possibilidade de a lei contemplar prestação alternativa, a ser cumprida, em caráter substitutivo, pelo cidadão que invocasse motivo de convicção religiosa para se eximir de encargo, obrigação ou dever imposto aos brasileiros em geral (artigo 141, §8º). Assim, pelos contornos iniciais trazidos pela Constituição de 1946, a apresentação de escusa de consciência não seria um direito tipificado em norma constitucional de eficácia plena², mas somente seria admitida na forma e nos casos expressamente previstos em lei.

Todavia, a Constituição de 1967 representou novo retrocesso na conformação do direito à liberdade de consciência e de crença, na medida em que devolveu, à legislação ordinária, apenas a regulamentação das hipóteses de perda dos direitos ditos *incompatíveis com a escusa de consciência*, não tendo previsto a possibilidade de fixação de uma prestação alternativa, que poderia ser executada pelo cidadão no lugar do cumprimento de um dever geral que afrontasse sua convicção religiosa (artigo 150, §7º). A Emenda Constitucional nº 01, de 1969, manteve, neste ponto, a regulamentação da Lei Suprema de 1967.

2 O NOVO PARADIGMA TRAZIDO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988: LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), marco normativo da redemocratização brasileira, inaugurou um novo ciclo na disciplina dos direitos fundamentais, atribuindo-lhes papel central na conformação do nosso ordenamento jurídico.

² Na classificação de SILVA, José Afonso da, trazida na obra: Aplicabilidade das normas constitucionais. 8.ed. 2.tir. São Paulo: Malheiros, 2012.

Entre as principais alterações de paradigma trazidas pela Nova Constituição na aplicação e na efetividade dos direitos fundamentais, pode-se citar, na esteira de MARMELSTEIN³ e MENDES, COELHO e BRANCO⁴:

A) Posição topográfica destacada, a ressaltar o protagonismo que o Constituinte Originário lhes pretendeu atribuir. Com efeito, os direitos fundamentais, previstos no artigo 153 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, passaram a integrar o rol do artigo 5º da Constituição de 1988, tendo, assim, o Constituinte Originário buscado demonstrar, até mesmo na disposição física da Norma Fundamental, a primazia imputada aos direitos e garantias dos cidadãos.

B) Ampliação do rol de direitos. A Constituição de 1988 – que, também por esta razão, ganhou o epíteto de “Cidadã” – mais que dobrou o rol de direitos e garantias assegurados aos brasileiros e aos estrangeiros aqui residentes⁵.

C) Previsão de ações constitucionais para concretização e salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais. A par de aumentar o rol de direitos fundamentais, a Constituição de 1998 atribuiu *status* constitucional a uma série de instrumentos processuais destinados a salvaguardá-los frente a eventual arbítrio estatal, tais como: *habeas corpus*, *habeas data*, *mandado de segurança*, *mandado de injunção*, *ação civil pública* e *ações diretas de inconstitucionalidade*.

D) Aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (artigo 5º, §1º). Preocupada não apenas em proclamar um extenso rol de direitos e garantias, mas em torná-los efetivos, assegurando sua pronta observância pelos Poderes Públicos e pela sociedade como um todo, a Nova Constituição consagrou a *aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais*.

Tal postulado, é importante destacar, não afasta a existência de normas constitucionais ditas *não auto executáveis*, que carecem de regulamentação em lei para alcançarem toda a sua efetividade normativa. Todavia, conquanto a maior densidade normativa de determinados direitos fique condicionada à ulterior edição de lei que os regulamente, eles não são meras *palavras vazias*, desprovidas de qualquer imperatividade. Há que se reconhecer, no mínimo, às chamadas *normas constitucionais não auto executáveis*, força jurídica que se traduz: (d.1.) na perda do fundamento de validade de normas anteriores à constituição que lhe sejam contrárias; (d.2.) na impossibilidade de promulgação de novas leis e de edição de atos normativos, pelo Poder Executivo, contrários à Norma Fundamental, sob pena de inconstitucionalidade; (d.3.) na criação de um dever legiferante específico para o Poder Legislativo, a quem compete editar a norma regulamentadora necessária à eficácia plena do dispositivo constitucional, podendo a reiterada omissão legislativa ser desafiada pela via da ação direta de inconstitucionalidade por omissão; e (d.4.) na chamada *eficácia integradora* da norma que, em um exercício de interpretação sistemática em conjunto com os demais dispositivos constitucionais e infraconstitucionais subjacentes, pode dar azo à criação de uma nova norma, aplicável ao caso concreto⁶. Tratando-se de norma não auto executável

3 MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2019.

4 MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

5 Cotejando-se, apenas, o artigo 5º da CRFB/88 com o artigo 153 da Emenda Constitucional nº 01, de 1969, verifica-se que esta última possui 36 (trinta e seis) parágrafos, ao passo que a primeira, já em sua redação original, era composta por 77 incisos (foi acrescentado, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, o inciso LXXVIII, que assegura o direito à razoável duração do processo).

6 Nesse sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6.ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

prevista no artigo 5º, há que se falar, ainda, na *eficácia de bloqueio*, que veda a ação do constituinte derivado tendente a suprimi-la ou restringi-la⁷.

Nesse contexto, a CRFB/88 consagrou a liberdade de consciência e de crença como direito fundamental do indivíduo (artigo 5º, VI), tendo assegurado que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei (artigo 5º, VIII). Admitiu, assim, a escusa de consciência, desde que o cidadão que, por ventura, a tenha invocado, para eximir-se da realização de dever legal genérico, cumpra prestação alternativa prevista em lei.

Tem-se, portanto, que a escusa de consciência admitida pela Constituição de 1988⁸ contrapõe-se a um dever geral, imposto a todos os cidadãos.

Passaremos a abordar, neste artigo, a possibilidade de apresentação de escusa de consciência, frente a dever específico imposto a uma classe determinada de cidadãos.

3 A APRESENTAÇÃO DE ESCUSA DE CONSCIÊNCIA FRENTE A DEVER ESPECÍFICO IMPOSTO A UMA CLASSE DETERMINADA DE CIDADÃOS

O inciso VIII do artigo 5º da CRFB/88 circunscreve a escusa de consciência a um dever geral, imposto a todos os cidadãos. Sob o influxo de uma perspectiva isonômica, reconhece que um determinado dever cívico, imposto a todos os cidadãos brasileiros, pode se revelar demasiadamente oneroso a certas categorias de cidadãos, por vir de encontro às suas crenças e convicções religiosas. Desta feita, admite a realização de uma prestação alternativa pelo *cidadão-objeto*, a ser fixada em lei, de modo a preservar a sua esfera mais íntima de liberdade, na qual se inserem seus credos e filosofias, sem, contudo, exonerar-lhe dos deveres ínsitos à sua condição de cidadão, e alijar-lhe da vida pública.

Nos casos em que o dever incompatível com as convicções do *objeto* é, genérico, ou seja, imposto a todos os cidadãos, inexistente conduta *voluntária* que tenha contribuído para o surgimento de tal dever (que, repise-se, decorre diretamente da condição de cidadão brasileiro). Assim sendo, não há alternativa posta a cargo do *cidadão-objeto* que lhe permita conciliar seus deveres cívicos com suas convicções religiosas, de modo que a apresentação de escusa de consciência é a única solução que se apresenta para conciliar estes dois valores de igual relevo.

Diversa, contudo, é a situação na qual a objeção de consciência se refere a um *dever específico*, que alcança apenas uma parcela pré-definida da população (i.e., candidatos a concurso público; servidores públicos). Nestes casos, há uma clara opção do *objeto* – ingressar em carreira pública – que deságua no surgimento do dever objetado, de forma que, em última análise, haveria uma alternativa, em suas mãos, que lhe permitiria fugir desta

7 Sobre a *eficácia de bloqueio* das normas consagradoras de direitos fundamentais, veja-se, BOULOS, Uadi Lammêgo *in* Curso de Direito Constitucional 9.ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 83/2014, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal – São Paulo: Saraiva, 2015.

8 Não será objeto de análise neste artigo a hipótese específica de escusa de consciência tratada no 1º do artigo 143 da CRFB/88: qual seja, a apresentação de imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, pelo cidadão alistado, em tempos de paz, para se eximir de atividades de caráter essencialmente militar. Assim, o estudo aqui envidado se circunscreve à sistemática estabelecida nos incisos VI e VIII do artigo 5º da CRFB/88.

situação odiosa. Exercesse ele outra atividade remunerada, ou até mesmo outro cargo público, que não lhe impusesse o dever incompatível com suas convicções religiosas, não haveria o conflito *descumprimento da obrigação x violação de sua fé/de sua crença*. Portanto, tratando-se de situação de descumprimento de dever específico, a apresentação de *escusa de consciência* não se afigura como *única* alternativa posta a cargo do *objeto*.⁹

A existência de outras alternativas elegíveis pelo *objeto*, contudo, não afasta, de *per se*, a possibilidade de apresentação de escusa de consciência. Vislumbra-se, aqui, o conflito aparente de diversos princípios fundamentais – nos exemplos abordados: Liberdade de Consciência e de Crença (artigo 5º, VI e VIII); Princípio da Legalidade (artigo 5º, II e 37, *caput*); Princípio da Isonomia (artigo 5º, *caput*); Princípio da Eficiência (artigo 37, *caput*); Princípio da Vinculação ao Edital e Princípio da Continuidade do Serviço Público – que, como tal, deve ser solucionado mediante um juízo de proporcionalidade. Abordemos, inicialmente, a situação do candidato ao concurso público, para então adentrarmos à disciplina específica do servidor público.

O Princípio da Proporcionalidade, vetor interpretativo mais comumente adotado para a solução de conflito aparente de direitos fundamentais, pode ser dividido em três subprincípios: o Subprincípio da Adequação/Pertinência/Aptidão; o Subprincípio da Necessidade; e o Subprincípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito¹⁰.

No exame inicial (adequação/pertinência/aptidão), há que se avaliar se a medida conciliatória cuja proporcionalidade se pretende verificar é *adequada para levar a cabo uma finalidade de interesse público*. Verifica-se, aqui, a adequação, a validade e a conformidade constitucional/legal do fim proposto.

Ultrapassado o teste de adequação, passa-se ao exame da *necessidade*. Deparando-se com diversas medidas que salvaguardem a obtenção da finalidade de interesse público colimada, deve o intérprete eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão, motivo pelo qual o Subprincípio da Necessidade alcança também a alcunha de *Princípio da Escolha do Meio Mais Suave*.

Por fim, chega-se ao crivo da *proporcionalidade em sentido estrito*: deve-se adotar a medida *adequada e necessária* que melhor acomode os interesses contrapostos.

4 ESTUDO DE CASOS: O CANDIDATO A CONCURSO PÚBLICO QUE PROFESSORA RELIGIÃO SABATISTA

Subsumindo-se os princípios acima enunciados à situação do candidato a concurso público que professa religião sabatista (i.e., adventistas do sétimo dia e judeus que observam o *shabbat*) e apresenta objeção de consciência à realização de prova/etapa do certame aos sábados, ter-se-ia que:

9Nesse sentido, veja-se: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; e STRECK, Lênio Luiz. (Coord). Comentários à Constituição do Brasil. 1.ed. 5.tir. Saraiva/Almedina, 2014: “a objeção de consciência não pode ser invocada pelos titulares de cargos públicos no que tange ao cumprimento dos deveres inerentes às funções que desempenham (mesmo porque não há investidura forçada, a incidir princípio básico de lealdade democrático republicana).

10 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

-
- (i) Reconhecer o direito do *candidato-objeto* à realização da prova em dia ou horário diverso, não compreendido entre as 18h da sexta-feira e as 18h do sábado, seria uma forma *adequada* de assegurar a concretização do Princípio da Liberdade de Consciência e de Crença. Por outro lado, se negaria efetividade ao Princípio da Isonomia, na medida em que se asseguraria ao *candidato-objeto* privilégio não assegurado aos demais, de realizar a prova em horário e/ou data diversa daquela prevista no edital. Restaria malferido, ainda, o Princípio da Eficiência, na medida em que seria imposta a mobilização de toda uma estrutura administrativa (locação de espaço, fiscal, etc.), com os custos que lhe são inerentes, para a realização da prova por um reduzido número de candidatos. Por fim, seria negada vigência ao Princípio da Vinculação ao Edital, que determina, de forma mandatária, aos candidatos e ao Poder Público organizador do certame, o dia e horário de realização das provas.
- (ii) Por outro lado, haveria medida menos gravosa, já prevista em lei, que poderia assegurar o direito do *candidato-objeto* de participar do certame sem violar os preceitos de sua fé. Houvesse sido ofertada, a tempo e modo, impugnação ao edital do concurso público, poderia o Poder Público, não vislumbrasse prejuízo econômico e ao funcionamento da Administração na medida, ter alterado a data de realização das provas para um domingo.
- (iii) Da mesma forma, a medida não passa por um teste de *proporcionalidade em sentido estrito*, pois, a fim de realizar um dos princípios envolvidos (Liberdade de Consciência e de Crença), sacrifica todos os demais (Princípio da Legalidade; Princípio da Isonomia; Princípio da Eficiência; e Princípio da Vinculação ao Edital).

Assim, entendo que a apresentação de escusa de consciência pelo candidato a concurso público sabatista, com o fito de que lhe seja assegurado o direito a realizar prova/etapa do certame em data diversa daquela prevista em edital, situada fora do período compreendido entre as 18h da sexta-feira e as 18h do sábado, não passa pelo crivo da proporcionalidade, na medida em que a lei já lhe assegurava mecanismo menos oneroso e conciliador dos valores e princípios envolvidos: qual seja, a apresentação de impugnação ao edital de concurso público. Oportunizando-se, assim, ao Poder Público que, por ocasião do exame da impugnação ofertada, avalie se a alteração de datas proposta pode ser feita sem prejuízo ao regular prosseguimento do certame; aos demais candidatos; ao adequado e eficiente funcionamento da Administração.

Esse conflito aparente de interesses é, rotineiramente, submetido ao escrutínio do Poder Judiciário, havendo uma série de julgados que tratam da matéria.

O E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJESP) possui jurisprudência consolidada no sentido de que a objeção de consciência não justifica a fixação de data alternativa para que o candidato sabatista realize prova/etapa de concurso agendado para o dia de sábado. Nesse sentido, será trazido, a seguir, acórdão paradigmático, que bem sintetiza o entendimento daquele E. Sodalício.

De fato. No julgamento da Apelação Cível nº 1016579-17.2018.8.26.0053¹¹, o E. TJESP reconheceu que *a escusa consciente não pode ser entendida como preceito*

11 TJESP, 5ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador FERMINO MAGNANI FILHO. Data do Julgamento: 13/11/2018. Trata-se de apelação interposta por aluno do curso de Investigador de Polícia e adepto da Igreja Adventista do 7º Dia, contra sentença que denegou o direito de, com fundamento em escusa de consciência, abonar as faltas de cunho religioso ocorridas no período do Sábado Natural (pôr-do-sol da sexta-feira ao pôr-do-sol do sábado), e de ser-lhe concedido um horário alternativo ou ser permitida sua substituição dos trabalhos de pesquisa.

fundamental absoluto, ainda mais quando o que está em jogo é o interesse público e a isonomia perante a seleção para os quadros públicos. Tendo, ainda, salientado a vinculação ao edital como princípio plenamente aplicável ao caso concreto; e que quanto ao Princípio da Isonomia (ou igualdade), um de seus efeitos consiste na observância das mesmas regras para todos os candidatos ao concurso público, incluindo aquelas estatuídas no edital. Desse modo, não podem ser impostas exigências diversas para aqueles que se submetem ao mesmo concurso fato aliás, de inegável obviedade.

De seu turno, o E. Superior Tribunal de Justiça¹² possui entendimento pacífico segundo o qual o direito à liberdade de crença, assegurado pela Constituição, não pode criar situações que importem tratamento diferenciado – seja de favoritismo, seja de perseguição – em relação a outros candidatos de concurso público que não professam a mesma crença religiosa. Dessarte, negou Recurso Ordinário de fiel da Igreja Adventista do Sétimo Dia, por ausência de direito líquido e certo de não frequentar as aulas durante o período de guarda religiosa, que ocorre nos dias de sábado. Ressalvou, contudo, que, havendo lei impondo a realização das provas em outro dia da semana, por força do Princípio da Legalidade, não poderia o edital estipular a realização de provas aos sábados.

Por todo exposto, é possível concluir que, hoje, prevalece na jurisprudência do E. STJ e do E. TJESP o entendimento segundo o qual a escusa de consciência não assegura, aos candidatos a concurso público, o direito a realização de provas/etapas do certame em data alternativa, não compreendida entre as 18h de sexta-feira e as 18h de sábado, atribuindo-se maior densidade normativa, na espécie aos demais preceitos fundamentais que influem na formação da norma do caso concreto: quais sejam, Princípio da Legalidade, Princípio da Isonomia, Princípio da Vinculação ao Edital e Princípio da Eficiência.

A questão, contudo, encontra-se pendente de apreciação pelo E. Supremo Tribunal Federal (STF)¹³. De fato, no RE-RG 611.874/DF¹⁴, o Plenário do E. STF reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional aqui debatida, que envolve o conflito aparente entre o Princípio da Igualdade (que rechaçaria a concessão de tratamento díspar aos candidatos de um mesmo concurso público) e do Princípio da Liberdade de Consciência e de Crença (que veda que o indivíduo seja privado de direitos em virtude de sua convicção religiosa). Todavia, recurso extraordinário em cheque ainda não teve seu mérito apreciado pelo E. STF. Espera-se que, com o julgamento definitivo da matéria, pela Corte Constitucional Suprema, a questão ganhe contornos ainda mais claros, trazendo maior segurança jurídica aos órgãos públicos deflagradores de concursos públicos e aos inúmeros candidatos que a eles acorrem.

12 Veja-se por todos: RMS 37070, 1ª Turma, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES. Data do Julgamento: 25/02/2014. AgInt no RMS 42828 / CE, 1ª Turma, Relatora Ministra REGINA HELENA COSTA. Data do Julgamento: 06/06/2017. RMS 54042 / CE, 2ª Turma, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN. Data do Julgamento: 17/08/2017.

13 Há julgados do E. STF tratando da matéria, os quais, contudo, são anteriores à implementação da sistemática da repercussão geral. Por elucidativo, faço referência ao acórdão proferido na STA 389 AgR / MG, no bojo do qual se deixou de reconhecer, a candidatos judeus, o direito de realizar a prova do ENEM – Exame Nacional do Ensino Médio em data alternativa, haja vista que a alternativa disponibilizada pela União – realização da prova após às 18h – melhor acomodaria todos os interesses contrapostos. Entendeu-se que a *prestação alternativa* prevista na lei federal, de um lado, preserva a liberdade religiosa e, de outro, não representa ônus excessivo para o Poder Público.

14 STF, Tribunal Pleno, Relator Ministro DIAS TOFFOLI. Data do Julgamento: 14/04/2011

5 A DISCIPLINA ESPECÍFICA DO SERVIDOR PÚBLICO: A APRESENTAÇÃO DE ESCUSA DE CONSCIÊNCIA FRENTE AO DEVER ESPECÍFICO DE CUMPRIMENTO DE JORNADA.

Quando, no exame da possibilidade de apresentação de escusa de consciência frente a dever específico, altera-se a figura do *sujeito-objeto* para o servidor público; e o objeto da escusa para o *dever funcional de cumprimento da jornada prevista em lei*; surge o influxo de princípios ainda não examinados nos capítulos anteriores, de modo que se torna ainda mais desafiadora a criação da norma aplicável ao caso concreto. Afluem, na espécie, os seguintes preceitos fundamentais:

- a) *Liberdade da Consciência e de Crença (artigo 5º, VI e VIII da CRFB/88)*. Ao tutelar a liberdade de consciência e de crença, a Constituição Federal veda a que o indivíduo seja privado de direitos em virtude do credo que professa. Nesse sentido, impor-se a realização de trabalho no período compreendido entre as 18h de sexta-feira e as 18h de sábado, vedando-se, peremptoriamente, a apresentação de escusa de consciência, equivaleria a restringir o acesso a cargo público àqueles que professam religiões sabatistas.
- b) *Princípio da Legalidade (artigos 37, caput, 39 e 61, §1º, c da CRFB/88)*. O agir da Administração Pública é pautado pelo Princípio da Legalidade. A disciplina do servidor público, em especial, deve ser instituída por lei, por força dos dispositivos constitucionais em testilha. Assim sendo, são regidas, pelo Estatuto do Servidor: a sua jornada de trabalho; a forma de cumprimento da sua jornada de trabalho; as ausências e hipóteses de afastamento que poderão ser computadas como dias de efetivo exercício; a possibilidade de compensação de horas; e a possibilidade de realização de horas extras (assim como a forma de sua remuneração). Desta feita, admitir-se, de forma ampla e irrestrita, a apresentação de escusa de consciência como fundamento para a ausência ao serviço, sem que se atente para a disciplina específica do estatuto do servidor interessado, pode importar em violação à reserva legal instituída pela CRFB/88.
- c) *Princípio da Continuidade do Serviço Público (artigo 175, IV da CRFB/88 c/c artigos 6º, §1º e 7º, I da Lei Federal nº 8.987/1995)* – A contratação de servidores públicos tem, por finalidade precípua, a adequada prestação dos serviços públicos inerentes ao seu cargo, em benefício dos usuários de tais serviços e, em última análise, de toda a sociedade. Desta feita, não se poderia admitir a apresentação de escusa de consciência em hipóteses nas quais a recusa do servidor em trabalhar no seu *período de guarda* implicasse comprovado risco de prejuízo à prestação dos serviços públicos inerentes às suas atribuições.
- d) *Princípio da Eficiência (artigo 37, caput, CRFB/88)* – Como já se afirmou, a contratação de servidores públicos não é um fim em si mesmo, mas visa à adequada prestação de serviços públicos, com a obtenção do máximo resultado viável, e o correlato dispêndio do mínimo possível de recursos (busca pelo *padrão ótimo*). Sob esta perspectiva, não se poderia admitir que a apresentação de escusa de consciência, pelo servidor público, prejudicasse o atingimento dos resultados e metas do serviço público pelo qual é responsável (i.e., diminuição da carga horária letiva; maior demora na realização de reparos na rede elétrica), ou desse azo a custos desarrazoados, a serem incorridos pela Administração (i.e., abertura de prédio público em horário diverso daquele previsto em lei/decreto, com o propósito específico de permitir o cumprimento da carga horária pelo servidor-objeto).
- e) *Princípio da Isonomia (artigo 5º, caput, CRFB/88)* – Outrossim, não seria admissível a apresentação de escusa de consciência em hipóteses nas quais o não comparecimento ao serviço, pelo *servidor-objeto*, acarretasse, comprovadamente, ônus injusto e desarrazoado a outros servidores públicos que desempenhem as mesmas funções/funções análogas.

Diante do panorama acima sintetizado, mesmo tendo em vista que a doutrina constitucional brasileira, majoritariamente, rechaça a possibilidade de o servidor público apresentar escusa de consciência frente a dever funcional¹⁵, entendo que a análise mais aprofundada da questão demanda a realização de um juízo de proporcionalidade, que acomode e concretize todos os valores e princípios acima enunciados, à primeira vista contrapostos, na busca de que nenhum deles seja alijado da formação da norma do caso concreto.

Isto posto, passo a analisar como a apresentação de escusa de consciência pelo servidor público vem sendo enfrentada pela jurisprudência, para então, à luz da solução dada ao caso concreto e dos elementos fáticos subjacentes, propor parâmetros gerais que possam objetivar a realização do necessário exame de proporcionalidade da medida.

Inicialmente, abordarei a jurisprudência do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJESP), instância ordinária competente para apreciar as demandas judiciais propostas pelos servidores públicos estatutários da Administração Bandeirante.

Na Apelação Cível nº 4003856-90.2013.8.26.0019¹⁶, o apelante, professor da rede pública estadual de ensino, postulava a anulação de duas faltas ocorridas aos sábados por ser membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia, e sua crença não lhe permitir a prática da atividade laborativa aos sábados. Concluiu, o E. TJESP, que a liberdade de consciência e de crença do servidor, conquanto se trate de valor de extremo relevo, não lhe asseguraria o direito ao não comparecimento injustificado ao serviço, haja vista que o ordenamento vigente (artigo 8º do Decreto Estadual nº 52.054, de 14/08/2007) já lhe outorgava instrumento apto a legitimar a sua ausência ao trabalho: qual seja, o abono, a ser requerido no primeiro dia útil subsequente à falta. Com a inobservância do procedimento legal pré-estabelecido, o apontamento de falta não se traduziria em violação à liberdade religiosa do servidor público, mas em consequência da inobservância da legislação vigente.

Na Apelação Cível nº 0023569-03.2012.8.26.0554¹⁷, o interessado, também professor da rede pública estadual, membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia, estando ciente de que o calendário de reposição de aulas incluía a realização de expediente aos sábados, postulou, *prévia e preventivamente*, que lhe fosse facultado, em caráter alternativo, fazer a reposição em horário estendido de aulas ou até mesmo aos domingos, a fim de que lhe fosse possível conciliar a observância do dever de guarda dos sábados, imposto pela sua fé, sem descumprir o dever funcional de cumprimento de jornada. Não tendo obtido êxito em seu pedido administrativo, o interessado deixou de comparecer ao serviço nos dias de atividade agendados aos sábados, tendo-se registrado tais ausências como *faltas injustificadas* nos seus assentos funcionais. A questão foi submetida ao TJESP que, considerando que *a Administração teria ignorado o pleito do interessado*, e tendo em vista a ausência de demonstração de *prejuízo ao interesse público se a reposição tivesse sido autorizada em dia não conflitante com o sábado de guarda, mesmo porque essas reposições se referem tão somente ao cumprimento de carga horária em dias tidos como ponto facultativo*, reconheceu o direito do interessado de realizar, alternativamente, e nos termos da lei, suas atividades

15 Vide nota de rodapé nº 10.

16 TJESP, 9ª Câmara de Direito Público, Desembargador Relator Carlos Eduardo Pachi. Data do Julgamento: 08/10/2014.

17 TJESP, 6ª Câmara de Direito Público, Desembargadora Relatora Maria Olívia Alves. Data do Julgamento: 18/03/2013.

laborais em dias não conflitantes com sua crença religiosa (ou seja, observando-se o sábado como dia de guarda).

Na Apelação Cível nº 0005739-04.2009.8.26.0627¹⁸, o E. TJESP reconheceu que o agente estatal pode invocar razões de convicção religiosa para se eximir de obrigação funcional, ainda que mediante determinadas condições. Nesse sentido, caberia à Administração indicar forma alternativa para desempenho das funções da interessada, *como, por exemplo, lecionar em outros períodos ou mesmo atribuir-lhe tarefas administrativas ou de planejamento pedagógico a fim de compensar a carga horária durante o período em que perdurar a necessidade de reposição de aulas*. O v. acórdão não abordou, contudo, questão que entendo essencial para a adequada solução do conflito aparente de princípios que se vislumbra na hipótese vertente: prevaleceria a escusa de consciência caso a indicação de prestação alternativa (i.e., realização de aulas em horário estendido) pelo Poder Público não fosse possível, ou fosse contrária ao interesse público (i.e., realização de horas extras em número superior ao limite previsto no estatuto/ realização de aulas fora do horário regular de funcionamento da escola)? A julgar pelo entendimento manifestado por este E. Sodalício nos demais casos debatidos neste artigo, a conclusão a que se chegou no julgado em comento teria sido diametralmente oposta, houvessem sido apreciados tais aspectos.

De seu turno, E. Tribunal Superior do Trabalho possui dois julgados que bem elucidam a ponderação de princípios que deve ser levada a efeito pelo intérprete, na formação da norma do caso concreto. À primeira vista, os dois julgados tratavam de situação análoga: empregados de empresas prestadoras de serviço público de fornecimento de energia elétrica que professam fé em religião sabatista e, por esta razão, invocam escusa de consciência a fim de não serem convocados para realizarem plantões no período compreendido entre as 18h de sexta-feira e as 18h de sábado. No entanto, os contornos fáticos subjacentes a cada um dos julgados – notadamente, a existência (ou não) de prova a demonstrar a *efetiva* violação ao princípio da isonomia e ao princípio da continuidade do serviço público – fizeram com que aquela C. Corte alçasse a conclusões diametralmente opostas.

No Recurso de Revista nº 51400-80.2009.5.21.0017, reconheceu-se, a empregado da Companhia Energética do Rio Grande do Norte – COSERN que seguia a religião Adventista do Sétimo Dia o direito de não ser convocado para a realização de plantões no seu período de guarda (18h de sexta-feira até as 18h de sábado). Ressaltou-se, no v. acórdão, a ausência de demonstração de prejuízo à continuidade do serviço público, tendo-se, inclusive, assentado a existência de período alternativo no qual o interessado poderia ser convocado para a realização de plantões, assim podendo conciliar a observância dos preceitos de sua fé e o cumprimento de seus deveres funcionais.

De seu turno, no Recurso de Revista nº 548-89.2010.5.09.0069¹⁹, houve a demonstração de que se tratava de situação deveras peculiar. Havia, no contrato de trabalho de empregado público da COPEL Distribuição S.A. (sociedade de economia mista que presta serviço público de fornecimento de energia elétrica no Estado do Paraná), expressa referência à possibilidade de convocação para a realização de plantões – que têm, por objetivo, manter as condições de atendimento aos consumidores em caso de eventuais faltas de energia elétrica, individual ou coletiva. Ocorre que, no curso do contrato de trabalho, o empregado passou a professar fé na religião Adventista do Sétimo Dia, tendo, por esta razão, comunicado à

18 TJESP, 9ª Câmara de Direito Público, Desembargador Décio Notarangeli. Data do Julgamento: 03/09/2014.
19 TST, 7ª Turma, Relator Ministro UBIRAJARA CARLOS MENDES. Data do Julgamento: 04/12/2018.

empresa que não mais compareceria aos plantões para os quais fosse, eventualmente, designado, no período compreendido entre as 18h de sexta-feira e as 18h de sábado. Ficou demonstrado, no caso em testilha, que a empresa não obstaculizava, de qualquer forma, a troca de plantões, contando com empregados, em outras localidades, que professavam a mesma fé do interessado, e que sempre conseguiam ser substituídos por outros, na eventualidade de serem convocados em seu dia de guarda. O interessado, contudo, trabalhava em localidade na qual a empresa contava com apenas quatro empregados, sendo certo que, por força da NR-10, os chamados para a realização de reparos na rede elétrica devem, sempre, ser atendidos por duas pessoas. Este fato, aliado à necessidade de observância das normas que regem o controle de horas extras, para os demais obreiros, fazia com que a escusa de consciência apresentada pelo interessado importasse em ônus demasiado para os seus colegas, em manifesta violação do Princípio da Isonomia. Haveria, ainda, prejuízo ao serviço essencial prestado pela sociedade de economia mista empregadora, na medida em que inclusão do autor em escala periódica para participar de sobreaviso tinha por finalidade atender o bem comum e público, notadamente entidades de assistência médica (hospitais, prontos socorros, postos de saúde, etc.), entidades voltadas à segurança pública (corpos de bombeiro, delegacias de polícia, postos de polícia rodoviária, etc.) e outros de primeira necessidade (armazéns, mercados, telefonia, etc.). Já estavam em andamento, inclusive, os trâmites necessários à transferência do obreiro para localidade em que a empresa contava com mais empregados, mas, enquanto aguardava o surgimento de novas vagas, o empregado faltou em diversas convocações, o que deu azo à sua demissão. Isto posto, a Suprema Corte Trabalhista reconheceu que, assegurar, ao interessado, neste caso, a possibilidade de apresentação de escusa de consciência representaria *discriminação favorável* ao empregado que professa a fé adventista, que não poderia ser escalado para plantões entre o pôr de sol de sexta-feira e o pôr do sol de sábado, em prejuízo aos demais três eletricitas que compunham sua equipe e aos usuários do serviço público essencial de eletricidade.

Por todo exposto, é possível concluir que a jurisprudência não possui um entendimento consolidado que admita ou rechace, em caráter geral, a possibilidade de apresentação de escusa de consciência por servidores públicos. Os julgados analisados, atentos às situações fáticas subjacentes a cada caso concreto, atribuem maior ou maior densidade normativa aos preceitos fundamentais aparentemente colidentes, que influem na formação da norma do caso concreto, de acordo com as peculiaridades da situação específica posta ao seu crivo.

Destaco, contudo, que a questão ainda está pendente de apreciação pelo E. Supremo Tribunal Federal (STF). De fato, recentemente, no RE-RG 1.099.099/SP²⁰, o Plenário do E. STF reconheceu a existência de repercussão geral de questão constitucional análoga àquela que é aqui debatida: se a objeção de consciência, por motivos religiosos, constitui, ou não, justificativa para gerar dever do administrador de disponibilizar obrigação alternativa para servidores, *em estágio probatório*, cumprirem seus deveres funcionais.

Sem prejuízo da pendência de julgamento definitivo do mérito da questão, pelo E. STF, entendo que os julgados acima solucionados, através de um raciocínio indutivo, nos permitem propor alguns parâmetros gerais para a realização de um juízo de proporcionalidade, na análise da possibilidade de apresentação de escusa de consciência por servidor público, face a seus deveres funcionais:

20 STF, Tribunal Pleno, Relator Ministro EDSON FACHIN. Data do Julgamento: 13/12/2018.

(a) *Subprincípio da Adequação*²¹: Deve-se avaliar se a escusa de consciência proposta pelo servidor público é *adequada* para assegurar a concretização do Princípio da Liberdade de Consciência e de Crença, sem negar vigência aos demais princípios fundamentais aplicáveis à espécie.

(b) *Subprincípio da Necessidade*²²: Deve-se avaliar se: (b.1.) há medida menos gravosa, já prevista no Estatuto do Servidor, que lhe permita se ausentar do serviço nos dias de guarda sem que isto importe em descumprimento de dever funcional; (b.2.) o Estatuto do Servidor Público prevê *prestação substitutiva* a ser adimplida pelo servidor (i.e, compensação de jornada; realização de horário especial), como alternativa ao mero não comparecimento ao serviço; (b.3.) caso a resposta aos itens b.1. e b.2. seja negativa, se a escusa de consciência apresentada pelo servidor viola diretamente ou seu estatuto funcional, ou se ele apenas é omissivo com relação ao assunto (hipótese na qual, em tese, se poderia cogitar da aplicação imediata do direito fundamental à liberdade de consciência e de crença, desde que observados os demais parâmetros aqui propostos).

(c) *Subprincípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito*²³. Deve-se avaliar se a escusa de consciência apresentada pelo servidor implica comprovado risco de prejuízo à prestação dos serviços públicos inerentes às suas atribuições; prejudica o atingimento dos resultados e metas do serviço público pelo qual é responsável ou dá azo a custos desarrazoados, a serem incorridos pela Administração. Deve-se aferir, ainda, se o não comparecimento ao serviço, pelo *servidor-objeto*, acarreta, comprovadamente, ônus injusto e desarrazoado a outros servidores públicos que desempenhem as mesmas funções/funções análogas.

Caso a escusa de consciência apresentada pelo servidor público receba um juízo positivo de proporcionalidade nos três níveis de exame acima propostos, não haveria óbice, em tese, a que este direito lhe seja reconhecido administrativamente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se demonstrar, neste trabalho, a partir da experiência constitucional brasileira, que o Direito à Liberdade de Consciência e de Crença ganhou contornos normativos mais densos com o advento da Constituição de 1988.

Outrossim, evidenciou-se que a chamada *Carta Cidadã* trouxe um giro copernicano na disciplina dos direitos fundamentais, ao atribuir-lhes papel central na conformação do nosso ordenamento jurídico e assegurar a Eficácia Imediata dos Direitos Fundamentais (artigo 5º, §1º, CRFB/88).

Em seguida, concluiu-se que a simples circunstância de a escusa de consciência expressamente admitida na Constituição de 1988 contrapor-se a um dever geral, imposto a todos os cidadãos não obsta a que se reconheça a existência de amparo constitucional à apresentação de escusa de consciência frente a um *dever específico*, que alcança apenas uma parcela pré-definida da população.

Sustentou-se, assim, por meio do estudo de caso de duas situações específicas - o candidato a concurso público e o servidor público que professam religião sabatista – que não

21 Campo para a densificação normativa do Princípio da Liberdade de Consciência e de Crença.

22 Campo para a densificação normativa do Princípio da Legalidade.

23 Campo para a densificação normativa dos Princípios da Continuidade do Serviço Público, da Eficiência e da Isonomia.

se pode negar, peremptória e genericamente, o direito à apresentação de escusa de consciência frente a dever específico. Tratando-se de conflito aparente de princípios fundamentais, entendeu-se que a questão deve ser abordada a partir de um juízo de proporcionalidade, sob o crivo de seus três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)

Por fim, diante das considerações aqui tecidas, espera-se ter proposto parâmetros gerais eficientes para nortear a realização de juízo de proporcionalidade, na análise da possibilidade de apresentação de escusa de consciência frente a dever específico.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9.ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 83/2014, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; e STRECK, Lênio Luiz. (Coord). *Comentários à constituição do Brasil*. 1.ed. 5.tir. Saraiva/Almedina, 2014.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8.ed. 2.tir. São Paulo: Malheiros, 2012.

Referência:

LUNKES, Carolina Pellegrini Maia Rovina. O direito fundamental à liberdade de consciência e de crença e a apresentação de escusa de consciência frente a dever específico: estudo de casos: a apresentação de escusa de consciência pelo candidato a concurso público e pelo servidor público que professam religião sabatista. *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gérias, Belo Horizonte*, v.16, n.1, p. 115-127, jan./dez., 2019.

Aceito em: Dezembro/2019.

ACORDOS-QUADRO E CENTRALIZAÇÃO DE COMPRAS COMO FERRAMENTAS PARA O APERFEIÇOAMENTO DAS COMPRAS PÚBLICAS

EDUARDO GROSSI FRANCO NETO*

SUMÁRIO

1 O Direito Administrativo, a eficiência e as compras públicas. 2 Os Acordos-Quadro e a centralização de compras como ferramentas de busca da eficiência: uma visão geral. 3 A experiência brasileira. 4 Centrais de compras. 5 Conclusão.

Resumo: O Direito Administrativo do século XXI vem tentando superar o dogma das imposições unilaterais (ínsitas à hierarquia e à imperatividade), que predominam no direito administrativo clássico, para a ideia de uma Administração consensual (ou concertada), mais próxima de práticas negociais privadas. Os Acordos-Quadro, como uma espécie de contratação utilizada em escala global, e as Centrais de Compras são ferramentas para auxiliar na gestão das compras públicas com capacidade de produzir resultados para uma gestão mais eficiente.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Compras Públicas. Eficiência. Acordos-Quadro.

1 O DIREITO ADMINISTRATIVO, A EFICIÊNCIA E AS COMPRAS PÚBLICAS

Para a compreensão dos modelos de Acordos-Quadro, adotados por entidades públicas internacionais como mecanismo de aquisição eficiente de bens e serviços, visando a excelência da prestação de serviços público, é imperiosa a análise dos avanços e transformações do direito administrativo.

* Procurador do Estado de Minas Gerais. Pós-graduado em ‘Ordem Jurídica e Ministério Público’ pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – FESMPDFT. Pós-graduado em Advocacia Pública pelo Instituto para o Direito Democrático – IDDE.

O Direito Administrativo do século XXI vem tentando superar o dogma das imposições unilaterais (ínsitas à hierarquia e imperatividade), que predominam no direito administrativo clássico, para a ideia de uma Administração consensual (ou concertada)¹, interorgânica, com uma atuação pautada pela conjugação de esforços interestatais e, principalmente, com o destinatário final das políticas públicas: a sociedade (ou o administrado).

Partimos do Estado Democrático de Direito como pressuposto, não só porque a democracia seja sempre um valor a ser almejado (e mantido), mas também por ser o regime que tem condições de garantir a estabilidade das relações entre o Estado e o administrado, como um fator que propicia o desenvolvimento social e econômico.

As discussões relativas às reformas estruturais e jurídicas da máquina pública, sempre em busca da simplificação administrativa, partem do pressuposto da ineficiência e disfunção estatal decorrentes da excessiva burocratização e fragmentação normativa², características que estão presentes mesmo em momentos de pujança econômica (embora, em tais momentos, a tendência seja de esquecê-las). Um dos maiores desafios do País tem sido (há muito) a promoção da eficiência administrativa, com uma melhor entrega dos serviços públicos.

O Estado é um instrumento fundamental de ação coletiva que vem passando, ao longo do tempo, por diversas etapas e modificações. Mesmo com a evolução administrativista, que perpassou pelos modelos Patrimonialista (dos monarcas absolutos), Burocrático (*La réform de la fonction publique*³) e Gerencial (busca por resultados), problemas de índole de gestão continuam a acometer o funcionamento da máquina pública. Segundo Bresser Pereira⁴, o Estado foi um importante agente de desenvolvimento econômico e social entre os anos 30 e 60 do século XX. O autor expõe que, a partir dos anos 70, todavia, o Estado enfrentou uma crise, tendo se transformado num vetor da redução das taxas de crescimento econômico, ocasião em que o poder público perdera as condições atender às necessidades coletivas.

No contexto de insuficiência da máquina pública, tornou-se necessário, dentre outros aspectos político-econômicos, buscar novos mecanismos de governança e capacidade administrativa para o setor público a fim de viabilizar os anseios da sociedade. A superação da forma burocrática de administrar o Estado, com a necessidade de reforma das instituições e institutos jurídicos, passou então a entrar no cenário como um importante aspecto que viabilizaria as ações estatais.

Quanto melhores são as condições administrativas e financeiras do Estado, maior a sua capacidade de modificar, para melhor, a relação do poder público com o cidadão, com

¹ Sobre a ‘concertação administrativa’, vide BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica: Direito Administrativo e organização no século XXI*. São Paulo: Almedina, 2017.

² ANDRADE, Érico. Simplificação administrativa. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CASTRO, Sérgio Pessoa de Paula (Coord.). *Tendências e perspectivas do direito administrativo: uma visão da escola mineira*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-58.

³ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Desafios para o Brasil pós-Reforma Gerencial. *Revista do TCU*. Brasília. Ano 49, número139, p. 6-11, maio/ago. 2017.

⁴ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *A Reforma do Estado nos Anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle*. Cadernos MARE da Reforma do Estado. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

melhores entregas dos serviços públicos. A transformação da máquina estatal, para que ela tenha cada vez mais meios de funcionar de maneira eficiente, também se mostra como um importante mecanismo de combate às constantes crises fiscais.

As propostas de reforma no Brasil afirmavam ser indispensável um novo viés do poder público, com o enxugamento da burocracia estatal, flexibilidade e autonomia ao agente público, além da introdução de práticas de mercado e gerenciais na administração de serviços e organizações estatais. Esse movimento estava intimamente relacionado com o paradigma da Nova Gestão Pública, que objetivava uma reinterpretação do Estado⁵.

Esse contexto envolve a busca da eficiência e da qualidade na prestação do serviço público, além do desenvolvimento de uma cultura de cunho gerencial no interior das organizações, com maior discricionariedade para as autoridades administrativas, maior participação popular nas políticas públicas, a flexibilização de procedimentos e controle de resultados em contraposição ao formalismo (DI PIETRO, 2018).

Para FORTINI (2009) busca-se “organizar a máquina administrativa, de forma a torná-la apta a responder às demandas sociais. Quer-se uma Administração Pública cujo funcionamento opere de maneira mais célere e menos onerosa para os contribuintes”.

DI PIETRO⁶ aponta que parcela dos objetivos da reforma administrativa do estatal foi sendo incorporada em normas constitucionais e infraconstitucionais, as quais promoveram diversas alterações na conjuntura organizacional do Estado, que consistiram em: previsão da eficiência como princípio constitucional; previsão de direitos dos usuários dos serviços públicos; previsão do estatuto jurídico das empresas estatais (hoje efetivado pela Lei 13.303/2016); previsão de gestão associada de serviços públicos por meio de convênios e consórcios.

Todavia, a desburocratização e a busca pela eficiência dentro do Poder Público não necessariamente se compreendem somente pelas questões acima apontadas (diminuição subjetiva do Estado e pela sua atuação em cooperação, tanto com outras esferas políticas, quanto com a esfera privada). Mesmo naquelas atividades que permaneçam sob a tutela estatal, deve-se buscar, o máximo possível, uma aproximação com as melhores práticas privadas que convirjam com a eficiência e economicidade.

A Administração Pública existe dentro de um arcabouço normativo e principiológico, o qual, ao mesmo tempo que lhe atribui prerrogativas inerentes ao Direito Administrativo, traz diversas amarras e formalismos que afastam suas práticas da esfera privada, tornando rígida e paralisada a maneira pela qual o Estado deve agir.

Objetivando promover melhor qualidade na gestão pública, a eficiência foi erigida a princípio constitucional pela Emenda Constitucional nº.19, de 04 de junho de 1998, no *caput* do art. 37, da Constituição Federal, passando a compor o rol dos princípios de observância obrigatória pela Administração Pública e, expressamente, a deontologia jurídica constitucional.

Nesse sentido, destaca FORTINI que:

5 Idem.

6 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 82.

“Impõe-se, diante do texto constitucional, a desburocratização da estrutura administrativa e dos procedimentos adotados no desempenho de tal atividade, liberando o administrador público do cumprimento de formalidades inúteis, inconciliáveis com o interesse da coletividade, porque nenhum benefício acrescentam, mas, ao contrário, retardam o fluir da ação administrativa.”⁷

Nada obstante, a eficiência é um valor que há muito vem sendo buscado no País, podendo tal fato ser ilustrado pelas menções existentes no Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967⁸, o qual, além de dispor sobre a Administração Pública Federal, estabeleceu diretrizes para a reforma administrativa. O art. 25 faz expressa referência a “*prestação econômica de serviços*” e o art. 26 à “*eficiência administrativa*”.

A eficiência administrativa deve ser buscada não só em relação à estrutura da administração, mas também em relação à simplificação dos procedimentos⁹.

Ferramentas administrativas e tecnológicas vêm surgindo como boas práticas que resultam na melhoria da qualidade na prestação de serviços oferecidos aos cidadãos, que estão cada vez mais exigentes e conscientes dos seus direitos, impondo à Administração Pública “o incremento de bens e serviços que diretamente beneficiem a sociedade, para de fato atender às necessidades dos cidadãos e garantir o cumprimento da matriz constitucional”¹⁰.

Para AMORIN (2017), “O princípio da eficiência preconiza a otimização da ação estatal, no sentido de ‘fazer mais com menos’, ou seja, de conferir excelência nos resultados”¹¹.

A aquisição de bens e serviços pela Administração Pública é uma das maneiras de que o Estado dispõe para satisfazer as necessidades da coletividade. A forma pela qual a Administração organiza as compras públicas tem sido uma preocupação constante das organizações públicas subnacionais, nacionais e supranacionais¹², as quais vêm buscando, constantemente, readequar suas estruturas, mediante novas práticas de gestão, objetivando atender às necessidades coletivas de maneira mais eficiente e econômica. Com isso, é importante conhecer as práticas que vêm sendo adotadas internacionalmente, a fim de promover, cada vez mais, a excelência no desempenho do Estado nas compras públicas.

Nota-se que, diante da crise orçamentária estatal, a execução racional das aquisições públicas é uma questão essencial para sobrevivência do Estado, uma vez que um mau desempenho pode acarretar a inadequação na alocação de recursos públicos. Com intuito de minimizar esse risco, torna-se necessário realizar o adequado mapeamento das

7 FORTINI, Cristiana. *Contratos administrativos: franquias, concessão, permissão e PPP*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

8 BRASIL, Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. *Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências*.

9 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

10 FORTINI, Cristiana; PIRES, Priscila Giannetti Campos. *Equilíbrio econômico-financeiro nas parcerias público-privadas*. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 284.

11 AMORIN, Victor Aguiar Jardim de. *Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017. p. 34.

12 A União Europeia, UNCITRAL, OCDE, Banco Mundial, ONU trazem diretrizes de compras públicas, buscando, dentre outras finalidades, o aumento da padronização e transparência.

necessidades, a fim de ter um arcabouço jurídico que possibilite concretizar um pertinente planejamento de aquisições.

Segundo dados do Banco Mundial, o Brasil pode economizar entre 24 bilhões e 35 bilhões de reais em três anos, se aumentar a eficiência das licitações¹³.

A busca pela excelência na prestação dos serviços públicos implica, necessariamente, a uma ideia de centralidade na pessoa do administrado, sendo uma ferramenta para a concretização de direitos fundamentais.

O desenvolvimento de boas práticas em compras públicas favorece um ambiente que permite o desenvolvimento nacional (e internacional) com integridade e beneficia a busca do melhor custo-benefício, além de combater gatos desnecessários, corrupção e outras formas de abuso¹⁴.

A concentração das compras em um determinado setor da administração pública, com sua consequente uniformização de práticas é, sem dúvida, um importante instrumento jurídico que otimiza os resultados perseguidos pelo Estado, contribuindo, sobremaneira, para o desenvolvimento nacional e com uma condução mais efetiva e democrática das finalidades primárias perseguidas pelo Estado.

A exploração das boas práticas em compras públicas em sistemas mais avançados se faz premente, a fim de viabilizar uma análise de direito comparado e partir a uma compressão mais eficaz para as aquisições públicas no Brasil.

2 OS ACORDOS-QUADRO E A CENTRALIZAÇÃO DE COMPRAS COMO FERRAMENTAS DE BUSCA DA EFICIÊNCIA: UMA VISÃO GERAL

Uma vez constatada a necessidade de sistematizar os complexos arranjos contratuais e gerenciais relacionados às compras públicas, torna-se pertinente avaliar a experiência de outros países com os chamados ‘Acordos-Quadro’ (ou *Framework Agreements*), notadamente da União Europeia e Estados Unidos, onde a prática se encontra bastante desenvolvida, a fim de buscar maior efetividade na gestão e instrumentalização jurídica de centralização de compras no Brasil¹⁵.

O Acordo-Quadro é um instrumento jurídico larga e internacionalmente utilizado como instrumento de centralização de aquisições públicas. O instituto é utilizado para garantir o suprimento futuro de bens e serviços na ocasião em que o órgão ou entidade não sabe ao certo as quantidades nem quando deles necessitará (ALBANO e NICHOLAS, 2016).

13 Dado disponível em < <https://nacoesunidas.org/banco-mundial-apoia-plano-para-tornar-compras-publicas-brasileiras-mais-eficientes/>>. Acesso em 5 out. 2019.

14 Website da UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law), disponível em < http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html>. Acesso em 04/08/2019: The Model Law on Public Procurement contains procedures and principles aimed at achieving value for money and avoiding abuses in the procurement process. The text promotes objectivity, fairness, participation and competition and integrity towards these goals. Transparency is also a key principle, allowing visible compliance with the procedures and principles to be confirmed.

15 Os Acordos-Quadro também são instrumentos utilizados em países como o Canadá (*supply arrangements e standing offers*), Austrália (*panel arrangements*) Chile (convênios marco), México (contratos marco), Colômbia (contratos marco), Tanzânia (*framework agreements*), Indonésia, Índia (*rate contract*).

Os Acordos-Quadro são cada vez mais reconhecidos como modelos de compra potencialmente eficazes para agregar demanda e otimizar os processos de compras, mantendo algum grau de flexibilidade nas contratações¹⁶.

O artigo 33 da Diretiva 2014/24/EU¹⁷ conceitua o Acordo-Quadro como um acordo firmado entre uma ou mais autoridades adjudicantes e um ou mais fornecedores ('operadores econômicos') que fixa as condições e termos de contratos a serem firmados, durante um determinado período (que não pode exceder, em regra, quatro anos):

Artigo 33º

Acordos-quadro

1. As autoridades adjudicantes podem celebrar acordos-quadro, desde que apliquem os procedimentos previstos na presente diretiva.

Um acordo-quadro é um acordo entre uma ou mais autoridades adjudicantes e um ou mais operadores econômicos que tem por objeto fixar os termos dos contratos a celebrar durante um determinado período, nomeadamente em matéria de preços e, se necessário, das quantidades previstas.

O período de vigência de um acordo-quadro não pode exceder quatro anos, salvo em casos excepcionais devidamente justificados, nomeadamente pelo objeto do acordo-quadro.

De maneira bastante similar, a Lei Modelo de Compras Públicas da UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) dispõe que o Acordo-Quadro é um "Procedimento realizado em duas etapas: uma primeira etapa para selecionar um fornecedor (ou fornecedores) ou um contratado (ou contratados) para ser parte (ou partes) de um acordo-quadro com uma entidade agente, e uma segunda fase para adjudicar um contrato abrigado pelo Acordo-Quadro a um fornecedor (ou contratado-parte) no acordo-quadro"¹⁸.

De acordo com 'Brief 19' (Sigma Pappers, 2016), quando surge a necessidade de realização de um serviço ou compra de um bem, abrangidos por um Acordo-Quadro vigente, o órgão ou entidade participante poderá contratar sem que seja necessário um novo procedimento licitatório¹⁹.

16 ALBANO, Gian Luigi; BALLARIN, Antonio; SPARRO, Marco. FRAMEWORK AGREEMENTS AND REPEATED PURCHASES: THE BASIC ECONOMICS AND A CASE STUDY ON THE ACQUISITION OF IT SERVICES. Disponível em <<http://ippa.org/images/PROCEEDINGS/IPPC4/04EconomicsofProcurement/Paper4-1.pdf>>.

17 UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. 2014. 'Considerando' nº 59. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0024&from=pt>>. Acesso em 21/07/2019.

18 Disponível em <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/ml-procurement-2011/Glossary-e.pdf>>. Acesso em 04/08/2019: "Procedure conducted in two stages: a first stage to select a supplier (or suppliers) or a contractor (or contractors) to be a party (or parties) to a framework agreement with a procuring entity, and a second stage to award a procurement contract under the framework agreement to a supplier or contractor party to the framework agreement".

19 OECD Publishing, 2016. (Sigma Papers, Brief n. 19, *Framework Agreements*). Disponível em: <<http://www.sigmaxweb.org/publications/Public-Procurement-Policy-Brief-19-200117.pdf>>. Acesso em 03/08/2019. Tradução livre do trecho: "When a requirement arises for works, supplies or services of the type covered by the framework agreement, a contracting authority that is a beneficiary of that framework can award (call off) 2 its requirements under the framework without having to follow a further tendering process".

Essa característica é um ponto chave também presente no Registro de Preço, uma vez que os órgãos e entidades participantes poderão executar o contrato sem que seja necessário um novo procedimento competitivo, permitindo uma enorme economia relativa a recursos humanos, financeiros e materiais.

Existem tipos de Acordos-Quadro em que vários operadores podem ser contemplados, havendo mais de um vencedor habilitado a executar o objeto (acordos denominados de ‘*multi-supplier agreement*’).

É possível haver dois tipos de Acordos-Quando com múltiplos fornecedores vencedores: (i) um em que a adjudicação a um deles vai ser determinada pelas próprias regras anteriormente previstas no Acordo-Quadro, sem a reabertura de competição²⁰; (ii) outra em que, no momento da execução, haverá uma ‘mini-competição’ entre os fornecedores vencedores. Esse são os termos constantes do ‘Brief n° 19’ do Sigma Papers sobre ‘Framework Agreements’²¹:

How are contracts awarded under a framework agreement established with more than one economic operator (multi-supplier agreement)?

Where the agreement is with more than one economic operator, the contracting authority has a choice. There are two ways of awarding a contract:

- Option 1: awarding the contract directly to a particular economic operator by application of the terms laid down in advance in the framework agreement without reopening competition; or
- Option 2: by running a further competition, inviting all suitably qualified economic operators on the framework to participate (a —mini-competition).

Segundo o artigo 31, item 4, alínea “b”, Diretiva 2014/24/EU²², nos acordos quadro com múltiplos fornecedores em que se reservará uma nova etapa competitiva entre os vencedores, deverão ser seguidos os critérios objetivos previamente constantes do Acordo-Quadro. **Esta pode ser vista como das grandes diferenças entre o Registro de Preços e os Acordos-Quadro**, tendo em vista que o SRP federal não prevê uma fase competitiva entre os vencedores em momento posterior ao registro dos vencedores em ata.

O ‘Considerando’ n° 59 da Diretiva 2014/24/EU²³ lista como grandes vantagens da adoção do Acordo-Quadro na Comunidade Europeia: agregação da procura pelos adquirentes públicos; economia de escala; redução dos preços; redução dos custos das transações; melhoria e profissionalização da gestão dos contratos públicos.

20 Podemos imaginar (apenas ilustrativamente) um exemplo em que uma obra seja objeto do Acordo-Quadro e que existam cinco fornecedores, cada um previamente responsável por uma parte da obra: (i) arquitetura; (ii) fundação ou infraestrutura; (iii) estrutura; (iv) cabeamento elétrico e instalações hidrossanitárias; (v) acabamentos e revestimentos. Assim, havendo um vencedor para cada etapa, não haverá posterior concurso entre eles para a execução do objeto.

21 OECD Publishing, 2016. (Sigma Papers, Brief n. 19, Framework Agreements). Disponível em: <<http://www.sigmaxweb.org/publications/Public-Procurement-Policy-Brief-19-200117.pdf>>. Acesso em: 3 ago. 2019.

22 UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. 2014. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0024&from=pt>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

23 UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. 2014. ‘Considerando’ n° 59. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0024&from=pt>>. Acesso em 21 jul. 2019.

Ainda no ‘Considerando’ nº 59, é mencionada a utilização dos Acordos-Quadro (ou ‘Framework Agreements’²⁴) como instrumento jurídico amplamente utilizado na União Europeia, instituto que guarda algumas similaridades com o Registro de Preços brasileiro.

De forma similar ao SRP vigente no Brasil, os Acordos-Quadro se revelam como um estoque virtual, sem que a Administração necessite ter gastos com armazenagem. Esse sistema de administração da logística de produção baseia-se, segundo BITTENCOURT, no método *just in time* (ou método Toyota), prática adotada na esfera privada e que se traduz na aceção de que nada deve ser produzido, transportado ou comprado antes do exato momento da sua necessidade²⁵.

Segundo ALBANO e NICHOLAS (2016), o Acordo-Quadro é um instituto jurídico utilizado em resposta ao alto custo financeiro, humano e estrutural dispendido em contratações públicas; o qual tem significativo potencial de melhorar a eficiência procedimental nas aquisições do Estado²⁶. Os autores defendem que a introdução e o crescimento do uso do Acordo-Quadro coincidem com três princípios de política pública em compras públicas: (i) anticorrupção; (ii) a indispensável redução de custos, notadamente em virtude da crise mundial iniciada em 2008; (iii) a preocupação com compras sustentáveis²⁷.

Nos Estados Unidos da América, os Acordos-Quadro (também referidos como *Framework Agreements*, *Catalog Contracts* ou *Indefinite-Delivery/Indefinite Quantity – IDIQ – Contracting*)²⁸, são tipos de contratos-mestre (para fornecimento de bens ou contratação e

24 ALBANO e NICHOLAS identificam, na língua inglesa, outras formas de taxonomia para a definição de ‘framework agreements’. Segundo os autores, o termo ‘framework agreements’ é utilizado como um guarda-chuva para uma larga categoria de acordos, tais como: ‘indefinite-delivery/indefinite quantity (ID/IQ)’; ‘task-order contracts’ (Estados Unidos); ‘running and rate contracts’ (África, Caribe e Índia); ‘supply arrangements and standing’ (Canadá); ‘panel arrangements’ (Austrália); ‘periodic or recurrent purchase arrangements’, ‘periodic requirements arrangements’, ‘catalogue contracts, umbrella contracts and supply vehicles’ (literatura em geral). In: ALBANO, Gian Luigi; NICHOLAS, Caroline. *The law and economics of framework agreements: Designing Flexible Solutions for Public Procurement*. New York: Cambridge University Press, 2016. p. 12.

25 BITTENCOURT, Sidney. Licitação de registro de preços: comentários ao Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013, alterado pelo Decreto nº 8.250, de 23 de maio de 2014. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 18. Segundo o autor, “O *Just in Time* surgiu no Japão, no princípio dos anos 50, sendo o seu desenvolvimento creditado à Toyota Motor Company, a qual procurava um sistema de gestão que pudesse coordenar a produção com a procura específica de diferentes modelos de veículos com mínimo de atraso. (...) O sistema característico do *Just in Time* de ‘puxar’ a produção a partir da procura, produzindo em cada momento somente os produtos necessários, nas quantidades necessárias e no momento necessário, ficou conhecido como método Kanban (...) (DENES. O que é *Just in Time*? Modelo de gestão adotado pelo Japão faz sucesso em todo o mundo)”.

26 ALBANO, Gian Luigi; NICHOLAS, Caroline. *The law and economics of framework agreements: Designing Flexible Solutions for Public Procurement*. New York: Cambridge University Press, 2016. p.i: “Framework agreements have arisen in response to the well-documented high costs of public procurement procedures. The agreements have significant potential to improve procedural efficiency in public procurement, but they are complex to operate”.

27 *Idem*. p. 4 (Edição do Kindle): The introduction and growing use of framework agreements in many systems have coincided with three main policy developments in public procurement, which we present in broadly chronological order. The first is a growing focus on anti-corruption, reflected in the agreement of the United Nations Convention against Corruption, the relative speed at which it was ratified and came into force and in implementation activities;⁴ the second is a near-universal attempt to reduce the cost of public procurement in national systems, given the impetus by what is generally referred to as the worldwide financial crisis starting in 2008;⁵ and the third is the growing emphasis on ‘sustainable procurement’, which can include policies to support environmental, social and economic objectives in public procurement.

²⁸ YUKINS, Christopher R. *The U.S. Federal Procurement System: An Introduction*. 2017. UPPHANDLINGSRÄTTSLIG TIDSKRIFT 69, <https://www.urt.cc/?q=node/187>: This method is commonly referred to as “catalog” contracting, as contractors will typically agree to sell an array of goods and services to

serviços), previstos no Regulamento Federal de Aquisições (*Federal Acquisition Regulation*), a partir dos quais se garante, a diversas autoridades adjudicantes, a emissão de ordens de serviço ou autorização de fornecimento durante sua vigência²⁹.

O Regulamento Federal de Aquisições americano conceitua seu programa federal de suprimentos ('Federal Supply Schedules' - previsto no item 8.401 e 8.402 do FAR³⁰) como um processo simplificado para obtenção de bens e serviços a preços associados à compra de grande volume, com entregas indefinidas, a fim de fornecer bens e serviços a preços estabelecidos por determinados períodos de tempo³¹.

Esse tipo de procedimento é levado a efeito por uma Agência Federal Americana chamada *General Service Administration* (GSA), a qual realiza procedimentos de compras centralizadas para atender a outras agências federais³², podendo deles também se beneficiar os governos estaduais, locais e tribais³³.

O Acordo-quadro é um instrumento jurídico de contratação pública introduzido no ordenamento jurídico português pela via da Comunidade Europeia³⁴. Na definição normativa portuguesa (art. 252 do Código dos Contratos Públicos), é um tipo de contrato celebrado entre uma ou várias entidades públicas (denominadas de 'adjudicantes' pelo código português) e uma ou mais entidades, com vista a disciplinar relações contratuais futuras a se estabelecer ao longo de um determinado período de tempo³⁵.

A propagação dos acordos-quadro ao redor do mundo está intimamente ligada a ganhos de eficiência comparado às múltiplas e tradicionais contratações realizadas por cada órgão ou entidade pública. Esse ganho de escala e obtenção de melhores custos ficou conhecido como *Value For Money*. Nas palavras de ALBANO e NICHOLAS: Aggregation of

the government under a master catalog contract, known as a "framework agreement" in other jurisdictions (such as the European Union). The master catalog contract generally will set forth ceiling unit prices; when the contracting agency (or another user agency) orders from the master contract, however, the ordering agency may negotiate lower prices, sometimes by running a "mini-competition" among the contract holders.

29 *Federal Acquisition Regulation*, item 16.501-1, disponível em: <<https://acquisition.gov/browse/index/far>>. Acesso em 5 out. 2019.

30 Disponível em <<https://www.acquisition.gov/browse/index/far>>. Acesso em 4 ago. 2019.

31 Tradução livre de "a simplified process for obtaining commercial supplies and services at prices associated with volume buying. Indefinite delivery contracts are awarded to provide supplies and services at stated prices for given periods of time".

32 Item 8.402 do 'Federal Acquisition Regulation': "**The Federal Supply Schedule program is directed and managed by GSA and provides Federal agencies** (see 8.004) with a simplified process for obtaining commercial supplies and services at prices associated with volume buying. Indefinite delivery contracts are awarded to provide supplies and services at stated prices for given periods of time" (grifamos).

33 Informação do *website* da General Service Administration – GSA, disponível em <<https://www.gsa.gov/buying-selling/purchasing-programs/gsa-schedules/schedule-buyers/state-and-local-governments/cooperative-purchasing>>. Acesso em 06/10/2019. The Cooperative Purchasing Program allows state, local, and tribal governments to purchase IT, security, and law enforcement products and services offered through specific Schedule contracts.

34 SILVA, Jorge Andrade da. *Código dos Contratos Públicos, comentado e anotado*. 7ª ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2018. p. 521.

35 PORTUGAL. Decreto-Lei nº 18, de 29 de janeiro de 2008. Aprova o Código dos Contratos Públicos, que estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo. Atualizado pelo Decreto-Lei nº 111-B, de 31 de agosto de 2017. Lisboa, 2017. Disponível em <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/108086621/details/maximized>>. Acesso em 21 jul 2019.

procurement can lead to better outcomes in terms of value for money as the effect of aggregation yields economies of scale³⁶.

ALBANO e NICHOLAS fazem uma avaliação muito positiva dos acordos-quadro, apontando como principal benefício potencial o fato de que, agregando compras, eles podem reduzir os custos e o tempo de transação, de modo que algumas etapas processuais, como publicação e definições de qualificações técnicas ocorram somente uma vez. Apontam que os custos processuais envolvidos são agregados e o tempo para emitir ordens de compra é geralmente muito menor do que se houvesse múltiplos procedimentos licitatórios. Afirmam que os Acordos-quadro e os procedimentos para concluí-los são, portanto, concebidos principalmente para melhorar a eficiência processual nos contratos públicos, resultante do combate a um processo de aquisição excessivamente complexo e ineficiente³⁷.

3 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Diante do contexto de busca das melhorias em compras públicas, no âmbito nacional federal, implementou-se o Registro de Preços com a edição da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (posteriormente regulamentado pelo – já revogado – Decreto federal nº 2.743, de 21 de agosto de 1998), como uma alternativa legal para otimizar a aquisição centralizada de bens e serviços pela Administração³⁸.

O Registro de Preços é tido, por abalizada literatura estrangeira, como uma espécie brasileira que se aproxima, de alguma forma, aos Acordos-Quadro³⁹.

O Sistema de Registro de Preços está regulamentado atualmente, na esfera federal, pelo Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013. O SRP permite o cadastro da proposta do licitante vencedor, a fim de que órgãos e entidades públicas que integrem a Ata (ou a ela adiram em momento posterior), facultativamente adquiriam, durante sua vigência, os bens ou serviços no momento que lhes melhor convier. Nos termos do artigo 2º, I, o Sistema de Registro de Preços é o “conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras”.

Segundo JACOBY FERNANDES (2013), o Sistema de Registro de Preços “é um procedimento especial de licitação que se efetiva por meio de uma concorrência ou pregão *sui generis*, selecionando a proposta mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, para eventual e futura contratação pela Administração”⁴⁰.

36 ALBANO, Gian Luigi; NICHOLAS, Caroline. *The law and economics of framework agreements: Designing Flexible Solutions for Public Procurement*. New York: Cambridge University Press, 2016. p. 29. Edição do Kindle. Tradução livre: A agregação de compras pode levar a melhores resultados em termos de custo-benefício, pois o efeito da agregação gera economias de escala.

37 *Idem*. p. 05. Edição do Kindle.

38 Segundo Edgar Guimarães e Joel de Menezes Niebuhr, o Registro de Preços já havia sido previsto no inciso II do art. 14 do revogado Decreto-Lei nº 2.300/86, in EDGAR, Guimarães; NIEBUHR, Joel de Menezes. *Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 33.

39 ALBANO, Gian Luigi; NICHOLAS, Caroline. *The law and economics of framework agreements: Designing Flexible Solutions for Public Procurement*. New York: Cambridge University Press, 2016. p. 135. Edição do Kindle: Registration: the Brazilian approach to framework agreements.

40 JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico*. 5 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

Esse modelo representou uma nova forma de exercício das aquisições públicas, de maneira que diversos órgãos e entidades poderiam se beneficiar de um único procedimento licitatório, implicando um avanço considerável no que diz respeito à eficiência nas contratações pela Administração Pública.

As principais hipóteses para a utilização do Registro de Preços são: necessidade de contratações frequentes, o atendimento a mais de um órgão ou entidade ou quando não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

O Registro de Preços é, sem dúvida, um importante instrumento jurídico nacional capaz de refletir os anseios por compras centralizadas.

Os principais benefícios da centralização das compras públicas pelo Sistema de Registro de Preços são: utilização mais racional dos recursos públicos (financeiros, humanos e materiais); economia de escala; redução do número de licitações (com a consequente redução da burocracia); redução do tempo de aquisição; desnecessidade de prévia dotação orçamentária; possibilidade de atendimento de demandas imprevisíveis; evita a perda de produtos deterioráveis, pois a armazenagem fica a cargo do fornecedor, que sempre terá que fornecer produtos dentro do prazo de validade; possibilidade de contratação imediata sem que seja necessário deflagrar novo procedimento licitatório; aumento da disponibilização de infraestrutura, dado que o poder público não precisará desembolsar um volume grande de recursos públicos com armazenagem, permitindo o investimento em outros projetos importantes; e a melhor performance operacional.

Mesmo com o instituto do Registro de Preços sendo amplamente utilizado nas esferas federal, estaduais e municipais, uma questão ainda não deixou de ter extrema relevância: a complexidade do arranjo jurídico dos instrumentos adequados às compras coletivas. Justamente por envolver um comprometimento coletivo de ações e de recursos públicos é que surge, sob a ótica do poder público, a necessidade de haver institutos jurídicos eficazes e capazes de garantir uma melhor relação institucional entre os órgãos e entidades públicos, entre esses e o administrado e o fornecedor de bens e serviços.

Não obstante a instituição do SRP ter representado avanços com a celeridade e boas práticas de governança⁴¹, novas oportunidades de revisitação do tema não podem ser perdidas.

É nesse contexto que se vê um indispensável aprofundamento de estudo das melhores práticas internacionais em compras públicas, notadamente sobre os Acordos-Quadro, a fim de analisar a possibilidade de melhorias no Sistema de Registro de Preços brasileiro ou mesmo de alterações/intervenções normativas em outros institutos.

4 CENTRAIS DE COMPRAS

Também é importante considerar outros aspectos que circundam a lógica dos Acordos-Quadro, notadamente na estrutura organizacional em que esse tipo de instrumento

41 CORDEIRO, Caio Barros. *Surgimento e evolução do Sistema de Registro de Preços no Brasil e as críticas da doutrina e da jurisprudência do Tribunal de Contas da União ao Decreto nº 3.931/2001: a necessidade de nova regulamentação*. In FORTINI, Cristiana. *Registro de Preços: análise da Lei 8.666/93, do Decreto Federal nº 7.892/13 e de outros atos normativos*. 2.ed., 2014.

deve funcionar. Uma das práticas privadas (de cunho estrutural) que vem gerando resultado no Poder Público é a instituição de Centrais de Compras e/ou de Centro de Serviços Compartilhados, os quais podem ser vistos como pressupostos estruturais para o adequado uso de instrumentos jurídicos de compras centralizadas, tais como os Acordos-Quadro e o Sistema de Registro de Preços.

A instituição de centrais de compras é um importante aspecto de cunho estrutural para que funcione a lógica dos acordos-quadro, tendo em vista que esse tipo de contratação envolve um planejamento de compras que tenha uma abrangência territorial considerável.

É necessária uma séria agenda que envolva o aperfeiçoamento das aquisições públicas. FIUZA e MEDEIROS (2014) apontam, por exemplo, três propostas a fim de modernizar o arcabouço normativo de compras públicas no Brasil: **(i) consolidação das múltiplas leis hoje existentes numa só peça legislativa⁴²; (ii) criação de agências normatizadora e executiva de compras públicas, com carreiras próprias de perfis adequados e dotadas dos devidos incentivos; (iii) transição paulatina da regulamentação dos formatos de licitações e de outras normas para a nova agência normativa⁴³.**

As Centrais de Compras (*Central Purchasing Bodies* – CPB) são estruturas constantes da Diretiva 2014/24/EU⁴⁴, conceituadas como autoridades contratantes responsáveis por compras centralizadas e de suas atividades auxiliares de apoio operacional⁴⁵. Tais estruturas encontram ressonância, em alguma medida, na experiência brasileira (v.g. a instituição do Centro de Serviços Compartilhados no Estado de Minas Gerais⁴⁶).

O movimento de centralização de compras é explorado e desenvolvido em diversos países e em organizações supranacionais (UE, UNCITRAL, OCDE, Banco Mundial). A Diretiva 2014/24/EU, de 26 de fevereiro de 2014⁴⁷, do Parlamento Europeu e do Conselho, prevê (sem deixar e se preocupar com a ‘concentração excessiva do poder de compra’⁴⁸) diversas diretrizes para contratos públicos. No ‘Considerando’ nº 59, a Diretiva

42 O projeto a nova lei de licitações (PL nº 1.292/95) prevê a revogação da lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002), da Lei 8.666/93 e da Lei do Regime Diferenciado de Contratações (RDC), unificando os procedimentos.

43 FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *A agenda perdida das compras públicas: reforma abrangente da lei de licitações e do arcabouço institucional*. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2014.

44 UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. 2014. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0024&from=pt>>. Acesso em 21 jul. 2019.

45 OECD Publishing, 2016. (Sigma Papers, Brief n. 20, *Central Purchasing Bodies*). Disponível em: <<http://www.sigmaxweb.org/publications/Public-Procurement-Policy-Brief-20-200117.pdf>>. Acesso em 3 ago. 2019. Tradução livre de “Definition: A CPB is defined in the Directive as a contracting authority that provides centralised purchasing activities and, possibly, ancillary purchasing activities”.

46 MINAS GERAIS (Estado). Decreto 46.557, de 11 de julho de 2014. *Dispõe sobre a organização da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão* (Revogado pelo Decreto 47.337/2018). Disponível em <<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=DEC&num=46557&ano=2014>>. Acesso em 4 ago. 2019.

47 UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. 2014. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0024&from=pt>>. Acesso em 20 jul. 2019.

48 UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. 2014, Considerando nº 59. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0024&from=pt>>. Acesso em 20 jul. 2019.

demonstra que há uma forte tendência, no mercado europeu de contratos públicos, de agregação das demandas, a fim de se obter economia de escala, com redução de preços e custos, bem como de melhorar e profissionalizar a gestão dos contratos públicos⁴⁹.

No âmbito do Governo Federal, foi publicada, pelo Ministério da Economia, a Portaria nº 103, de 21 de março de 2019, que estabelece diretrizes para a Central de Compras da Secretaria de Gestão e a Secretaria de Governo Digital e institui órgãos colegiados com a finalidade de decidir sobre compras e contratos centralizados no âmbito do Ministério da Economia, o que demonstra a preocupação em explorar essa realidade globalizada.

As centrais também devem estar aliadas a um adequado controle das contratações (a fim de reduzir o risco de corrupção) e ser aparelhadas com profissionais de alta capacitação. Essa centralização de aquisições e de capacitação dos profissionais de compras converge com a ideia de transparência, publicidade e rastreabilidade dos procedimentos de licitação e suas fases subsequentes, também com o objetivo de contribuir para o combate à corrupção (PARISI, 2015)⁵⁰.

A necessidade de profissionalização do agente de compras é umas das expressas preocupações constates do Considerando nº 59 e 69 da Diretiva 2014/24/EU.

Na Itália, a experiência de uma central de compras é representada pela empresa pública CONSIP S.p.A (vinculada ao Ministério da Economia e Finanças)⁵¹, entidade a quem compete promover a racionalização da contratação pública⁵² oferecendo, por exemplo, ferramentas de compras eletrônicas, tais como os Acordos-Quadro e Sistema de Aquisição Dinâmico.

Nos Estados Unidos, a centralização de aquisições federais, conforme mencionado acima, fica a cargo da agência *General Service Administration* – GSA.

Enfim, a instituição de uma central de compras, embora não seja uma novidade internacional, ainda é uma prática não consolidada no Brasil, embora presentes em alguns Estados (v.g. MG, DF, RS).

49 A Diretiva da Comunidade Europeia nº 2004/18/CE, art. 11, já previa a possibilidade de os Estados-Membros recorrerem às centrais de compras. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02004L0018-20140101&from=EN>>. Acesso em 06/10/2019.

⁵⁰ PARISI, Nicoletta. *L'attività di contrasto alla corruzione sul piano della prevenzione*. In: La corruzione a due anni della Riforma Severino. BORSARI, Ricardo (cura): Padova University Press, 2015. P. 121: “Quanto alle stazioni appaltanti e alle centrali di committenza: simmetricamente all’obiettivo di conseguire l’aggregazione e la centralizzazione di esse¹³⁸, il Codice individua nell’A.N.AC. l’autorità competente a prendere parte, tramite parere, alla definizione delle modalità di attuazione di un sistema di qualificazione utile ad assicurare elevati livelli di professionalità di chi può indire le gare¹³⁹. La Legge delega dispone la tenuta di un elenco pubblico al quale accedere secondo standard definiti e requisiti premianti, tra i quali vi è anche la «valutazione positiva dell’A.N.AC. in ordine all’attuazione di misure di prevenzione dei rischi di corruzione e promozione della legalità”.

⁵¹ Disponível em <<http://www.consip.it/azienda/chi-siamo>>. Acesso em 4 ago. 2019.

⁵² ALBANO, Gian Luigi; BALLARIN, Antonio; SPARRO, Marco. FRAMEWORK AGREEMENTS AND REPEATED PURCHASES: THE BASIC ECONOMICS AND A CASE STUDY ON THE ACQUISITION OF IT SERVICES. Disponível em <<http://ippa.org/images/PROCEEDINGS/IPPC4/04EconomicsofProcurement/Paper4-1.pdf>>.

O projeto da nova lei de licitações (PL 1292/95) prevê, em seu texto (art. 19), que “Os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão instituir instrumentos que permitam, preferencialmente, a centralização dos procedimentos de aquisição e contratação de bens e serviços”, o que também revela certo avanço nesse viés.

As centrais de compras, a despeito de não resolverem as todas as mazelas administrativas, são estruturas essenciais para que se leve a efeito um bom funcionamento de aquisições centralizadas bem planejadas, merecendo aprofundada reflexão.

5 CONCLUSÃO

A ineficiência nas contratações públicas implica elevado dispêndio financeiro, material e humano do Poder Público, onerando sobremaneira os cofres públicos, sem que haja qualidade na prestação de serviços públicos prestados ao administrado.

Dessa maneira, é necessária uma revisitação na maneira como se pensam as contratações públicas nacionais, com uma análise do tratamento internacional dos Acordos-Quadro, pois, sob o ponto de vista econômico, pode ser um instrumento de busca da eficiência e simplificação administrativas, bem como para auxiliar ao combate à crise fiscal e à corrupção.

Os Acordos-Quadro são cada vez mais reconhecidos como modelos de compra potencialmente eficazes para agregar demanda e otimizar os processos de compras, mantendo algum grau de flexibilidade nas contratações, merecendo um aprofundamento de análise e debates, a fim de identificar oportunidades de melhora nas compras públicas nacionais.

REFERÊNCIAS

ALBANO, Gian Luigi; NICHOLAS, Caroline. *The law and economics of framework agreements: Designing Flexible Solutions for Public Procurement*. New York: Cambridge University Press, 2016.

ALBANO, Gian Luigi; BALLARIN, Antonio; SPARRO, Marco. FRAMEWORK AGREEMENTS AND REPEATED PURCHASES: THE BASIC ECONOMICS AND A CASE STUDY ON THE ACQUISITION OF IT SERVICES. Disponível em <<http://ippa.org/images/PROCEEDINGS/IPPC4/04EconomicsofProcurement/Paper4-1.pdf>>.

ANDRADE, Érico. Simplificação administrativa. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CASTRO, Sérgio Pessoa de Paula (Coord.). *Tendências e perspectivas do direito administrativo: uma visão da escola mineira*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-58.

AMORIN, Victor Aguiar Jardim de. *Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência*. Brasília: Senado Federal, 2017.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica: Direito Administrativo e Organização no Século XXI*. São Paulo: Almedina, 2017.

BITTENCOURT, Sidney. *Licitação de registro de preços: comentários ao Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013, alterado pelo Decreto nº 8.250, de 23 de maio de 2014*. 4.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 18.

BRASIL. Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013. *Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/decreto/d7892.htm. Acesso em 9 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. *Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*. Brasília, DF, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *A Reforma do Estado nos Anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle*. Cadernos MARE da Reforma do Estado. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Desafios para o Brasil pós-Reforma Gerencial*. Revista do TCU. Brasília, a.49, n.139, p. 6-11, maio/ago. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

EDGAR, Guimarães; NIEBUHR, Joel de Menezes. *Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *A agenda perdida das compras públicas: reforma abrangente da lei de licitações e do arcabouço institucional*. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2014.

FORTINI, Cristiana. *Contratos administrativos: Franquia, Concessões, Permissão e PPP*. São Paulo: Atlas, 2009.

FORTINI, Cristiana. *Registro de Preços: análise da Lei 8.666/93, do Decreto Federal n 7.892/13 e de outros atos normativos*. 2. ed., 2014.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 5.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

OECD Publishing, 2016. (Sigma Papers, Brief n. 19, *Framework Agreements*). Disponível em: < <http://www.sigmaxweb.org/publications/Public-Procurement-Policy-Brief-19-200117.pdf>>. Acesso em 3 ago. 2019

OECD Publishing, 2016. (Sigma Papers, Brief n. 20, *Central Purchasing Bodies*). Disponível em: < <http://www.sigmaweb.org/publications/Public-Procurement-Policy-Brief-20-200117.pdf>>. Acesso em 3 ago 2019.

PARISI, Nicoletta. *L'attività di contrasto alla corruzione sul piano della prevenzione*. In: *La corruzione a due anni della Riforma Severino*. BORSARI, Ricardo (Cura): Padova University Press, 2015.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE*. 2014. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0024&from=pt>>. Acesso em 20 jul. 2019.

YUKINS, Christopher R. *The U.S. Federal Procurement System: An Introduction*. 2017. UPPHANDLINGSRÄTTSLIG TIDSKRIFT 69, <https://www.urt.cc/?q=node/187>.

Title: Framework-Agreements and Central Purchasing Bodies as tools for streamline public procurement process.

Abstract: The 21st Century Administrative Law has been trying to overcome the dogma of unilateral impositions (inherent in hierarchy and imperativity), vision which predominate in classical administrative law, to the idea of a consensual Administration, in order to get closer to private practices. Framework Agreements and Central Purchasing Bodies (CPBs) are increasingly recognized as potentially effective purchasing arrangements to aggregate demand, rationalize and ancillary procurement processes, while allowing certain degree of contracting flexibility.

Key-words: Administrative law. Public Procurement. Effectiveness. Framework Agreements.

Referência:

FRANCO NETO, Eduardo Grossi. Acordos-Quadro e centralização de compras como ferramentas para o aperfeiçoamento das compras públicas. *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias*, Belo Horizonte, v.16, n.1, p. 129-144, jan./dez., 2019.

Aceito em: Dezembro/2019.

A COMPETÊNCIA PARA O EXERCÍCIO DA FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

LARA FERREIRA GIOVANNETTI*
RAFAEL COSTA SANTOS**

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Do poder-dever de fiscalização dos contratos administrativos. 3 Da interpretação da norma contida no artigo 67 da Lei Geral de Licitações. 4 Do alcance da expressão “representante da administração” para o exercício da função de fiscal de contratos de obras e serviços de engenharia e/ou arquitetura. 4.1 Da investidura mediante concurso público e estabilidade. 4.2 Dos ocupantes exclusivamente de cargos em comissão. 5 Conclusão.

Resumo: Com o intuito de balizar um instituto tão importante na garantia da eficiência, da economicidade e da moralidade da atividade administrativa, este estudo busca investigar quais espécies de agentes públicos podem realizar a fiscalização dos contratos administrativos, cujo objeto envolva obras e serviços de engenharia e/ou arquitetura.

Palavras-Chave: Contratos Administrativos; Fiscalização; Obras e Serviços de Engenharia e/ou Arquitetura; Competência.

1 INTRODUÇÃO

As questões de superfaturamento, de má gestão e de ineficiência na execução das obras e serviços de engenharia e/ou arquitetura, no âmbito da Administração Pública, são bastante conhecidas e debatidas pela doutrina e pela jurisprudência pátria, especialmente em razão dos danos financeiros causados por essas práticas.

* Bacharela em Direito e Especializada em Direito Processual pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Procuradora do Estado do Paraná, lotada na Procuradoria Consultiva de Obras e Serviços de Engenharia.

** Bacharel em Direito e Especialista em Direito Administrativo pela PUC Minas. Procurador do Estado do Paraná, lotado na Procuradoria Consultiva de Obras e Serviços de Engenharia.

Os mencionados problemas costumam ocorrer nas diferentes etapas da contratualização administrativa, inclusive durante a fase licitatória. Após a assinatura do contrato administrativo, uma das mais relevantes ferramentas para que se evite a ocorrência de fraudes, irregularidades, superfaturamentos e desvio de verbas públicas é justamente a fiscalização, realizada por meio dos agentes administrativos do serviço prestado pela contratada.

A atividade de fiscalização da execução contratual realizada pela própria Administração Pública deve ser balizada e parametrizada, especialmente no que tange à competência para sua realização, na medida em que, quanto mais técnico e específico for o objeto contratual, mais bem capacitado deve ser o fiscal, o que lhe conferirá maior grau de interferência corretiva no produto final a ser entregue à contratante.

Os contratos administrativos que envolvem obras e serviços de engenharia e/ou arquitetura subsomem-se perfeitamente à situação acima mencionada, de modo que o presente trabalho enfocará nesses casos, a fim de analisar a quem compete a realização da fiscalização dos contratos administrativos com tais objetos.

Cumprе ressaltar que, nesse aspecto, a doutrina nacional não desenvolveu o tema de forma suficiente, tampouco o fizeram os Tribunais de Contas, ainda que o normativo legal não tenha sido determinante e gere dúvidas interpretativas. Desse modo, com o intuito de trazer contornos mais definidos a um instituto tão importante na garantia da eficiência, da economicidade e da moralidade da atividade administrativa, o presente estudo busca perquirir a necessidade, ou não, de que a fiscalização das obras e serviços de engenharia e/ou arquitetura seja realizada por servidores ou empregados públicos.

Para tanto, pretende-se realizar uma interpretação mais atenta do artigo 67 da Lei Geral de Licitações, bem como das espécies de agentes públicos capazes de se adequar à exigência do dispositivo legal acerca de quem deverá realizar a fiscalização nos contratos administrativos

2 DO PODER-DEVER DE FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A gestão e a fiscalização dos contratos administrativos são meios pelos quais a Administração Pública busca garantir um grau satisfatório de eficiência administrativa na concretização de direitos fundamentais por parte do Estado. No âmbito do controle das atividades administrativas contratualizadas, que é de fundamental importância na busca pela eficiência por parte da Administração Pública, a função de fiscalização da execução dos ajustes firmados pelo Poder Público assume destaque especial.

É fato notório, dentro da realidade gerencial administrativa brasileira, que a execução dos contratos administrativos é permanentemente afetada por práticas atentatórias ao alcance das metas perquiridas pela Administração em suas contratações. Assim, a busca de um controle mais efetivo dos resultados administrativos esperados, a fim de se evitarem

inexecuções contratuais, desvios de finalidade, improbidades e desperdício de recursos públicos depende de instrumentos jurídicos adequados e satisfatórios¹.

O Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 226/2009 – Plenário, já expressou entendimento no mesmo sentido:

5. Ressalte-se que esse mecanismo de controle, além de obrigatório, é de grande importância para a higidez da execução dos contratos. É certo que a ausência de acompanhamento ou fiscalização acerca da execução dos ajustes propicia, sem dúvida, o surgimento de ambiente lesivo ao interesse público e de insegurança para o contratado. Aliás, há situações que o controle deva ser concomitante, pois as consequências podem ser insanáveis ou de difícil equacionamento quando detectadas após a execução.²

Diversamente, o que se verifica na prática é que a fiscalização, muitas das vezes, fica relegada a uma mera formalidade a ser cumprida durante a execução contratual, sem alcançar o seu papel mais relevante: o de garantir a eficiência da atuação administrativa, evitando o desperdício de recursos na concretização de direitos fundamentais, pela Administração Pública³.

É possível afirmar, considerando os objetivos e as consequências de um eficiente controle das atividades administrativas contratualizadas, que a fiscalização dos contratos firmados pela Administração Pública decorre do poder-dever de controle interno da atuação administrativa, o qual pode ser definido como “a verificação permanente e contínua da legalidade e da oportunidade da atuação administrativa própria, visando a prevenir ou eliminar defeitos ou a aperfeiçoar a atividade administrativa promovendo as medidas necessárias a tanto”⁴.

O controle interno pela Administração Pública se presta à salvaguarda dos recursos para garantir o cumprimento das metas e evitar a ocorrência de irregularidades, práticas antieconômicas e fraudes. Assim, a fiscalização da execução dos contratos administrativos se constitui como uma das mais importantes ferramentas de controle dos gastos públicos e de garantia da consecução dos objetivos estatais.

É necessário averiguar, considerando a importância da realização adequada da fiscalização contratual por parte da Administração Pública, quais são os agentes capazes de exercer esse papel, tendo em vista que se trata de um controle a ser realizado pela própria Administração, em prol da garantia de consecução de seus objetivos contratuais.

O presente trabalho busca, portanto, fazer uma análise da fiscalização das atividades administrativas contratualizadas enquanto ferramenta de controle interno da

1 VIEIRA, André Luiz. Fiscalização de Contratos Administrativos: síntese e contexto. *Direito do Estado*. n. 320. 2017. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/andre-luis-vieira/fiscalizacao-de-contratos-administrativos-sintese-e-contexto>. Acesso em: 08 out. 2019.

2 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 226/2009 – Plenário. 2009. Disponível em: <https://bit.ly/35iPSt1>. Acesso em: 08 out. 2019.

3 SANTOS, Lucimar R. L. dos. *A fiscalização e o acompanhamento da execução do contrato*. *Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 4, n. 2, p. 2, 2017. Disponível em:

<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/125698/130886>. Acesso em: 08 out. 2019.

4 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Forum, p. 1115. 2012a.

Administração Pública, sob a ótica da competência para o exercício dessa fiscalização, considerando o potencial lesivo dessa atividade caso não seja exercida com seriedade e em conformidade com os ditames legais.

Nesse ponto, faz-se necessário ressaltar que, considerando a enorme diversidade de objetos nos contratos firmados pela Administração Pública, este estudo ater-se-á aos contratos administrativos cujos objetos sejam obras e serviços de engenharia e/ou arquitetura e que, comumente, apresentam os maiores riscos de execução defeituosa e superfaturamento, tornando a figura do fiscal ainda mais relevante.

3 DA INTERPRETAÇÃO DA NORMA CONTIDA NO ARTIGO 67 DA LEI GERAL DE LICITAÇÕES

O regime jurídico dos contratos administrativos, instituído pela Lei Geral de Licitações, confere à Administração, em relação a esses ajustes, dentre outras, a prerrogativa de fiscalizar a sua a execução, conforme determina o art. 58 do diploma mencionado. A doutrina afirma que se trata, de fato, de um poder-dever, na medida em que o acompanhamento atento da atuação do contratado é também um dever do Poder Público, que, assim, poderá detectar e antecipar eventuais práticas irregulares ou defeituosas, permitindo-lhe uma gestão mais eficiente da atividade realizada.

Dentre os inúmeros possíveis contratos a serem firmados pela Administração Pública, há casos em que seria dispensável uma rígida aplicação do mencionado dispositivo legal – isto é, bastaria um simples controle de quantidade e qualidade da prestação entregue, por meio de meros relatórios, por exemplo. Por outro lado, há situações em que a sequência da execução da prestação poderia provocar o efeito de ocultar eventuais defeitos na atuação do contratado⁵, como é o caso de obras e serviços de engenharia e/ou arquitetura, de modo que a norma mencionada passaria a ter uma maior relevância.

O art. 67 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, preceitua que o próprio instrumento contratual deverá prever a designação de um agente administrativo para o acompanhamento da execução:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.⁶

É importante observar que o dispositivo legal em comento afirma que a fiscalização compete a um “representante da Administração” e faculta a contratação de

5 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, p. 934. 2012b.

6 BRASIL. Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 - Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18666cons.htm. Acesso em: 08 out. 2019.

terceiros para subsidiar o fiscal, caso a vultuosidade e complexidade do empreendimento assim justifique.

A questão que se impõe, superficialmente tratada pela doutrina e pelos Tribunais de Contas, sem que se tenha chegado a algum consenso, é acerca da natureza do vínculo entre o agente fiscalizador e a Administração Pública, isto é, se seria necessário que o fiscal fosse servidor público ou empregado público, por exemplo.

A primeira análise que se pode fazer acerca do vínculo entre o fiscal e a Administração Pública, por meio de uma interpretação literal e gramatical do dispositivo acima mencionado, gira em torno da expressão “representante da Administração”. O termo utilizado pelo legislador já se encontra limitado pelo próprio *caput*: enquanto a lei exige que o fiscal seja um representante da Administração, também permite a “contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição”⁷. A forma como o dispositivo foi estruturado, portanto, informa que, para o legislador, um representante da Administração não se confunde com um terceiro contratado pela Administração.

Isto é, considerando que a atividade exercida em apoio ao fiscal carrega uma responsabilidade menor do que a atividade realizada pelo próprio fiscal do empreendimento, é de se entender que as exigências legais para sua escolha sejam menos rígidas. Portanto, é uma interpretação bastante coerente a de que, enquanto o fiscal da obra deverá ser um agente da Administração, aquele que exercerá o apoio à fiscalização poderá ser um terceiro contratado pelo Poder Público.

Dessa interpretação é possível concluir, imediatamente, que a regra constante da Lei Geral de Licitações é de que não é possível a contratação de terceiros para que esses exerçam a fiscalização de obras e serviços de engenharia e/ou arquitetura. Tal procedimento só é admissível quando se tratar de atividades de apoio ao fiscal.

Há que se ressaltar que o legislador é bastante explícito ao afirmar que a contratação de terceiros, no caso do apoio à fiscalização de contratos administrativos, é uma permissão, da qual é possível presumir que a regra é que tal prática não seja admissível em qualquer hipótese. Logo, a terceirização só é permitida para os casos de apoio e subsídio de fiscalização, e não para a fiscalização em si.

O entendimento acima esposado é compartilhado pela doutrina pátria. Nas palavras de Jessé Torres Pereira Júnior⁸: “o representante da Administração haverá de ser um servidor desta, facultada a contratação de terceiro (logo, estranho aos quadros da Administração) para dar-lhe assessoramento se a execução do objeto do contrato for exigente de informações especializadas”. E, também, pelo Tribunal de Contas da União:

O TCU tem criticado a indicação de terceirizados para o exercício do encargo de fiscal do contrato. Neste sentido, aquele tribunal determinou à ANEEL que se abstivesse de nomear terceirizados para a fiscalização contratual (TCU – Acórdão nº 3.464/2007 – 2ª Câmara). Conforme destacou o Tribunal a redação do artigo 67 da

7 BRASIL, op. cit.

8 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, p. 748, 2007.

Lei nº 8.666/1993, já demonstra a necessidade de restrição à utilização de profissionais terceirizados, para a atuação como fiscal do contrato⁹.

No mesmo sentido, é de entendimento de Hamilton Bonatto¹⁰ que:

As obras e serviços de engenharia devem ser acompanhadas e fiscalizadas pela própria Administração, não podendo, como regra, contratar outra pessoa que lhe faça as vezes. Porém, a Administração poderá, não possuindo condições de efetuar o acompanhamento e a fiscalização da obra ou serviço de engenharia, ser assistida por terceiros, sem que isso implique transmissão de responsabilidade pela atividade.

É importante pontuar que existe posicionamento doutrinário no sentido de que é possível, em situação excepcional, a contratação de um terceiro para exercer a atividade de fiscal. Jacoby Fernandes¹¹ levanta a possibilidade de contratação do fiscal quando a fiscalização do objeto do contrato estiver entre as atividades que integram o elenco de atribuições de profissão regulamentada em Lei, como ocorre com a área de engenharia, e a entidade contratante não dispuser de profissional com habilitação ocupando o cargo compatível com a função. Para o autor, mesmo nos casos em que o servidor tiver formação profissional ideal, mas não ocupar o cargo compatível com essa função, não estaria automaticamente autorizada a sua designação, na medida em que isso implicaria em reconhecer um desvio de função.

Evidentemente, nesses casos deve ser suficientemente justificada a ausência de servidores ocupantes dos cargos compatíveis com a atribuição do fiscal do contrato, especialmente levando-se em consideração o porte e a situação financeira do ente ou da entidade contratante. Não se pode ignorar, por exemplo, a realidade extremamente dificultosa dos pequenos municípios brasileiros. Ainda assim, a mencionada exceção não pode se convolar em uma autorização para que a situação se mantenha como tal, devendo apenas encobrir situações específicas e emergenciais.

Sob esse aspecto, é importante ressaltar que, tratando-se de contratos administrativos de obras e serviços de engenharia, é de se exigir que a competência técnica para a fiscalização seja verificada mediante o fato de o fiscal ter formação profissional adequada em Engenharia ou Arquitetura.

Sendo assim, resta clara a impossibilidade de contratação de terceiros para exercerem a função de fiscal dos contratos administrativos, salvo em situações pontuais e emergenciais, devidamente justificadas quanto à ausência de servidor, com formação profissional adequada, ocupante de cargo compatível com a função.

4 DO ALCANCE DA EXPRESSÃO “REPRESENTANTE DA ADMINISTRAÇÃO” PARA O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE FISCAL DE CONTRATOS DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA E/OU ARQUITETURA

9 TORRES, Rony Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 9. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, p. 746, 2018.

10 BONATTO, Hamilton. *Governança e gestão de obras públicas: do planejamento à pós-ocupação*. Belo Horizonte: Forum, p. 435, 2018.

11 JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Vade-Mécum de Licitações e Contratos*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 907, 2016.

Partindo-se da premissa, discutida previamente, de que se encontra legalmente vedada a possibilidade de contratação de terceiros para exercer a função de fiscal dos contratos administrativos, busca-se agora analisar quais são os agentes públicos que poderão exercer tal múnus, na medida em que a expressão utilizada pela Lei Geral de Licitações, “representante da Administração”, é a técnica.

Faz-se necessário, portanto, perquirir a necessidade de que o fiscal da obra contratada pela Administração Pública seja servidor público, empregado público ou se também pode ser ocupante de cargo em comissão. Para tanto, passa-se à análise da classificação dos cargos públicos, a fim de verificar a compatibilidade desses com a função de fiscal dos contratos de obras e serviços de engenharia e/ou arquitetura.

Os chamados cargos efetivos são aqueles revestidos de caráter de permanência e, embora em menor grau que nos cargos vitalícios, também proporcionam segurança a seus titulares: a perda do cargo, segundo a regra constante do art. 41, § 1º, da Constituição, só poderá ocorrer, depois de adquirida estabilidade, se houver sentença judicial ou processo administrativo em que lhes faculte ampla defesa, ou em virtude de avaliação negativa de desempenho¹².

Há, ainda, outras importantes características que definem essa categoria, de acordo com a doutrina, especialmente no que diz respeito à ausência de função política:

O servidor público é uma pessoa física que atua como órgão de uma pessoa jurídica de direito público mediante vínculo jurídico de direito público, caracterizado pela investidura em posição jurídica criada por lei, pela ausência de função política, pela ausência de integração em corporações militares, e pela remuneração proveniente dos cofres públicos¹³

Os empregados públicos, por sua vez, são uma categoria sujeita a um regime jurídico híbrido: estão subordinados às disposições da legislação trabalhista, embora essas sejam, muitas vezes, afastadas em virtude do regime jurídico inerente à atividade administrativa estatal. A expressão “empregados públicos” é utilizada para abranger os agentes estatais, subordinados a regime de emprego público, que atuam no âmbito da Administração direta e indireta autárquica, bem como os agentes estatais que desempenham sua atividade perante entidades da Administração indireta, dotadas de personalidade jurídica de direito privado¹⁴.

Os cargos em comissão, por sua vez, são de ocupação transitória, sendo seus titulares nomeados em função da sua relação de confiança com a autoridade nomeante – razão pela qual parte da doutrina os denomina “cargos de confiança”. Assim como a nomeação para ocupá-los dispensa a aprovação prévia em concurso público, a exoneração do titular é despida de qualquer formalidade especial, ficando a critério da autoridade nomeante – por isso é que são considerados de livre nomeação e exoneração. Assim, decorre da própria natureza desses cargos a impossibilidade de que seus ocupantes adquiram estabilidade¹⁵.

12 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. rev., ampl e atual. São Paulo: Atlas, p. 607, 2012.

13 JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* 2012a, p. 846.

14 *Ibid.* p. 965.

15 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *op. cit.* p. 607.

É importante ressaltar que, ao contrário do que se dá com os agentes públicos ocupantes de cargos em comissão, a investidura em emprego público e no serviço público se dá por meio de concurso público, nos termos previstos pelo art. 37, inc. II, da Constituição Federal.

A partir daqui, passa-se a analisar, pormenorizadamente, duas questões referentes aos cargos acima referidos que importam para fins de exercício da função de fiscal de contratos administrativos de obras e serviços de engenharia e/ou arquitetura: a investidura mediante concurso público e a estabilidade.

4.1 DA INVESTIDURA MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO E DA ESTABILIDADE

A prerrogativa conferida à Administração Pública de fiscalizar a execução dos contratos por ela firmados, conforme preceitua o art. 58, inc. III, da Lei nº 8.666/1993, como anteriormente afirmado, decorre do poder-dever de controle interno a ser exercido administrativamente.

A primeira premissa a ser analisada neste ponto é a de que a fiscalização contratual se trata de uma prerrogativa da Administração Pública. A segunda é de que a mencionada prerrogativa decorre do poder-dever da própria Administração em controlar internamente sua atividade. Ambas as premissas convergem a uma mesma conclusão. Passa-se a explicá-las:

A própria Lei Geral de Licitações confere algumas vantagens especiais à Administração Pública. As chamadas “cláusulas de privilégio”, ou “cláusulas exorbitantes”, são prerrogativas que o Poder Público possui, na relação contratual, em razão de sua posição de supremacia em face da parte contratada. Para José dos Santos Carvalho Filho, tais cláusulas se convolvam em verdadeiros princípios de direito público, “que formam a estrutura do regime jurídico de direito público, aplicável basicamente aos contratos administrativos”¹⁶.

O exercício do controle interno pela própria Administração Pública, por sua vez, presta-se ao resguardo dos recursos públicos investidos, de modo a garantir o cumprimento das metas e a evitar irregularidades, práticas antieconômicas e fraudes.

Partindo-se de tais conceitos, é possível concluir que a fiscalização dos contratos administrativos deve ser entendida como uma atividade típica da Administração Pública, que visa a garantir segurança aos gastos públicos, bem como a certificar que o objetivo da contratação será, de fato, cumprido da forma mais eficiente.

Além de a atividade de fiscalização não se coadunar com a possibilidade de terceirização do exercício dessa prerrogativa, é necessário que o servidor que a desempenhar esteja resguardado com as devidas segurança e estabilidade em seu vínculo com o Poder Público, de modo que eventuais pressões internas ou externas não sejam capazes de afetar suas avaliações da execução contratual.

É bastante claro, neste ponto, que a segurança e a estabilidade almejadas para a realização da atividade de fiscalização deverão ser provenientes de vínculos como servidores

¹⁶ *Ibid.* p. 191.

públicos, integrantes do quadro de servidores efetivos da Administração, ou como empregados públicos – aqui considerando especialmente a situação das pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública, como as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista.

Isso porque, primeiramente, a formação desses vínculos se dá por meio de concurso público, um procedimento administrativo que visa à seleção dos candidatos mais habilitados para o provimento dos cargos e funções, em que se verifica a aptidão intelectual, física e psíquica dos interessados. Trata-se de um meio de seleção idôneo, que impessoaliza a escolha dos servidores/empregados públicos, buscando garantir a isenção na atuação desses.

Além disso, especificamente no caso dos servidores públicos, a Constituição Federal, em seu art. 41, garante estabilidade após três anos de efetivo exercício aos servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. Essa estabilidade assegurada a esses agentes visa a uma atuação independente e segura, livre de pressões externas e internas que possam condicionar indevidamente suas manifestações.

Ainda que em menor grau de proteção, o mesmo raciocínio poderá ser utilizado para os empregados públicos que, embora não tenham direito à estabilidade garantida pelo art. 41 da Constituição Federal, deverão ter sua demissão devidamente motivada pela autoridade competente no âmbito da entidade de que faça parte, conforme determinou o Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário (RE) 589.998, em decisão recente, de outubro de 2018.

Desse modo, para que seja assegurada uma fiscalização contratual isenta e independente, entende-se ser imprescindível que esse ofício seja exercido por servidor público efetivo ou por empregado público, na medida em que a Constituição garante aos ocupantes desses cargos uma necessária estabilidade de seu vínculo com a Administração Pública, além de impessoalidade na escolha desses agentes, em razão de seu ingresso por meio de concurso público.

Além disso, a fiscalização de contratos que têm por objeto obras e serviços de engenharia e/ou arquitetura envolve uma larga margem de interferência privada na consecução dos objetivos da Administração, em razão do fato de que apenas o engenheiro ou arquiteto, fiscal do contrato ou convênio, possui capacidade técnica suficiente para aferir com precisão o cumprimento do ajuste e, assim, evitar a ocorrência de eventuais fraudes contratuais. Então, é imprescindível que tal mister seja exercido por aqueles que possuam capacidade técnica e independência funcional suficientes para tanto.

No mesmo sentido, embora se restrinja a uma análise acerca da competência para a realização do controle interno no âmbito da Administração Pública, é de entendimento do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (CON-15/00034719) que

(...) as atribuições de controle interno devem ser desempenhadas por servidor de carreira, para que haja garantia da manutenção de seu vínculo, mesmo quando aponte irregularidades apuradas no cumprimento da missão constitucional de

fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do ente a que está vinculado.¹⁷

4.2 DOS OCUPANTES EXCLUSIVAMENTE DE CARGOS EM COMISSÃO

Para além do que já foi aqui argumentado acerca da necessidade de que o fiscal do contrato de obras e serviços de engenharia e/ou arquitetura seja servidor público efetivo ou empregado público, cumpre elencar os demais motivos pelos quais os ocupantes de cargos em comissão não se coadunam com a função em comento. Aliás, é importante ressaltar que esse não é o entendimento de parte da doutrina, nem o posicionamento determinante do Tribunal de Contas da União.

Enquanto a maior parte dos doutrinadores pátrios entende que a contratação de fiscais de contratos administrativos é, em regra, incabível, poucos deles investigam quais são os servidores que poderão se incumbir de tal mister, limitando-se a concluir pela necessidade de que sejam “servidores”. Dentre os poucos autores que adentram nessa questão, há os que se valem do conceito constante do art. 84 da Lei nº 8.666/1993 para definir o alcance da expressão. Nesse sentido¹⁸,

Poderá atuar como fiscal de contratos o servidor no sentido amplo, em consonância com o previsto no art. 84 da Lei nº 8.666/93, que traz a definição de servidor público como “aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público”. Como podemos ver, trata-se de um conceito lato, que abrange os sujeitos que mantêm vínculo estatutário, compreendendo os detentores de cargos efetivos e comissionados; os empregados públicos, contratados pelo regime da legislação trabalhista e os contratados por prazo determinado por excepcional interesse.

Além disso, de acordo com André Luiz Vieira¹⁹,

Não foi isso o que previu o legislador ao estabelecer que a atividade de fiscalização seja realizada por determinado servidor, figurando como representante da Administração. A designação, portanto, deve recair sobre um profissional que tenha vínculo com o Estado, seja este servidor estável ou comissionado, ou empregado público, desde que não se nomeie servidores comissionados para atestar notas fiscais como mecanismo de pressão em contrapartida à manutenção de seu vínculo com a Administração.

O Tribunal de Contas da União, por sua vez, não possui um entendimento uniforme quanto ao fato, e na maior parte dos julgados em que trata sobre o tema, limita-se a repisar que o fiscal dos contratos administrativos deverá ser um servidor, representante da Administração:

Designa, em atenção à disposição legal contida no art. 67 da Lei no 8.666/1993, representantes da administração para acompanhar e fiscalizar a execução dos serviços e mantenha essa designação atualizada. Aperfeiçoe os mecanismos existentes tornando-os transparentes, seguros e rastreáveis de modo a permitir verificar quantidade e qualidade dos serviços prestados e somente pague os serviços prestados na totalidade, mediante evidência documental da realização dos serviços

17 TRIBUNAL DE CONTAS DE SANTA CATARINA. Processo nº 15/00034719. 2015

18 SANTANA, Jair Eduardo. *Gestão e Fiscalização de contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, p. 140, 2015.

19 VIEIRA, André Luiz. *op. cit.*

contratados, de acordo com a qualidade prevista no edital da licitação e após o efetivo controle dos fiscais do contrato, conforme disposto nos arts. 66 e 67 da Lei no 8.666/1993. Exija formalmente das empresas contratadas a designação de preposto a ser mantido no local dos serviços, para representá-las durante a execução do contrato de prestação de serviços, em atenção à disposição contida no art. 68 da Lei no 8.666/1993 e ao disposto no Decreto no 2.271/1997, art. 4o, inciso IV.²⁰

Os contratos devem ser executados com o devido acompanhamento e fiscalização a cargo de um Representante da Administração especialmente designado para esse fim, conforme exigido pelo art. 67 da Lei n.º 8.666/93.²¹

Mantenha representante, pertencente a seus quadros próprios de pessoal, especialmente designado para acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos que celebrar, permitida a contratação de agentes terceirizados apenas para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição, a teor do art. 67 da Lei 8.666/93.²²

Não se pode, contudo, concordar com o posicionamento apresentado por essa parcela doutrinária acerca da possibilidade de que a atividade de fiscalização dos contratos administrativos seja exercida por servidores ocupantes de cargo em comissão. Do mesmo modo, entende-se ser absolutamente necessária a distinção dos servidores públicos que podem, ou não, ser fiscais de contratos de obras e serviços de engenharia e/ou arquitetura.

Isso porque, além dos já mencionados argumentos acerca da imprescindível estabilidade, autonomia e impessoalidade para que o servidor incumbido da fiscalização possa se manifestar – o que lhe é proporcionado mediante o acesso ao cargo por meio concurso público, bem como pela estabilidade constitucionalmente assegurada ou pela necessidade de motivação de sua demissão, no caso dos empregados públicos – há outras razões legais e constitucionais para tanto.

Os cargos em comissão são aqueles sujeitos ao regime de livre nomeação e exoneração, nos termos do art. 37, inc. II, da Constituição Federal. O mesmo artigo, em seu inciso V, informa que esses cargos são destinados “apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”, de modo que a doutrina entende ser “*inconstitucional criar cargos em comissão para outro tipo de competência que não essas acima referidas*”²³.

No mesmo sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se fixou de modo a considerar inconstitucional a criação de cargos em comissão cujas atribuições não detenham natureza de assessoramento, chefia ou direção e que não compreendam relação de confiança:

Embargos de declaração em recurso extraordinário. Conversão em agravo regimental, conforme pacífica orientação da Corte. Lei distrital que criou cargos em comissão para funções rotineiras da Administração Pública. Impossibilidade. 1. A decisão ora atacada reflete a pacífica jurisprudência da Corte a respeito do tema, a

²⁰ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 265/2010. 2010. Disponível em: <https://bit.ly/2LYCxyE>. Acesso em: 08 out. 2019.

²¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 212/2009 – 2ª Câmara. 2009. Disponível em: <https://bit.ly/2VoKoIN>. Acesso em: 08 out. 2012.

²² TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 690/2005 - Plenário. 2005. Disponível em: <https://bit.ly/2nsFkq7>. Acesso em: 08 out. 2019.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 880, 2012a.

qual reconhece a inconstitucionalidade da criação de cargos em comissão para funções que não exigem o requisito da confiança para seu preenchimento. 2. Esses cargos, ademais, deveriam ser preenchidos por pessoas determinadas, conforme descrição constante da aludida lei. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual é negado provimento.²⁴

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 37, II E V. CRIAÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO. LEI 15.224/2005 DO ESTADO DE GOIÁS. INCONSTITUCIONALIDADE. É inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico, tais como os cargos de Perito Médico-Psiquiátrico, Perito Médico-Clínico, Auditor de Controle Interno, Produtor Jornalístico, Repórter Fotográfico, Perito Psicológico, Enfermeiro e Motorista de Representação. Ofensa ao artigo 37, II e V da Constituição Federal. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos XI, XII, XIII, XVIII, XIX, XX, XXIV e XXV do art. 16-A da lei 15.224/2005 do Estado de Goiás, bem como do Anexo I da mesma lei, na parte em que cria os cargos em comissão mencionados.²⁵

A atividade exercida pelos fiscais, portanto, não se coaduna com as hipóteses de preenchimento de cargos em comissão, como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, conclui-se que os fiscais de contratos administrativos de obras e serviços de engenharia e/ou arquitetura, além de terceiros contratados, também não podem ser ocupantes de cargo em comissão, diferentemente do entendimento doutrinário já esposado.

5 CONCLUSÃO

A despeito da notória importância da fiscalização dos contratos administrativos enquanto ferramenta idônea para garantir a eficiência dos gastos públicos, bem como para evitar inexecuções contratuais, desvios de finalidade e práticas de improbidades, esse tema não tem, ainda, um enfrentamento adequado e suficiente na doutrina e na jurisprudência pátria.

Tendo em vista esse fato, é imperioso que se discuta o alcance da norma legal, contida no art. 67 da Lei de Licitações, que preconiza a necessária fiscalização desses contratos sob o prisma da competência. E, de acordo com uma interpretação literal e gramatical do dispositivo, é possível concluir que a lei exige que o fiscal seja um representante da Administração, ao passo que apenas permite a “contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição”. Desse modo, para o legislador, um representante da Administração não se confunde com um terceiro contratado pela Administração.

Partindo-se, então, da premissa de que o fiscal do contrato administrativo deve ser um “representante da Administração”, é necessário que seja esclarecido em que consiste,

24 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE nº 376.440/DF-ED, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 14/11/14. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=7174097>.

Acesso em: 08 out. 2019.

25 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3602. Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe de 7/6/11. 2011.

exatamente, esse conceito: é possível que o fiscal do contrato seja um ocupante de cargo em comissão? Ou é indispensável que seja um servidor público ou empregado público?

O que se pode concluir a respeito dessa questão, considerando o arcabouço legislativo, bem como a jurisprudência correlata, é que o cargo em comissão não se coaduna com o exercício da fiscalização contratual, na medida em que tal cargo se presta somente ao exercício de função de chefia, direção e assessoramento. A atividade de fiscalização de contratos – em especial para os casos de contratos que envolvam obras e serviços de engenharia e/ou arquitetura, em que a inspeção deverá ser realizada por engenheiros ou arquitetos – não se compatibiliza com as mencionadas funções exercidas por comissionados.

Além disso, com o fim de delimitar o que ora se advoga, há que se pontuar que é imprescindível que aquele que exercerá a função de fiscal de contrato administrativo, especialmente se tratando de ajustes cujos objetos envolvam maior especificidade técnica, tal como obras e serviços de engenharia, possua independência e segurança para se manifestar livremente. Tal independência e tal impecabilidade podem ser encontradas em servidores públicos e empregados públicos, na medida em que seu ingresso na Administração Pública se dá por meio de concurso público, além de que possuem, em diferentes graus, certa estabilidade no cargo ocupado.

REFERÊNCIAS

BONATTO, Hamilton. *Governança e gestão de obras públicas: do planejamento à pós-ocupação* – Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BRASIL. Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 - Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18666cons.htm. Acesso em: 08 out. 2019.

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

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Vade-Mécum de Licitações e Contratos*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012a.

_____, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012b.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SANTANA, Jair Eduardo. *Gestão e Fiscalização de contratos administrativos*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SANTOS, Lucimar R. L. dos. A fiscalização e o acompanhamento da execução do contrato. *Revista Digital de Direito Administrativo*. vol. 4, n. 2, p. 2, 2017. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/125698/130886>. Acesso em: 08 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE nº 376.440/DF-ED, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 14/11/14. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=7174097>. Acesso em: 08 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3602. Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe de 7/6/11. 2011.

TORRES, Rony Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 9. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 226/2009 – Plenário. 2009. Disponível em: <https://bit.ly/35iPSt1>. Acesso em: 08 out. 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 265/2010. 2010. Disponível em: <https://bit.ly/2LYCxyE>. Acesso em: 08 out. 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 212/2009 – 2ª Câmara. 2009. Disponível em: <https://bit.ly/2VoKoIN>. Acesso em: 08 out. 2012.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 690/2005 - Plenário. 2005. Disponível em: <https://bit.ly/2nsFkq7>. Acesso em: 08 out. 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DE SANTA CATARINA. Processo nº 15/00034719. 2015

VIEIRA, André Luiz. Fiscalização de Contratos Administrativos: síntese e contexto. *Direito do Estado*. n. 320. 2017. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/andre-luis-vieira/fiscalizacao-de-contratos-administrativos-sintese-e-contexto>. Acesso em: 08 out. 2019.

Title: The competence for the practice of inspection on administrative contracts

Abstract: In order to create some parameters in such an important institute for providing more efficiency, economy and morality in administrative activity, this article aims to investigate the necessity that inspection be carried out by public servers or public employees in administrative contracts involving constructions and services of engineering and/or architecture.

Keywords: Administrative Contracts; Inspection; Construction and Services of Engineering and/or Architecture; Competence.

Referência:

GIOVANETTI, Lara Ferreira, SANTOS, Rafael Costa. A competência para o exercício da fiscalização dos contratos administrativos. *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias*, Belo Horizonte, v.16, n.1, p. 145-159, jan./dez., 2019.

Aceito em: Dezembro/2019.

O PROCESSO ADMINISTRATIVO E SUA RELAÇÃO COM O ACESSO AOS TRIBUNAIS

SORAIA BRITO DE QUEIROZ*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Processualidade da Atividade Administrativa. 3 Conceito de Processo Administrativo. 4 Processo Administrativo como Espécie do Gênero Processo. 5 O Verdadeiro Papel do Processo Administrativo como Inerente ao Exercício de Direitos em Face da Administração Pública. 6 O Fortalecimento do Processo Administrativo. 7 O Processo Administrativo e sua Relação com o Acesso aos Tribunais. 8 Considerações Finais.

Resumo: A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 conferiu ao processo administrativo as mesmas garantias constitucionais do processo judicial, ao assegurar, no artigo 5º, incisos LIV e LV, que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. É sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito, que esse processo administrativo configura-se como um instrumento da democracia, visto que não só concede legitimidade para a atuação do poder-dever da Administração Pública, mas também garantia para o administrado poder participar da tomada de decisões do Estado e constituir direitos perante a Administração Pública. Nesse cenário constitucional, toda vez que a atuação da Administração Pública interferir, modificar, extinguir, ameaçar ou lesionar direitos ou interesses do administrado, é imprescindível a instauração de um processo administrativo. Por isso, no exercício da função administrativa judicante, a Administração Pública precisa ter um corpo de agentes públicos que atuem com independência e imparcialidade, e que estejam preparados jurídica e tecnicamente, visando ao cumprimento de funções estatais e o atendimento dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e preparados para agir eticamente no combate à corrupção e a toda forma de improbidade administrativa. Portanto, à medida que tivermos uma Administração Pública fortalecida em assegurar os direitos fundamentais, o processo administrativo poderá ser utilizado como um instrumento democrático de garantia à satisfação dos interesses individuais, e como instrumento de solução e prevenção de demandas judiciais.

* Procuradora do Estado de Minas Gerais. Mestre em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense. Advogada Regional do Estado em Divinópolis.

Palavras-chave: Processo Administrativo. Garantias Constitucionais do Processo. Instrumento da Democracia. Legitimidade da Atuação da Administração Pública. Garantia do Administrado. Instrumento de Solução e Prevenção de Demandas Judiciais.

1 INTRODUÇÃO

É tendência atual a busca de meios alternativos para a solução de litígios, entre os quais se inclui o processo administrativo, com a finalidade de diminuir a sobrecarga do Poder Judiciário.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, no rol dos direitos fundamentais do artigo 5º, garantiu, aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o direito ao contraditório e á ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (inciso LV).

A Carta Constitucional também assegurou, no processo administrativo, as mesmas garantias do processo judicial, e abriu espaço para uma atuação administrativa processualizada.

Posteriormente, em 29 de janeiro de 1999, foi editada a Lei nº 9.784, também chamada de Lei Geral do Processo Administrativo - LGPA. Essa lei gerou significativos reflexos na jurisprudência e na doutrina pátrias, que vinham tratando o processo administrativo de modo casuístico e assistemático e, na maioria das vezes, sem a observância aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública e às garantias processuais da ampla defesa e do contraditório, tais como previstas no artigo 5º, inciso LV, da Carta Maior.

A doutrina passou a reconhecer que o processo administrativo é uma espécie do gênero processo, termo mais abrangente que designa a relação jurídica travada entre as partes para a produção de uma decisão, tenha ela a natureza de ato administrativo, ato legislativo ou ato judicial (PETIAN, 2011). Assim, o processo será, em qualquer circunstância, instrumento de exercício de poder, e se desenvolverá com todas as formalidades procedimentais.

E não poderia ser diferente, porque a Lei Geral do Processo Administrativo concebe o processo administrativo visando á proteção dos direitos do administrado e ao melhor cumprimento dos fins da Administração (artigo 1º). Para PERLINGEIRO (2012), isso quer dizer que as decisões administrativas que possam afetar os interesses ou os direitos dos administrados precisam estar submetidas previamente ao processo administrativo com todas as garantias constitucionais.

Nessa linha, dá-se grande ênfase ao direito administrativo contemporâneo à nova concepção da processualidade no âmbito da função administrativa, seja para transpor para a

atuação administrativa os princípios do devido processo legal, seja para fixar imposições mínimas quanto ao modo de atuar da Administração Pública.

A Lei Geral de Processo Administrativo garantiu diversas formas de participação do administrado na formação da decisão, prevendo, até mesmo, a realização de consulta (art. 31) e audiência pública (art. 32), quando a matéria do processo, respectivamente, envolver questão de interesse geral ou tiver relevância para além das partes no processo.

A participação do interessado, com a exposição de suas razões e contrarrazões, permite-lhe influenciar na formação do ato final, tornando-o agente ativo do processo de tomada de decisões, como afirma MERKL (2004). Assim, o administrado passa de mero expectador a partícipe do exercício do dever-poder estatal, e tende a aceitar a decisão mais facilmente, ainda que seja diametralmente oposta a seus interesses privados, porque ele sabe ser essa vontade resultado de um complexo percurso, trilhado com a participação de todos os interessados. O processo administrativo é, sob esse prisma, uma forma de dar legitimidade á decisão administrativa.

O processo administrativo destina-se também a auxiliar a Administração na produção de uma decisão de acordo com os seus fins, e estes fins são aqueles prescritos pela ordem jurídica, denominados de interesse público.

A percepção de que a participação do cidadão nos atos do Estado é essencial á democracia nos leva a concluir que o processo administrativo torna-se imprescindível ao Estado Democrático de Direito, mantendo com este uma íntima relação de dependência.

Atrelado à constitucionalização e concretude do processo administrativo, vamos avaliar o processo administrativo e sua relação com o acesso aos Tribunais, numa perspectiva de analisar a necessidade ou não do prévio processo administrativo como condição da ação para o ajuizamento de demanda contra a Administração Pública, pois, se de um lado existe o princípio da inafastabilidade da jurisdição ou do amplo acesso ao Judiciário, previsto como um direito fundamental, de outro, não há como negar a existência do processo administrativo como um instrumento democrático de garantia e satisfação dos interesses individuais. Logo, o processo administrativo tem como finalidade a construção do Direito á luz de um caso concreto, em que os fatos e todas as suas circunstâncias são juntadas aos autos de forma livre, lícita e suficiente para determinar a tomada de decisão pela Administração Pública, com ampla participação do administrado.

Segundo ROSEMIRO LEAL (1999), a atividade jurisdicional é um monopólio do Estado, mas não monopólio do Poder Judiciário. A Administração Pública também tem a obrigação de exercer a função judicante nas situações jurídicas em que haja litígio e/ou se alguém for privado da sua liberdade ou do seu patrimônio, nos processos administrativos.

Vale dizer que a decisão proferida em um processo administrativo é tão importante, tão capaz de transferir, modificar ou extinguir direitos, quanto àquela exarada em um processo judicial, haja vista que a Administração Pública deve exercer suas funções

comprometida com o Estado de Direito, observando a estrita legalidade e reconhecendo direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Assim, a proposta deste trabalho é analisar se é viável o acesso ao Judiciário, em demanda contra a Administração, sem o prévio processo administrativo.

2 PROCESSUALIDADE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

O Estado de Direito caracteriza-se, essencialmente, pelo exercício das funções legislativa, executiva e judiciária por um órgão independente, respectivamente. Os atos finais dessas funções são a lei, o ato administrativo e a sentença.

Na primeira fase do Estado de Direito (Liberalismo), a concepção é a do Estado-mínimo, que exerce verticalmente a função administrativa por meio de atos unilaterais, imperativos, imotivados, presumidamente legítimos, insuscetíveis de controle judicial prévio, e, muito menos, de mérito, isolados do contexto e fragmentados. O ato administrativo é, na concepção dessa época, “um ato de autoridade que emana da Administração e que determina frente ao súdito o que para ele deve ser de direito em um caso concreto”. (MAYER, 1945).

O Estado Social-Democrático, paradigma que se defende para a atualidade, é caracterizado pela administração ativa, democrática (participativa), horizontal, pactuada, cujos atos, atividades, gestão e políticas públicas resultam de processos. O processo administrativo surge como meio de “superação da atuação estatal autoritária” e “consequência inafastável da democracia” (ROCHA, 1997). O contraditório processual coloca as partes em simetria de paridade.

Não é casual, portanto, o prestígio que, no século XX, adquiriu o processo administrativo, ao lado do processo judicial, ao ponto de ser elevado à categoria constitucional, como ocorre no Brasil, e de tornar-se objeto de instituição de códigos ou, no mínimo de leis específicas que lhe tracem as regras e os princípios básicos.

Segundo Caetano (1965), não é nova no mundo a experiência da edição de uma lei de processo administrativo. Cita, como representativas, a lei fundamental austríaca, de 1925, o *Federal Administrative Procedure Act*, de 1946, nos Estados Unidos da América, o *Crown Proceeding Act*, de 1947, na Inglaterra, e a *Ley de Procedimiento Administrativo*, na Espanha, de 18 de julho de 1958.

No Congresso do Instituto Internacional de Ciências Administrativas, celebrado em Varsóvia no ano de 1936, conforme noticia Gabino Fraga (1997), foram assinalados os fundamentos para todo procedimento administrativo: o princípio de audiência das partes, a enumeração dos meios de prova, a determinação do prazo no qual a Administração deve decidir, a especificação dos atos para os quais a autoridade necessita colher a opinião de outras autoridades ou conselhos, a exigência de motivação pelo menos sumária de todos os atos administrativos que afetem interesses particulares, as condições nas quais a decisão deve ser notificada aos particulares e, como regras gerais complementares, a declaração de que toda violação das normas que fixem garantias de procedimento para o particular causa nulidade da decisão administrativa e é de responsabilidade de quem as infrinja.

O processo administrativo, inquestionavelmente, vem ganhando cada vez mais espaço nos estudos do direito administrativo ao longo dos últimos anos. Sobretudo a partir da consolidação da democracia como um dos vetores do Estado contemporâneo, o ato administrativo – antes ocupante de lugar de honra na estruturação sistemática do estudo do direito administrativo – passa a perder espaço para o processo administrativo, do qual o ato administrativo é parte. Com isso, “quer-se dizer que o ato deixa de ser solitariamente o centro do direito administrativo, passando a estar englobado por tema mais complexo, que se refere a todo o caminho a ser percorrido pela Administração Pública para licitamente exarar o ato final”. (SCHIRATO, 2010).

No Brasil, a Constituição da República Federativa de 1988, no rol dos direitos fundamentais do artigo 5º, assegurou, aos litigantes em processo judicial e administrativo e aos acusados em geral, o direito ao contraditório e à ampla defesa (inciso LV). Esse acolhimento constitucional por si só ressalta a importância do tema processo administrativo.

Como resultado daquele destaque dado pela Constituição Brasileira, em 29 de janeiro de 1999, foi editada a Lei Geral de Processo Administrativo – a Lei nº 9.784 – que trata de “normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta” (art. 1º), incluída a função administrativa dos “órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União” (§1º do art. 1º).

A Lei Federal nº 9.784/1999, apesar de ter sido editada com significativo atraso em relação a outros ordenamentos jurídicos que trataram a matéria relativa ao processo administrativo, como o é o caso da Áustria (1925), Uruguai (1966), Argentina (1972) e Alemanha (1978), ao ser editada gerou reflexos na jurisprudência e doutrina pátrias que, ante a lacuna processual, tratava o processo administrativo de modo casuístico e assistemático e, na maioria das vezes, sem observância aos princípios processuais constitucionais que regem a atuação da Administração Pública.

A norma positivou as garantias processuais ao mencionar expressamente o princípio da ampla defesa e do contraditório, tal como previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, exigindo-se a comunicação dos interessados não só para a prática de atos iniciais do processo, mas, sobretudo, para possibilitar o procedimento da ampla defesa e do contraditório que se desenvolve em todas as fases processuais, durante o iter processual até a decisão final.

A Lei trouxe no *caput* do artigo 2º o rol de princípios de observância obrigatória pela Administração Pública, assegurando aos particulares, de modo genérico, o direito à comunicação, à apresentação de alegações finais e à produção de provas em cumprimento ao processo administrativo constitucional. Dispôs, em seu artigo 3º³, que o administrado tem direito “à ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de

2 Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (Lei 9.784/99).

3 Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: I – ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações; II – ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas; III – formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; IV – fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

interessado”, bem como lhe assegurou vista dos autos para obter cópia de documentos nele contidos e para conhecimento dos atos praticados.

Ampliando o rol de informação das partes, o artigo 284 da LGPA - dispõe que os interessados devem ser intimados dos atos processuais que resultem em imposições de deveres, ônus, sanções ou restrições ao exercício de direitos e atividades, bem como aos que de outra maneira possam ser de seu interesse, privilegiando o direito a informação/intimação das partes interessadas.

Sobre o direito de informação no processo administrativo, vale citar excertos do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, ao mencionar que:

[...] não é outra a avaliação do tema no Direito Constitucional comparado. Apreciando o chamado *Anspruch auf rechtliches Gehor* (pretensão à tutela jurídica) no Direito alemão, assinala o *Bundesverfassungsgericht* que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar [...]. Daí afirmar-se correntemente que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no artigo 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes [...]. (STF, Mandado de Segurança nº 24.268-0. Minas Gerais. Ementário nº 2.164-1, julgamento em 05/02/2004, publicado no Diário do Judiciário em 17/09/2004. Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes).

A LGPA garantiu ainda os mecanismos de reação, trazendo em seu artigo 3º o direito de a parte interessada formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, assegurando o direito de se fazer assistir por meio de advogado, em prestígio ao direito de defesa técnica, como uma das formas de efetivação da ampla defesa em seu sentido amplo (matéria de mérito ou processual).

A Lei Geral de Processo Administrativo impôs a observância ao direito de ampla defesa e contraditório, sendo que o artigo 385 especifica o direito à prova e permite ao interessado fazer a juntada ao processo de documentos e pareceres, além de poder requerer diligências e perícias cujo indeferimento, se for o caso, só será legítimo a partir de decisão fundamentada. Admitiu também a consulta pública e a audiência pública como meios assecuratórios de resoluções dos problemas e questões envolvendo o atuar do Estado-Administração, na medida em que a essência do Estado Democrático de Direito consiste na participação do povo na resolução dos problemas e da questões nacionais.

Ronaldo Brêtas (2004, p. 106), refletindo sobre o tema, afirma que o Estado Democrático de Direito tem sua dimensão e está estruturado constitucionalmente na legitimidade do domínio público e na legitimação do exercício do poder, cujas bases se assentam unicamente na soberania e na vontade do povo (art. 1º, incisos I, II, parágrafo único: art. 14 e art. 60, parágrafo 4º, inciso II, da Constituição Federal de 1988).

4 Art. 28. Devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.

5 Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar os documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

A Constituição Federal de 1988, ao abrigar dispositivos sobre processo administrativo, filiou-se à tendência contemporânea de processualização da atividade administrativa. Adotou a concepção de uma processualidade ampla existente no exercício de todas as funções estatais, respeitadas as características pertinentes à modalidade de função que traduz.

Nessa moldura constitucional, a Lei nº 9.784/99 destaca-se como um instrumento de concretização do processo administrativo, ao estabelecer normas de caráter geral, no âmbito da Administração Pública Federal, cuja essência normativa foi inspirada no modelo constitucional de processo. Em síntese, a Lei Geral de Processo Administrativo estabeleceu formas procedimentais para a efetivação do novo processo constitucional administrativo.

3 CONCEITO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO

Apresentar um conceito de processo administrativo é tarefa de difícil execução, a uma porque não há um esboço de conceituação legal que sirva de ponto de partida, a duas porque conceituar uma realidade implica identificar os traços que a compõem e propor um modelo que seja de alguma utilidade no campo do conhecimento em que se aventura.

Alguns dos mais célebres doutrinadores que se dedicam ao estudo do processo administrativo identificaram-no como a forma, o caminho pelo qual a Administração atua, primordialmente expedindo atos administrativos. Entre eles, merecem destaque os conceitos formulados por Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1971, p. 11) e Alberto Xavier (1976, p.131). Ainda que haja diferença entre os conceitos apresentados, em ambos é possível notar a consideração do processo como meio de produção dos atos administrativos. Há, ainda, sempre presente o elemento orgânico, ou seja, para os referidos autores só se pode denominar de processo administrativo o trâmite que se desenrola no seio da Administração Pública.

Adolfo Merkl (2004, p. 272-274) também conceituou o processo administrativo como o caminho para a produção dos atos administrativos:

Em el fondo, toda administración es procedimiento administrativo, y lós actos administrativos se nos presentan como meros productos del procedimiento administrativo. Pero em sentido más riguroso y técnico se habla de procedimiento jurídico solamente cuando el camino que conduce a um acto estatal no se halla a la libre elección del órgano competente para el acto, sino que está previsto jurídicamente, cuando, por tanto, el camino que se recorre para llegar al acto constituye aplicación de una norma jurídica que determina, en mayor o menor grado, no solamente la meta, sino también el camino mismo y que el objeto de su normación se nos ofrece como norma procesal”. Prossegue o autor afirmando que “el derecho procesal administrativo es la suma de las reglas de producción de los actos administrativos.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007, p. 547) via no processo administrativo uma sucessão de atos tendentes à produção do ato conclusivo, o que se assemelha a considerá-lo um caminho para a produção de ato administrativo (ato final), mas ressaltava a autonomia de cada ato em relação aos demais, como elemento nuclear do conceito:

(...) englobam várias manifestações de vontade autônomas, por constituírem atos jurídicos distintos, mas que se sucedem e se ligam com o objetivo de produzir uma manifestação de vontade final, um ato jurídico conclusivo. São atos simples, individuais ou colegiados, complexos, compostos e simultâneos que colaboram para uma meta final. Cada qual traz a sua participação própria na formação do ato

conclusivo, que resulta dessas etapas gradativas de atos sucessivos e com individualidade jurídica. Verifica-se a ação de vários atos autônomos para dar vida a um conclusivo final.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2010) observou também que cada um dos atos que compõem o processo administrativo guarda autonomia apenas relativa em relação aos outros, à medida que, embora conservem sua identidade funcional própria, apresentam-se como elos da mesma corrente, destinados a compor um único e conclusivo resultado.

A diversidade e o aprofundamento dos estudos sobre o tema do processo administrativo trouxeram novos traços que, agregados aos conceitos antes formulados, permitiram a elaboração de novas definições. Lúcia Valle Figueiredo (2008), por exemplo, assinala a existência de controvérsia (litígio) como elemento nuclear do conceito de processo em sentido estrito. No mesmo diapasão é a posição de Carmen Lúcia Antunes Rocha (1997).

Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari (2007, p. 25), em valiosíssima obra sobre processo administrativo, conceituam-no como “uma série de atos lógicos e juridicamente concatenados, dispostos com o propósito de ensejar a manifestação de vontade da Administração”, assinalando, mais uma vez, como elemento central do conceito, a sucessão de atos destinada a produzir o ato final, o *iter* que antecede a decisão.

Angélica Petian (2011) reconhece que o conjunto de atos encadeados destinado a produzir uma decisão é um elemento necessário para a conceituação de processo administrativo, mas não se revela suficiente. O conceito só pode ser aperfeiçoado com a integração das noções de relação jurídica, essencial para compreender essa realidade dentro do gênero processo, e de função administrativa, imperiosa para apartá-lo como espécie autônoma de processo. Assim, propõe um conceito de processo administrativo a partir da noção geral de processo como a relação jurídica estabelecida entre as partes que participam do círculo de formação do ato conclusivo que dará concretude ao exercício do dever-poder estatal, instrumentalizada por uma sucessão de atos encadeados relativamente autônomos.

(...), é possível conceituar processo administrativo como a relação jurídica estabelecida, na intimidade da função administrativa, entre as partes que participam do círculo de formação do ato administrativo conclusivo que dará concretude ao exercício do dever-poder estatal, instrumentalizada por uma sucessão de atos encadeados relativamente autônomos, sindicáveis pelo Poder Judiciário. (PETIAN:2011, p.70-71).

Os elementos que compõem a definição acima, proposta por Angélica Petian (2011, p. 70-79), são:

- a) Relação jurídica estabelecida entre as partes – o processo administrativo é uma relação jurídica havida entre as partes, onde há posições jurídicas processuais que as interligam. Todos os sujeitos do processo são titulares de posições jurídicas ativas e passivas, de deveres, ônus, sujeições, faculdades e poderes em relação aos demais partícipes.
- b) Função Administrativa – o processo administrativo desenvolve-se necessariamente na intimidade da função administrativa. Nesse sentido, chama atenção para o fato de a função administrativa não ser desempenhada exclusivamente pelo Poder Executivo. Ainda que de forma atípica, todos os Poderes do Estado desempenham função administrativa.

Haverá processo administrativo toda vez que o Estado, ou quem lhe faça às vezes, produzir um ato final, antecedido por outros atos relativamente autônomos, todos infralegais e submetidos ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário, ou de forma muito mais sintética, sempre que houver processo no exercício de função administrativa.

- c) Participação no círculo de formação do ato administrativo final – o processo administrativo implica a necessária participação daqueles que serão os destinatários do ato administrativo final, daqueles que terão sua esfera jurídica afetada pela decisão conclusiva resultante do processo. Nesse sentido, o processo é o instrumento de formação da vontade da Administração (SUNDFELD, 2009), submissa, evidentemente, aos comandos legais, já que a atividade administrativa está subordinada à lei, nela encontrando seus limites. É no interior do processo que são formadas as convicções e os juízos de valor que permitirão a aplicação da lei ao caso concreto, com a extensão e a intensidade devidas. Para exemplificar, poder-se-ia aludir à revogação de um processo de licitação, com fulcro no artigo 496 da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações). Nessa hipótese, a demonstração da existência de razões de interesse público, decorrente de fato superveniente e suficiente para justificar tal conduta, dar-se-ia no bojo de um processo administrativo, assegurada a participação dos interessados, como, aliás, garante o § 3º do referido dispositivo legal.

A participação do administrado na formação da vontade administrativa é um importante mecanismo na luta contra o autoritarismo e uma ferramenta das mais relevantes para a concretização de um Estado Democrático de Direito, porque funciona como um hiato entre a lei e sua aplicação. Além disso, a participação do administrado no curso dos atos que ensejarão a decisão final a legitima. E à medida que as pessoas tomam parte no círculo de formação do ato conclusivo, submetem-se a ele, mesmo que voluntariamente não desejem fazê-lo. Essa submissão não se dá pela força da Administração, mas pela legitimidade do processo, que vincula seus partícipes à decisão dele oriunda, ressalvada a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário.

- d) Concretude do exercício do dever-poder estatal – O resultado do processo administrativo, o ato administrativo final e conclusivo, consiste na concretização do exercício de dever-poder estatal: é a Administração aplicando a lei, retirando-a do mundo do “dever-ser” e imprimindo-a no mundo fenomênico. Ao expedir o ato administrativo decorrente do processo, o Estado torna dinâmica e concreta a previsão legal até então estática, genérica e abstrata, e interfere, de forma imperativa, na esfera jurídica do administrado, seja ampliando-a, seja restringindo-a. Assim como no processo jurisdicional o Estado-juiz diz o direito com força de

6 Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

7 Art. 49. (...)

(...).

§ 3º. No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

(...).

coisa julgada, no processo administrativo a autoridade competente aplica a lei constituindo, extinguindo, declarando um direito, resolvendo um conflito existente, enfim, atuando nos limites que lhe conferiu a ordem jurídica para satisfação do interesse público.

- e) Sucessão de atos encadeados relativamente autônomos – O processo se desenrola por meio de uma sucessão de atos e fatos encadeados, que representa a sua *vestimenta* e denomina-se procedimento. O *iter* processual pode ser comparado a uma escada, no final da qual se alcança o ato conclusivo, mas seu percurso exige a passagem por todos os degraus que servirão de antecedentes e consequentes uns dos outros, sendo certo que só se pode alcançar o segundo degrau se o primeiro tiver sido devidamente superado, e assim sucessivamente. Cada um dos atos do processo conserva relativa autonomia em relação aos seus antecessores e sucessores, pois cumpre finalidade específica, porém, se considerados como parte de um todo, eles da mesma corrente, ver-se-á que no conjunto tendem à decisão final que encerrará o processo.
- f) Sindicalizados pelo Poder Judiciário – A possibilidade de revisão do processo administrativo pelo Poder Judiciário alcança tanto o produto final como o processo em si. O Poder Judiciário está autorizado, pelo disposto no artigo 5º, XXXV8, da Constituição Federal, a conhecer e decidir sobre qualquer ação ou comportamento de pessoa privada ou pública que cause lesão ou ameaça de lesão a direito. O Poder Judiciário é, portanto, competente para controlar o curso do processo, de modo a garantir a observância dos princípios e das regras aplicáveis, bem como para invalidar o ato final em caso de ilegalidade. Em nossa organização constitucional, de jurisdição una, só ao Poder Judiciário compete dizer o direito de forma definitiva.

4 O PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO ESPÉCIE DO GÊNERO PROCESSO

Ao falar-se em processo, a primeira ideia que sempre nos vem é a do processo judicial. A justificativa desse fato decorre, a uma primeira visão, da robusta carga de densidade da categoria processual no âmbito da teoria geral do processo judicial. Depois, porque no campo da operatividade do direito não há como deixar de dar relevo ao processo, pois é com ele que lidam, diuturnamente, advogados, magistrados, promotores de Justiça, defensores públicos, procuradores de entes públicos, órgãos policiais etc. Quer dizer, quem opera com o direito raramente pode afastar-se do processo como instrumento da atuação jurisdicional.

Do ponto de vista histórico, é possível explicar a limitação do conceito de processo à função judicial, mas torna-se impossível sustentar essa redução do ponto de vista jurídico-teórico, porque, segundo Jesús González Pérez (1957), o processo, em sua própria natureza, pode dar-se em todas as funções estatais.

8 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;

(...).

Não se pode perder de vista que o poder estatal da mesma forma se situa na função administrativa e em relação a ele é importante verificar a legitimidade não só no que toca à origem mas também aos fins a que se destina.

Para Elio Fazzalari (2006), o processo é uma estrutura na qual se desenvolvem, segundo o ordenamento estatal, numerosas atividades de direito público (principalmente deveres fundamentais do Estado, mas não somente) e algumas atividades de direito privado.

Numa primeira abordagem, Fazzalari (2006) indica como “provimentos” os atos com os quais os órgãos do Estado (os órgãos que legislam, os que governam em sentido lato, os que fazem justiça, e assim por diante) emanam, cada um no âmbito da própria competência, disposições imperativas, e como “procedimento” a sequência de atividades que precede o provimento, o prepara e é concluída com ele. A partir dessas ideias, afirma:

- os “processos” nos quais se desenvolve a atividade dos órgãos estatais que constituem a “*administração pública*”: também essa atividade realiza-se, em geral, por meio de meros procedimentos, mas em alguns casos empregam o “processo”, isto é, requerem o contraditório dos interessados no curso das atividades preparatórias do provimento;

(...).

O emprego dos processos fora da jurisdição não é sem significado: o modelo processual (isto é, a participação dos “interessados”, em contraditório, ao *iter* de formação do ato final) é usado sempre que a atividade a ser desenvolvida deva lidar com interesses em contraste (FAZZALARI, 2006, p. 36-37).

Nessa vertente, o processo administrativo é, como o são também os processos legislativo e judicial, uma espécie do gênero processo. A elaboração do seu conceito e a investigação da respectiva natureza jurídica devem partir do exame das diversas teorias já produzidas na Ciência do Direito, dentre as quais merecem destaque aquelas cultivadas no campo do Direito Processual Civil, ramo que mais abundantemente dedicou-se ao exame da matéria.

Para PETIAN (2011), o processo administrativo é uma espécie do gênero processo, com a particularidade de que este se desenvolve na intimidade da função administrativa, enquanto os processos de criação das leis e de resolução dos conflitos mediante atuação do Poder Judiciário ocorrem, respectivamente, no interior da função legislativa e judicial.

Cada uma das espécies processuais – legislativa, judicial e administrativa – apresenta-se por meio de uma sucessão encadeada e itinerária de atos jurídicos, envoltos em um emaranhado de formalidades e que se destinam, respectivamente, à elaboração das leis, à solução de conflitos em caráter definitivo e à aplicação da lei ao caso concreto. Cada uma das espécies de processo referidas instrumentaliza a ação estatal em uma de suas funções e por isso está submetida a um regime jurídico peculiar que guarda compatibilidade com a função desempenhada.

Assim, o processo administrativo é uma espécie de processo, termo mais abrangente e que designa a relação jurídica travada entre as partes para a produção de uma decisão, tenha ela a natureza de ato administrativo, ato legislativo ou ato judicial. O processo será, em qualquer circunstância, instrumento de exercício de poder.

5 O VERDADEIRO PAPEL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO INERENTE AO EXERCÍCIO DE DIREITOS EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Tratar do papel do processo administrativo implica revelar a sua finalidade, identificando a que se presta o instituto de acordo com sua configuração constitucional e legal.

Considerando que o processo administrativo desenvolve-se no seio da Administração Pública e caracteriza-se pelo exercício de sua função típica, é fácil perceber, desde logo, que sua finalidade é a satisfação do interesse público, conceituado este como o “interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem” (MELLO, 2010).

Assim, pode se afirmar que a finalidade genérica de todo e qualquer processo administrativo, independentemente de sua espécie, é o cumprimento do interesse público, razão pela qual, ao conduzir um processo administrativo e decidir a questão nele discutida, o administrador deve manusear as competências que lhe foram atribuídas pela ordem jurídica em estrita consonância com os objetivos por ela eleitos, já que interesse público é, em última instância, o respeito pela ordem jurídica. (FRANCO SOBRINHO, 1971).

Observe-se que a simples instauração de um processo administrativo não é garantia para a validade do ato final: além de existente, o processo há de ser válido, ou seja, conforme o Direito, incluindo-se a necessária observância da finalidade legal. Não é juridicamente possível valer-se de um processo, cuja finalidade a lei prescreveu, para atingir finalidade diversa, sob pena de restar caracterizado o desvio de finalidade ou de poder.

Além da finalidade genérica, o processo administrativo destina-se, principalmente, a preservar os direitos do administrado, concorrer para uma atuação administrativa coerente com os fins da Administração e produzir o ato final conclusivo.

A doutrina tem frisado que o processo administrativo serve como instrumento de garantia dos administrados em face da Administração Pública, sinalizando, uma vez mais que o Direito Administrativo não é um conjunto de poderes titularizados e manejáveis pelo Estado, mas um rol de deveres deste para com os administrados. Nessa perspectiva, o processo administrativo materializa-se como forma de cumprimento de dever-poder do Estado e torna-se verdadeira barreira ao arbítrio do administrador público, ao exigir que a aplicação da lei ocorra no bojo de uma relação jurídica procedimentalizada, em que todos os interessados tenham oportunidades de se manifestar e acompanhar, passo a passo, a formação da vontade funcional. Impede-se, com a instauração do processo administrativo, que questões do mais alto relevo para o administrado e para a sociedade sejam decididas de uma só penada, como se fazia no passado.

Assim, toda vez que a atuação da Administração Pública interferir, modificar, extinguir, ameaçar ou lesionar direitos ou interesses do administrado, é imprescindível a instauração de um processo administrativo.

É nesse contexto que ROYO-VILLANOVA (1955, p. 884) afirma “ser o processo administrativo forma de tutelar os direitos e interesses particulares que o ato, produto do processo administrativo, afeta ou possa afetar”.

A finalidade do processo administrativo, como instrumento de garantia dos direitos individuais, foi prescrita pela Constituição da República ao condicionar a privação da liberdade e dos bens ao devido processo legal. A norma disposta no art. 5º, LIV9, da Lei Maior, não origina efeitos somente no campo do processo judicial, mas também no administrativo. Daí decorre que a intervenção do Estado na propriedade particular, de forma individualizada e especial, deve ser feita mediante processo administrativo, a exemplo do que ocorre na desapropriação, obedecendo-se aos fins e limites dispostos na lei, ou seja, prestigiando a ordem jurídica.

Pondera Ricardo PERLINGEIRO (2012) que, ao exigir uma atuação administrativa processualizada, com todas as garantias do devido processo legal, a Constituição Federal de 1988 abriu caminho para uma jurisdição na esfera administrativa (não judicial). Isso quer dizer que as decisões administrativas que possam afetar os interesses ou direitos dos administrados precisam estar submetidas previamente ao processo administrativo com todas as garantias constitucionais.

Ada Pellegrini GRINOVER (2007) esclarece que as garantias constitucionais do processo desdobram-se em três planos: a) no plano jurisdicional, em que elas passam a ser expressamente reconhecidas diretamente como tais, para o processo penal e para o não-penal; b) no plano das acusações em geral, em que a garantia explicitamente abrange todas as pessoas objeto de acusação; c) no processo administrativo sempre que haja litigantes. E por litigantes deve-se entender titulares de interesses em conflito.

Com efeito, as garantias do processo administrativo foram explicitadas pela Constituição Federal, que inovou ao assegurar no artigo 5º, inciso LV, que aos “litigantes” em processo administrativo serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Entretanto, como bem ressalta Ricardo PERLINGEIRO (2014), a importância dessa regra constitucional talvez não tenha sido suficientemente mensurada pelo direito administrativo brasileiro.

O inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal (“*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.*”) suscita a questão do significado do termo *litigantes* na perspectiva do processo administrativo. Para Odete MEDAUAR (2012), “diferentemente do passado, as correntes doutrinárias contemporâneas já trabalham com a ideia de multiplicidade de interesses, de diversidade de pontos de vista, de controvérsias a respeito de direitos no âmbito da atuação administrativa”. Daí merecer acolhida a diretriz

9 Art. 5º. (...).

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (...).

aventada por Ada Pelegrini GRINOVER (1990) ao examinar o sentido do termo *litigantes* na esfera administrativa: “O litigante surge em razão de uma controvérsia, em razão de um conflito de interesses. (...). Haverá litigantes sempre que houver um conflito de interesses, sempre que houver uma controvérsia”.

A Administração não está autorizada, salvo em caso de atos urgentes, nos quais atuará legitimada por seu poder de cautela, a interferir na esfera jurídica dos particulares sem que estes se possam opor ao ato. Em nosso sistema jurídico, o meio hábil para essa oposição é justamente o processo administrativo.

A Lei Geral de Processo Administrativo também faz expressa alusão a essa finalidade do processo administrativo ao dispor, na oportuna redação do art. 1º10, que ele visa “em especial, à proteção dos direitos dos administrados”.

Mas, ao contrário do que pode aparentar à primeira vista, o processo administrativo não é apenas instrumento de garantia dos administrados em face da Administração, mas também diante de outros administrados. Alguns processos administrativos resguardam não só os direitos dos particulares contra os desmandos e abusos da Administração Pública, como também o fazem em relação a outros particulares que, no afã de proteger seus interesses privados, realizam ou concorrem para a realização de atos contrários ao Direito. Os processos concorrenciais, como a licitação e o concurso público, são exemplos úteis, nos quais a preservação do administrado tem um duplo aspecto: exigir tanto o cumprimento da lei pela Administração como pelos demais concorrentes.

Ressalte-se que o processo administrativo será sempre necessário quando um ou mais administrados se encontrarem em posição de controvérsia perante uma decisão que deva ser tomada pela Administração. E isso não é casual nem aleatório, mas obedece á profunda transformação que a Constituição Federal operou no tocante à função da Administração Pública.

Nessa linha, dá-se grande ênfase ao direito administrativo contemporâneo, à nova concepção da processualidade no âmbito da função administrativa, seja para transpor para a atuação administrativa os princípios do devido processo legal, seja para fixar imposições mínimas quanto ao modo de atuar da Administração.

Como bem acentua Odete MEDAUAR (1993), entre administrativas e processualistas, registra-se tendência à aceitação de uma processualidade que vai além daquela vinculada á função jurisdicional, admitida, assim, a processualidade no âmbito da Administração. É que os escopos de garantia, de legitimação e controle do poder, de correto desempenho da função, de justiça e de democratização estão presentes tanto no processo jurisdicional, quanto no administrativo, pois num e noutro regula-se o exercício do poder estatal.

Além de servir de garantia aos administrados, o processo administrativo destina-se a auxiliar a Administração na produção de uma decisão de acordo com seus fins. E esses

10 Art. 1º. Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração. (Lei nº 9.784/1999).

fins a que fazemos referência não são de livre escolha pela Administração, são os fins prescritos pela ordem jurídica e que poderíamos denominar de interesse público.

A Lei nº 9.784/99 não ignorou essa missão do processo administrativo, ao contrário, explicitou logo no primeiro dos seus dispositivos que o processo administrativo presta-se a dar melhor cumprimento aos fins da Administração.

À medida que o processo administrativo permite a participação efetiva de todos os interessados no círculo de formação da decisão que terão de cumprir mais adiante, isso faz com que a Administração considere diferentes perspectivas ao apreciar a questão e eleja a que lhe parecer mais conveniente e oportuna, segundo as condicionantes do caso concreto, quando houver essa margem de liberdade para a ação administrativa.

Imperioso reconhecer que a Lei Geral de Processo Administrativo garantiu diversas formas de participação do interessado no *iter* de formação da decisão, prevendo, até mesmo, a realização de consulta (art. 31) e audiência pública (art. 32), quando a matéria do processo, respectivamente, envolver questão de interesse geral ou tiver relevância para além das partes do processo.

Para que a participação do administrado seja efetiva, não basta oportunizar a sua manifestação, é imprescindível a consideração pela autoridade competente dos argumentos por ele apresentados. Somente a participação substancial e efetiva dos interessados no processo leva à edificação de uma decisão calcada nos princípios que presidem a atividade administrativa.

Quando o particular destinatário do ato final toma parte no processo formador da vontade da Administração, ele tende a aceitá-la com mais facilidade, ainda que seja diametralmente oposta a seus interesses privados, porque sabe ser essa vontade resultado de um complexo percurso, trilhado com a participação de todos os interessados que já tiveram, em momento prévio ao ato final, a oportunidade de lançar mão de seus argumentos. O processo administrativo é, sob esse prisma, forma de dar legitimidade à decisão administrativa.

Tratar do papel do processo administrativo sem mencionar a produção do ato final é menosprezar o mais concreto dos seus objetivos, pois todo processo culmina com a edição de um ato conclusivo que lhe põe termo. A unanimidade dos autores a que fizemos referência ao tratar do conceito de processo administrativo o define como o meio para a produção do ato derradeiro, que é a concretização do dever-poder estatal, ou seja, a expedição de um ato no exercício da função administrativa.

Imprescindível, portanto, incluir entre o rol de finalidades do processo administrativo a produção do ato final, já que, se por qualquer razão o processo for interrompido, impedindo-se a prática do ato conclusivo, sua finalidade não terá sido alcançada, ainda que tenha havido ampla participação dos interessados, para formar o mais correto e lícito convencimento por parte da autoridade competente. A ausência de explicitação dessa vontade, a sua não formalização, compromete o alcance da finalidade do processo administrativo.

Assim, o processo administrativo terá atingido a sua finalidade somente quando concomitantemente preservar os direitos do administrado, concorrer para uma atuação administrativa consentânea com os fins da Administração e produzir o ato final e conclusivo.

6 O FORTALECIMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

A evolução recente do processo administrativo em nosso ordenamento jurídico foi provocada pelo tratamento constitucional que lhe dispensou a Lei Maior de 1988 e alavancada fortemente pela edição, em 1999, da Lei Geral de Processo Administrativo. Somados os esforços memoráveis da doutrina e, em algumas oportunidades, da jurisprudência, transformou o processo administrativo em uma efetiva forma de relacionamento entre o administrado e a Administração Pública, garantindo a participação do particular no processo de tomada de decisão a ser por esta proferida.

A percepção de que a ideia de participação do cidadão nos atos do Estado é essencial à democracia nos leva a concluir que o processo administrativo é imprescindível ao Estado Democrático de Direito, mantendo com este uma íntima relação de dependência.

Por Estado de Direito entende-se aquele que cria o Direito e a ele se submete, prestigiando a supremacia da Constituição, em uma constante busca pelo equilíbrio entre liberdades individuais e prerrogativas públicas. O conceito de Estado de Direito só ganha sentido e justificação em função da garantia e da promoção dos direitos individuais fundamentais, que devem ser buscadas pelo Estado sob o império da lei. O Direito passa a ser, ao mesmo tempo, fundamento do poder e forma de sua limitação, de modo que todas as pessoas, em vez de dever obediência a outras pessoas, ficam submissas ao ordenamento jurídico, que também vincula aquele que exerce o poder.

O Estado tem o dever de instituir procedimentos tendentes à investigação da legalidade dos atos administrativos praticados pela Administração. Esta é a atividade de autocontrole ou controle administrativo da legalidade, por exigência da Constituição Federal. Como esta, reconhecendo que todo poder emana do povo, instituiu o Estado Democrático de Direito objetivando assegurar o exercício efetivo dos direitos por ela criados, o processo administrativo não pode ser concebido senão em estreita relação com a lei e com a democracia.

Sob esse ângulo, em uma democracia representativa como a nossa, o cidadão não tem apenas o direito de participar da formação das decisões administrativas mediante escolha dos seus representantes, o que realiza por meio do voto direto, mas também de influenciar individualmente na construção das decisões que possam atingir sua esfera jurídica, o que se dá, como já vimos, por meio do processo administrativo.

O processo administrativo é, então, um instrumento de exercício da democracia. E não poderia ser diferente. Se essa espécie de processo é ferramenta para concretização da função administrativa, tem de desempenhar a mesma função em relação à democracia, já que esta se caracteriza por ser um governo de funções.

No Estado Democrático, o processo administrativo ocupa papel de elevada importância, pois funciona como obstáculo à atuação estatal autoritária, colocando-se como intermediário necessário entre a estática e a dinâmica da norma jurídica. No entanto, de muito pouco valeria a ordem jurídica criar uma série de direitos individuais protetores se ela não

dispusesse acerca dos instrumentos manejáveis para o exercício dos respectivos direitos e oposição, contra quem quer que fosse, em caso de lesão ou ameaça de lesão.

Assim, o processo, como gênero, é o mais adequado instrumento de proteção dos direitos que integram a esfera jurídica de cada pessoa e a sua espécie administrativa não se afasta desse mister. E, por meio da estruturação do processo administrativo, procura-se dar condições ao administrado de fazer valer o direito que a ordem jurídica lhe atribui, permitindo-lhe participar das decisões que o afetem direta ou indiretamente.

É nesse contexto que as leis gerais de processo administrativo, em âmbito federal, estadual e municipal, e também aquelas que dispõem sobre processos especiais, disciplinam meios diversos de participação do administrado no curso de formação da vontade da Administração Pública.

A edição dessas leis foi um importante passo no reconhecimento da via do processo administrativo para um Estado Democrático de Direito. Resta agora incutir na prática da Administração esse instrumento jurídico, com toda a carga protetiva que lhe é inerente, o que não é tarefa das mais simples, considerando o forte ranço de autoritarismo que ainda paira sobre nossa sociedade.

A partir dessas premissas, ressaltando a grande importância do processo administrativo como instrumento de legitimação da atuação estatal e de garantia dos direitos fundamentais do administrado, a Administração Pública, nos seus diferentes níveis, precisa estar preparada para o atendimento das demandas dos administrados, sob pena de negar o acesso destes à Justiça.

Como asseguram Mauro CAPPELLETTI e Bryant GARTH (1988, p. 8), a expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico: reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado.

O direito de acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à Justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos. (CAPPELLETTI, 1988, p. 11-12).

Como esclarece Ricardo PERLINGEIRO (2012):

É perceptível no Brasil a sensação de que direitos subjetivos não são respeitados pela Administração Pública. Os dados estatísticos indicam que é crescente o número de conflitos judiciais envolvendo a Administração. É um sintoma de que algo não funciona bem. Com efeito, há uma distância ou defasagem temporal entre a legislação e a realidade da Administração Pública brasileira. Grande parte dos conflitos decorre de uma resistência da própria Administração, às vezes por falta de conhecimento, em cumprir os princípios fundamentais que estão concretizados nas normas de processo administrativo, espinha dorsal do direito administrativo.

Ricardo PERLINGEIRO (2012) lembra que no Brasil ainda hoje, após 20 anos da edição da Lei Geral de Processo Administrativo e 31 anos da promulgação da Constituição, convive-se com uma Administração do tempo em que os atos administrativos eram ditados

sem permitir a defesa e o contraditório prévios. O despreparo generalizado dos servidores públicos se tornou notório.

“O sistema brasileiro de jurisdição administrativa é atualmente um sistema em transição, saindo de um sistema inquisitorial quanto às decisões administrativas e seus recursos correspondentes para um sistema de garantias do devido processo legal.

Com efeito, ainda não está consolidada, no Brasil, a noção de um processo administrativo (não judicial) justo. Na realidade, o que se observa são procedimentos inquisitoriais travestidos de processos, dirigidos por autoridades sem independência, os quais, conseqüentemente, em compensação, desafiam um judiciário com amplos poderes que, muitas vezes, substitui, apropriadamente (porque necessário), as autoridades.

Porém, à medida que se fortaleçam as autoridades públicas, propiciando-lhes independência e qualificação adequadas, a tendência é o esvaziamento do judiciário. Primeiro, porque deixa de ocorrer uma litigância artificial e obrigatória. Segundo, porque, com autoridades independentes, aumenta o grau de qualidade e os erros são menores, ampliando a credibilidade do sistema como um todo.” (PERLINGEIRO, 2012).

Para dar efetividade às diretrizes constitucionais do processo administrativo, torna-se urgente o aperfeiçoamento dos agentes públicos incumbidos da função administrativa judicante (“autoridades administrativas independentes”), isto é, que tenham formação e qualificação para trabalhar com as questões envolvendo o processo administrativo, no que se refere aos aspectos técnico-jurídicos e principalmente éticos, para que a Administração Pública possa atuar de forma eficiente, com credibilidade e fortalecida como um verdadeiro Poder de Estado. (PERLINGEIRO, 2012).

Não se pode perder de vista que a Administração Pública deve atuar observando a estrita legalidade, reconhecendo os direitos baseados na Constituição Federal e nas Convenções Internacionais de Direitos Humanos, além de, no exercício de suas funções, comprometer-se com o Estado de Direito, para assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais.

Nesse cenário, destaca-se a importância da atuação dos Conselhos de Contribuintes Federal e dos Estados, que são órgãos julgadores tributário-administrativos, pertencentes ao Poder Executivo, que atuam visando o estrito cumprimento da lei tributária. Os julgamentos desses Conselhos ocorrem no âmbito do processo administrativo, cuja decisão tem grande mérito social para o equilíbrio das relações entre os contribuintes e o Estado, já que o processo administrativo se desenvolve à semelhança do processo judicial, ou seja, dentro de um núcleo comum de princípios constitucionais processuais.

Esses tribunais administrativos são órgãos técnicos, especializados em matéria tributária, que zelam pela legalidade e justiça tributária, devendo ser imparciais em razão da busca de uma atuação objetiva e vinculada à lei.

Sobre a independência dos Conselhos de Contribuintes, Ives Gandra da Silva MARTINS (2005) declarou:

“Na minha longa experiência na apresentação de recursos e de sustentações orais perante Tribunais Administrativos, principalmente, no Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo e nos diversos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda,

sempre pode constatar o elevado nível do conhecimento técnico e jurídico de seus componentes, zelando pela legalidade e pela distribuição da justiça tributária de forma rápida e democrática, já que nessa instância o contribuinte pode defender-se sem ônus. Alguns de seus integrantes foram e são eminentes mestres em direito tributário, de renome nacional e internacional (...)" (MARTINS, 2005).

7 O PROCESSO ADMINISTRATIVO E SUA RELAÇÃO COM O ACESSO AOS TRIBUNAIS

No Brasil, “a utilidade e eficácia do processo administrativo, mesmo após a edição da Lei nº 9.784/99, continua encontrando obstáculos setoriais” (FERRAZ & DALLARI, 2007), em primeiro lugar, devido à concepção da doutrina e da jurisprudência de que o princípio da universalidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) impede a sujeição de pleito judicial a prévio pedido na esfera administrativa.

Entretanto, se de um lado existe o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição ou do amplo acesso ao Judiciário, previsto como direito fundamental no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, de outro, não há como negar que, ao largo dessa atividade jurisdicional, há uma atividade administrativa independente, também com amparo constitucional, que deverá ser exercida pelo Poder Executivo, por meio do processo administrativo.

A Constituição Federal Brasileira assegurou, no processo administrativo, as mesmas garantias do processo judicial. Foram editadas a Lei n. 9.784/99 e diversas leis estaduais de processo administrativo, já com comprovada eficácia, especialmente nos conselhos de contribuintes e nas agências reguladoras, visando a efetiva adoção do processo administrativo, nas três esferas de governo.

Pondera Ricardo PERLINGEIRO (2012) que, ao exigir uma atuação administrativa processualizada, com todas as garantias do devido processo legal, a Constituição Federal de 1988 abriu caminho para uma jurisdição na esfera administrativa (não judicial). Isso quer dizer que as decisões administrativas que possam afetar os interesses ou direitos dos administrados precisam estar submetidas previamente ao processo administrativo com todas as garantias constitucionais.

Na doutrina, é bem sucedida a tese de Elio FAZZALARI (2006) de que o processo, classificado em legislativo, executivo (administrativo) e judicial, é essencialmente único.

De acordo com o atual cenário constitucional, o processo administrativo tem como finalidade a construção do Direito a luz de um caso concreto, em que os fatos e todas as suas circunstâncias sejam juntados aos autos de forma livre, lícita e suficiente para determinar a tomada de decisão pela Administração Pública, com ampla participação do administrado.

Segundo ROSEMIRO LEAL (1999), a jurisdição é uma atividade de decidir subordinada ao dever de fazê-lo segundo os princípios fundamentais do processo. A atividade jurisdicional é um monopólio do Estado, mas não monopólio do Poder Judiciário. O Poder Executivo, isto é, a Administração Pública também tem a obrigação de exercer a função judicante nas situações jurídicas em que haja litígio e/ou se alguém for privado da sua liberdade ou do seu patrimônio, no curso de um processo administrativo.

O processo, por sua natureza e estrutura, é obrigatório em todas as funções estatais, havendo unidade entre o processo parlamentar, administrativo e judicial. Essa unidade se traduz na necessidade de debate e na conveniência de se exporem as ideias opostas, em busca da verdade e realidade dos fatos ou da melhor solução legal. Se o processo é o modelo eletivo das atividades jurisdicionais, estas não detêm sua exclusividade. Esse modelo também vem sendo utilizado na realização de outras atividades fundamentais do Estado, distintas da jurisdição: assim a atividade administrativa (FAZZALARI, 2006). Vale dizer que a decisão proferida em um processo administrativo é tão importante, tão capaz de transferir, modificar ou extinguir direitos, quanto aquela exarada em um processo judicial.

As sanções aplicáveis, no processo administrativo ou no judicial, têm natureza pecuniária ou consistirão na obrigação de fazer ou de se abster de fazer alguma coisa (artigo 68 da Lei nº 9.784/9911).

Sob o aspecto da efetividade, tanto a decisão administrativa quanto a judicial estão evadas de revisão. A decisão administrativa está sujeita à revisão judicial, enquanto a decisão judicial pode ser revista por diferentes instâncias do Poder Judiciário.

Assim, em respeito à harmonia entre os Poderes do Estado, na presença de um conflito envolvendo a Administração Pública, é sensato e prudente condicionar o acesso da parte ao Poder Judiciário, pelo menos, à prévia provocação administrativa. Isso não significa excluir do Poder Judiciário a apreciação de ameaça ou de lesão a direito ou interesse, mas possibilitar a manifestação da Administração Pública antes da efetiva interferência do Poder Judiciário.

Adverte Lucas Rocha FURTADO (2013) que em períodos de normalidade democrática, como o que vivemos, em que se reconhece legitimidade no exercício de todas as funções do Estado, deve ser buscado novo equilíbrio para os mecanismos de controle recíprocos existentes entre os poderes, e não se justifica a exacerbação ou o excesso de interferência de um poder em relação aos demais.

A exacerbação na utilidade da via judicial tem criado sérias dificuldades ao bom funcionamento do Poder Judiciário no Brasil. É necessário, pois, fixar critérios que definam a intensidade e, sobretudo, o momento em que será exercida a tutela judicial da atividade administrativa (FURTADO, 2013). A fim de que os particulares possam suscitar o controle judicial sobre a atuação da Administração Pública, deve-se buscar, inicialmente, o objeto da proteção, o bem jurídico a ser amparado pelo Poder Judiciário.

Quando a Constituição Federal estabelece que a “*lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*” (artigo 5º, inciso XXXV) está se referindo ao direito subjetivo, entendido como aquele que surge da aplicação da norma positivada a situações concretas, gerando para determinado indivíduo a legitimidade de exigir, pela via judicial inclusive, que outrem seja obrigado a fazer ou deixar de fazer algo.

O direito subjetivo, instituto desenvolvido originariamente no âmbito do Direito Civil, surge a partir do momento em que o ordenamento jurídico reconhece a determinado indivíduo o poder de fazer valer sua vontade contra terceiro, impondo-lhe obrigações e podendo utilizar-se da tutela judicial para tal mister. Na relação Administração

11 Art. 68. As sanções, a serem aplicadas por autoridade competente, terão natureza pecuniária ou consistirão em obrigação de fazer ou de não fazer, assegurado sempre o direito de defesa. (Lei 9784/99).

Pública/administrado, o direito subjetivo pode se aperfeiçoar tanto em favor de um quanto do outro. Aqui, interessa-nos o direito subjetivo do administrado em seu sentido comum de poder impor à Administração Pública ação ou abstenção.

Esse direito subjetivo pode decorrer do Direito obrigacional – de origem contratual, extracontratual ou legal –, do Direito real ou diretamente de atos administrativos que tenham declarado ou criado direitos em favor dos administrados. Em relação à tutela judicial referida pelo texto constitucional (artigo 5º, inciso XXXV) compreende tão somente os direitos que preencham os requisitos necessários à sua caracterização como direitos subjetivos, individuais ou coletivos.

Essa linha de interpretação é defendida por Gomes CANOTILHO (1993), quando este afirma que:

(...) a garantia de proteção jurídica individual subjetiva pressupõe a lesão a direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos. Isto significa que a existência, conteúdo e extensão das posições subjetivas do particular, não são pressupostos jurídicos autonomamente criados pela garantia do recurso contencioso; são pressupostos jurídicos por esta. (...) Entre as posições jurídicas protegidas incluem-se os direitos fundamentais e os restantes direitos subjetivos públicos e privados bem como outros interesses juridicamente protegidos não reconduzíveis a direitos subjetivos (entendidos num sentido restrito). Saber se existe ou não um direito ou um interesse legalmente protegido, depende, em termos tendenciais, da existência de uma norma material (lei, regulamento, estatuto, contrato) cujo escopo seja, ou, pelo menos, seja também, proteger os interesses dos particulares, de forma a que estes, com base nessa norma, possam recortar um poder jurídico individualizado legitimador da defesa dos seus interesses contra a administração. (GOMES CANOTILHO, 1993, p. 656).

O objeto básico merecedor de proteção pelo princípio do controle judicial é o direito individual subjetivo. Este é o bem jurídico tutelado pelo princípio da inafastabilidade da apreciação judicial, um princípio básico do Estado Democrático de Direito, que visa proteger, de forma especial os direitos subjetivos dos cidadãos lesados ou ameaçados de lesão.

Portanto, a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário deve ser franqueada aos particulares sempre que uma decisão, ou omissão administrativa, ferir ou puser em risco (ameaça de lesão) direitos subjetivos. Quando a atuação administrativa não lesionar direito subjetivo, ao contrário, a interferência do Poder Judiciário sobre a Administração Pública não será legítima.

Fixadas essas premissas, se eventual lesão, ou ameaça de lesão, de direito decorrer de ato proferido em processo administrativo, enquanto houver a possibilidade de discussão no âmbito desse processo, deve ser tida como ilegítima a interferência judicial. Sempre, e enquanto a lesão, ou a ameaça de lesão, a direito puder ser questionada na esfera administrativa, e enquanto esse questionamento fizer sustar referida lesão, bem como sua ameaça, a interferência judicial irá ferir a autonomia do Poder Executivo, e, em consequência, a harmonia entre os Poderes de Estado. Se a decisão proferida em processo administrativo for contrária ao interesse do administrado, que entende ser titular de direito subjetivo, e couber recurso com efeito suspensivo contra essa decisão, não há que se falar em violação de direito subjetivo.

Esclarece Lucas Rocha Furtado que,

(...) se a Administração Pública não observa as regras procedimentais ou se extrapola o tempo razoável para a produção de uma manifestação conclusiva, seria legítimo arguir-se a violação de direito subjetivo e estaria o administrado legitimado à propositura da ação judicial destinada a coibir o ilícito, inclusive por meio de medidas judiciais cautelares. (FURTADO, 2013, p. 946).

Sobre esse tema, García de Enterría (1995, p. 438), administrativista espanhol, sustenta a tese de que

(...) o juiz não pode penetrar no âmbito da autotutela administrativa, interferir no seu desenvolvimento. Não poderá proibir ou evitar que a Administração dite um ato executório, ou privar tal ato de executoriedade, ou intervir na execução forçosa do mesmo, ou paralisar a atuação administrativa e nem sequer pronunciar-se sobre o conteúdo eventual de uma relação antes que a Administração o tenha executoriamente declarado. Enunciado em forma positiva: o juiz deve respeitar a realização íntegra (declarativa e executiva) pela Administração da sua potestade de autotutela; unicamente poderá intervir quando a autotutela declarativa esteja já produzida e precisamente para verificar se a mesma, considerada na sua singularidade, se ajusta ou não ao direito material aplicável. (ENTERRÍA, 1955, p. 438).

A tese que aqui se defende não busca implantar, no Brasil, o sistema francês do contencioso administrativo. Neste, as matérias decididas pela instância administrativa não podem ser controladas ou revistas pela instância judicial. Não é esta a ideia. Busca-se, ao contrário, definir o momento em que a interferência administrativa importa em violação de direito subjetivo individual ou coletivo e, somente então, legitimar a necessária e pronta atuação judicial.

A fixação do momento em que se legitima a atuação judicial não atenta contra a autonomia do Poder Judiciário, ou sequer impede o exercício do necessário controle judicial sobre a Administração Pública. Ao contrário, como defende Lucas FURTADO (2013), definido esse limite temporal, a interferência judicial poderá ocorrer de forma mais equilibrada e racional.

Admitida, ao contrário, a possibilidade de, a qualquer momento, independentemente de violação ou ameaça de lesão a direito subjetivo, ou ainda no curso de processo administrativo que observe o devido processo legal, inclusive quanto a aspectos temporais, o Poder Judiciário interferir na instância administrativa, compromete-se a capacidade do próprio Judiciário atender, a tempo e a contento, a sociedade.

O Estado é uno, e suas funções devem ser desempenhadas de modo harmônico. A defesa da tese da reserva da Administração, que decorre diretamente da separação de Poderes e cuja validade pressupõe a normalidade democrática, impõe maior respeito a atividade administrativa do Estado e a fixação de limites às interferências judiciais sobre a atividade administrativa.

Ao juiz não é dado substituir o administrador nas decisões administrativas. Acontece que, “na solução de litígios, essa substituição tem, na prática, acontecido, com o beneplácito da própria Administração, que deixa de assumir as responsabilidades que lhe são próprias, acomoda-se, indefere sistematicamente e até aconselha a propositura ação judicial”. (PERLINGEIRO, p. 2012).

O prévio percurso da via administrativa antes da ação judicial propicia, no mínimo, que a questão já chegue “trabalhada” (pontos controvertidos fixados) no Judiciário, para que este possa solucionar mais rapidamente o litígio.

O processo administrativo permite, entre outros efeitos: a) a coleta de informações e a consideração de todos os aspectos da questão em exame, nos casos individuais e, especialmente, nos que envolvem audiências e consultas públicas; b) flexibilidade do método decisório (pluralismo de soluções); c) maior eficiência do controle, graças à publicidade e à participação da sociedade; d) prevenção do desvio de finalidade, incluída a corrupção; e) estímulo à colaboração e à consequente aceitação das medidas administrativas; f) prevenção e soluções de litígios, ou o tratamento preliminar da questão que posteriormente será levada à Justiça. (MOREIRA, 2010, p.2).

O livre acesso ao Judiciário deve igualmente ser examinado sob a ótica do interesse de agir e da própria racionalidade da atuação do Estado.

Como aponta Amaral Santos (1998, p. 170), “o exercício do direito de ação, para ser legítimo, pressupõe um conflito de interesses, uma lide, cuja composição se solicita do Poder Judiciário. Sem que ocorra a lide, não há lugar à invocação da atividade jurisdicional”.

Para justificar o exercício da atividade jurisdicional, impõe-se a presença do interesse de agir do autor da ação. O interesse de agir estaria caracterizado quando presentes o binômio necessidade-adequação. A tutela jurisdicional deve ser necessária, isto é, ao autor da ação não é possível obter o alegado direito sem a intervenção do Poder Judiciário, seja porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo (vedação da autotutela), seja porque a lei exige que o direito somente pode ser exercido mediante declaração judicial (ações constitutivas necessárias. Ex.: exercício da tutela e da curatela). Sob o prisma da adequação, a tutela jurisdicional almejada deve ser apta a atender o objeto do direito perseguido pelo autor. (CINTRA, 1997, p. 260).

Acerca do interesse de agir, Antônio Carlos Cintra, Ada Pellegrine Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (1997, p. 258) tecem as seguintes considerações:

Essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição, não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada. Repousa a necessidade da tutela jurisdicional na impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado – ou porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo (...). (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1997, p. 258).

Não há como configurar a lide sem a presença da resistência por parte da Administração Pública, uma vez que não está demonstrado o conflito entre as partes. Esse conflito resta configurado sempre que o administrado comprova que levou ao conhecimento da Administração Pública o seu requerimento administrativo, e aquela negou tal pedido ou não respondeu em prazo razoável.

A negativa administrativa é necessária inclusive para se delimitar o objeto da lide, de modo que os órgãos do Poder Judiciário possam definir os pontos controvertidos sobre os quais recairá a análise jurisdicional.

Sem a prévia provocação administrativa, estaria o Poder Judiciário substituindo o Poder Executivo na função que lhe fora constitucionalmente atribuída, e provocando a desarmonia entre os Poderes.

Assim, exigir o prévio procedimento administrativo antes do ajuizamento de ação contra a Administração Pública não implica violação ao princípio constitucional do acesso ao Judiciário, mas significa respeitar a separação e a harmonia dos Poderes do Estado. É exigir que a Administração seja provocada a assumir a função administrativa outorgada pela Constituição Federal, e que o Judiciário cumpra apenas o seu papel de solucionar conflitos de interesses.

Considerando que o ordenamento jurídico-administrativo põe à disposição do particular meios hábeis para fazer sustar as interferências estatais que afetem seus interesses, no caso o processo administrativo, não é razoável arguir-se a imediata interferência judicial como caminho necessário à satisfação dos interesses juridicamente tutelados dos particulares. Se a atuação do administrado perante a própria Administração for suficiente para afastar a ameaça de lesão a direito ou de viabilizar o reconhecimento desse direito, não há que se falar em interesse de agir em juízo.

É possível afirmar que enquanto a questão estiver sob a apreciação da Administração Pública e sendo tratada em processo administrativo, e isto não caracterizar violação (ou ameaça de violação) de direito subjetivo do administrado, este não está legitimado a se socorrer das vias judiciais, devendo aguardar a conclusão do mencionado processo administrativo. Ressalta-se que esta conclusão não afasta a possibilidade de o Poder Judiciário intervir nas decisões administrativas, mas apenas define o momento em que a intervenção judicial na atividade administrativa se torna legítima (FURTADO, 2013, p. 948).

Essa linha de raciocínio foi adotada pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, em seu enunciado de Súmula nº 2, que diz respeito a saber se a propositura de *habeas data* deve ter como pressuposto a existência de pedido formulado pelo interessado à autoridade administrativa e a consequente recusa (*Não cabe habeas data (CF, art. 5º, LXXII, letra “a”) se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa*). A solução adotada pelo STJ supera a equivocada visão de que o acesso ao Poder Judiciário, em matéria de controle da Administração Pública, independe de qualquer manifestação por parte desta última. Correto o entendimento do STJ, pois se não houver recusa por parte da autoridade responsável pelo fornecimento da informação, não haverá sequer interesse de agir do particular para acionar o Poder Judiciário.

Outra questão importante consiste em saber se o administrado está obrigado a esgotar a instância administrativa para socorrer-se do Poder Judiciário, sob pena de, em não o fazendo, ocorrer a preclusão do direito. Sobre a preclusão do direito, o Código de Processo Civil, no artigo 473, dispõe ser vedado à parte discutir questões em relação às quais a preclusão já se tenha operado.

Não se deve confundir a exigência de prévia passagem administrativa com a necessidade de exaurimento das vias administrativas, expressão muito usada nos precedentes

emitidos pelos Tribunais, espelhados na Súmula 213 do extinto TFR (Tribunal Federal de Recursos): *O exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária.*

Há uma diferença substancial entre exigir que o administrado no momento do ajuizamento da ação comprove a passagem prévia pela Administração Pública e exigir o exaurimento da via administrativa. Exaurir as vias administrativas implica exigir que o administrado percorra todas as possibilidades administrativas do seu pedido; exigir o esgotamento da instância administrativa como condição para a propositura de ações judiciais importa em violação do princípio do controle judicial da Administração Pública, e esse esgotamento não é condição necessária ao acesso ao Poder Judiciário. Todavia, enquanto a existência de processo administrativo fizer sustar a ameaça de violação de direito subjetivo do administrado, não se deve admitir o acesso judicial.

Assim, definir que somente quando a atuação da Administração ferir ou ameaçar direito subjetivo estará o particular legitimado a propor ação judicial contra ato da Administração Pública não restringe ou limita a atividade de controle exercida pelo Poder Judiciário em relação ao Poder Executivo. Evita-se, ao contrário, a banalização na propositura de ações precipitadas e, muitas vezes, desnecessárias, haja vista, não raro, o provimento final por parte de a Administração Pública ser favorável ao particular.

Em artigo intitulado *Tribunal Multiportas*, publicado no *Correio Brasiliense*, a Desembargadora Federal Mônica Sifuentes (2010) ressalta a sua preocupação de “verdadeira transformação do Judiciário em administrador de questões públicas”, ao observar que:

(...) as questões contra o INSS representam nada menos que 70% das demandas em primeira instância, em curso nos Juizados Especiais Federais. Isso porque, paradoxalmente, uma vez facilitado o acesso à Justiça, houve notória diminuição da procura pelos órgãos previdenciários para a postulação de pedidos tais como aposentadorias e revisão de benefícios, antes do ingresso na via judicial. Houve, em consequência, significativo aumento do número de processos judiciais nos quais não se tem caracterizado o conflito de interesses que, em regra, justifica a atuação judicial, pois o pedido não chega sequer a ser analisado na via administrativa. Desse modo, se por um lado se vê a ampliação do acesso à Justiça, por outro parece ocorrer verdadeira transformação do Judiciário em administrador de questões públicas, passando a assumir funções executivas que não são rigorosamente suas. (SIFUENTES, 2010).

A tese adotada de modo irrestrito por parte da jurisprudência e da doutrina pátrias, de que a intervenção judicial sobre a atividade administrativa pode ocorrer a qualquer tempo, banaliza o controle judicial e compromete a efetividade da atividade judicial.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho objetivou demonstrar a grande importância conferida ao processo administrativo pela Constituição Federal de 1988, ao assegurar no rol dos direitos fundamentais que aos litigantes em processo administrativo são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (artigo 5º, inciso LV).

Nessa vertente, ao exigir uma atuação processualizada da Administração Pública, com todas as garantias do devido processo legal, a Constituição Federal abriu caminho para uma jurisdição na esfera administrativa. Isso quer dizer que toda vez que a atuação da

Administração Pública interferir, modificar, extinguir, ameaçar ou lesionar direitos ou interesses do administrado, é imprescindível a instauração de um processo administrativo.

A Lei nº 9.784/1999 – a Lei Geral de Processo Administrativo - faz expressa alusão que o processo administrativo visa o cumprimento dos fins da Administração Pública e a proteção dos direitos dos administrados (artigo 1º).

Assim, o processo administrativo atingirá a sua finalidade somente quando concomitantemente preservar os direitos do administrado, concorrer para uma atuação administrativa consentânea com os fins da Administração Pública e produzir um ato final conclusivo.

A partir dessas premissas, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, a Administração Pública, nas suas diferentes esferas de atuação (Executiva, Legislativa e Judiciária), deverá estar comprometida com o atendimento dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, sob pena de negar o acesso dos administrados à Justiça.

Para dar efetividade às diretrizes constitucionais do processo administrativo, torna-se imprescindível o aperfeiçoamento das autoridades administrativas independentes, ou seja, que os agentes públicos incumbidos da função administrativa judicante tenham formação e qualificação para trabalhar com questões envolvendo o processo administrativo, aquelas relacionadas aos aspectos técnico-jurídicos e principalmente éticos, para que a Administração Pública possa atuar de forma eficiente, com credibilidade e fortalecida como um verdadeiro Poder de Estado.

Ressalta-se que o processo, por sua natureza e estrutura, é obrigatório em todas as funções estatais, havendo unidade entre o processo parlamentar, administrativo e judicial. Essa unidade se traduz na necessidade de debate e na conveniência de se exporem as ideias opostas, em busca da verdade e da realidade dos fatos ou da melhor solução legal.

Em respeito à harmonia entre os Poderes do Estado, na presença de um conflito envolvendo a Administração Pública, é sensato e prudente condicionar o acesso da parte ao Poder Judiciário à prévia provocação administrativa. Isso não significa excluir do Poder Judiciário a apreciação de ameaça ou de lesão a direito ou interesse, mas possibilitar a manifestação da Administração Pública antes da efetiva e necessária interferência do Poder Judiciário. Admitida a possibilidade de, a qualquer momento, o Poder Judiciário interferir na instância administrativa, compromete-se a capacidade do próprio Judiciário atender, a tempo e a contento, a sociedade.

Quando a atuação administrativa não lesionar direitos ou interesses do administrado, a interferência do Poder Judiciário não será legítima. Mas, ao contrário, se a Administração Pública não observar as regras procedimentais ou se extrapolar o tempo razoável para a produção de uma manifestação, o administrado estará legitimado à propositura da ação judicial destinada a coibir o ilícito, inclusive por meio de medidas cautelares.

Assim, a fixação do momento em que se legitima a atuação judicial não atenta contra a autonomia do Poder Judiciário, ou sequer impede o exercício do necessário controle judicial sobre a Administração Pública. Ao contrário, definido esse limite temporal, a interferência judicial ocorrerá de forma mais equilibrada, racional e eficiente.

O prévio percurso da via administrativa antes da ação judicial propicia, no mínimo, que a questão chegue com os pontos controvertidos fixados para que o Judiciário possa solucionar mais rapidamente o litígio, pois não há como configurar a lide sem a presença da resistência da parte, ou seja, sem a demonstração do conflito entre o administrado e a Administração Pública. Esse conflito resta configurado quando o administrado comprova que levou ao conhecimento da Administração o seu requerimento, e aquela negou tal pedido ou não respondeu em prazo razoável.

Nesse cenário, conclui-se que, somente quando a atuação da Administração ferir ou ameaçar direitos ou interesses do administrado, estará este legitimado a propor ação judicial contra a Administração Pública, sem que isso signifique restrição ou limitação do acesso ao Poder Judiciário. Pelo contrário, evita-se a banalização na propositura de ações precipitadas, confere maior efetividade à atuação judicial e enaltece o Estado Democrático de Direito, pelo respeito à separação e harmonia dos Poderes do Estado.

REFERÊNCIAS

ABERASTURY, Pedro y BLANKE, Hermann-Josef (Coords.). *Tendencias Actuales Del Procedimiento Administrativo en Latinoamérica y Europa*. Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung, 2012.

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3.ed. Milão: Giuffré, 1960.

ALVES, Marina Vitória. *A especialização da jurisdição tributária como alternativa para a criação de um sistema mais célere e racional de resolução das lides entre fisco e contribuinte*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2013. 245f.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos humanos*. Resolução 217 A (III), 1948.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Editora 70, 1971.

BITENCOURT NETO, Eurico. *Devido procedimento equitativo e vinculação de serviços públicos delegados no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: por uma Teoria Geral da Política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1995

BOTTALLO, Eduardo Domingos. *Curso de processo administrativo tributário*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil>>. Acesso em: 26 set. 2013.

BRASIL. Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 de março de 1972. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2013.

BRASIL. Decreto nº 83.304, de 28 de março de 1979. Institui a Câmara Superior de Recursos Fiscais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 29 de março de 1979. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2013.

BRASIL. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 de fev. 1967. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2013.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17/01/1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil>>. Acesso em: 17 set. 2013.

BRASIL. Lei nº 5172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e Institui Normas Gerais de Direito Tributário Aplicável à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 de outubro de 1966. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2013.

BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 de set. de 1980. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2013.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o Processo Administrativo no Âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial da União*, 1º/02/1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil>>. Acesso em: 05 mar. 2013.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 03, de 3 de janeiro de 2008. Estabelece limite para interposição de recurso de ofício pelas Turmas de Julgamento das Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ). *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 jan. 2008. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2013.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 256 de 22 de junho de 2009. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 de jun. de 2009. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2013.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria SRF nº 3.608, de 6 de julho de 1994. Dispõe sobre as Delegacias da Receita Federal de Julgamento. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 jul. 1994. Disponível em: <<http://www.fiscosoft.com.br>>. Acesso em: 20 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial - REsp nº 1310042/PR, 2ª Turma. Relator Ministro Herman Benjamin. Brasília, 15.05.2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, 28.05.2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 12.105/PR, Relator Ministro Franciulli Netto, julgado em 03/03/2005. *Diário da Justiça*, Brasília, 20/06/2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 2. *Diário da Justiça*, Brasília, 18.05.1990. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1976. Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgada em 28/03/1997. *Diário da Justiça*, Brasília,

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.268-0/MG, Relator Ministro Gilmar Mendes. *Diário de Justiça*, Brasília, 17/09/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário - RE nº 631.240/MG, Relator Ministro Roberto Barroso. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 10.12.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 21. *Diário da Justiça*, Brasília, 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região. Apelação AC nº 1999.36.00.002275-0/MT Relatora Desembargadora Federal Neusa Maria Alves da Silva. *Diário da Justiça Eletrônico – DJF1*, Brasília, 07.04.2008. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br>>. Acesso em: 05 ago. 2013.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos (extinto). Súmula 213: “o exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária.”

BRETAS C. DIAS, Ronaldo. Fundamentos Constitucionais da Jurisdição no Estado Democrático de Direito. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRUNINI, Weida Zancaner. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Malheiros, janeiro 2008.

CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 7.ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1965.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. 5.ed. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Jurídica Europa-América, 1973.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração*. Salvador: Juspodivm, 2008.

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

_____. *Processo administrativo federal*. Comentários à lei nº 9.784/99. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

_____. *Processo Administrativo*. In: TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord. Geral) & ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *Direito Administrativo*. Niterói, 2005, p. 137/168.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CÓDIGO MODELO DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS – JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL – PARA IBERO-AMÉRICA. Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Buenos Aires, 2012.

ECO, Humberto. *Como se faz uma tese*. São Paulo: Ática, 2005.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de & FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 10.ed. Madri: Civitas, 2000.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAZ, Sérgio & DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 13.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito constitucional*. Barueri: Manole, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FRAGA, Gabino. *Derecho administrativo*. 35.ed. México: Porrúa, 1997.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Introdução ao direito processual administrativo*. São Paulo: RT, 1971.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 4.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GODOI, Marciano Seabra de. Sobre a possibilidade de a Fazenda Pública reverter, em juízo, decisões definitivas dos conselhos de contribuintes. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 396-401.

GORDILLO, Agustin. *Tratado de derecho administrativo*. 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GRINOVER, Ada Pelegrini. As Garantias do Contraditório e Ampla Defesa. *Jornal do Advogado*, São Paulo, n. 175, nov. 1990.

IVANEGA, Mirian M. *Princípios del procedimiento administrativo: informalismo, instrucción de ofício y verdad material*. In: CASSAGNE, Juan Carlos. *Procedimiento y Proceso Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005.

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPÉIA. *Decisão sobre o Código de Boa Conduta Administrativa*. Centro Europeu para o Desenvolvimento da Formação Profissional (CEDEFOP), 29/09/2011, C 285/3.

LEAL, André Cordeiro. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LUKIC, Melina Rocha. A análise da (in)constitucionalidade no processo administrativo fiscal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 259, p. 185-205, jan./abr. 2012.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo Tributário*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARINS, James. *Direito Processual Tributário Brasileiro (administrativo e judicial)*. 5.ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997. V. 1.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Trad. Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1945. v. 1.

MAURER, Hartmut. *Derecho administrativo alemán*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. São Paulo: RT, 1992.

_____. *Direito administrativo moderno*. 16.ed. São Paulo: RT, 2012.

_____. *A Processualidade no direito administrativo*. São Paulo: RT, 1993.

_____. e SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18.ed. São Paulo: RT, 1993

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO, José Eduardo Soares de. A Coexistência dos Processos Administrativo e Judicial Tributário. *Processo Administrativo Fiscal*, v. 2, n. 70.

MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez. Ganada: Editorial Comares, 2004.

MINAS GERAIS. Decreto nº 44.747, de 03 de março de 2008. Estabelece o Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA). *Diário Oficial de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 04 mar. 2008. Disponível em: <<http://www.fazenda.mg.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2013.

MINAS GERAIS. Decreto nº 45.995, de 27 de junho de 2008. Altera o Regulamento do Processo e do Procedimento Tributário Administrativo (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747, de 3 de março de 2008. *Diário Oficial de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 28 jun.2008. Disponível em: <<http://www.fazenda.mg.gov.br>>. Acesso em: 27 out. 2013.

MINAS GERAIS. Decreto nº 44.906, de 26 de setembro de 2008. Aprova o Regimento Interno do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais. *Diário Oficial de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 27 set. 2008. Disponível em: <<http://www.fazenda.mg.gov.br>>. Acesso em: 10 mai. 2013.

MINAS GERAIS. Decreto-lei nº 1.618, de 8 de janeiro de 1946. Dispõe sobre o julgamento administrativo das questões fiscais e dá outras providências. *Livro da Lei Mineira*, Belo Horizonte, 8 jan. 1946. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br>>. Acesso em: 13 ago. 2013.

MINAS GERAIS. Lei nº 5.047, de 27 de novembro de 1968. Cria na Secretaria de Estado da Fazenda a Procuradoria Fiscal do Estado regula o processo tributário administrativo e dá outras providências. *Diário Oficial de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 28 nov. 1968. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br>>. Acesso em: 13 ago. 2013.

MINAS GERAIS. Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975. Consolida a Legislação Tributária do Estado de Minas Gerais e dá outras providências. *Diário Oficial de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 30 dez. 1975. Disponível em: <<http://www.fazenda.mg.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2013.

MINAS GERAIS. Lei nº 13.470, de 17 de janeiro de 2000 (Revogada pela Lei nº 17.247/2007). Dispõe sobre o Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais e dá outras providências. *Diário Oficial de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 18 jan. 2000. Disponível em: <<http://www.fazenda.mg.gov.br>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

MINAS GERAIS. Lei nº 14.184, de 30 de janeiro de 2002. Dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. *Diário Oficial de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0079.12.003762-1/002, Relatora: Desembargadora Sandra Fonseca, 6ª Câmara Cível. Belo Horizonte: Diário de Justiça, 14/12/2012. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 24 nov. 2013.

MONTESQUIEU, C., *O Espírito das Leis*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Vânia Cardoso André de. *Demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública: hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição*. Brasília: CJF, 2012.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9784/99*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA, João Batista Gomes. O Processo Administrativo como Meio de Prevenção e Solução de Litígios. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, a.10, n. 114, p. 7-15, ago 2010.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NÚCLEO DE ESTUDOS FISCAIS - NEF. *Reforma do Processo Administrativo Fiscal Federal (PAF) / CARF: Excelência, Celeridade e Eficiência: Relatório Final do Núcleo de Estudos Fiscais da Fundação Getúlio Vargas*, 2009. Disponível em: <<http://invente.com.br/nef/files/upload/2011/05/19/relatorio-final-completo-nef-2009-v-1-0.pdf>>. Acesso em 27 out. 2013.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. O Direito Administrativo – Origem e Perspectivas. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). *Perspectivas do direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 31-56.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa*. 2.ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

PERLINGEIRO, Ricardo. A Impugnação judicial de atos administrativos na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, a.2, n. 7, p. 255/272, jul./set. 2007.

_____. A Justiça Administrativa Brasileira Comparada. *Revista CEJ*, Brasília: CJF, v. 16, n. 57, p. 6-18, maio/ago. 2012.

_____. *Execução Contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. Administrative Justice in Brazil: a judicial, non judicial or hybrid jurisdiction? *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 233, jul., 2014. No prelo.

_____. Os princípios do procedimento administrativo no Brasil e os desafios da Igualdade e da Segurança Jurídica. *Interesse Público*, Fórum, a.13, n. 68, jul./ago. 2011.

PETIAN, Angélica. *Regime jurídico dos processos administrativos ampliativos e restritivos de direito*. São Paulo: Malheiros, 2011.

PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. *Direito administrativo*. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PINTO E NETTO, Luísa Cristina. *Participação administrativa procedimental*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

RESENDE, Sérgio Caetano de. *Processo administrativo no estado democrático de direito*. Dissertação de Mestrado: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2001, 131f.

RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. *Processo administrativo tributário*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, 1997, p. 194-196.

ROCHA, Sergio André. *Processo administrativo fiscal: controle administrativo do lançamento tributário*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência sobre "atos geradores" que decorrem de atividade interpretativa do contribuinte, ex vi do art. 150/CTN, e a jurisprudência do STJ sobre atos "ilícitos", "pagamento antecipado" e "contagem do prazo do art. 173 do CTN*. Fiscosoft, 2011. Disponível em: <http://www.fiscosoft.com.br>. Acesso em 31 jul. 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O Processo Administrativo Como Instrumento do Estado de Direito e da Democracia. In: MEDAUAR, Odete & SCHIRATO, Vitor Rhein. (Coords.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 9-51.

SIFUENTES, Mônica. Tribunal Multiportas. *Correio Brasiliense*, Brasília, p. 17, fev. 2006.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SOUSA, Rubens Gomes de. Ideias Gerais para uma Concepção Unitária e Orgânica do Processo Fiscal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 34, p. 14-33, out./dez.1953.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4.ed. 10.tir, São Paulo: Malheiros, 2009.

THEODORO FILHO, Wilson Roberto. A Crise da Modernidade e o Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a.42, n. 165, jan./mar 2005, p. 231-237.

TROIANELLI, Gabriel Lacerda; ROCHA, Sergio André. O CARF: a nova fisionomia do velho conselho de contribuintes. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2009, p. 117-134.

XAVIER, Alberto. *Princípios do processo administrativo e judicial tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Referência:

QUEIROZ, Soraia Brito de. O processo administrativo e a sua relação com o acesso aos tribunais. *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v.16, n.1, p. 161-194, jan./dez., 2019.

Aceito em: Dezembro/2019.

DA APLICAÇÃO DE MULTA COERCITIVA CONTRA AGENTE PÚBLICO EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA

PABLO HENRIQUE GARCETE SCHRADER*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Conceito de agente público. 2.1 Da diferença entre agente público e autoridade pública. 2.2 Da autoridade coatora e da legitimidade passiva em sede de mandado de segurança. 3 Das medidas coercitivas de ordem patrimonial previstas no Código de Processo Civil. 3.1 Da multa diária como mecanismo de efetivação da tutela específica. 4 Da aplicação de multa coercitiva contra agente público em sede de mandado de segurança. 5 Conclusão.

RESUMO: O objetivo deste trabalho é proceder ao estudo alusivo à possibilidade de aplicação de multa coercitiva contra agente público em sede de mandado de segurança. Para tanto, será levado em consideração o posicionamento favorável da doutrina e da jurisprudência pátria atual a esse respeito, inclusive do Superior Tribunal de Justiça. Outrossim, utilizar-se-á como marco legal o novo Código de Processo Civil de 2015 e a Lei do Mandado de Segurança, mormente nos casos em que, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado equivalente, o juiz poderá determinar as medidas necessárias ao cumprimento da decisão judicial, sobretudo em sede de mandado de segurança, em cuja demanda a autoridade impetrada possui posição *sui generis*. Ao final, será demonstrado que, em casos nos quais a autoridade apontada como coatora mostrar-se renitente, desidioso ou recalcitrante ao cumprimento de determinação judicial dirigida contra a pessoa jurídica da qual integra, o próprio agente público é quem deverá sofrer eventuais sanções, dentre as quais, a aplicação de multa coercitiva, sob pena de a sociedade ter que arcar com um ônus do qual efetivamente não deu causa.

Palavras-chave: Multa coercitiva; agente público; mandado de segurança.

* Procurador do Estado do Mato Grosso do Sul.

1 INTRODUÇÃO

Em prolegômenos, o presente artigo científico, tendo como metodologia a pesquisa bibliográfica, buscará abordar tema alusivo à possibilidade de aplicação de multa coercitiva contra agente público em sede de mandado de segurança.

Para tanto, ao longo do texto, será demonstrado que a aplicação da sobredita penalidade deverá ser impingida, exclusivamente, à autoridade coatora/impetrada, em casos nos quais este agente público mostrar-se renitente, desidioso ou recalcitrante ao cumprimento de determinação judicial dirigida contra a pessoa jurídica de direito público da qual integra, sob pena de a sociedade ter que responder por um ônus do qual efetivamente não deu causa.

Ademais, será levado em consideração o posicionamento favorável da doutrina e da jurisprudência pátria atual a esse respeito, inclusive do Superior Tribunal de Justiça.

Outrossim, utilizar-se-á como marco legal o novo Código de Processo Civil de 2015 e a Lei do Mandado de Segurança, mormente nos casos em que, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado equivalente, o juiz poderá determinar as medidas necessárias ao cumprimento da decisão judicial, sobretudo em sede de mandado de segurança, em cuja demanda a autoridade impetrada possui posição *sui generis*.

Por derradeiro, por ocasião da conclusão, demonstrar-se-á que a aplicação de multa coercitiva, de forma exclusiva, contra agente público, em sede de mandado de segurança, além de ter escoro legal, doutrinário e jurisprudencial, importará em um efeito pedagógico a qualquer autoridade estatal, pois, ciente da sua própria responsabilidade, atuará de modo a respeitar-se o erário e o ente público do qual é parte integrante.

2 CONCEITO DE AGENTE PÚBLICO

É assente que a expressão *agente público* é bastante elástica, para determinar, de forma específica, os sujeitos que exercem funções públicas. Desse modo, qualquer pessoa que age em nome do Estado é agente público, independentemente de vínculo jurídico, ainda que atue sem remuneração e transitoriamente.

Assim sendo, uma vez que o Estado está atuando por via do sujeito, responderá pelos atos praticados, sendo a responsabilidade objetiva do Estado, nos moldes do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Neste sentido, a Lei 8.429/92 estabelece que:

Reputa-se agente público, para fins desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Logo, por intermédio do agente público, o Estado se faz presente, manifestando sua vontade nas esferas de Governo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), em quaisquer dos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Outrossim, pode-se afirmar que agente público é a pessoa física que presta serviço ao Estado *lato sensu* (União, Estado, Distrito Federal e Municípios – Administração Direta) e às pessoas jurídicas da Administração Indireta (autarquias, fundações públicas empresas públicas e sociedades de economia mista), ainda que de forma transitória ou sem remuneração.

Inclusive, o Código Penal confere a mesma abrangência ao definir *funcionário público*. É cediço que a expressão *funcionário público* já está superada no Direito Administrativo, sendo substituída pela expressão *agente público*. Entretanto, o Código Penal estabelece, em seu artigo 327, que “Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”.

Sendo assim, nas palavras de Matheus Carvalho (CARVALHO, 2016, p. 734):

[...] podem ser considerados agentes públicos aqueles que exercem função pública em virtude de relação trabalhista, em qualquer dos entes da Administração Pública Direta ou Indireta, seja este em regime estatutário, mediante a nomeação de servidores que se submetem às regras definidas em estatuto próprio, seja um regime de emprego, por meio de contratação de empregados, sob o regime da Consolidação das Leis Trabalhistas para prestarem serviços, mediante regime de emprego público.

Da mesma forma, todos os particulares contratados sob regime de cargo temporário, nos moldes definidos pelo art. 37, IX da Constituição Federal, ainda são considerados agentes públicos e exercem função pública.

Também podem ser considerados agentes públicos aqueles que, mesmo não possuindo qualquer vínculo de natureza administrativa ou política com o ente estatal, atuam no exercício de funções públicas, tais como, por exemplo, o mesário no dia da eleição ou o jurado, no dia em que presta o serviço de atuação no júri popular, ou, ainda, os agentes das concessionárias e permissionárias de serviços públicos e os titulares das serventias de cartório, autorizados, após aprovação em concurso público, para execução de serviços notariais e registrais, mediante delegação.

Celso Antônio Bandeira de Mello (DE MELLO, 2008, p. 242) assim se manifesta acerca dos agentes públicos:

Os servidores públicos são uma espécie dentro do gênero “agentes públicos”. Para bem distinguir tal espécie, apartando-a claramente das demais, é útil, primeiramente, examinar o panorama dentro do qual ela se encarta. É o que se fará apresentados o amplo quadro compreensivo das variedades tipológicas de agentes por meio dos quais o Estado se manifesta.

Esta expressão – *agentes públicos* – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente.

E, em todos os casos, o Estado responde pelos atos praticados pelo sujeito, se ele causar dano a alguém no exercício da função pública, haja vista o fato de que, naquele momento, ostenta a qualidade de agente público atuando em nome do ente estatal. De fato, a Administração Pública os habilita para atuarem em seu nome.

Impende asseverar, por oportuno, que, por exercerem função pública, os atos ou

omissões perpetrados pelos agentes público são imputados à pessoa jurídica que integram e se sujeitam ao controle judicial, que se pode dar por meio dos remédios constitucionais, tais como Mandado de Segurança e Ação Popular.

Neste comenos, os agentes públicos, considerados amplamente, podem figurar como autoridade coatora, para prestação de informações em Mandado de Segurança, somente não sendo admitida, nos moldes da Lei n. 12.016/2009, em seu artigo 1º, §2º¹, a impetração do *writ* constitucional contra os atos de gestão comercial, praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

Logo, como por exemplo, é possível que o *mandamus* seja impetrado em face de atos praticados pelo diretor de uma universidade particular, ante a função pública por este exercida.

Por derradeiro, em razão do exposto no art. 37, §6º, da Lei Maior, o poder público se responsabiliza objetivamente por todos os atos praticados pelos agentes públicos, neste caso, considerados amplamente, sendo que, após o pagamento de eventual indenização que se entenda devida, é cabível a propositura de ação regressiva em face do sujeito, desde que reste demonstrada que sua participação no evento danoso se deu a título de dolo ou, ao menos, que ele agiu culposamente para a ocorrência do dano causado a outrem.

2.1 DA DIFERENÇA ENTRE AGENTE PÚBLICO E AUTORIDADE PÚBLICA

Como visto acima, os agentes públicos, considerados amplamente, podem figurar como autoridade coatora, para prestação de informações em Mandado de Segurança, a teor do disposto no art. 1º, § 1º, da Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009 – a qual regula o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências -, a saber:

Art. 1º

[...]

§ 1º Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.

Logo, o termo legal *autoridade coatora* pode ser entendido como sinônimo de autoridade pública, a qual é a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída, de forma legal.

Ademais, consoante apregoam Mário Lúcio Quintão Soares e Lailson Baeta Neves, ao diferir-se a autoridade pública do agente público, tem-se o seguinte quadro (SOARES; NEVES, 2019, p. 12):

O que difere a autoridade pública do simples agente público é que o primeiro tem poder de decisão dentro de uma ordem hierárquica, ou seja, demonstra-se

1 Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

[...]

§ 2º Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

competente para praticar atos administrativos decisórios.

Casos tais atos sejam praticados, com abuso ou de forma ilegal, dão azo à impetração do mandado de segurança. Por isso, segundo a doutrina, o agente público não responde por meros atos executórios.

Por ato de autoridade (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2010, p. 33), conclui-se que:

Ato de autoridade é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Por autoridade, entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal. Deve-se distinguir autoridade pública do simples agente público. Aquela detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e é competente para praticar atos administrativos decisórios, os quais, se ilegais ou abusivos, são suscetíveis de impugnação por mandado de segurança, quando ferem direito líquido e certo; este não pratica atos decisórios, mas simples atos executórios e, por isso, não está sujeito ao mandado de segurança, pois é apenas executor de ordem superior.

Com efeito, para fins de Mandado de Segurança, consideram-se autoridades públicas aquelas pessoas físicas investidas de poder de decisão dentro de sua esfera de competência atribuída por meio de lei. Também, podem ser classificados no mesmo sentido os administradores ou representantes de autarquias e de entidades paraestatais ou ainda pessoas naturais ou jurídicas, com funções delegadas ou enquanto concessionários de serviços de utilidade pública no que concerne a essas funções.

2.2 DA AUTORIDADE COATORA E DA LEGITIMIDADE PASSIVA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA

A Lei do Mandado de Segurança (Lei Federal nº 12.016/2009) prescreve que o impetrante deverá, quando do ajuizamento do *writ* mandamental, integrar o polo passivo da relação processual não só com a autoridade coatora, mas, também, com a pessoa jurídica de direito pública a qual esta se encontra vinculada, senão veja-se:

Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

Igualmente, a referida lei reza que o juiz, ao despachar a inicial, deverá intimar o órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, bem como, ao final do processo, intimá-lo da decisão que conceder a segurança. Leia-se os seguintes preceitos:

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

II - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;

Art. 13. Concedido o mandado, o juiz transmitirá em ofício, por intermédio do oficial do juízo, ou pelo correio, mediante correspondência com aviso de recebimento, o inteiro teor da sentença à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada.

Consoante se infere, a nova lei mandamental tentou pôr fim a uma infundável controvérsia tanto na doutrina² como na jurisprudência³ sobre o tema. E, nesse tanto, a parte final do precitado dispositivo legal, ao criar a obrigatoriedade de inclusão da pessoa jurídica de Direito Público, trouxe para a relação jurídica processual o real responsável pelo ato violador do direito líquido e certo do impetrante.

A corroborar tal assertiva, colhe-se o ensinamento de Rafael Vêras de Freitas (FREITAS, 2015, p. 597):

Isso se justifica porque o ente público é, sem dúvida, o titular da manifestação de vontade do servidor – neste caso, a da autoridade coatora impetrada –, bem como será o responsável por eventuais ônus patrimoniais decorrentes de condenações no feito.

Ademais, resta saber se o novo diploma fez surgir um litisconsórcio passivo necessário, ou seja, se se estipulou a obrigatoriedade de apresentação de contestação, ou se criou, tão-somente, a obrigatoriedade de uma intimação do representante fazendário para a participação no feito.

Ora, vê-se que não parece se tratar de um litisconsórcio passivo necessário, mas, sim, da obrigatoriedade de indicação da pessoa jurídica no polo passivo do mandado de segurança para fins de intimação, na medida em que a autoridade coatora encontra-se vinculada funcionalmente à pessoa jurídica de direito público.

Essa interpretação compatibiliza-se com a celeridade própria do rito mandamental, porquanto não seria razoável que a pessoa jurídica de direito público tivesse que ser citada para apresentar contestação. Contudo, deve tal entidade se manifestar, quando da sentença de concessão da segurança, em observância à *mens legis* de manter-se a celeridade da ação mandamental.

Ainda, reforça o entendimento de que, no âmbito mandamental, até a prolação da sentença, a comunicação dos atos processuais deve ser feita à autoridade impetrada, que é quem detém a obrigação legal de prestar informações⁴, e não à pessoa jurídica de direito público.

2 De um lado, Hely Lopes Meirelles já afirmava que: Por autoridade entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída. (MEIRELES, Hely Lopes. Mandado de Segurança 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 33); de outro, José Antonio Remédio traz a seguinte ponderação: sujeito passivo, por outro lado, é o ente que irá suportar os efeitos da decisão judicial procedente. (REMÉDIO, José Antonio. Mandado de Segurança individual e coletivo. São Paulo: Saraiva, 2002, p.260)

3 Toda esta celeuma pode ser resumida no seguinte excerto da lavra do Superior Tribunal de Justiça: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PASSIVA. PESSOA JURÍDICA.

1. A doutrina e a jurisprudência não são pacíficas quanto à possibilidade de a pessoa jurídica ser parte legítima para figurar no pólo passivo da ação mandamental. 2. Parte da doutrina considera que o mandado de segurança deve ser impetrado não contra o ente público, mas sim contra a autoridade administrativa que tenha poderes e meios para a correção da ilegalidade apontada. Outra parte, enveredando por caminho totalmente oposto, afirma que a legitimidade passiva é da pessoa jurídica e não da autoridade administrativa. 3. Não é possível reclamar da parte o conhecimento da complexa estrutura da Administração Pública, de forma a precisar quem será a pessoa investida de competência para corrigir o ato coator. 4. A pessoa jurídica de direito público a suportar os ônus da sentença proferida em mandado de segurança é parte legítima para figurar no pólo passivo do feito, por ter interesse direto na causa. 5. Recurso especial conhecido e desprovido. (REsp 547.235 / RJ RECURSO ESPECIAL2003/0048934-0)

4 REsp nº 1051886 / RS RECURSO ESPECIAL 2008/0089537-4.

Todavia, segue-se a advertência de Rafael Vêras de Freitas (FREITAS, 2015, p. 598):

É evidente, pois, que, se antes de prolação da sentença de concessão da segurança, ficar evidenciada a atuação culposa ou dolosa da autoridade coatora no Mandado de Segurança, deverá a pessoa Jurídica de Direito Público intervir no processo, no estado em que se encontra, de forma a coibir eventuais ilegalidades já praticadas, tudo isso dentro do seu dever de autotutela (Súmula 473 do STF). Ora, se a pessoa jurídica de direito público será colocada no polo passivo da relação jurídica processual, é imprescindível que o seu órgão de representação jurisdicional seja intimado para atuar no feito, para defesa dos interesses secundários do Estado. Trata-se, em última análise, de um corolário do devido processo legal, notadamente nas vertentes do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da CRFB). Além disso, esta ciência prévia do ajuizamento do *writ*, certamente, contribuirá para o fortalecimento da atuação da Advocacia de Estado (artigo 131 e 132 da CFRB), como órgãos que devem exercer, na mesma medida, o controle da legalidade dos atos do Poder Público.

Além do mais, Carlos Alberto Garcete (GARCETE, 2010, p. 45) entende que a pessoa jurídica a que esteja a autoridade coatora (impetrada) vinculada é quem figura no polo passivo do remédio heroico, *verbis*:

Nosso entendimento é no sentido de que a pessoa jurídica a que esteja a autoridade coatora (impetrada) vinculada é quem figura no polo passivo do remédio heroico. A sabendas, note-se – pelo procedimento adotado pela Lei Federal nº 12.016/2009 – que a atuação do coator se cinge a prestar as informações necessárias ao esclarecimento do ato tido por viciado – porquanto é quem está mais bem preparado para relatar e explicitar o ocorrido – e a cumprir a ordem eventualmente determinada pelo juiz da causa.

No mais, a pessoa jurídica a que esteja vinculado é quem se manterá no polo passivo, suportando todos os ônus e exercendo o devido processo legal, inclusive para interpor os recursos necessários. Além disso, será quem, em eventual ação (posterior) de indenização que decorra do reconhecimento judicial da ilegalidade do ato de autoridade, figurará no polo passivo e, em caso de procedência da pretensão, será condenada.

Logo, não parece escoreito o entendimento de que a autoridade coatora deva ser considerada com a titular do polo passivo.

No mesmo trilha, Leonardo Carneiro da Cunha (CUNHA, 2014, p. 561) pontua que “a legitimidade passiva para o mandado de segurança é da pessoa jurídica a cujos quadros pertence a autoridade de quem emanou o ato impugnado”.

Frise-se que esse posicionamento – o qual entende-se escoreito – está firmado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça⁵.

5 REsp. nº 647.409-MA, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux. Por unanimidade. J. em 7.12.2004: “Em sede de *mandamus* a parte é a entidade pública a que pertence a autoridade coatora, de regra, carente de *legitimatío ad processum*, tese que reforça a necessidade de intimação da pessoa de direito público para recorrer e apresentar contra-razões, máxime à luz da novel Carta Federal, que privilegia sob a fórmula pétrea a ampla defesa, o contraditório e o *due processo of law*. ‘1. A parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público a que se vincula a autoridade apontada como coatora. Os efeitos da sentença se operam em relação à pessoa jurídica de direito público, e não à autoridade. 2. A opção legislativa, com a finalidade de manter a celeridade da ação mandamental, limita-se a determinar a notificação para informações e à comunicação da sentença (Lei nº 1.533/51, arts. 7º e 11). Todavia, apresentado recurso pela impetrante, a intimação, para contra-razões, deve ser feita ao representante judicial da própria pessoa jurídica’ (REsp. nº 619.461/RS, Relator

Ora, a identificação da autoridade coatora é de suma importância, pois serve para definir a competência do juízo, além de precisar quem deve, especificamente, sofrer o comando judicial e cumpri-lo.

Outrossim, deve ser indicada como autoridade, no mandado de segurança, aquele agente público com competência para desfazer o ato atacado ou para cumprir a segurança. Neste passo, assim reza a Súmula 627 do STF⁶.

Lado outro, não obstante a existência das regras contidas nos artigos 6º e 7º da Lei nº 12.016/2009, que determinam a indicação da pessoa jurídica com sua posterior intimação, tal situação não modifica o entendimento segundo o qual a legitimidade passiva para o mandado de segurança é da pessoa jurídica, cabendo à autoridade coatora apenas prestar informações e, em caso de concessão de segurança, cumprir a ordem impingida pelo órgão judicial.

Como diz Leonardo Carneiro da Cunha (CUNHA, 2014, p. 562) “A autoridade *presenta* a pessoa jurídica, prestando informações. Além disso, cumpre dar ciência à pessoa jurídica dos termos da demanda mandamental, a fim de que possa oferecer alguma manifestação tida como relevante”.

Na verdade, a autoridade, no mandado de segurança, é a pessoa física presente em juízo, ou seja, ela, na linguagem de Pontes de Miranda, *presenta* a pessoa jurídica. Significa que a pessoa jurídica está no processo, desde o início, na pessoa da autoridade, cuja função é, apenas, prestar informações (DIDIER JR, 2002, p. 369-370).

3 DAS MEDIDAS COERCITIVAS DE ORDEM PATRIMONIAL PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O art. 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015, estabelece que o juiz poderá lançar mão de medidas indutivas e coercitivas, as quais são utilizadas basicamente para o cumprimento de ordens judiciais em decisões interlocutórias ou finais com natureza condenatória, mandamental ou executiva.

A princípio, tem-se que os provimentos declaratórios e constitutivos finais não necessitam de imposição de medidas indutivas ou coercitivas para seu cumprimento, sendo que a declaração positiva ou negativa bem como a constituição positiva ou negativa de uma relação jurídica esgotam, por si sós, o objeto da tutela jurisdicional, conforme escólio de Fabio Caldas de Araújo (ARAÚJO, 2016, p. 640).

As medidas indutivas podem estar previamente contidas no comando legal que preenche o suporte fático da decisão judicial. Tais medidas agregam à decisão judicial um incentivo ao cumprimento espontâneo do comando, inclusive com o fim de evitar medidas coercitivas pessoais e patrimoniais próprias da execução indireta ou, mesmo, a aplicação da

Ministro Teori Zavascki). 3. Precedentes jurisprudenciais desta Corte: REsp. nº 619.461/RS, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 06.09.2004 e ROMS nº 14.176, Ministro Félix Fischer, DJ 12.08.2002. 4. Recurso especial provido para anular o acórdão recorrido, determinando a intimação do Estado do Maranhão para oferecer contra-razões ao recurso de apelação interposto pela empresa impetrante”.

⁶ No mandado de segurança contra a nomeação de magistrado da competência do Presidente da República, este é considerado autoridade coatora, ainda que o fundamento da impetração seja nulidade ocorrida em fase anterior do procedimento.

técnica sub-rogatória, que revela a execução direta, citando-se, como exemplo, o disposto nos artigos 701, § 1^o, e 827, § 1^o, ambos do CPC (ARAÚJO, 2016, p. 642).

Por seu turno, as medidas coercitivas de ordem pessoal (prisão civil) ou patrimonial (multa diária = *astreintes*) podem ser concedidas na tutela provisória ou definitiva, no âmbito cognitivo, executivo ou cautelar.

Por oportuno, vale destacar que no Código de Processo Civil de 1973 não havia previsão expressa da aplicação de medidas coercitivas de ordem patrimonial para ações condenatórias cujo objeto fosse prestação pecuniária. Essa previsão foi consagrada pelo novo CPC, na parte final do art. 139, IV.

Já as ordens judiciais oriundas de ações condenatórias e mandamentais permitem a aplicação de medidas coercitivas de pressão (*moyen de pression*), representadas pelas *astreintes* e pela prisão civil.

Segundo Renato Montans de Sá (SÁ, 2019, p. 1128):

[...] as peculiaridades do direito material, especialmente no tocante às tutelas específicas, em que se necessita muito mais de um “agir” do obrigado do que propriamente uma intervenção estatal na sua esfera patrimonial (execução direta por sub-rogação), levaram o legislador a permitir, em obrigações não representadas por dinheiro, medidas atípicas, ora estabelecidas de maneira genérica pela lei, ora desenvolvidas pelo próprio magistrado à luz das circunstâncias do caso concreto.

Tal atipicidade, outorgada pela lei, encontra-se prevista num microsistema compreendido pelos arts. 139, IV, 297, 536, §§ 1^o a 3^o, e 537 do CPC, a saber:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1^o Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

7 Art. 701. Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa.

§ 1^o O réu será isento do pagamento de custas processuais se cumprir o mandado no prazo.

8 Art. 827. Ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários advocatícios de dez por cento, a serem pagos pelo executado.

§ 1^o No caso de integral pagamento no prazo de 3 (três) dias, o valor dos honorários advocatícios será reduzido pela metade.

§ 2º O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no [art. 846, §§ 1º a 4º](#), se houver necessidade de arrombamento.

§ 3º O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§ 2º O valor da multa será devido ao exequente.

Como se extrai do comando legal, tem-se que as medidas coercitivas não visam à substituição do executado, mas à pressão para que cumpra com a determinação judicial. Além do mais, tais medidas assumem papel de relevo na execução indireta, sendo aplicadas como medidas de apoio ao cumprimento da tutela específica (obrigações de fazer, não fazer e dar coisa), as quais não prescindem da participação do réu para a satisfação da ordem judicial.

Com efeito, como medidas coercitivas para o auxílio ao cumprimento de decisões judiciais na execução indireta, nosso sistema prevê medidas de coerção patrimonial ou pessoal. Como medida de coerção patrimonial é possível a fixação de multa diária (*astreintes*) em caso de descumprimento de ordem judicial, nos termos do disposto nos precitados artigos 139, IV, 536, § 1º e 537, todos do Código de Processo Civil de 2015.

3.1 DA MULTA DIÁRIA COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA

As *astreintes* (multa diária) não dependem de pedido da parte e poderão ser aplicadas de ofício pelo juiz, o qual, também, poderá disciplinar seu período de incidência, aumento ou diminuição. A multa pode ser aplicada na tutela provisória, na sentença e na fase de execução.

Nesse compasso, pode-se afirmar que, dentre as medidas coercitivas de apoio, certamente, a mais importante é a multa diária (*astreintes*). E, na linha do que defende Renato Montans de Sá (SÁ, 2019, p. 1139), conclui-se que:

[...] a multa prevista no art. 537 do CPC/2015 não seja sancionatória, pois não visa apenar o devedor que não cumpriu a obrigação. Muito pelo contrário, para que se obtenha a tutela *in natura*, é fundamental que a multa não tenha função retrospectiva, mas prospectiva, pois o interesse é no cumprimento da obrigação e a multa tem a função de exercer essa coerção indireta sobre o obrigado, estimulando-o ao cumprimento.

Nº outro passo, para a melhor compreensão sobre da estrutura da multa coercitiva, e a fim de evitar distorções na sua aplicação, é de vital importância trazer a sua diferença com a multa indenizatória prevista no art. 77, incisos V e VI, e §§ 1º a 5º, do CPC/2015, a

9 Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

denominada *Contempt of Court*, consoante demonstrado por Renato Montans de Sá (SÁ, 2019, p. 1140):

Multa coercitiva (CPC, art. 537)	Multa sancionatória (CPC, art. 77)
Natureza meramente processual: objetiva efetiva uma decisão judicial	Natureza processual-administrativa: punição pelo descumprimento de uma ordem
Função constrictiva (é prospectiva, pois visa impor uma conduta para o futuro)	Função punitiva (é retrospectiva, pois visa sancionar uma conduta ou omissão pretérita)
O valor é variável e periódico de acordo com o magistrado	O valor é fixo. As bases estão estabelecidas em lei
Não se limita ao valor da obrigação, podendo excedê-la	Não pode ultrapassar o valor da obrigação
Beneficiário da multa é a parte contrária	Beneficiário da multa é o Estado
“A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitindo o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte” (art. 537, § 3º, CPC/2015)	“Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa prevista no § 2º será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no art. 97” (art. 77, § 3º, CPC/2015)

As *astreintes* representam um meio coercitivo de caráter patrimonial, destinado a pressionar a vontade do réu para que ele cumpra o mandamento jurisdicional, sujeitando-se então à multa diária, sendo também um mecanismo de preservação da autoridade do juiz, de modo a constranger o devedor a satisfazer a obrigação, ou seja, a cumprir a prestação devida pelo não cumprimento.

[...]

V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;

VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

§ 3º Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa prevista no § 2º será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no [art. 97](#).

§ 4º A multa estabelecida no § 2º poderá ser fixada independentemente da incidência das previstas nos [arts. 523, § 1º](#), e [536, § 1º](#).

§ 5º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa prevista no § 2º poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

O valor da multa coercitiva deverá ser fixado pelo magistrado, buscando servir como mecanismo de pressão sobre a vontade do devedor, sempre em montante razoável, adequado e apto a abalar o devedor na sua determinação de permanecer desatendendo a ordem judicial. A multa coercitiva tem o seu fato gerador no descumprimento do comando judicial pelo réu.

A multa coercitiva é desvinculada da obrigação principal, ou seja, é vinculada à ordem judicial com prazo, que não se cumpriu, incidindo a multa independentemente do resultado da ação, pois a multa não se fia necessariamente no direito do autor e sim no descumprimento da ordem judicial.

Por derradeiro, importa anotar que o sujeito passivo da multa é aquele que deve arcar com a prestação, isto é, o devedor inadimplente, seja a pessoa física ou jurídica executada no processo judicial, ao passo que o sujeito ativo – o beneficiário para o qual o valor da multa é revertido – é a parte contrária da demanda.

4 DA APLICAÇÃO DE MULTA COERCITIVA CONTRA AGENTE PÚBLICO EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA

Nesse particular, chega-se à questão versada no presente artigo, qual seja, se existe a possibilidade de, no âmbito do mandado de segurança, a multa coercitiva poder recair diretamente na pessoa física da própria autoridade coatora.

Ab initio, impende destacar a inexistência de controvérsia no Superior Tribunal de Justiça quanto à possibilidade de a imposição de multa diária (*astreinte*) incidir sobre o ente público a que vinculada a autoridade impetrada.

Exemplificativamente, no RMS 43.654/GO, 2ª Turma, Rel.^a Min.^a Assusete Magalhães, assinalou-se que:

É possível o bloqueio de verba e a imposição de multa, com fundamento no art. 461, §§ 4º e 5º do Código de Processo Civil¹⁰, para compelir o réu a cumprir obrigação de fazer ou não fazer, norma que o STJ tem aplicado subsidiariamente ao mandado de segurança (DJe 14/5/2014).

Semelhante entendimento também se encontra na decisão proferida no AgRg nos EDcl no RMS 41.734/GO, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 24/2/2014¹¹.

10 O artigo 461, do CPC/1973 corresponde aos atuais artigos 497, 536, 537 e 538, do Código de Processo Civil de 2015.

11 Demais julgados da Corte Superior de Justiça nos quais é defendido o cabimento da multa coercitiva diretamente para a Fazenda Pública, não obstante o ato de desobediência advir de falta de conduta de um de seus agentes:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. TRATAMENTO DE SAÚDE E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A NECESSITADO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FAZENDA PÚBLICA. INADIMPLEMENTO. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. ASTREINTES. INCIDÊNCIA DO MEIO DE COERÇÃO.

1. Ação Ordinária c/c pedido de tutela antecipada ajuizada em face do Estado objetivando o fornecimento de medicamento de uso contínuo e urgente a paciente portadora de cirrose biliar primária.

2. A função das astreintes é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação e incide a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância.

Por outro lado, no âmbito das ações civis públicas, cumpre registrar que a Corte Superior de Justiça hospeda julgados contrários à imposição de *astreintes* ao agente público que, por não ser réu na relação processual, não teve assegurada a ampla defesa (p.ex.: REsp 1.433.805/CE, 1ª Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 24/6/2014, REsp 1.315.719/SE, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 18/9/2013 e AgRg no AREsp 196.946/SE, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 16/5/2013).

Todavia, quando se cuida da ação constitucional do mandado de segurança – regulada pela Lei nº 12.016/09 -, por se tratar de procedimento especialíssimo, as coisas tomam um rumo diferente. Ou seja, apercebe-se que a autoridade coatora, embora não figure como parte material ou formal, participa ativamente da relação jurídico-processual, incumbindo-lhe, para além de prestar as informações, dar efetivo cumprimento às decisões proferidas pelo juízo.

E, na linha do que consignado no art. 14, § 2º, da Lei nº 12.016/09¹², pode-se afirmar que a autoridade impetrada, por sua relevante atuação processual, ganha contornos de parte *sui generis*¹³, pois a ela foi estendido o direito de recorrer.

Ademais, diante do caráter constitucional do qual se reveste o *writ of mandamus* (CF, art. 5º, LXIX¹⁴ e LXX¹⁵), resta justificada a possibilidade de o magistrado impor

3. *In casu*, consoante se infere dos autos, trata-se obrigação de fazer, consubstanciada no fornecimento de medicamento a pessoa portadora de cirrose biliar primária, cuja imposição das *astreintes* objetiva assegurar o cumprimento da decisão judicial e conseqüentemente resguardar o direito à saúde.

4. "Consoante entendimento consolidado neste Tribunal, em se tratando de obrigação de fazer, é permitido ao juízo da execução, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa cominatória ao devedor, mesmo que seja contra a Fazenda Pública." (AGRGRESP 189.108/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 02.04.2001).

5. Precedentes jurisprudenciais do STJ: RESP 490228/RS, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 31.05.2004; AGRGRESP 440686/RS, Felix Fischer, DJ de 16.12.2002; AGRESP 554776/SP, Relator Ministro Paulo Medina, DJ de 06.10.2003; AgRgREsp 189.108/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 02.04.2001 e AgRgAg 334.301/SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 05.02.2001.

6. Recurso especial provido.

(REsp 715.974/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 28/11/2005, p. 217)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. ASTREINTES.

APLICAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. CABIMENTO. EXTENSÃO DA MULTA DIÁRIA AOS REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO.

IMPOSSIBILIDADE.

1. Conforme jurisprudência firmada no âmbito desta Corte, a previsão de multa cominatória ao devedor na execução imediata destina-se, de igual modo, à Fazenda Pública. Precedentes.

2. A extensão ao agente político de sanção coercitiva aplicada à Fazenda Pública, ainda que revestida do motivado escopo de dar efetivo cumprimento à ordem mandamental, está despida de juridicidade.

3. As autoridades coadoras que atuaram no mandado de segurança como substitutos processuais não são parte na execução, a qual dirige-se à pessoa jurídica de direito público interno.

4. A norma que prevê a adoção da multa como medida necessária à efetividade do título judicial restringe-se ao réu, como se observa do § 4º do art. 461 do Código Instrumental.

5. Recurso especial provido.

(REsp 747.371/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 26/04/2010) 12 Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

[...].

§ 2º Estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer.

13 Essa afirmação foi dada pelo Ministro Sérgio Kukina, do STJ, ao proferir seu voto, como relator, no julgamento do REsp nº 1.399.842/ES, Primeira Turma, Julgamento: 25/11/2014, DJe: 03/02/2015.

14 Art. 5º.

[...]

medidas coercitivas – dentre elas, a *astreinte* - ao agente coator que, de forma injustificada, omissa e/ou recalcitrante, cause embaraço ou se recuse a dar cumprimento às decisões judiciais proferidas no curso do *mandamus*.

Igualmente, vê-se que o artigo 26, da Lei nº 12.016/09, diz constituir crime de desobediência (CP, art. 330) o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei nº 1.079/50 (crimes de responsabilidade), quando cabíveis.

Nesse sentido, José Henrique Mouta Araújo (MOUTA ARAÚJO, 2019, p. 326) assim se manifesta:

Logo, a autoridade coatora, mesmo não sendo *parte* no mandado de segurança, pode estar sujeita a uma ordem judicial e, em decorrência do descumprimento, será atingida pela multa, responsabilidade criminal por crime de desobediência (art. 26, da Lei 12.016/09), e as demais medidas atípicas previstas no CPC/15. A rigor, não há qualquer impedimento para aplicação do art. 139, IV, do CPC, no âmbito do mandado de segurança. (destaque no original)

Com efeito, denota-se que a autoridade coatora recalcitrante, ao sujeitar-se a esse plexo de reprimendas, também revela aptidão para atrair, até mesmo cumulativamente, a responsabilidade pessoal pelo pagamento de multa diária que lhe seja aplicada com esteio nos artigos 139, IV, 536, § 1º e 537, todos do Código de Processo Civil de 2015.

A corroborar tal assertiva, há autores que defendem que o não atendimento da ordem judicial, nas causas em que o Estado seja parte, decorre da vontade desviante do agente público que o representa, justificando-se, por isso, o apenamento do próprio gestor.

Nessa toada, anota Jorge de Oliveira Vargas (VARGAS, 2001, p. 125) que:

[...] a desobediência injustificada de uma ordem judicial é um ato pessoal e desrespeitoso do administrador público; não está ele, em assim se comportando, agindo em nome do órgão estatal, mas sim, em nome próprio, porque o órgão, como parte que é da administração pública em geral, não pode deixar de cumprir determinação judicial, pois se assim agir, estará agindo contra a própria ordem constitucional, que o criou, ensejando inclusive a intervenção federal ou estadual, conforme o caso; seria a rebeldia da parte contra o todo. Quando a parte se rebela contra o todo, ela, a parte, deixa de pertencer àquele.

Igualmente, elucida Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, 2004, p. 662) que:

[...] não há cabimento na multa recair sobre o patrimônio da pessoa jurídica, se a vontade responsável pelo não-cumprimento da decisão é exteriorizada por determinado agente público. Se a pessoa jurídica exterioriza sua vontade por meio da autoridade pública, é lógico que a multa somente pode lograr o seu objetivo se for imposta diretamente ao agente capaz de dar atendimento à decisão jurisdicional.

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

15 LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

Uma vez mais, leia-se o que diz a respeito do tema José Henrique Mouta Araújo (MOUTA ARAÚJO, 2019, p. 330):

Como conclusão, é fácil perceber que o correto direcionamento, por parte do magistrado, da penalidade de desobediência de ordem judicial no mandado de segurança, faz com que a decisão judicial tenha maior estímulo para ser cumprida. Logo, se a multa (e as demais medidas atípicas do art. 139, IV, do CPC) for dirigida à autoridade e não ao ente público, alcançará mais facilmente seu caráter educativo-sancionados, fazendo com que as ordens judiciais sejam efetivadas dentro de um limite temporal razoável e necessário à garantia do direito líquido e certo discutido no *writ of mandamus*.

Ainda, os autores Aylton Bonomo Júnior e Hermes Zaneti Júnior (BONOMO JR; ZANETI JR, 2019, p. 285) asseveram que:

O meio mais usual na prática forense para pressionar o devedor a cumprir a ordem judicial é a fixação de multa diária (*astreinte*) em caso de descumprimento da ordem no prazo assinalado judicialmente, com fundamento no art. 537 do CPC, a recair, por se tratar de mandado de segurança, sobre a autoridade pública (e não o ente público), sendo que o valor da multa será revertido em favor do exequente (art. 537, § 2º, do CPC)

No mesmo tom, o Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado no sentido de que, na ação de mandado de segurança, como a pessoa jurídica exterioriza a sua vontade no processo por meio da autoridade pública, que é notificada pessoalmente para prestar informações e para cumprimento da ordem concessiva, a multa coercitiva (*astreinte*) seja imposta em face da autoridade pública.

Nesse sentido, colaciona-se os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA À PRÓPRIA AUTORIDADE COATORA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 461, §§ 4º e 5º DO CPC. RECURSO ESPECIAL DO ESTADO DESPROVIDO.

1. É pacífica, no STJ, a possibilidade de aplicação, em mandado de segurança, da multa diária ou por tempo de atraso prevista no art.

461, §§ 4º e 5º do CPC. Precedentes.

2. Inexiste óbice, por outro lado, a que as astreintes possam também recair sobre a autoridade coatora recalcitrante que, sem justo motivo, cause embaraço ou deixe de dar cumprimento a decisão judicial proferida no curso da ação mandamental.

3. Parte *sui generis* na ação de segurança, a autoridade impetrada, que se revele refratária ao cumprimento dos comandos judiciais nela exarados, sujeita-se, não apenas às reprimendas da Lei nº 12.016/09 (art. 26), mas também aos mecanismos punitivos e coercitivos elencados no Código de Processo Civil (hipóteses dos arts. 14 e 461, §§ 4º e 5º).

4. Como refere a doutrina, "a desobediência injustificada de uma ordem judicial é um ato pessoal e desrespeitoso do administrador público; não está ele, em assim se comportando, agindo em nome do órgão estatal, mas sim, em nome próprio" (VARGAS, Jorge de Oliveira).

As conseqüências da desobediência da ordem do juiz cível. Curitiba: Juruá, 2001, p. 125), por isso que, se "a pessoa jurídica exterioriza a sua vontade por meio da autoridade pública, é lógico que a multa somente pode lograr o seu objetivo se for imposta diretamente ao agente capaz de dar atendimento à decisão jurisdicional" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 662).

5. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1399842/ES, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 03/02/2015)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PRESTAÇÃO DE MEDICAMENTO. ASTREINTES. POSSIBILIDADE.

1. É possível a fixação de astreintes em mandado de segurança, inexistindo óbice à sua imposição sobre a autoridade coatora se esta, sem justo motivo, causar embaraço ou deixar de cumprir a obrigação de fazer. Precedentes.

2. Na hipótese, a insurgência limita-se apenas ao cabimento da medida nessa ação. Por isso, deverá a instância inferior avaliar sua necessidade e a configuração dos requisitos legais.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1703807/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 20/08/2018)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ASTREINTES. AGENTE POLÍTICO QUE FOI PARTE NO POLO PASSIVO DA AÇÃO, BEM COMO TEVE SUA RESPONSABILIDADE PESSOAL ATESTADA NA ORIGEM. CABIMENTO DA MULTA DIÁRIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVO TIDO COMO VIOLADO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF, APLICÁVEIS POR ANALOGIA. COISA JULGADA. PRETENSÃO DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA.

1. O ora agravante, à época Secretário de Estado da Administração e dos Recursos Humanos do Governo do Rio Grande do Norte, foi condenado, ante sua responsabilidade pessoal, pela Corte de origem ao pagamento de astreintes devido ao não cumprimento imediato de determinação judicial no bojo de mandado de segurança do qual ele foi, efetivamente, parte impetrada.

2. A matéria não analisada no julgado a quo cujo debate não foi suscitado pela oposição de embargos declaratórios naquela instância encontra óbice nas Súmulas 282 e 356 do STF, aplicáveis por analogia.

3. As astreintes podem ser direcionadas pessoalmente às autoridades ou aos agentes responsáveis pelo cumprimento das determinações judiciais, em particular quando eles foram parte na ação.

Precedentes: AgRg no AREsp 472.750/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 9/6/2014; e REsp 1.111.562/RN, Rel.

Min.

CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 18/9/2009.

4. O reexame de violação da coisa julgada implica nova análise do acervo fático-probatório, sendo obstado pela Súmula 7/STJ.

5. A divergência jurisprudencial é incognoscível quando o caso não apresenta similitude com as situações fáticas descritas nos paradigmas colacionados.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1388716/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 30/10/2014)

EMENTA PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REVISÃO DE PENSÃO. DEFERIMENTO DE LIMINAR. MULTA DIÁRIA DIRECIONADA À AUTORIDADE IMPETRADA. POSSIBILIDADE.

1. A questão nos autos indaga saber se pode a multa cominatória ser direcionada ao agente público que figura como impetrado na ação mandamental.

2. Segundo o Tribunal de origem, "a imposição da multa pessoal cominada ao Presidente do RIOPREVIDENCIA, vez que em consonância com o parágrafo único do art. 14 do CPC, [...] tem por finalidade reprimir embaraços a efetivação do provimento judicial".

3. A cominação de astreintes pode ser direcionada não apenas ao ente estatal, mas também pessoalmente às autoridades ou aos agentes responsáveis pelo cumprimento das determinações judiciais. (Precedente: REsp 1111562/RN, da relatoria do Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, publicado em 18/09/2009).

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no ARESP 472.750/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 03/06/2014, DJe 9.6.2014).

Alessandro Dantas, Leonardo Garcia e Roberval Rocha, em obra alusiva ao mandado de segurança (DANTAS; GARCIA; ROCHA, 2019, p. 524-5), ao tratarem do tema em exame, manifestam-se no mesmo sentido, *verbis*:

“Basicamente, a situação é a seguinte: definir que é a pessoa jurídica que deve arcar com os custos da incidência da multa é tomá-la inútil como meio efetivo de coerção, visto que a mesma somente poderá se reverter negativamente contra o Estado muito tempo depois, talvez valendo até a pena para o Poder Público descumprir o que o Judiciário determinar (caso faça um juízo de valor estritamente relacionado ao benefício econômico em não respeitar o comando decisório do Estado-juiz).

No mesmo sentido: A efetividade da sanção pecuniária, como forma de garantir a efetividade da decisão mandamental, será muito maior caso seja o patrimônio da pessoa física aquele acionado se a mesma incidir (ou seja, em caso de descumprimento). Qualquer um pensará duas vezes antes de assumir um risco ao seu próprio patrimônio, desrespeitando provimento jurisdicional”. (KLIPPEL, Rodrigo e NEFFA JUNIOR, José Antônio. Comentários à lei de mandado de segurança. (Lei nº 12.016/09): Artigo por artigo, doutrina e jurisprudência, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 390).

Multa devida pela pessoa física. Mais eficaz.

“Quem pratica o ato omissivo ou comissivo de desrespeitar a decisão judicial assume um risco pessoal e não institucional, devendo, pois, ter sua esfera particular sancionada. Embora seja realmente difícil separar quais atitudes de um administrador são tomadas em caráter pessoal ou institucional, a própria teoria geral do estado impõe-nos um raciocínio de que, no caso em tela, a motivação seria particular e, portanto, os efeitos deletérios dela advindos devem ser arcados pelo patrimônio da pessoa.” (KLIPPEL, Rodrigo e NEFFA JUNIOR, José Antônio. Comentários à lei de mandado de segurança (Lei nº 12.016/09): artigo por artigo, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 390).

[grifos no original]

Com efeito, diante do rito especialíssimo de que se reveste a ação constitucional de mandado de segurança, tendo em conta que a pessoa jurídica é *presentada* em juízo pela autoridade impetrada/coatora, bem assim diante do disposto nos artigos 139, IV, 536, § 1º e 537, todos do Código de Processo Civil de 2015, e do que reza o art. 26, da Lei nº 12.016/09, pode-se concluir ser plenamente possível a aplicação de multa coercitiva (*astreintes*) diretamente em face do agente público, e não em desfavor da pessoa jurídica, em casos nos quais reste manifesta a desídia, omissão ou recalcitrância daquela autoridade pública em cumprir a ordem judicial contra si dirigida, sob pena de a própria sociedade ser apenada por um ato comissivo ou omissivo perpetrado do qual não deu causa diretamente, posto que advindo do agente público que a representa.

Ademais, tem-se que a aplicação de tal medida ocasionará um efeito altamente pedagógico, ou seja, a autoridade coatora que apresenta a pessoa jurídica em juízo, em sede de *mandamus*, pensará duas vezes antes de descumprir uma ordem judicial emanada em seu desfavor, de modo a que o erário reste protegido e indene de responsabilização, sobretudo em

casos patentes de evidente recalcitrância infundada e injustificada do agente público.

5 CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, assevera-se que as *astreintes* (multa diária como medida coercitiva) podem, sim, ser aplicadas diretamente em desfavor do agente público em sede de mandado de segurança, na condição de autoridade coatora, se esta, de maneira recalcitrante, imotivada, injustificada ou embaraçosa, deixar de cumprir a decisão judicial contra si dirigida.

Resta demonstrado que, no caso do mandado de segurança, regulado pela Lei n.º 12.016/2009, tem-se que a autoridade coatora, embora não figure como parte material ou formal, participa ativamente da relação jurídico-processual, incumbindo-lhe, para além de prestar as informações, dar efetivo cumprimento às decisões proferidas pelo juízo da causa.

Torna-se lícito, então, afirmar que a autoridade impetrada, por sua relevante atuação processual, ganha contornos, quando menos, de parte *sui generis*, a ponto de a vigente Lei n.º 12.016/09, de modo expresso, prever que a ela se estende "o direito de recorrer" (art. 14, § 2º).

Por outro viés, a dignidade constitucional de que se reveste o *mandamus* (art. 5º, LXIX e LXX, da CF) justifica e legitima o conjunto de medidas sancionatórias imponíveis ao indigitado agente coator que, de forma injustificada, cause embaraço ou se recuse a dar cumprimento às decisões judiciais proferidas no curso do *writ*.

Para tanto, cabe destacar as consequências contempladas no art. 26 da Lei n.º 12.016/09, que diz constituir crime de desobediência o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei n.º 1.079/50 (crimes de responsabilidade).

Certamente, então, que a autoridade coatora recalcitrante, sujeitando-se a esse plexo de reprimendas, também revela aptidão para atrair, até mesmo cumulativamente, a responsabilidade pessoal pelo pagamento de multa diária que lhe seja aplicada com apoio nos artigos 139, IV, 536, § 1º, 537 e 538, todos do Código de Processo Civil de 2015.

Por derradeiro, com fulcro na doutrina *sus* mencionada, igualmente estribado na atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e na precitada legislação aplicável à matéria em exame, arremata-se que o não atendimento da ordem judicial, nas causas em que o Estado seja parte, decorre da vontade desviante do agente público que o representa, justificando-se, por corolário lógico, o apenamento da própria autoridade coatora ou impetrada, a qual integra e apresenta a pessoa jurídica na ação constitucional de mandado de segurança, mormente pelo efeito pedagógico de tal medida e como forma de salvaguardar o interesse e os cofres públicos de um ato omissivo ou comissivo do qual a sociedade não deu causa diretamente.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de processo civil: parte geral - atualizado com a Lei*

13.256/2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Mandado de segurança*. 7.ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

BONOMO JÚNIOR, Aylton; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Mandado de segurança individual e coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2019.

CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 12.ed. São Paulo: Dialética, 2014.

DANTAS, Alessandro; GARCIA, Leonardo; ROCHA, Roberval (Organiz.) *Mandado de Segurança*. Salvador: JusPodivm, 2019.

DIDIER JR., Fredie. Natureza jurídica das informações da autoridade coatora no mandado de segurança. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FREITAS, Rafael Vêras de. Aspectos de direito público na nova lei de mandado de segurança. In: GUERRA, Sérgio; FERREIRA JUNIOR, Celso Rodrigues (Coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Marcos Juruena Villela Souto*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 589-607.

GARCETE, Carlos Alberto. *A nova lei do mandado de segurança: de acordo com a Lei Federal nº 12.016, de 7.8.2009*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

MEIRELES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26.ed. Malheiros: São Paulo, 2008.

REMÉDIO, José Antônio. *Mandado de segurança individual e coletivo*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SÁ, Renato Montans de. *Manual de direito processual civil*. 4.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SOARES, Mário Lúcio Quintão; NEVES, Lailson Baeta. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

VARGAS, Jorge de Oliveira. *As conseqüências da desobediência da ordem do juiz cível*. Curitiba: Juruá, 2001.

OF THE APPLICATION OF A COHERCTIVE FINE AGAINST PUBLIC AGENT IN A WRIT OF MANDAMUS

ABSTRACT: The aim of this paper is to proceed to the study alluding to the possibility of imposing a coercive fine against a public agent in the writ of mandamus. To this end, consideration will be given to the favorable position of current doctrine and case law in this regard, including the Superior Court of Justice. In addition, the new Code of Civil Procedure 2015 and the Writ of Mandamus Law will be used as a legal framework, especially in cases where, for the performance of specific protection or obtaining protection for the equivalent result, the judge may to determine the measures necessary to comply with the judicial decision, especially in the context of a writ of mandamus, in which the defendant has a sui generis position. In the end, it will be demonstrated that, in cases in which the appointed co-authority appears to be reluctant, disloyal or recalcitrant to comply with a court order directed against the legal entity of which it is a member, it is the public agent himself who should be subject to any sanctions, among others. which, the imposition of coercive fine, under penalty of the society having to bear a burden of which it effectively did not cause.

Keywords: coercive fine; public agent; writ of mandamus.

Referência:

SCHRADER, Pablo Henrique Garcete. Da aplicação de multa coercitiva contra agente público em sede de mandado de segurança. *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias*, Belo Horizonte, v.16, n.1, p. 195-214, jan./dez., 2019.

Aceito em: Dezembro/2019.

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE DE CURADOR ESPECIAL (DEFENSORIA PÚBLICA) DE RÉU REVEL EM EXECUÇÃO FISCAL

NADJA APARECIDA SILVA DE ARAÚJO*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Validade da citação por edital em execução fiscal. 3 A exceção de pré-executividade exige prova pré-constituída. 3.1 O incidente de executividade é via inadequada à dilação probatória. 3.2 A especial regência da prescrição prejudicial à Fazenda Pública. 3.3 O ônus probatório de curador especial de executado revel. 4 Investigação acerca da (in)oportunaidade para suspensão do procedimento executório ou arquivamento provisório dos autos. 5 Sobre pagamento(s) de verbas honorárias pela curatela especial de réu revel. 5.1 Vedação legal de percepção de honorários pelo exercício de atribuição institucional da Defensoria Pública. 5.2 Impertinência do pagamento de honorários sucumbenciais pela pessoa jurídica de direito público interno à Defensoria Pública integrada em sua estrutura administrativa. 5.3 Considerações acerca de eventual condenação de Fazenda Pública exequente em verbas sucumbenciais. 5.3.1 Impossibilidade de pronta imposição de percentual em eventual condenação à Fazenda Pública. 5.3.2 A definição do índice de atualização do valor da causa para especificação da base de cálculo de verba sucumbencial. 6 Conclusão.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Execução Fiscal. Exceção De Pré Executividade. Curatela Especial De Réu Revel.

* Procuradora do Estado de Alagoas. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1997), especialização em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Alagoas (2002) e mestrado em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (2006).

1 INTRODUÇÃO

Na execução fiscal em que a parte executada – devedor(es) e eventuais corresponsáveis pela dívida exequenda – não é localizada em seu domicílio tributário conhecido deve ser realizada a citação por edital. Vindo essa forma de comunicação processual ficta, o juízo processante deve nomear curador especial, enquanto não for constituído advogado, cabendo o exercício da curatela especial à Defensoria Pública, nos termos da lei.

É comum ver-se na prática forense a apresentação de exceção de pré-executividade pelo curador especial do executado citado por edital, com alegações genéricas – pela prerrogativa da Defensoria Pública de apresentar defesa por negativa geral, bem como, pela presumida inocorrência de qualquer contato com o réu revel assistido em tal conjuntura.

Nesse entorno, desponta um (aparente) confronto normativo entre as prerrogativas processuais da Defensoria Pública e a disciplina da dívida ativa, dotada de garantias e/ou privilégios especiais estipulados por lei – principalmente, a de natureza tributária, porquanto regida por lei complementar à Constituição no que se refere ao crédito tributário. Então: o réu revel alcançaria “vantagens” ao ter sua defesa patrocinada mediante curatela especial por Defensoria Pública? Ou permanecem os encargos jurídicos inerentes à posição de executado, mesmo no cenário em que avulta o exercício da missão institucional da Defensoria Pública?

Este trabalho analisa a validade sistêmica e legitimidade de argumentos reiteradamente apresentados por Defensoria Pública no exercício da função de curatela especial de executado revel (fictamente) citado por edital em execução fiscal. Com esse intento, o tema é estudado mediante enfoque multidisciplinar, partindo-se do direito constitucional para atravessar o direito tributário, o direito administrativo e o direito processual. Assim, dentro de uma necessária visão sistemática do direito positivo brasileiro, elabora-se uma investigação sob a perspectiva dogmática, com utilização do método hipotético-dedutivo em conjugação com processos de análise dialética e comparativa do conteúdo jurídico já estabelecido, especialmente em sede jurisprudencial.

2 VALIDADE DA CITAÇÃO POR EDITAL EM EXECUÇÃO FISCAL

O curador especial de executado revel costuma alegar a necessidade de exaurimento dos meios de localização do réu como suposta causa de nulidade da citação por edital em execução fiscal. A fundamentação jurídica de tal argumento decorre da verificação dos procedimentos realizados para efetivação das comunicações processuais em cada caso.

No feito executivo, é comum a não localização da parte executada no respectivo endereço tributário conhecido. Quando promovida inicialmente a citação por via postal, o funcionário dos Correios demarca o instrumento citatório indicando o motivo da frustração da entrega e o envelope fechado deve ser devolvido ao cartório forense para juntada aos autos processuais. Se tentada a citação por oficial de justiça, a não localização dos citandos deve ser registrada em certidão específica, a qual será apresentada aos autos juntamente com o mandado de citação não cumprido ou, eventualmente, com a notícia de ter sido realizada uma citação com hora certa. Então, nesse quadro, devem ser atendidas as disposições da Lei das Execuções Fiscais¹ (LEF), Art. 8º, e do Código de Processo Civil² (CPC), Art. 256, essas que

1 REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Art. 8º - O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução, observadas as seguintes normas: I - a citação será feita pelo correio, com aviso de recepção, se a Fazenda Pública não a requerer por outra forma; II - a citação pelo correio considera-se feita na data da entrega da carta no endereço do executado, ou, se a data for omitida, no aviso de

disciplinam as comunicações processuais iniciais referentes à execução fiscal.

Boa parte das citações por edital realizadas em feito executivo encontra lastro legal nos transcritos Art. 8º, III, LEF, e Art. 256, *caput*, II, § 3º, CPC. No cotidiano forense, não raro, chegam aos autos processuais as indicações da Receita Federal do Brasil e da Junta Comercial do Estado acerca da inatividade (fática ou jurídica) da empresa devedora executada, implicando as situações cadastrais ‘cancelada’, ‘baixada’ ou ‘extinta’. Da mesma forma, também não são vistos registros de atividade econômica pelo corresponsável pelo crédito exequendo – seja pessoa natural, seja pessoa jurídica incluída em tal posição processual.

No cenário procedimental em que já registrado regularmente o desaparecimento da pessoa jurídica devedora, quando já tentada a citação por via postal e pelo oficial de justiça, evidenciam-se a inutilidade e o custo excessivo e desarrazoado de continuar procurando o(s) executado(s) nos endereços conhecidos. Nesse mesmo sentido, há muito, a jurisprudência nacional sedimentou entendimento, no rito de recursos repetitivos, apontando que “a citação por edital, na execução fiscal, somente é cabível quando não exitosas as outras modalidades de citação ali previstas: a citação por correio e a citação por Oficial de Justiça”³.

Em tal quadro, avulta a carência de fundamentação jurídica na pretensão de curador especial de anular a citação editalícia realizada na execução fiscal, bem como, a proposição ao juízo processante para efetivar várias diligências buscando localizar endereços atualizados de executado(s).

3 A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE EXIGE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA

3.1 O INCIDENTE DE EXECUTIVIDADE É VIA INADEQUADA À DILAÇÃO PROBATÓRIA

É usual a exceção de pré-executividade comportar alegação de prescrição da pretensão executória do crédito. Sabe-se, contudo, que a contagem do prazo prescricional deve ser apurada pelas circunstâncias inerentes ao processo administrativo de cada caso examinado. Ademais, a presunção legal de certeza e liquidez atribuída à certidão de dívida ativa (CDA) tributária somente pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro a quem aproveite, nos termos do Código Tributário Nacional (CTN), Art. 204,

recepção, 10 (dez) dias após a entrega da carta à agência postal; III - se o aviso de recepção não retornar no prazo de 15 (quinze) dias da entrega da carta à agência postal, a citação será feita por Oficial de Justiça ou por edital; IV - o edital de citação será afixado na sede do Juízo, publicado uma só vez no órgão oficial, gratuitamente, como expediente judiciário, com o prazo de 30 (trinta) dias, e conterá, apenas, a indicação da exequente, o nome do devedor e dos co-responsáveis, a quantia devida, a natureza da dívida, a data e o número da inscrição no Registro da Dívida Ativa, o prazo e o endereço da sede do Juízo. § 1º - O executado ausente do País será citado por edital, com prazo de 60 (sessenta) dias. § 2º - O despacho do Juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição.

2 REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Art. 256. A citação por edital será feita: I - quando desconhecido ou incerto o citando; II - quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar o citando; III - nos casos expressos em lei. § 1º Considera-se inacessível, para efeito de citação por edital, o país que recusar o cumprimento de carta rogatória. § 2º No caso de ser inacessível o lugar em que se encontrar o réu, a notícia de sua citação será divulgada também pelo rádio, se na comarca houver emissora de radiodifusão. § 3º O réu será considerado em local ignorado ou incerto se infrutíferas as tentativas de sua localização, inclusive mediante requisição pelo juízo de informações sobre seu endereço nos cadastros de órgãos públicos ou de concessionárias de serviços públicos.

3 Cf. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo REsp 1103050 / BA RECURSO ESPECIAL 2008/0269868-1 Relator(a) Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124) Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 25/03/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 06/04/2009 RSSTJ vol. 39 p. 197.

caput, Parágrafo único. Da mesma forma, a dívida ativa não-tributária recebeu tal guarida mediante a Lei nº 6.830, de 1980, Art. 3º, *caput*, Parágrafo único.

É cediço que o tema prescrição da ação de cobrança pode ser conhecido *ex officio* pelo juízo executivo. Contudo, além da regência específica da execução fiscal pelas referidas disposições do CTN, Art. 204, e da LEF, Art. 3º, também o próprio CPC, Art. 487, Parágrafo único, determina que a prescrição não pode ser reconhecida sem que antes seja dada às partes oportunidade de específica manifestação a respeito, e esse desvio procedimental mostra-se incompatível com a exceção de pré-executividade. Por isso, ausente a prova pré-constituída acerca dos fundamentos alegados com a pretensão de desconstituir a presunção legal de certeza e liquidez da dívida ativa, caracteriza-se a inadequação da via eleita, haja vista que a exceção de pré-executividade comporta apenas as matérias que não demandem análise de provas.

E esse ônus probatório deve ser atendido, inclusive, por curador especial de réu revel. Nesse sentido, seja qual for a natureza da dívida (tributária ou não-tributária) encartada em execução fiscal, mostra-se uniformizada a jurisprudência de Tribunais pátrios, como visto nos exemplos a seguir – *in verbis*:

“Ementa AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE SOMENTE É CABÍVEL QUANDO AS PROVAS PRÉ-CONSTITUÍDAS FORAM DEMONSTRADAS À SACIEDADE. [...].

1. Nos termos da Súmula 393/STJ, a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória. [...]

5. Agravo Interno da Contribuinte a que se nega provimento.

Processo AgInt no AREsp 392175 / SP AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL 2013/0298833-6 Relator(a) Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 25/02/2019 Data da Publicação/Fonte DJe 28/02/2019.”

“Ementa: AGRADO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. AUSÊNCIA DE PROVAS PRÉ-CONSTITUÍDAS QUE POSSAM FULMINAR A EXEQUIBILIDADE DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Decisão UNÂNIME

Tipo Acórdão Número 0802649-44.2018.8.02 Agravo de Instrumento Relator(a): Des. Domingos de Araújo Lima Neto Origem: TJAL Órgão julgador: 3ª Câmara Cível Data do julgamento: 20/09/2018 Data de publicação: 21/09/2018.”

Por essas razões, entende-se que a alegação de prescrição da pretensão executória de dívida ativa, de qualquer natureza, mostra-se inadequada ao leito estreitíssimo de uma exceção de pré-executividade.

3.2 A ESPECIAL REGÊNCIA DA PRESCRIÇÃO PREJUDICIAL À FAZENDA PÚBLICA

Importante lembrar que a Lei Geral Tributária⁴, além de ter recepcionado toda a construção da teoria geral do direito acerca da extinção do direito de ação por decurso tempo

4 ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Art. 156. Extinguem o crédito tributário: [...] V - a prescrição e a decadência; [...]

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva. Parágrafo único. A prescrição se interrompe: I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005) II - pelo protesto judicial; III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

congregado à inação do credor, traça a prescrição como causa extintiva do próprio crédito tributário, ou seja, como instituto do direito material, disso advindo as peculiaridades desta figura na seara do tributarismo, conforme destacada lição doutrinária – *in verbis*:

“Assim, na hipótese da regra de prescrição do direito do Fisco, o fator tempo figura em conjunção com a conduta omissiva da Fazenda Pública. E só há omissão, se houver a possibilidade jurídica da exigibilidade do crédito: não basta que o crédito esteja instalado no sistema com notificação regular, líquido e certo, requer-se também que seja exigível. Sem exigibilidade não há omissão, tão somente fluxo de tempo. Em contrapartida, sem fluxo de tempo, também não se configura a omissão, ainda que haja exigibilidade do crédito.”⁵

A partir desse quadro, uma ocasional análise judicial acerca de questão prejudicial de prescrição, aposta em exceção de pré-executividade, deve atender à regência do CTN, Arts. 156, V; 174, já que essa Lei Geral Tributária foi recepcionada pela Constituição Republicana de 1988 em supremacia hierárquica relativamente às leis ordinárias; observando-se que “a prescrição, por definição do próprio CTN, é instituto de direito material, cuja respectiva disciplina decorre de lei complementar, a que a lei ordinária há de ceder aplicação.”⁶

Nesse segmento, o início da contagem do prazo prescricional (em desfavor da Fazenda Pública exequente) deve ser demarcado na data de ocorrência da constituição definitiva do crédito e considerar o prazo para pagamento da dívida estipulado em prol do devedor, como dispôs, por exemplo, o legislador alagoano⁷ na disciplina do processo administrativo tributário, mediante a Lei nº 6.771, de 16 de novembro de 2006, Arts. 88, 89. No mesmo sentido, a orientação jurisprudencial firmada pela Corte Superior de Justiça, *in verbis*:

“Súmula 622

Enunciado: A notificação do auto de infração faz cessar a contagem da decadência para a constituição do crédito tributário; exaurida a instância administrativa com o decurso do prazo para a impugnação ou com a notificação de seu julgamento definitivo e esgotado o prazo concedido pela Administração para o pagamento voluntário, inicia-se o prazo prescricional para a cobrança judicial.

Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 12/12/2018 Data da Publicação/Fonte DJe 17/12/2018 RSSTJ vol. 48 p. 133 RSTJ vol. 252 p. 1297.”

“Súmula 106

Enunciado: PROPOSTA A AÇÃO NO PRAZO FIXADO PARA O SEU EXERCÍCIO, A DEMORA NA CITAÇÃO, POR MOTIVOS INERENTES AO MECANISMO DA JUSTIÇA, NÃO JUSTIFICA O ACOLHIMENTO DA ARGUIÇÃO DE PRESCRIÇÃO OU DECADÊNCIA.

Órgão Julgador CE - CORTE ESPECIAL Data do Julgamento 26/05/1994 Data da Publicação/Fonte DJ 03/06/1994 p. 13885 RSSTJ vol. 7 p. 373 RSTJ vol. 70 p. 127 RT vol. 705 p. 198.”

5 SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 155.

6 Cf. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo REsp 140172 / SP RECURSO ESPECIAL 1997/0048709-1 Relator(a) Ministro DEMÓCRITO REINALDO (1095) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 07/11/1997 Data da Publicação/Fonte DJ 15/12/1997 p. 66281 RDR vol. 10 p. 182.

7 ALAGOAS (Estado). Lei nº 6.771, de 16 de novembro de 2006. Art. 88. Constituem Dívida Ativa tributária do Estado os créditos de origem tributária, regularmente inscritos na repartição competente, após o esgotamento do prazo fixado para pagamento pela legislação tributária ou por decisão final proferida em processo administrativo tributário regular.

Art. 89. Após ser proferida a decisão final no processo administrativo ou exaurido o prazo para cobrança administrativa do crédito tributário definitivamente constituído, o seu valor será inscrito na Dívida Ativa, devendo ser lavrada a respectiva Certidão, para cobrança executiva judicial.

Assim, atendendo às disposições legais e orientação jurisprudencial acima indicadas – especialmente a Súmula STJ 622 –, temos que a investigação judicial sobre (in)ocorrência de prescrição em execução fiscal deve estipular, precisamente: 1. o termo final do prazo para pagamento (espontâneo) de crédito tributário definitivamente constituído; as datas de: 2. inscrição regular em dívida ativa e 3. do ajuizamento da execução fiscal, cuja petição inicial já comporta 4. pedido de citação da pessoa devedora e, eventualmente, de corresponsável pela dívida exequenda indicado no título executivo. Se esse terceiro marco temporal (o ajuizamento da execução) ocorre dentro do quinquênio prescricional inaugurado no primeiro desses quatro dias referidos (escoamento do prazo para pagamento espontâneo do crédito tributário definitivamente constituído), deverá ser revalidada a pretensão executória, porquanto inexistente a inércia da Fazenda Pública em tal circunstância.

Com outras palavras: a partir do primeiro dia seguinte ao termo *ad quem* do prazo para pagamento voluntário de crédito tributário definitivamente constituído e antes de serem completados 5 (cinco) anos, a Fazenda Pública deve ser ajuizar a execução fiscal e apresentar o competente pedido para citação do devedor e corresponsável pela dívida em cobrança. Nesse quadro, importante a atenção à Súmula STJ 106, pois descabe o pronunciamento de prescrição extintiva da pretensão executiva (ou mesmo da dívida tributária exigida), na circunstância em que a própria máquina judiciária retardar o procedimento após o tempestivo acionamento pela exequente.

3.3 O ÔNUS PROBATÓRIO DE CURADOR ESPECIAL DE EXECUTADO REVEL

Sabe-se que a curatela especial de réu revel alberga a possibilidade jurídica de defesa por negativa geral, assim admitida uma impugnação genérica dos fatos narrados pelo autor e dispensada a manifestação precisa sobre cada um deles⁸. Contudo, essa modalidade de atuação defensiva não deve implicar, *de per se*, alteração na distribuição dos ônus probatórios, impondo-se a observância da disciplina legal da matéria positivada no CPC, Art. 373, II, indicativa de que “incumbe ao réu demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

Nesse contexto, descabe a curador especial de executado revel pleitear a inversão do ônus probatório, pois positivada em leis nacionais em prol da CDA (tributária ou não-tributária) que instrui a execução fiscal, a presunção de certeza e liquidez e eficácia de prova pré-constituída, atributos esses que somente podem vir a ser refutados por prova inequívoca a cargo do sujeito passivo ou de quem a aproveite – e em conformidade com a jurisprudência específica sobre a circunstância:

“Ementa EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CITAÇÃO POR EDITAL. COMPROVAÇÃO DE ESGOTAMENTO DAS DEMAIS MODALIDADES DE CITAÇÃO. SÚMULA 414 DO STJ. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. AFASTAMENTO DA PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DA CDA. INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AGTR IMPROVIDO.

[...]

4. Sabe-se que, no âmbito do processo civil, diante da ausência de elementos, é permitido ao Curador Especial contestar o pedido inicial de modo genérico, não se lhe aplicando o ônus da impugnação especificada (art. 302, parágrafo único, do CPC). Todavia, em se tratando de execução fiscal, o art. 204 do CTN, bem como o art. 3º da Lei nº 6.830/80, asseveram que a dívida ativa regularmente inscrita goza de presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída, sendo certo, todavia, que tal presunção é relativa, podendo ser elidida por prova

⁸ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 136. v.2

inequívoca.

5. Pois bem, não há como acolher a assertiva da parte agravante, no sentido de que a presunção de certeza e liquidez da dívida ativa restaria afastada, diante da possibilidade de negativa geral dos fatos alegados pela Fazenda Nacional. Destarte, a nomeação de curador em execução fiscal não gera a inversão do ônus da prova. Com efeito, como bem explicitou o Magistrado a quo, o objetivo da nomeação do curador especial nos processos de execução fiscal é de assegurar à parte revel a observância do contraditório e da ampla defesa, podendo o curador alegar toda a matéria necessária a sua defesa, como, eventuais nulidades, excesso de execução, prescrição ou decadência, por exemplo.

6. Dessa forma, não há respaldo legal para a pretensão da agravante, se fazendo imperiosa, portanto, a comprovação dos possíveis vícios e defeitos da certidão de dívida ativa, capazes de afastar sua presunção de certeza e liquidez.

7. Agravo de instrumento improvido.

Processo AG 00171130520114050000 AG - Agravo de Instrumento – 121101 Relator(a) Desembargador Federal Manoel Erhardt Sigla do órgão TRF5 Órgão julgador Primeira Turma Data da Decisão 22/03/2012 Data da Publicação 29/03/2012 Fonte DJE - Data::29/03/2012 - Página::156 Decisão UNÂNIME.”

“Ementa PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CURADOR ESPECIAL DE DEVEDOR REVEL CITADO POR EDITAL. PEDIDO DE CÓPIAS DE AUTOS DE PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ÔNUS DO EMBARGANTE. ART. 41 DA LEI N. 6.830/80. IMPOSSIBILIDADE DE INSTAR O FISCO A FAZER PROVA CONTRA SI MESMO, HAJA VISTA A PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA CDA A SER ILIDIDA PELA PARTE CONTRÁRIA. ART. 204 DO CTN.

1. Discute-se nos autos se é lícito ao juízo determinar a apresentação de cópias de autos de processo administrativo fiscal, a pedido do curador especial do devedor revel citado por edital, para fins de possibilitar o contraditório e a ampla defesa em autos de embargos à execução.

2. Não é possível conhecer de violação a dispositivo constitucional em sede de recurso especial, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

3. Esta Corte já se manifestou no sentido de que as cópias do processo administrativo fiscal não são imprescindíveis para a formação da certidão de dívida ativa e, conseqüentemente, para o ajuizamento da execução fiscal. Assim, o art. 41 da Lei n. 6.830/80 apenas possibilita, a requerimento da parte ou a requisição do juiz, a juntada aos autos de documentos ou certidões correspondentes ao processo administrativo, caso necessário para solução da controvérsia. Contudo, o ônus de tal juntada é da parte embargante, haja vista a presunção de certeza e liquidez de que goza a CDA, a qual somente pode ser ilidida por prova em contrário a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite, nos termos do art. 204 do CTN.

4. A despeito da possibilidade de o magistrado determinar a exibição de documentos em poder das partes, bem como a requisição de processos administrativos às repartições públicas, nos termos dos arts. 355 e 399, II, do CPC, não é possível instar a Fazenda Pública a fazer prova contra si mesma, eis que a hipótese dos autos trata de execução fiscal na qual há a presunção de certeza e liquidez da CDA a ser ilidida por prova a cargo do devedor. Por outro lado, o Fisco não se negou a exhibir o processo administrativo fiscal para o devedor, ou seu curador especial, o qual poderá dirigir-se à repartição competente e dele extrair cópias, na forma do art. 41 da Lei n. 6.830/80.

5. Recurso especial não provido.

Processo REsp 1239257 / PR RECURSO ESPECIAL 2011/0042266-1 Relator(a) Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 22/03/2011 Data da Publicação/Fonte DJe 31/03/2011.”

Portanto, no que se refere ao “mérito” da causa executiva, cabe ao executado – mesmo quando revel e sob curatela especial – o ônus probatório tendente a desconstituir a certidão de dívida ativa ou a extinguir o processo de cobrança judicial, sendo necessário

demonstrar a ocorrência de qualquer violação à rigorosa disciplina positivada para esse espectro da atividade fazendária pelo CTN⁹, Arts. 201, 202, 204, em consonância com a Lei das Execuções Fiscais¹⁰, Arts. 2º, 3º, 4º. Ou seja, o curador especial de executado revel tem o ônus processual de demonstrar uma alegação sobre ocorrência de vício (formal ou substancial) ou de irregularidade que possa desconfigurar os atributos do título executivo ou, ainda, uma ilegitimidade passiva *ad causam*.

Assim, caberá ao curador especial do executado revel ir à repartição pública competente para buscar as cópias¹¹ do processo administrativo tributário que originou o título

9 ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Lei nº 5.172, de 1966. Art. 201. Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular. Parágrafo único. A fluência de juros de mora não exclui, para os efeitos deste artigo, a liquidez do crédito.

Art. 202. O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente: I - o nome do devedor e, sendo caso, o dos co-responsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros; II - a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos; III - a origem e natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado; IV - a data em que foi inscrita; V - sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito. Parágrafo único. A certidão conterá, além dos requisitos deste artigo, a indicação do livro e da folha da inscrição.

Art. 204. A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída. Parágrafo único. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite.”

10 REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Lei nº 6.830, de 1980. Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. § 1º - Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública. § 2º - A Dívida Ativa da Fazenda Pública, compreendendo a tributária e a não tributária, abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato. [...] § 5º - O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter: I - o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros; II - o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato; III - a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida; IV - a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo; V - a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e VI - o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida. § 6º - A Certidão de Dívida Ativa conterá os mesmos elementos do Termo de Inscrição e será autenticada pela autoridade competente. § 7º - O Termo de Inscrição e a Certidão de Dívida Ativa poderão ser preparados e numerados por processo manual, mecânico ou eletrônico. § 8º - Até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos. [...]

Art. 3º - A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez. Parágrafo Único - A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite.

Art. 4º - A execução fiscal poderá ser promovida contra: I - o devedor; II - o fiador; III - o espólio; IV - a massa; V - o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado; e VI - os sucessores a qualquer título. § 1º - Ressalvado o disposto no artigo 31, o síndico, o comissário, o liquidante, o inventariante e o administrador, nos casos de falência, concordata, liquidação, inventário, insolvência ou concurso de credores, se, antes de garantidos os créditos da Fazenda Pública, alienarem ou derem em garantia quaisquer dos bens administrados, respondem, solidariamente, pelo valor desses bens. § 2º - À Dívida Ativa da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial. § 3º - Os responsáveis, inclusive as pessoas indicadas no § 1º deste artigo, poderão nomear bens livres e desembaraçados do devedor, tantos quantos bastem para pagar a dívida. Os bens dos responsáveis ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação da dívida.

11 REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Lei nº 6.830, de 1980. Art. 41 - O processo administrativo correspondente à inscrição de Dívida Ativa, à execução fiscal ou à ação proposta contra a Fazenda Pública será mantido na repartição competente, dele se extraindo as cópias autenticadas ou certidões, que forem requeridas

executivo e que entenda necessário ao exercício do múnus processual a ele imputado. Contudo, mostrar-se-á injurídica a pretensão de pleitear em juízo as providências correlativas que possam subjugar a Fazenda Pública exequente a produzir prova contra si, como ocorreria se, em tal circunstância, vier requisição judicial de exibição dos autos administrativos, supostamente fundamentada nas prerrogativas a tanto positivadas na Lei das Execuções Fiscais, art. 41.

4 INVESTIGAÇÃO ACERCA DA (IN)OPORTUNIDADE PARA SUSPENSÃO DO PROCEDIMENTO EXECUTÓRIO OU ARQUIVAMENTO PROVISÓRIO DOS AUTOS

Na hipótese de o curador especial requerer a suspensão do processo com base no Art. 40, da LEF, deverá ser analisado se foram esgotadas as possibilidades de alcance patrimonial dos executados.

À Fazenda Pública exequente incumbe pleitear em juízo as providências para a busca de bens dos executados que demandem a utilização de ferramentas disponibilizadas em sistemas eletrônicos e/ou conectadas à rede mundial de computadores – por exemplo, BACENJUD, INFOJUD, RENAJUD – cujo manejo é competência exclusiva do Poder Judiciário, conforme indicação jurisprudencial atinente à circunstância:

“Ementa PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. ACESSO AOS SISTEMAS RENAJUD E INFOJUD A SER REALIZADO PELO JUDICIÁRIO. [...]

2. É o próprio Judiciário que detém as ferramentas para proceder com as consultas mediante os sistemas RENAJUD e INFOJUD, de forma que não deve ser determinada à parte tal diligência, haja vista que não possuem acesso aos instrumentos aptos à consecução do fim pretendido.

3. Hipótese em não deve ser aplicada a suspensão prevista no art. 40 da Lei nº 6.830/80, porquanto ainda não foram realizadas todas as medidas de localização de bens do executado requeridas pela exequente. Agravo de Instrumento provido.

Decisão UNÂNIME

Tipo Acórdão Número 0001598-22.2014.4.05.0000 00015982220144050000 Classe AG - Agravo de Instrumento – 137160 Relator(a) Desembargador Federal Geraldo Apoliano Origem TRIBUNAL - QUINTA REGIAO Órgão julgador Terceira Turma Data 03/06/2014 Data da publicação 10/06/2014 Fonte da publicação DJE - Data:10/06/2014 - Página:128.”

Por essas razões, a pretensão de curador especial de demarcar o início da contagem do prazo de prescrição intercorrente em execução fiscal (com base no Art. 40, LEF) deverá ser confrontada em juízo com as atitudes da Fazenda Pública exequente para averiguar-se a (in)ocorrência de inércia fazendária, especialmente, no que se refere às possibilidades de localização de acervo patrimonial sob titularidade de executado.

5 SOBRE PAGAMENTO(S) DE VERBAS HONORÁRIAS PELA CURATELA ESPECIAL DE RÉU REVEL

5.1 VEDAÇÃO LEGAL DE PERCEPÇÃO DE HONORÁRIOS PELO EXERCÍCIO DE ATRIBUIÇÃO INSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Por vezes, a peça de exceção de pré-executividade contém pedido de curador especial referente ao recebimento de honorários pela atuação da Defensoria Pública na defesa de executado fictamente citado e revel – o quê se assemelha ao direito de percepção de

pelas partes ou requisitadas pelo Juiz ou pelo Ministério Público. Parágrafo Único - Mediante requisição do Juiz à repartição competente, com dia e hora previamente marcados, poderá o processo administrativo ser exibido na sede do Juízo, pelo funcionário para esse fim designado, lavrando o serventuário termo da ocorrência, com indicação, se for o caso, das peças a serem trasladadas.

honorários decorrente de nomeação de advogado *ad hoc*, prática profissional regida Estatuto da Advocacia¹², Art. 22, *caput*, § 1º. Contudo, entende-se flagrantemente indevida a pretensão de receber honorários no desempenho da missão institucional da Defensoria Pública, à vista da correspondente vedação expressa positivada pelas Lei Complementar nacional n° 80 e Lei Complementar estadual n° 29, por exemplo¹³, e conforme assentado pelo Superior Tribunal de Justiça:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. CURADOR ESPECIAL. FUNÇÃO INSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria pública no exercício da curadoria especial, visto que essa função faz parte de suas atribuições institucionais.

2. Recurso especial não provido.

Tipo Acórdão Número 2010.01.34959-3 201001349593 Classe RESP – RECURSO ESPECIAL – 1203312 Relator(a) NANCY ANDRIGHI Origem STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Órgão julgador TERCEIRA TURMA Data 14/04/2011 Data da publicação 27/04/2011 Fonte da publicação DJE DATA:27/04/2011.

Nesse quadro, mostra-se carente de qualquer fundamentação jurídica uma pretensão de imputar condenação à Fazenda Pública exequente ao pagamento de honorários pela curatela especial por Defensor(a) Público(a) de réu revel.

5.2 IMPERTINÊNCIA DO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS PELA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO INTERNO À DEFENSORIA PÚBLICA INTEGRADA EM SUA ESTRUTURA ADMINISTRATIVA

Tampouco vislumbra-se direito para a Defensoria Pública à eventual percepção de verbas sucumbenciais pagas pela Fazenda Pública a qual integrada – caso seja extinta a execução fiscal em provimento de pedido(s) ajuizado(s) em exceção de pré-executividade – haja vista o entendimento firmado em recurso repetitivo e sumulado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, intérprete-mor da legislação infraconstitucional que rege este tema. Relembre-se que o STJ estabeleceu precedentes, em sede de recursos repetitivos e súmula, indicativos da impertinência de percepção de honorários sucumbenciais pela Defensoria Pública em atuação contra a pessoa jurídica de direito público interno a ela vinculada:

12 REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Lei n° 8.906, de 4 de julho de 1994. 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. § 1º O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado. [...]

13 REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Lei Complementar n° 80, de 12 de janeiro de 1994. Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: [...] XVI – exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei; (Incluído pela Lei Complementar n° 132, de 2009). Art. 46. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros da Defensoria Pública da União é vedado: [...] III - receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais, em razão de suas atribuições; [...] Art. 91. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios é vedado: [...] III - receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais, em razão de suas atribuições; [...] Art. 130. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros da Defensoria Pública dos Estados é vedado: [...] III - receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais, em razão de suas atribuições; [...].

ALAGOAS (Estado). Lei Complementar n° 29, de 1º de dezembro de 2011. Art. 7º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras definidas em lei: [...] XV atuar como Curador Especial, nos casos previstos em lei; [...] Art. 108. Além das proibições decorrentes do exercício do cargo público, aos membros da Defensoria Pública é vedado: [...] III receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais, em razão de suas atribuições; [...]

“Ementa PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFENSORIA PÚBLICA. CÓDIGO CIVIL, ART. 381 (CONFUSÃO). PRESSUPOSTOS.

1. Segundo noção clássica do direito das obrigações, ocorre confusão quando uma mesma pessoa reúne as qualidades de credor e devedor.
2. Em tal hipótese, por incompatibilidade lógica e expressa previsão legal extingue-se a obrigação.
3. Com base nessa premissa, a jurisprudência desta Corte tem assentado o entendimento de que não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando atua contra a pessoa jurídica de direito público da qual é parte integrante.
4. A contrario sensu, reconhece-se o direito ao recebimento dos honorários advocatícios se a atuação se dá em face de ente federativo diverso, como, por exemplo, quando a Defensoria Pública Estadual atua contra Município.
5. Recurso especial provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC e à Resolução nº 8/2008-STJ.

Processo REsp 1108013 / RJ RECURSO ESPECIAL 2008/0277950-6 Relator(a) Ministra ELIANA CALMON (1114) Órgão Julgador CE - CORTE ESPECIAL Data do Julgamento 03/06/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 22/06/2009 REVFOR vol. 405 p. 443 RSSTJ vol. 40 p. 327.”

“Ementa ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA REPETITIVA. RIOPREVIDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PAGAMENTO EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. NÃO CABIMENTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. "Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença" (Súmula 421/STJ).
2. Também não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando ela atua contra pessoa jurídica de direito público que integra a mesma Fazenda Pública.
3. Recurso especial conhecido e provido, para excluir da condenação imposta ao recorrente o pagamento de honorários advocatícios.

Processo REsp 1199715 / RJ RECURSO ESPECIAL 2010/0121865-0 Relator(a) Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA (1128) Órgão Julgador CE - CORTE ESPECIAL Data do Julgamento 16/02/2011 Data da Publicação/Fonte DJe 12/04/2011.”

“Súmula 421

Enunciado: Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença. Órgão Julgador CORTE ESPECIAL Data da Decisão 03/03/2010 Fonte DJE DATA:11/03/2010 RSSTJ VOL.:00040 PG:00273 RSTJ VOL.:00218 PG:00689.”

O ponto central a ser considerado nesta questão é a confusão patrimonial, caracterizada na circunstância em que a Defensoria Pública – ente despersonalizado integrado à estrutura administrativa de Poder Executivo (de Estado-membro ou do Distrito Federal ou da União Federal) – pleiteia em juízo o recebimento de honorários em face dessa pessoa jurídica de direito público a qual pertence, cujos respectivos orçamentos tem como fonte principal os créditos liberados pelo mesmo Erário.

Não se desconhece que a Defensoria Pública deve atender à regulação constitucional¹⁴ que lhe atribuiu autonomia funcional e administrativa, bem como, a iniciativa de sua respectiva proposta orçamentária. Contudo, essa regência constitucional não se desvia

14 REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Constituição, de 5 de outubro de 1988. Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. [...] § 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. [...]

da caracterização da Defensoria Pública ser destituída de personalidade jurídica: como todo órgão, está integrada à estrutura organizacional da respectiva entidade federativa, mas não é pessoa jurídica. Embora desprovida de personalidade jurídica própria, a Defensoria Pública possui capacidade processual, geral e irrestrita, e, por isso, é um dos entes despersonalizados incluídos no âmbito semântico da expressão ‘Fazenda Pública’ – normalmente utilizada para designar o Estado em juízo, especialmente no que se refere aos aspectos patrimoniais da circunstância:

“A Administração Pública, quando ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, por suas autarquias, por suas fundações públicas ou por seus órgãos que tenham capacidade processual, recebe a designação tradicional de Fazenda Pública, porque seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda.”¹⁵

Pois bem.

A par disso, a Constituição Republicana de 1988 (CRFB 1988)¹⁶ impõe a unidade, equilíbrio e exatidão ao orçamento público, dispondo que a lei orçamentária anual compreenderá o orçamento fiscal referente aos poderes estatais, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público. Nesse quadro, mesmo as emendas ao projeto da lei orçamentária anual – propostas para a respectiva modificação¹⁷ – devem ser estritamente controladas, de modo a ser observado o exato equilíbrio entre receitas e despesas previstas. Ademais, estão proibidas¹⁸ as práticas que busquem contornar a totalidade das previsões de receitas e despesas incluídas na lei orçamentária anual para cada Poder, fundo, órgão e entidade instituída e mantida pelo Erário correspondente em cada circunstância, conforme ilustração doutrinária precisa:

“Infere-se, dos dispositivos supratranscritos, que cada Poder/função do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) e entes/órgãos autônomos (Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas) detêm orçamento próprio, sendo, a todos eles, atribuída a iniciativa de lei para tal mister, de maneira que todas as receitas e despesas sejam englobadas na lei orçamentária anual de cada ente federado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Assim, cada um dos Poderes e cada entidade autônoma possuem orçamento próprio e independente para fazer frente a todas as atribuições e deveres que lhes foram impingidos pela Constituição Federal, razão pela qual é vedado a quaisquer dos

15 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. 2. tir. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Alexio e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 590.

16 REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Constituição (de 1988). Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais. [...] § 5º - A lei orçamentária anual compreenderá: I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; [...]

17 REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Constituição (de 1988). Art. 166. [...] § 3º - As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso: I - sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias; II - indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre: a) dotações para pessoal e seus encargos; b) serviço da dívida; c) transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal; ou III - sejam relacionadas: a) com a correção de erros ou omissões; ou b) com os dispositivos do texto do projeto de lei. [...]

18 REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Constituição (de 1988). Art. 167. São vedados: I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual; II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais; [...] V - a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes; VI - a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa; [...] VIII - a utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos, inclusive dos mencionados no art. 165, § 5º; [...]

Poderes, por meio de repasse de seu próprio orçamento, utilizar-se ou depender-se de verba que seja originada de orçamento estranho àquele que foi incorporado na lei orçamentária por outro Poder.

As obrigações e despesas de cada um (funções do Estado e órgãos autônomos) não podem exceder os créditos constantes do orçamento aprovado mediante lei, sob pena de quebra do princípio harmônico e independente que há de existir no sistema constitucional brasileiro, conforme assegurado no art. 2º, da CF/88.”¹⁹

Se o ente estatal for constringido a retirar do Tesouro verbas orçadas para a função executiva – de prestação de serviços de educação, saúde, saneamento básico, transporte, segurança pública – para eventualmente pagar honorários sucumbenciais à Defensoria Pública a si vinculada estará caracterizada a confusão patrimonial em tal hipótese, pois a fonte dos recursos é uma só! É claríssima a respeito, por exemplo, a Lei Complementar do Estado de Alagoas nº 29, Art. 172, I, ao indicar como “primeiro item das receitas do Fundo de Modernização da Defensoria Pública do Estado de Alagoas – FUNDEPAL, as dotações consignadas no Orçamento Geral do Estado”.

Ou seja: a Defensoria Pública é mantida e tem seus duodécimos repassados mensalmente pelo Erário da pessoa jurídica de direito público interno a qual está integrada, o mesmo contra quem seria apresentada as pretensões de receber honorários pela curatela especial e/ou por eventual sucumbência em sede de exceção de pré-executividade. Na prática, tal circunstância implicaria contornar a vedação constitucional de transposição/remanejamento/transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro – Art. 167, VI, VIII, CRFB 1988.

Atento a esta perspectiva orçamentária/patrimonial atinente aos Poderes e entes despersonalizados componentes da Fazenda Pública, a Corte Superior de Justiça vem reiterando a manutenção de seu posicionamento já sumulado – mesmo após a decisão do Supremo Tribunal Federal em sentido diverso – porque, na origem, desde os julgamentos dos repetitivos e na dicção da Súmula STJ 421, já fora observada a autonomia orçamentária da Defensoria Pública sem descuidar-se da fonte única de recursos a alimentar os orçamentos do Executivo e respectivos órgãos. É o quê se observa em decisões recentes a respeito do tema controvertido:

“Ementa PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. [...] HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO E AUTARQUIA FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

[...]

2. Nos termos da Súmula 421/STJ, "Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença".

3. Ademais, a Segunda Turma já se pronunciou no sentido de que "a atual redação do art. 4º, XIX, da LC 80/1994 não produz qualquer alteração no quadro analisado por esta Corte Superior, pois, desde o momento da criação do mencionado verbete sumular, teve-se em conta a autonomia funcional e administrativa do órgão"; além disso, "o custeio de suas atividades continua sendo efetuado com recursos do Estado-membro ao qual pertence" (AgInt no REsp 1516751/AM, Min. Og Fernandes, DJe 23/2/2017). No mesmo sentido: REsp 1778121/AM, Ministro Herman Benjamin, DJe 04/02/2019.

4. Agravo interno não provido.

Processo AgInt no REsp 1781603 / MG AGRAVO INTERNO NO RECURSO

19 SCHRADER, Pablo Henrique Garcete. Da autonomia (funcional, administrativa e orçamentária) atribuída pela Constituição Federal de 1988 aos poderes e órgãos/entes estatais, destituídos de personalidade jurídica: responsabilidade (civil) pelos seus atos danosos ou ilícitos que deve ser ampla e atrelada ao seu próprio orçamento. In XLII Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal. Vitória, ES, 2016, 36 f. (impresso), p. 21-22.

ESPECIAL 2018/0308210-6 Relator(a) Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 21/02/2019 Data da Publicação/Fonte DJe 01/03/2019.”

“Ementa PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. DEFENSORIA PÚBLICA INTEGRANTE DO MESMO ENTE FEDERATIVO. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA DECIDIDA EM RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC/73. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 421 DO STJ. ENTENDIMENTO DOMINANTE NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 568 DO STJ. [...]

II. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.108.013/RJ (Rel. Ministra ELIANA CALMON, DJe de 22/06/2009) e do REsp 1.199.715/RJ (Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 12/04/2011), ambos sob o rito do art. 543-C do CPC/73, firmou entendimento no sentido de não serem devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública, quando ela atua contra pessoa jurídica de direito público à qual pertença ou que integre a mesma Fazenda Pública.

III. Esse entendimento prevalece mesmo após o advento das Emendas Constitucionais 74/2013 e 80/2014 e da Lei Complementar 132/2009, que deu nova redação ao inciso XXI do art. 4º da Lei Complementar 80/94, na medida em que "a atual redação do art. 4º, XIX, da LC 80/1994 não produz qualquer alteração no quadro analisado por esta Corte Superior, pois, desde o momento da criação do mencionado verbete sumular, teve-se em conta a autonomia funcional e administrativa do órgão. Além disso, o custeio de suas atividades continua sendo efetuado com recursos do Estado-membro ao qual pertence" (STJ, AgInt no REsp 1.516.751/AM, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 23/02/2017). No mesmo sentido: STJ, AgInt no REsp 1.690.067/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 25/06/2018; AgInt no AREsp 1.124.082/AM, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 25/05/2018; AgInt no AREsp 1.206.784/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/05/2018; REsp 1.703.192/AM, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/12/2017; AgInt no REsp 1.560.642/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 09/05/2017; AgInt no REsp 1.516.751/AM, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 23/02/2017; AgRg no REsp 1.579.112/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 15/03/2016. Incidência da Súmula 568/STJ.

IV. Agravo interno improvido.

Processo AgInt no AREsp 1217057 / AM AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2017/0307723-2 Relator(a) Ministra ASSUSETE MAGALHÃES (1151) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 25/09/2018 Data da Publicação/Fonte DJe 01/10/2018.

Ementa ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. [...] PAGAMENTO DE HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA PERTENCENTE AO ENTE LITIGADO. IMPOSSIBILIDADE. AFRONTA À SÚMULA 421/STJ. DECISÃO PARCIALMENTE MODIFICADA. AGRAVO INTERNO DO ESTADO DO MATO GROSSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO APENAS PARA AFASTAR A VERBA HONORÁRIA EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DA MESMA UNIDADE DA FEDERAÇÃO.

[...]

2. Nos termos da Súmula 421/STJ, os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença. Por isso, deve ser a sentença restaurada apenas parcialmente, afastando-se a condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais.

3. Agravo Interno do ESTADO DO MATO GROSSO a que se dá parcial provimento, apenas para afastar a verba honorária em favor da DEFENSORIA

PÚBLICA daquela Unidade da Federação.
Processo AgInt no REsp 1684168 / MT AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL 2017/0176101-4 Relator(a) Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 14/08/2018 Data da Publicação/Fonte DJe 23/08/2018.

Dessa forma, vista a atuação da Defensoria Pública como curador especial de réu revel em execução fiscal da Fazenda Pública da qual é órgão integrante, descabe a condenação da exequente ao pagamento de honorários advocatícios – seja para o custeio da curatela especial, seja por circunstancial sucumbência no procedimento de executividade.

5.3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DE EVENTUAL CONDENÇÃO DE FAZENDA PÚBLICA EXEQUENTE EM VERBAS SUCUMBENCIAIS

Uma condenação de Fazenda Pública exequente ao pagamento de verbas sucumbenciais deve observar as seguintes orientações.

5.3.1 IMPOSSIBILIDADE DE PRONTA IMPOSIÇÃO DE PERCENTUAL EM EVENTUAL CONDENÇÃO À FAZENDA PÚBLICA

A condenação fazendária ao pagamento de verbas sucumbenciais recebeu inovada disciplina no Diploma Adjetivo Civil²⁰, Art. 85, § 3º. Assim, nos casos de apenação da Fazenda Pública, os honorários advocatícios serão fixados em percentual inversamente proporcional ao valor da condenação, na forma dos incisos I a V do artigo 85, § 3º, do CPC 2015.

Ademais, tal decisão condenatória configurar-se-ia como provimento judicial manifestamente ilíquido, dependente ainda da necessária liquidação na forma do artigo 509 e seguintes do CPC de 2015²¹, porquanto necessário definir-se índice de correção monetária para atualização do valor da causa e verificação/correlação com o valor do salário mínimo vigente à época. Dessa forma, não poderá o eventual provimento, de logo, quando da sua prolação, definir o percentual a ser aplicado em tal hipótese, em vista da disposição consolidada no Código de Processo Civil, Art. 85, § 4º, II.

Ou seja: diante da manifesta iliquidez do montante de circunstancial condenação

20 REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Lei nº 13.105, de 2015. Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. [...] § 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º 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. § 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º: [...] II - não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado; [...] § 5º Quando, conforme o caso, a condenação contra a Fazenda Pública ou o benefício econômico obtido pelo vencedor ou o valor da causa for superior ao valor previsto no inciso I do § 3º, a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente.

21 REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Lei nº 13.105, de 2015. DA LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA Art. 509. Quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á à sua liquidação, a requerimento do credor ou do devedor: I - por arbitramento, quando determinado pela sentença, convencionado pelas partes ou exigido pela natureza do objeto da liquidação; II - pelo procedimento comum, quando houver necessidade de alegar e provar fato novo. [...]

da Fazenda Pública, certo que somente em liquidação de tal *decisum*, é que será possível a especificação do parâmetro positivado entre os incisos do artigo 85, § 3º, do CPC de 2015.

5.3.2 A DEFINIÇÃO DO ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO DO VALOR DA CAUSA PARA ESPECIFICAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DE VERBA SUCUMBENCIAL

De outro lado, ainda que seja considerada líquida uma circunstancial decisão condenatória, deverá a mesma definir, desde logo, a extensão da obrigação, o índice de correção monetária, a taxa de juros, o termo inicial de ambos e a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso – em conformidade com a Lei Processual²², Arts. 491, 492.

E para esse fim, deverá a decisão a ser eventualmente prolatada observar que os ônus sucumbenciais se referem à condenação de natureza não-tributária imposta à Fazenda Pública, mostrando-se indevida aplicação de índice de correção atinente ao crédito tributário exequendo por ocasião da definição da base de cálculo dos valores devidos por sucumbência.

6 CONCLUSÃO

A exceção de pré-executividade configura-se como incidente processual restrito, um canal estreitíssimo para defesas excepcionais que venham a juízo dotadas de prova pré-constituída, que investe contra o rito normal das execuções, e com eficácia mais contundente perante a execução fiscal, na qual termina por obstar (ainda que transitoriamente) o recebimento de dívida ativa, ou seja, de valores exigidos em juízo por Fazenda Pública.

A certidão de dívida ativa é título executivo extrajudicial dotado com presunção de certeza e liquidez e efeito de prova pré-constituída, cabendo ao demandado inserido no polo passivo da execução fiscal nela embasada fazer contraprova suficiente à desconstituição desses atributos positivados legalmente em prol do crédito público, então cobrado na via jurisdicional.

No quadro em que a exceção de pré-executividade é manejada pela Defensoria Pública, no exercício da função institucional de curatela especial de réu fictamente citado e revel, pode ser vislumbrado um aparente confronto intrassistêmico entre as prerrogativas processuais do curador especial e a regência específica da dívida ativa e correlata execução fiscal.

Defensor(a) Público(a) curador(a) especial tem o dever de ofício de utilizar todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa dos interesses do executado revel e, nesse contexto, a interposição de exceção de pré-executividade afigura-se como meio processual idôneo a tanto, vista a impossibilidade de acionar embargos à execução fiscal (especificamente, pela não localização de patrimônio penhorável do sujeito passivo que pudesse garantir o juízo executivo e, com isso, permitir o processamento da ação defensiva).

Uma das principais – quiçá, a prevalente – prerrogativa processual de Defensor(a) Público(a) curador(a) especial é o direito de defesa do assistido por negativa geral dos fatos

22 REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Lei nº 13.105, de 2015. Art. 491. Na ação relativa à obrigação de pagar quantia, ainda que formulado pedido genérico, a decisão definirá desde logo a extensão da obrigação, o índice de correção monetária, a taxa de juros, o termo inicial de ambos e a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso, salvo quando: [...] § 2º O disposto no caput também se aplica quando o acórdão alterar a sentença.

Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Parágrafo único. A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional.

listados pela parte demandante, de modo a possibilitar alterações na distribuição dos ônus probatórios genericamente estipulada na Lei Processual Civil. Contudo, no cenário em que esse exercício da curatela especial resulta em interposição de exceção de pré-executividade no curso de execução fiscal, com vistas à desconstituição de CDA, o sistema não valida uma pretensão de inversão do ônus probatório – que imputasse à Fazenda Pública exequente fazer prova contra si em juízo – de modo que caberá à Defensoria Pública diligenciar a produção de prova – primeiro: pré-constituída, para embasar a própria interposição do incidente de executividade; e, segundo: específica e suficiente à fundamentação da respectiva pretensão de invalidar o título executivo e o decorrente processo judicial de cobrança – haja vista a disciplina legal da dívida ativa imputar ao executado (ou a outrem interessado) a produção de prova inequívoca para rebater a presunção de certeza e liquidez, bem como, o efeito de prova pré-constituída acerca dos elementos nela indicados, atribuídos por lei à dívida ativa regularmente inscrita, atributos esses reforçados na seara tributária, porquanto regida por lei complementar à Constituição no que se refere ao crédito tributário.

A relevante missão institucional da Defensoria Pública deve ser exercida nos limites da regência normativa positivada e, nesse entorno, destaca-se a vedação à percepção de honorários pelo exercício de suas atribuições. E, mesmo sendo direito dessa Instituição executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por entes públicos, entende-se que a inserção da Defensoria Pública na estrutura organizacional de Poder Executivo impende que a Fazenda Pública que lhe repassa os respectivos duodécimos seja obrigada a, simultânea e eventualmente, pagar-lhe verbas sucumbenciais – seja em decorrência da figura jurídica ‘confusão’ caracterizada em tal hipótese; seja em decorrência da sistematização e unicidade orçamentárias positivadas constitucionalmente, na qual vista a vedação de transposição/remanejamento/transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro.

REFERÊNCIAS

ALAGOAS (Estado). Lei Complementar nº 29, de 1º de dezembro de 2011. Disponível em <<http://www.gabinetecivil.al.gov.br/legislacao/>> Acesso em 24 maio 2019.

_____. Lei nº 6.771, de 16 de novembro de 2006. <<http://www.sefaz.al.gov.br/legislacao>> Acesso em 24 maio 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Consultas de jurisprudência. Disponível em <<https://www2.tjal.jus.br/esaj/portal.do?servico=780000/>> Acesso em 24 maio 2019.

ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm> Acesso em Acesso em 28 nov. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil, volume 2: processo de conhecimento*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. 2. tir. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Alexio e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1998.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Constituição, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso

em 28 nov. 2019.

_____. Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Disponível em <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/leis-complementares-1/todas-as-leis-complementares-1>> Acesso em 28 nov. 2019.

_____. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Disponível em <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/leis-ordinarias/1980-a-1960-leis-ordinarias>> Acesso em 28 nov. 2019.

_____. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm> Acesso em 17 dez. 2019.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm> Acesso em 28 nov. 2019.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em 28 nov. 2019.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Jurisprudência. Disponível em <<https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/>> Acesso em 24 maio 2019.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHRADER, Pablo Henrique Garcete. *Da autonomia (funcional, administrativa e orçamentária) atribuída pela Constituição Federal de 1988 aos poderes e órgãos/entes estatais, destituídos de personalidade jurídica: responsabilidade (civil) pelos seus atos danosos ou ilícitos que deve ser ampla e atrelada ao seu próprio orçamento*. In XLII Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal. Vitória, ES, 2016, 36 f. (impresso).

Referência:

ARAÚJO, Nadja Silva de. Exceção de pré executividade de curador especial (Defensoria Pública) de réu em execução fiscal. *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gérias*, Belo Horizonte, v.16, n.1, p. 215-232, jan./dez., 2019.

Aceito em: Dezembro 2019.

A COMPENSAÇÃO FINANCEIRA ENTRE OS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL: UMA OMISSÃO REGULAMENTAR

ROGER NASCIMENTO DOS SANTOS*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial; 2.1 Aspectos históricos; 2.2 Do equilíbrio financeiro e do equilíbrio atuarial – uma distinção conceitual; 3 A contagem recíproca entre os regimes de previdência social; 4.1 Evolução histórica; 4.2 Compensação financeira entre os regimes próprios de previdência – a omissão regulamentar; 5 A supremacia constitucional e o controle de constitucionalidade; 5.1 considerações iniciais; 5.2 O controle de constitucionalidade; 5.3 A ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a possibilidade de sua utilização, de modo a viabilizar a compensação entre os regimes próprios de previdência social. 6 Conclusão.

Resumo: O tema do presente artigo é a omissão do Presidente da República na emissão de decreto regulamentar, apto a viabilizar a compensação previdenciária entre os regimes próprios de previdência social, tal como previsto no art. 8º-A, da Lei n. 9.796/99. Isso porque, decorridos mais de dezoito anos desde a expedição da norma em referência, não houve a esperada regulamentação, sendo certo que, na atualidade, somente se afigura possível a compensação financeira entre o regime geral e os regimes próprios de previdência social. Nesse sentido, o objetivo da pesquisa é aferir a possibilidade de se utilizar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de modo a conferir plena eficácia ao §9º, do art. 201 da Constituição Federal, mediante a constituição em mora do Presidente da República, na medida em que os regimes próprios dos entes subnacionais, observado o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, não podem prescindir de tão relevante fonte de receita.

Palavras-Chave: Compensação Previdenciária; Regimes Próprios De Previdência Social; Decreto Regulamentar; Ação Direta De Inconstitucionalidade Por Omissão

* Pós-graduado em Direito Prática Previdenciária pela Universidade Estácio de Sá em parceria tecnológica com o Centro de Ensino Renato Saraiva – CERS. Pós-graduando em Gestão Financeira pela Fundação Getúlio Vargas. Graduando em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Estado de Rondônia. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas Cândido Mendes. Procurador do Estado de Rondônia. Procurador-Geral do Instituto de Previdência dos Servidores Públicos do Estado de Rondônia. Membro Suplente da Comissão Permanente de Acompanhamento de Ações Judiciais Relevantes aos RPPS – COPAJURE.

1 INTRODUÇÃO

Ao lado da contagem recíproca, o §9º, do art. 201 da Constituição Federal prevê a compensação financeira entre os regimes de previdência social.

A contagem recíproca ocorre quando um segurado que esteve vinculado a um ou mais regimes de previdência, denominado(s) de origem, se vincula a outro regime de previdência (instituidor), e neste obtém benefícios previdenciários, a saber, a aposentadoria e a pensão por morte, mediante o aproveitamento do tempo de contribuição prestado aos regimes de previdência de origem.

Em decorrência, a compensação financeira entre os regimes de previdência se destina a ressarcir os regimes instituidores, quando, para a concessão de aposentadoria e pensão por morte, tiver sido computado tempo de contribuição oriundo de outros regimes de previdência, guardada a devida proporcionalidade.

Entretanto, passados mais de dezoito anos desde a inclusão do art. 8º-A no texto da Lei nº 9.796/99, o Presidente da República não se desincumbiu do ônus regulamentar, de modo a possibilitar a compensação financeira entre os regimes próprios de previdência social e, por conseguinte, a plenitude da produção de efeitos do dispositivo constitucional em referência.

No atual cenário, as compensações financeiras somente têm ocorrido entre o regime geral e os regimes próprios de previdência social.

Desse modo, diante da notória dificuldade que os 2.123 regimes próprios de previdência social existentes Brasil têm tido para manter o equilíbrio financeiro e atuarial, certo é que os entes subnacionais não podem prescindir de qualquer fonte de receita.

Assim, o presente trabalho tem por escopo justamente analisar a possibilidade do manejo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão como mecanismo próprio a compelir o Presidente da República a expedir o decreto regulamentar, tornando possível a compensação entre os regimes próprios de previdência.

Nesse contexto, é de se observar que o presente trabalho foi precedido de levantamento bibliográfico, tendo se desenvolvido consoante o método dedutivo, considerado o mais eficiente para o alcance dos objetivos propostos.

Além desta introdução e da conclusão, o trabalho se estrutura em três capítulos de desenvolvimento, tratando o primeiro sobre o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial como vetor da sustentabilidade dos regimes de previdência social.

Adiante, analisa-se o instituto da contagem recíproca e as questões afetas à compensação entre os regimes de previdência, especificamente à luz do pacto federativo e da omissão regulamentar do Presidente da República apta a possibilitar a compensação entre os regimes próprios de previdência social.

Em prosseguimento, são abordadas as questões afetas à supremacia constitucional

e ao controle de constitucionalidade.

Na oportunidade, examina-se, outrossim, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a possibilidade de utilização deste mecanismo como meio de obtenção da plenitude dos efeitos previstos em norma constitucional, sem prejuízo da abordagem atinente à adição de medidas complementares por órgãos da administração pública.

2 DO PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

O princípio do equilíbrio financeiro e atuarial foi inserido no *caput* do art. 40 da Constituição Federal, que regula a aposentadoria dos servidores públicos civis, por meio da Emenda Constitucional nº 20, de 16 de dezembro de 1998.

Todavia, da leitura da exposição de motivos que instruiu a Proposta de Emenda à Constituição n. 33, de 11 de abril de 1995, e que deu origem à supracitada emenda constitucional, tem-se que, ao lado do aperfeiçoamento da gestão e da legislação previdenciária, o equilíbrio financeiro e atuarial era tratado como um objetivo a ser alcançado pelo modelo previdenciário encaminhado à apreciação do Poder Legislativo, e não como um princípio vetor da previdência social brasileira.

E, assim, permaneceu durante toda a tramitação da proposta na Câmara de Deputados.

Neste sentido, é de se observar que, somente na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania do Senado Federal, é que passou a ser discutida, no âmbito do Poder Legislativo, a necessidade de se conferir ao equilíbrio financeiro e atuarial o *status* de princípio constitucional, o que se verifica do seguinte trecho do voto do relator designado, o senador Beni Veras¹:

O último princípio é o da **viabilidade ao longo prazo**. Por definição, o sistema previdenciário depende de variáveis de difícil previsão. Essas variáveis podem ser de natureza demográfica, estarem relacionadas com o nível da atividade econômica ou com as transformações a que o mercado de trabalho está sujeito ao longo do tempo. E difícil avaliar, com exatidão, a duração dos benefícios concedidos ou se, com todas as mudanças populacionais e de mercado de trabalho em curso, a forma de funcionamento será suficiente para cobrir os benefícios mantidos.

O equilíbrio financeiro e atuarial é necessário não apenas para dar segurança às pessoas que contribuem mensalmente para o sistema, cuja expectativa é usufruir dos benefícios no futuro, mas também para garantir o pagamento dos benefícios àqueles que contribuíram no passado. Os cálculos dos atuários, portanto, são feitos para várias gerações.

1BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 33, de 11 de abril de 1995. Parecer n. 390, de 1997, da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. Relator: Senador Beni Veras. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC20/Senado/EC020_sen_25071997_prc390.pdf. Acesso em: 29 maio 2019.

[...]

Várias das inovações acima referidas deverão contribuir decisivamente para o equilíbrio financeiro e atuarial dos diversos regimes previdenciários. Para fortalecer ainda mais esse princípio basilar, explicitamos claramente que todos esses regimes devem observar critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

Aberto o necessário parêntese, é de se sublinhar que a positivação do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial no texto constitucional pareceu atender a um antigo anseio dos técnicos em previdência social.

Tal assertiva resta confirmada por Amélia Cohn² que, ao mencionar o Boletim do Ministério do Trabalho Indústria e Comércio, de julho de 1946, no qual restou transcrita uma palestra do renomado atuário Severino Amaral Montenegro, um dos responsáveis pelo plano de custeio da Lei Orgânica da Previdência Social (Lei nº 3.807/1960), tece as seguintes considerações:

Este texto representativo evidencia que já em 1946 a posição dos técnicos é a de que, se a previdência social apresenta falhas no sentido de não proporcionar aos seus segurados um nível de rendimento adequado, em parte elas provêm da estruturação interna desses institutos e de todo o conjunto do sistema previdenciário, o que, por sua vez, é fruto da história da constituição desse sistema. Não obstante, dizem, como sua política de benefícios tem que ser calcada na realidade técnica (atuária) dessas instituições, se mais não podem fazer isso é devido a uma política salarial do governo.

Sob a mesma perspectiva, Naron Nogueira³ destaca a relevância do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial como essencial e estruturante da previdência social, pronunciando-se quanto ao avanço que representou sua positivação no texto constitucional nos seguintes termos:

Embora se possa considerar que o equilíbrio financeiro e atuarial já existia anteriormente como princípio implícito da previdência social e de toda a seguridade social, na forma estabelecida pelo § 5º do artigo 195 da Constituição Federal, segundo o qual “Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”, fato é que historicamente tal previsão, por si só um tanto vaga, nunca foi de fato observada com seriedade, seja pelos regimes de previdência dos servidores públicos, seja pelo regime geral de previdência social. Somente a partir da reforma de 1998 o equilíbrio financeiro e atuarial passou a ser considerado um princípio essencial e estruturante da previdência social e, no caso específico dos RPPS, acompanhado de mecanismos voltados a verificar a sua observância.

²COHN, Amélia. *Previdência Social e processo político no Brasil*. São Paulo: Ed. Moderna, 1980. p. 100.

³NOGUEIRA, Naron Gutierre. *O Equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS: de princípio constitucional a política pública de Estado*. (Coleção Previdência Social. Série Estudos; v. 34). Brasília: MPS, 2012. p. 157. Disponível em: http://sa.previdencia.gov.br/site/arquivos/office/1_120808-172335-916.pdf. Acesso em: 29 maio 2019.

Todavia, transcorridos mais de vinte anos desde a mencionada alteração constitucional, muitos são os desafios enfrentados pelos regimes próprios de previdência social na árdua tarefa de garantir a observância do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial como um dos pilares que asseguram sua sustentabilidade. Acerca do tema, Suzani Andrade Ferraro⁴ assevera:

Registre-se que com a obrigatoriedade da busca do equilíbrio atuarial, os custos previdenciários foram mais claramente evidenciados no processo de financiamento dos planos, identificando-se mais facilmente as causas dos déficits ou superávits ao permitir melhor ajuste no financiamento dos planos. Esses custos mostravam que a necessidade de ajuste não decorreu em função da adoção do regime de repartição simples, mas de fatores variados como: a) migração de servidores vinculados ao RGPS para os regimes próprios de previdência dos servidores efetivos; b) liberação do limite de idade nos concursos públicos pela Constituição Originária de 1988; c) ausência de exigência de carência de contribuição, idade mínima e cobertura atuarial para concessão de aposentadorias; d) ausência de contribuições dos servidores civis para aposentadoria antes da regra imposta pela EC n. 3/93; e) concessão de aposentadorias integrais com utilização de tempo de serviço e não do tempo de contribuição; f) fatores políticos e gerenciais como: falta de compensação entre os regimes de previdência, desvio de recursos, concessão de benefícios sem a devida indicação da fonte de custeio.

E, justamente, a ausência de regulamentação apta a viabilizar a compensação financeira entre os regimes próprios de previdência social, caracterizada como conduta omissiva que viola o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, que é o objeto da análise do presente estudo.

2.2 DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO E DO EQUILÍBRIO ATUARIAL – UMA DISTINÇÃO CONCEITUAL

Diante do fato de que o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial é normalmente apresentado de maneira corrente, afigura-se necessário estabelecer a distinção entre o conceito de equilíbrio atuarial e o conceito de equilíbrio financeiro. Nesta senda, o Anexo da Portaria MF, n. 464, de 19.11.2018, que dispõe sobre as normas aplicáveis às avaliações atuariais dos regimes próprios de previdência social - RPPS da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

27. **Equilíbrio atuarial:** garantia de equivalência, a valor presente, entre o fluxo das receitas estimadas e das obrigações projetadas, ambas estimadas e projetadas atuarialmente, até a extinção da massa de segurados a que se refere; expressão utilizada para denotar a igualdade entre o total dos recursos garantidores do plano de benefícios do RPPS, acrescido das contribuições futuras e direitos, e o total de compromissos atuais e futuros do regime.

4FERRARO, Suzani Andrade. *As Emendas Constitucionais n. 20/1998 e n.41/2003 e o Equilíbrio Financeiro e Atuarial nos Regimes de Previdência Social*. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: 2006. p. 47. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp039534.pdf>. Acesso em: 29 maio 2019.

28. **Equilíbrio financeiro:** garantia de equivalência entre as receitas auferidas e as obrigações do RPPS em cada exercício financeiro.

Sobre o assunto, Rogério Costanzi, Alexandre Zioli Fernandes e Graziela Ansiliero⁵ esclarecem que:

[...] o equilíbrio financeiro, entendido basicamente como o saldo zero ou positivo resultante do confronto entre as receitas e as despesas do sistema previdenciário, ou, em outros termos, como a existência de receitas suficientes para a realização de todos os pagamentos devidos aos segurados, dentro de um lapso temporal – comumente, ao longo de um exercício financeiro.

[...]

O equilíbrio atuarial [...] visa a necessidade de avaliar a sustentabilidade do sistema no longo prazo, em um horizonte temporal bastante amplo. O equilíbrio atuarial, portanto, implicaria a existência de reservas e/ou investimentos suficientes para o cumprimento dos compromissos atuais e também daqueles projetados para o futuro, levando em conta os benefícios programáveis e de risco cobertos pelo sistema previdenciário.

Daí exsurge, especificamente em relação aos regimes próprios de previdência social, que o equilíbrio financeiro pressupõe que o montante arrecadado com a versão das contribuições previdenciárias (cota patronal e cota servidor) seja suficiente para manter os benefícios concedidos nos exercícios financeiros anteriores e no exercício financeiro em curso, na estrita observância do §5º, do art. 165 da Constituição Federal, que dispõe sobre o orçamento da seguridade social.

Por sua vez, o equilíbrio atuarial pressupõe a correspondência, em longo prazo, entre o montante arrecado e o utilizado com vistas à manutenção de certo benefício, sem que haja a necessidade de qualquer financiamento por parte da sociedade.

3 A CONTAGEM RECÍPROCA ENTRE OS REGIMES DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

A contagem recíproca, como mecanismo de conexão entre os diversos regimes de previdência social, na lição de Daniel Machado Rocha e José Antônio Savaris⁶, tem a seguinte finalidade, “franquear ao segurado, vinculado ao longo de sua vida laboral em diferentes regimes previdenciários, a obtenção de benefícios substitutivos nas situações em que o beneficiário não integralize os requisitos mínimos em nenhum regime isoladamente.

Note-se que a possibilidade de contagem recíproca entre os regimes próprios da União, dos Estados, e dos Municípios, foi inaugurada com edição Lei n. 6.864, de 1º de

⁵COSTANZI, Rogério Nagamine; FERNANDES, Alexandre Zioli; ANSILIERO, Graziela. *O princípio constitucional de equilíbrio financeiro e atuarial no regime geral de previdência social: tendências e recentes e o caso da regra 85/95 progressiva*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: 2018. p. 14. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8518/1/TD_2395.pdf. Acesso em: 29 maio 2019.

⁶ROCHA, Daniel Machado; SAVARIS, José Antônio. *Direito previdenciário: fundamentos de interpretação e aplicação*. 2.ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019. p. 214.

dezembro de 1980, que alterou o art. 3º da Lei nº 6.226, de 14 de julho de 1975, nos seguintes termos, “Art. 3º *O disposto nesta Lei estender-se-á aos servidores públicos civis e militares, inclusive autárquicos, dos Estados e Municípios que assegurem, mediante legislação - própria, a contagem do tempo de serviço prestado em atividade regida pela Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, para efeito de aposentadoria por invalidez, por tempo de serviço e compulsória, pelos cofres estaduais ou municipais.*”

Registre-se que as leis anteriores, que previam a contabilização de períodos prestados em órgãos diversos para fins de concessão de aposentadoria no serviço público, adotavam a reciprocidade mitigada, porquanto não consideravam o tempo de serviço prestado aos Estados e Municípios.

Entretanto, nos moldes do dispositivo acima transcrito, o aproveitamento, por parte dos servidores públicos do tempo de serviço prestado em outros regimes, em consonância com o instituto da contagem recíproca, dependia da edição de lei própria pelo respectivo ente estadual ou municipal.

E esta exigência perdurou até a promulgação da Constituição Federal de 1988, cujo §3º, do art. 40, em sua redação original, assegurava que o tempo de serviço público federal, estadual ou municipal, fosse integralmente computado para fins de aposentadoria e disponibilidade.

Como se pode perceber, a redação original do art. 40 da Constituição Federal adotava o tempo de serviço como o principal critério para a concessão de aposentadorias no serviço público.

E, por tempo de serviço, entende-se o período de exercício de atividade laborativa remunerada.

Assim, coube à Emenda Constitucional nº 20/98 alterar tal cenário, substituindo o tempo de serviço pelo tempo de contribuição, como assevera Frederico Amado⁸, que “entretanto, após a primeira reforma da previdência, foi extinto o tempo de serviço e criado o tempo de contribuição, pois não basta o mero exercício do trabalho, e sim a existência de contribuições previdenciárias efetivamente pagas, ou, ao menos, com presunção de pagamento nas hipóteses de responsabilização tributária das empresas.”

7BRASIL. *Lei nº 6.226, de 14 de julho de 1975*. Dispõe sobre a contagem recíproca de tempo de serviço público federal e de atividade privada, para efeito de aposentadoria. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6226.htm#art3. Acesso em: 29 maio 2019.

8AMADO, Frederico. *Curso de direito e processo previdenciário*. 10.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 576.

Com isso, Daniel Machado Rocha e José Antônio Savaris⁹ fornecem o conceito contemporâneo de contagem recíproca, nos seguintes moldes:

A contagem recíproca do tempo de contribuição é o instituto que liga os distintos regimes públicos e obrigatórios de previdência social [...]. Com efeito, se é verdade que esses regimes de previdência social constituem universos distintos de proteção previdenciária, com distintos campos de aplicação e requisitos de acesso às prestações diferenciados, é possível reconhecer na chamada “contagem recíproca” o instituto único a comunicar esses distintos universos previdenciários, assegurando o cômputo de tempo de contribuição vertido para um regime, para fins de aposentadoria perante aquele em que se encontra vinculado o trabalhador.

Neste aspecto, como se verá adiante, com a transição do tempo de serviço para o tempo de contribuição como requisito para a obtenção da aposentadoria, a compensação financeira passou a ostentar papel de destaque na tarefa atribuída aos regimes de previdência social de manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial, porquanto, especialmente em relação aos regimes próprios, a aposentadoria decorria do mero exercício de cargo público.

4 A COMPENSAÇÃO FINANCEIRA ENTRE OS REGIMES DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

4.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.

A compensação financeira é prevista no §9º, do art. 201 da Constituição Federal¹⁰, com redação conferida pela recém promulgada Emenda Constitucional nº 103/2019, nos moldes a seguir reproduzidos:

No que à concerne à finalidade, Frederico Amado¹¹ ressalta que a “compensação financeira funciona como um acerto de contas, sendo paga pelo regime de origem ao regime instituidor e calculada proporcionalmente ao período de serviço/contribuição objeto da contagem recíproca”.

Passando-se ao plano infraconstitucional, imperioso consignar que a redação primitiva do art. 94 da Lei nº 8.213¹², de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os planos de

⁹ROCHA, Daniel Machado; SAVARIS, José Antônio. *Direito previdenciário: fundamentos de interpretação e aplicação*. 2.ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019. p. 179.

¹⁰BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Promulgada em 05.10.1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 dez 2019. § 9º Para fins de aposentadoria, será assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes próprios de previdência social, e destes entre si, observada a compensação financeira, de acordo com os critérios estabelecidos em lei.

¹¹AMADO, Frederico. *Curso de direito e processo previdenciário*. 10. ed. ver., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 578.

¹²BRASIL. *Lei nº 8.213*, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em: 29 maio 2019. Art. 94. Para efeito dos benefícios previstos no Regime Geral de Previdência Social ou no serviço

benefícios da previdência social, somente previa a possibilidade de contagem recíproca e de compensação financeira entre o regime geral e os regimes próprios de previdência social, circunstância esta que subsistiu até a edição da Lei nº 9.711, de 20 de novembro de 1998, que, alterando o dispositivo em referência, passou a contemplar a contagem recíproca e a compensação financeira também no serviço público. Confirma-se o teor o dispositivo:

Nesta perspectiva, coube à Lei nº 9.796, de 05 de maio de 1999 (Lei Haully), dispor sobre a compensação financeira entre o regime geral de previdência social e os regimes de previdência dos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sendo certo que o art. 9º do diploma normativo sob comento estatuiu que o Poder Executivo deveria expedir o respectivo regulamento, no prazo de noventa dias.

Em decorrência, sobreveio o Decreto nº 3.112/13, de 06 de julho de 1999, por meio do qual o Poder Executivo se desincumbiu do ônus regulamentar.

Ocorre que, a redação originária da denominada Lei Haully não contemplava a compensação entre os regimes próprios de previdência social.

Tal lacuna legislativa somente veio a ser preenchida pela Medida Provisória nº 2.060, de 26 de setembro de 2000, que, após sucessivas reedições por parte do Poder Executivo, redundou na Medida Provisória nº 2.187-13, de 24 de agosto de 2001, a qual inseriu o art. 8º-A, no texto da Lei nº 9.796/1999¹⁴: art.8º-A. A compensação financeira entre os regimes próprios de previdência social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na hipótese de contagem recíproca de tempos de contribuição, obedecerá, no que couber, às disposições desta Lei.

Neste particular, não é demais rememorar que a supracitada Medida Provisória n. 2.187-13 tem sua vigência e eficácia conservadas, porquanto editada em momento anterior à Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001¹⁵, cujo art. 2º, prevê que “as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida

público é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na atividade privada, rural e urbana, e do tempo de contribuição ou de serviço na administração pública, hipótese em que os diferentes sistemas de previdência social se compensarão financeiramente.

13BRASIL. *Decreto nº 3.112*, de 06 de julho de 1999. Dispõe sobre a regulamentação da Lei n. 9.796, de 5 de maio de 1999, que versa sobre compensação financeira entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes próprios de previdência dos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na contagem recíproca de tempo de contribuição para efeito de aposentadoria, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3112.htm. Acesso em: 29 maio 2019.

14BRASIL. *Lei nº 9.796*, de 05 de maio de 1999. Dispõe sobre a compensação financeira entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes de previdência dos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos casos de contagem recíproca de tempo de contribuição para efeito de aposentadoria, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9796.htm. Acesso em: 19 jul 2019.

15BRASIL. *Emenda Constitucional n. 32*, de 11 de setembro de 2001. Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc32.htm. Acesso em: 29 maio 2019.

provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.”

Porém, diversamente do que ocorreu com a compensação financeira entre o regime geral e os regimes próprios de previdência social, passados mais de dezoito anos, o Presidente da República não expediu o decreto regulamentar apto a possibilitar a efetiva compensação financeira entre os regimes próprios de previdência social.

E isto, mesmo após a inclusão dos §§1º e 2º¹⁶ no art. 8º-A da Lei nº 9.796/99, por meio da Lei nº 13.846/17, de 18 de junho de 2019, a qual estabeleceu normas sobre a governança dos regimes próprios de previdência social e quanto à possibilidade de responsabilização daqueles que atuam na gestão e na supervisão dos RPPS.

Assim, partindo-se do pressuposto que a compensação financeira, como aduz Rodrigo Sartori Fantinel¹⁸, constitui fonte auxiliar de financiamento dos regimes de previdência social, tem-se por imperiosa a análise dos aspectos dos efeitos da omissão do Poder Executivo no exercício do poder regulamentar.

4.2 COMPENSAÇÃO FINANCEIRA ENTRE OS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA – A OMISSÃO REGULAMENTAR

O §4º, do art. 195 c/c o inciso I, do art. 154 da Constituição Federal, atribui à União, no exercício de sua competência residual, a titularidade exclusiva para a instituição de contribuições destinadas à seguridade social.

¹⁶ Confiram-se os exatos termos dos parágrafos em referência:

[...]

§ 1º O regulamento estabelecerá as disposições específicas a serem observadas na compensação financeira entre os regimes próprios de previdência social, inclusive no que se refere ao período de estoque e às condições para seu pagamento, admitido o parcelamento.

§ 2º O ente federativo que não aderir à compensação financeira com os demais regimes próprios de previdência social ou inadimplir suas obrigações terá suspenso o recebimento dos valores devidos pela compensação com o regime geral de previdência social, na forma estabelecida no regulamento.

¹⁷BRASIL. *Lei nº 13.976*, de 18 de junho de 2019. Institui o Programa Especial para Análise de Benefícios com Índícios de Irregularidade, o Programa de Revisão de Benefícios por Incapacidade, o Bônus de Desempenho Institucional por Análise de Benefícios com Índícios de Irregularidade do Monitoramento Operacional de Benefícios e o Bônus de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade; altera as Leis nos 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 7.783, de 28 de junho de 1989, 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.742, de 7 de dezembro de 1993, 9.620, de 2 de abril de 1998, 9.717, de 27 de novembro de 1998, 9.796, de 5 de maio de 1999, 10.855, de 1º de abril de 2004, 10.876, de 2 de junho de 2004, 10.887, de 18 de junho de 2004, 11.481, de 31 de maio de 2007, e 11.907, de 2 de fevereiro de 2009; e revoga dispositivo da Lei nº 10.666, de 8 de maio de 2003, e a Lei nº 11.720, de 20 de junho de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9796.htm. Acesso em: 19. jul. 2019.

¹⁸FANTINEL, Rodrigo Sartori. *Regimes Próprios de Previdência Social: o papel do controle na manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema*. Dissertação (Mestrado em Controladoria) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003. p. 32. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/3576/000390031.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 maio 2019.

A competência tributária atribuída aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios pela Constituição Federal se limita à instituição de contribuição a cargo de seus servidores, destinada a custear o regime próprio de previdência social, na forma prevista no §1º, do art. 149.

Tal panorama, como ressalta Antônio Augusto Junho Anastasia e Maria Coeli Simões Pires¹⁹, decorre do fato de que, embora sofisticado em seu processo de formação, o federalismo brasileiro ostenta muitas disfunções e fragilidades, além de um “sintoma persistente de dependência, na figura do que se pode definir como pirâmide invertida de poder, desenhando-se a régua e compasso a sorte dos estados e municípios pelas mãos da União”.

Sobre o processo de centralização verificado após a promulgação da Constituição de 1988, Fábio Zambitte Ibrahim e Gustavo Schwartz²⁰ aduzem que:

Não obstante a multiplicidade de causas para desequilíbrio das contas dos entes subnacionais, o processo de centralização do poder político e de recursos verificado no pós-88 ganha papel de relevo, comprometendo a autonomia político-administrativa de Estados, Distrito Federal e Municípios, ao provocar um descompasso entre as competências materiais cometidas e as receitas necessárias para o seu custeio, em afronta direta à vontade do constituinte originário, que buscou adotar na Constituição vigente um modelo de federalismo cooperativo.

Na mesma direção, sobre a experiência federalista e o relacionamento político-administrativo entre as esferas e unidades integrantes de estados federativos, Pedro César Lima de Farias²¹ realça os seguintes aspectos:

A questão do relacionamento político-administrativo entre esferas e unidades integrantes de Estados Federativos constitui um dos mais complexos e polêmicos temas da ciência política contemporânea, envolvendo aspectos de difícil equacionamento em várias partes do mundo, como a superação de diferenças regionais e o estabelecimento de regras consensuais para a convivência socioeconômica e a distribuição de poder.

[...]

Conforme visto, historicamente, as experiências federalistas, em geral, têm evoluído no sentido do fortalecimento do poder central, ensejando a cooperação entre os diferentes níveis de governo, sob a coordenação do governo federal. Quando não

¹⁹ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. PIRES, Maria Coeli Simões. O papel do Federalismo na Execução das Políticas Públicas: impactos na distribuição de receitas pública e nas responsabilidades dos entes federados. In: *Políticas Públicas no Brasil: uma abordagem institucional*. Gilmar Mendes, Paulo Paiva. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 64-65.

²⁰IBRAHIM, Fábio Zambitte e Schwartz, Gustavo Carvalho Gomes. Guerra Fiscal Vertical – A assimetria do federalismo fiscal brasileiro e o abuso na utilização das contribuições sociais. In: *Interlocuções entre o direito previdenciário, o direito tributário e a economia*. Coordenado por Melissa Folmann e Marco Aurélio Serau Junior. Porto Alegre: Paixão, 2017. p. 100.

²¹FARIAS, Pedro César Lima de. *A Segurança Social no Brasil e os obstáculos institucionais à sua implementação*. Brasília: MARE/ENAP, 1997. p. 69-71. Disponível em: <http://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/574/1/A%20seguridade%20social%20no%20Brasil%20e%20os%20obst%C3%A1culos%20institucionais%20C3%A0%20sua%20implementa%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 29 maio 2019.

devidamente administrada, essa tendência, decorrente do processo de globalização da economia, que exige a interlocução de agentes com representatividade nacional e demanda a utilização concentrada de recursos financeiros e tecnológicos, pode induzir ao estabelecimento de uma supremacia informal da União, com o risco de comprometimento do equilíbrio federativo e de agravamento do conflito de interesses das unidades federadas pelo controle das estruturas político-administrativas centrais.

Seja como for, no atual cenário do federalismo brasileiro, reforça-se o entendimento de que os entes subnacionais não podem prescindir de qualquer receita, sob pena de comprometimento da higidez dos respectivos regimes próprios de previdência social.

Note-se que, segundo informação constante do Indicador de Situação Previdenciária dos Regimes Próprios de Previdência Social²², divulgado pela Secretaria de Previdência do Ministério da Fazenda em junho de 2018, existem no Brasil 2.123 regimes próprios de previdência social, aí incluídos a União, os 26 Estados, o Distrito Federal e 2.095 Municípios.

Por essa razão, é de se inferir que a viabilização da compensação financeira entre os regimes próprios de previdência social depende da necessária atuação normativo-regulamentar pelo Presidente da República.

Nessa esteira, como reforça Fabrício Bittencourt da Cruz²³ (2016), “as matérias reservadas à União, em geral, revestem-se de interesse preponderante geral ou nacional, demandando tratamento uniforme em todo território nacional”.

Aliás, como assinalam Daniel Machado Rocha e José Antônio Savaris²⁴, este foi o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 162.620/25, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, por meio do qual restou revogado acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que considerava a necessidade de prévia regulamentação quanto à compensação financeira para que pudesse ser realizada a contagem recíproca.

Na ocasião, ao examinar o §2º, do art. 202 da Constituição Federal, que teve seu conteúdo deslocado topograficamente para o §9º, do art. 201 pela Emenda Constitucional nº 20/1988, considerou a Corte Suprema a existência de dois comandos independentes no mesmo dispositivo.

22BRASIL. Secretaria de Previdência do Ministério da Fazenda. *Indicador de Situação Previdenciária dos Regimes Próprios de Previdência Social*. Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/06/Indicador-de-Situacao-Previdenciaria-ISP-01-2018-Relatorio-2018061....pdf>. 2018. Acesso em: 29 maio 2019.

23CRUZ, Fabrício Bittencourt da. *Técnica e processo legislativo previdenciário*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 176.

24ROCHA, Daniel Machado; SAVARIS, José Antônio. *Direito Previdenciário: fundamentos de interpretação e aplicação*. 2.ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019.p. 218-219.

25BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 162.620. Recorrente: Roque Tamburini Júnior. Recorrido: Universidade Estadual Paulista - UNESP. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Brasília. Data do Julgamento: 05.11.1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=214049>. Acesso em: 29 maio 2019.

Ao primeiro, concernente à contagem recíproca, atribuiu aplicabilidade imediata, reconhecendo a produção de seus efeitos desde a promulgação da Constituição Federal.

De outro giro, ao segundo comando, relativo à compensação financeira, atribuiu eficácia limitada, pendente de regulamentação por lei federal. Tal intelecção é obtida pelos excertos do voto condutor abaixo transcritos:

Em primeiro lugar, e principalmente, porque a lei reclamada na parte final do art. 202, §2º, CF – seja qual for o alcance que lhe esteja reservado no complexo normativo da cogitada aposentadoria mediante contagem recíproca de tempo de serviço e contribuições –, de qualquer modo, há de ser unicamente a lei federal, nunca uma lei estadual para cada unidade federativa.

[...]

É evidente, assim, que jamais poderia a Constituição ter confiado à diversidade de leis locais a regência dos critérios de compensação, vinculantes do sistema previdenciário federal: a matéria demanda solução normativa necessariamente uniforme.

[...]

De todo modo, coubesse ou não cogitar, na hipótese, de compensação, segundo critérios a serem estabelecidos em lei federal, estou em que a ausência dela não afeta o direito à contagem recíproca.

À minha leitura, o artigo 202, §2º, CF, contém duas regras diversas, a primeira das quais, independe da segunda.

Com efeito, não diz o dispositivo que a lei assegurará a contagem recíproca para a aposentadoria, mediante compensação financeira entre os sistemas previdenciários, segundo os critérios que a mesma estabeleceu.

O que se contém, na primeira parte do parágrafo questionado, é uma norma constitucional completa, com força preceptiva bastante para assegurar, desde logo, a contagem recíproca.

Outra coisa é a previsão, na segunda parte do mesmo texto constitucional, da compensação financeira entre os diferentes sistemas previdenciários, essa, sim, pendente do estabelecimento de critérios legais.

No mesmo sentido, ao apreciar o pedido liminar formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.798-6²⁶, em que se discutia a constitucionalidade de lei baiana que limitava a contagem recíproca, em relação a tempo de serviço oriundo da iniciativa privada, asseverou o Ministro Néri da Silveira:

Não tenho como invocável, na espécie, a regra do art. 24, XII, da Constituição, ao prever competência concorrente em matéria de “previdência social, proteção e defesa da saúde”.

No caso, a regra do art. 201, § 9º, da Constituição, na redação da EC nº 20/98, correspondente ao art. 202, § 2º, da Lei Maior, é norma que se dirige à administração pública de todos os níveis, vinculando as Unidades Federadas.

Porém, como dito alhures, o Presidente da República não expediu o decreto regulamentar apto a conferir eficácia ao art. 8º-A, da Lei nº 9.796/99.

26BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.798 - MC. Recorrente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Relator: Min. Néri da Silveira. Tribunal Pleno. Brasília. Data do Julgamento: 09.06.1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347272>. Acesso em: 29 maio 2019.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, citado por Gilmar Ferreira Mendes²⁷, ao tratar do decreto regulamentar, enuncia que o mencionado instrumento normativo tem por finalidade fixar as “regras orgânicas e processuais destinadas a pôr em execução os princípios institucionais estabelecidos por lei, ou para desenvolver os preceitos constantes da lei, expressos ou implícitos, dentro da órbita por ela circunscrita, isto é, as diretrizes em por, por ela determinada.”

Desse modo, resta evidenciada a existência de omissão regulamentar.

Nesse cenário, é de se frisar que a supracitada Lei nº 13.846/2019 alterou substancialmente a redação do §2º28, do art. 1º da Lei n. 9.717, de 27 de novembro de 1998, que dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências, nos seguintes termos:

Porém, é de se indagar: como podem os entes subnacionais operacionalizar a compensação previdenciária entre si e a União, se a própria União, na pessoa do Presidente da República, não se desincumbe do ônus de regulamentar a compensação financeira entre os regimes próprios de previdência social?

Afigura-se óbvio que, para que se possa operacionalizar a compensação entre os regimes próprios de previdência, deve a União primeiramente regulamentá-la.

5 A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

5.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Na conceituação trazida por José Afonso da Silva²⁹, compete à constituição, como um conjunto de normas, organizar os elementos essenciais do Estado. Assim, a constituição pode ser conceituada como, “um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias.”

²⁷MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 930.

²⁸ § 2º Os regimes próprios de previdência social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios operacionalizarão a compensação financeira a que se referem o § 9º do art. 201 da Constituição Federal e a Lei nº 9.796, de 5 de maio de 1999, entre si e com o regime geral de previdência social, sob pena de incidirem nas sanções de que trata o art. 7º desta Lei.

²⁹SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 37-38.

Nesse contexto, partindo da classificação relativa à estabilidade, Dirley da Cunha Júnior³⁰ acentua que as constituições rígidas, como é a brasileira, independentemente de seu conteúdo, ostentam natureza e estrutura de norma jurídica, enunciando a obrigatoriedade de um comportamento. O faz, nos seguintes termos:

[...] a Constituição brasileira, como a maioria das Constituições contemporâneas, contém normas de diversos tipos, função e natureza, de modo que algumas são dotadas de maior eficácia que outras. Mas isso não significa, no entanto, que haja em seu texto normas não jurídicas. Todas as normas constitucionais, sem exceção, mesmo as permissivas, são dotadas de imperatividade, por determinarem uma conduta positiva ou omissão, de cuja realização são obrigadas todas as pessoas e órgãos às quais ela se dirige.

Percebe-se que o mencionado autor trilha o mesmo percurso de José Afonso da Silva³¹, o qual confere especial relevo ao fato de que somente na Constituição toda autoridade encontra seu fundamento, na medida em que apenas o texto constitucional confere poderes e competências governamentais. Assinala, igualmente, que [...] “nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou o Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.”

Tem-se, aí, o que a doutrina convencionou denominar de supremacia da norma constitucional, a qual se manifesta precipuamente no plano hierárquico-normativo.

Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento³² sublinham que umas das maiores preocupações da teoria constitucional brasileira foi a de conferir força normativa à Constituição Federal de 1988, afastando a concepção de que suas disposições consubstanciariam simples proclamações retóricas, fato este que conduziu ao desenvolvimento de uma “dogmática da efetividade”, fulcrada na atuação do Poder Judiciário. No entanto, advertem que:

Nada obstante, algumas categorias de que se valeu [o constitucionalismo da efetividade], sobretudo no campo das teorias das normas constitucionais, passaram a servir paradoxalmente ao propósito contrário. As categorias “norma programática” e “norma de eficácia limitada” acabaram por se constituir em verdadeiros artifícios para a não efetivação da Constituição.

Sob outro prisma, Gilmar Ferreira Mendes³³ enfatiza que a liberdade conferida ao legislador, no que concerne à escolha do conteúdo concretizador será diametralmente oposta à densidade dos preceitos trazidos pelo texto constitucional. Tal circunstância, inexoravelmente, desafia o exame da questão da abertura de determinadas normas constitucionais à

³⁰CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. ampl.e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 100.

³¹SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*p. 46.

³²SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 198-199.

³³MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 67-68.

complementação e à concretização legislativa, ou mesmo regulamentar. Para tanto, tece as seguintes considerações:

É traço que se repete nas normas constitucionais modernas serem elas abertas à mediação do legislador, apresentando uma regulamentação deliberadamente lacunosa, a fim de ensejar a liberdade para a composição de forças políticas no momento de sua concretização. Com isso, também, viabiliza-se a adequação das normas às novas necessidades de cada tempo. [...] Há, no conjunto das normas constitucionais, variações de grau de abertura às mediações do legislador. Há normas densas, em que a disciplina disposta pelo constituinte é extensa e abrangente, dispensando ou pouco deixando para a interferência do legislador no processo de concretização da norma. A liberdade de conformação é ampla, porém, nas normas que se valem de conceitos de significação aberta, vazadas, por vezes, com termos de múltiplas denotações, ou naquelas formuladas de modo genérico. A maior abertura da norma tende a ser uma opção do constituinte para atender a um juízo sobre a conveniência de se confiar a concretização da norma à composição posterior de forças políticas relevantes.

Sem embargo, na conduta negativa reside a inconstitucionalidade, porquanto caracterizada pela ausência de emissão de comando normativo, quando a Constituição assim o determinou. No que concerne à omissão regulamentar reputada inconstitucional, os dizeres de Jader Ferreira Guimarães e Vitor Soares Silvas³⁴:

A omissão inconstitucional pode advir da inércia de qualquer dos Poderes do Estado. O Legislativo a comete quando deixa de editar norma regulamentadora exigida pela Constituição. O Executivo, por sua vez, incorre em tal vício ao deixar de expedir regulamentos objetivando a execução das leis integrativas, apesar de competente para a edição do ato. Eis aqui o fenômeno da inconstitucionalidade indireta. O Judiciário também é passível de omissão quando denega a justiça.

Nesse espeque, em virtude dos apontamentos até aqui trazidos, impõe-se trazer à baila a questão da eficácia das normas constitucionais.

Para tanto, com base na classificação tripartite adotada por José Afonso da Silva, tem-se que, ao presente trabalho, importa que sejam indicados os contornos das normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. Dirley da Silva Junior³⁵ os delimita nestes moldes:

São normas que, ao revés, dependem da intervenção legislativa para incidirem, porque o constituinte, por qualquer motivo, não lhes emprestou a normatividade suficiente para isso. Isto é, embora estejam irradiando efeitos jurídicos *inibidores* ou *impeditivos* de disposições em contrário, têm a aplicabilidade mediata, porque as normas assim categorizadas reclamam uma lei futura que regulamente seus limites. Em face disso, são consideradas de *aplicabilidade indireta, mediata ou reduzida*.

No que tange à aptidão para produzir efeitos, tem-se que as normas de eficácia limitada podem ser de caráter institutivo ou programáticas.

34GUIMARÃES, Jader Ferreira; SILVARES, Vitor Soares. *A (in)eficácia das decisões do STF em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 73.

35CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. ampl.e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 156.

Sobre as normas programáticas, assim se pronuncia Jorge Miranda, citado por Alexandre de Moraes³⁶:

são de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras, explicitam comandos-valores; conferem *elasticidade* ao ordenamento constitucional; tem como destinatário primacial – embora não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios que vêm a ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem já (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, *máxime* os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas do que verdadeiros direitos subjectivos; aparecem, muitas vezes, acompanhadas de conceitos determinados ou parcialmente indeterminados.

Desta feita, afigura-se de fácil constatação a mora do Presidente da República na edição de decreto regulamentar apto a afastar o carácter meramente programático da previsão constitucional que prevê a compensação entre os regimes próprios de previdência social.

5.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Na concepção trazida por Gilmar Ferreira Mendes³⁷, “o controle judicial de constitucionalidade tem-se revelado umas das mais eminentes criações do direito constitucional e da ciência política do mundo moderno”.

Seu fim precípuo é o de afastar as antinomias presentes no ordenamento jurídico, tendo por parâmetro a lei fundamental. Por isso, afigura-se latente o carácter assecuratório da força normativa e da supremacia constitucional.

Nesse diapasão, é de se intuir que a inconstitucionalidade das leis, em uma acepção mais ampla, designa a incompatibilidade entre atos ou fatos jurídicos e a lei fundamental.

E a materialização dessa inconstitucionalidade, tanto pode decorrer do conflito entre o ato jurídico e a Constituição, como da existência de conduta omissiva do legislador ou daquele a que a lei fundamental impôs o dever de adoção de providência de índole administrativa.

Sobre o tema, José Afonso da Silva³⁸ assim se pronuncia:

O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com

36MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 13.

37MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1.058.

38SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 46.

a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional.

No mesmo sentido, sob a ótica dos órgãos estatais, Regina Maria Macedo Nery Ferrari³⁹ sublinha que:

Os órgãos das três funções estatais – legislativa, executiva e judiciária – podem apresentar comportamentos inconstitucionais, isto é, pode haver inconstitucionalidade por ação e por omissão de atos legislativos, executivos e judiciários. Ou seja, o controle da constitucionalidade deve ser exercido tanto nos casos de ações dos poderes constituídos que contrariem a Constituição, como no caso de omissões, quando, descumpridos os ditames constitucionais, impedem que sejam efetivamente aplicados, tornando-os letra morta. Cumpre, portanto, não só impedir que a Constituição seja violada, como também exigir que seja integralmente cumprida.

Por seu turno, Dirley da Cunha Junior⁴⁰, ao tratar da conformidade e da desconformidade que se estabelece entre a Constituição e o comportamento estatal explana que:

O primeiro termo da relação de inconstitucionalidade é, pois, a Constituição, porém não na sua globalidade, ou em bloco, mas, sim, por referência a uma norma certa e determinada. Nesse particular, a inconstitucionalidade se caracteriza, pela violação, uma a uma, da norma constitucional. O segundo termo da relação de inconstitucionalidade é o comportamento estatal, que tanto pode ser positivo (uma ação), como negativo (uma omissão), na medida em que haverá inconstitucionalidade tanto em face de um ato praticado contra uma norma constitucional como em razão da inércia do poder público diante de uma norma constitucional que determina um agir. Esse comportamento estatal – positivo ou negativo – pode ser normativo ou não normativo, geral ou individual, abstrato ou concreto. A relação de desconformidade entre a Constituição e o comportamento estatal, todavia, há ser necessária direta, que se traduza em uma violação direta e imediata de uma norma constitucional.

Delimitado o campo de incidência do controle de constitucionalidade, importa que sejam especialmente abordados os aspectos relativos ao controle concentrado, por via de ação, a cargo do Supremo Tribunal Federal.

Sobre o controle concentrado, classificado como principal, quanto ao modo de manifestação, impõe-se mais uma vez colacionar os apontamentos de Dirley da Cunha Junior⁴¹:

O controle é principal, quando a inconstitucionalidade figura como o próprio pedido ou objeto da ação. Nessa via, há ações autônomas especiais (as chamadas ações diretas) por meio das quais se leva ao exame judicial o pleito direto da

³⁹FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Curso de direito constitucional*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 902.

⁴⁰CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 306-307.

⁴¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 281.

inconstitucionalidade, ou da constitucionalidade, conforme o caso. [...] No Brasil, o controle de constitucionalidade por via principal, através de ação direta, salvo em algumas poucas hipóteses (ação direta de inconstitucionalidade interventiva e arguição de descumprimento de preceito fundamental), é sempre abstrato ou em tese. Isso significa que o controle abstrato relaciona-se com o controle concentrado e principal, pois nele a impugnação da constitucionalidade do comportamento do poder público é feita independentemente de qualquer litígio concreto.

Nesta toada, tem-se que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é um dos mecanismos do controle de constitucionalidade a disposição dos legitimados previstos nos incisos do art. 103 da Carta Magna, apto a afastar o que a doutrina convencionou designar de síndrome de inefetividade das normas constitucionais.

Assim, tendo em vista que um dos objetivos específicos do presente estudo é o de analisar a possibilidade de utilização do referido mecanismo, de modo a compelir o Presidente da República a regulamentar a compensação entre os regimes próprios de previdência social, na sessão seguinte promover-se-á o exame conjunto dos aspectos pertinentes.

5.3 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E A POSSIBILIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO, DE MODO A VIABILIZAR A COMPENSAÇÃO ENTRE OS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

O §3º, do art. 102 da Constituição Federal⁴² dispõe que, “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

Já no plano infraconstitucional, coube à Lei n. 12.063/2009⁴³ inserir, na Lei n. 9.868/99⁴⁴, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, o regramento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Como um dos requisitos da petição inicial, prevê o inciso I, do art. 12 da mencionada Lei nº 9.868/99, a indicação da “omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa”.

42BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Promulgada em 05.10.1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

43BRASIL. *Lei nº 12.063*, de 27 de outubro de 2009. Acrescenta à Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112063.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

44BRASIL. *Lei nº 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

Do dispositivo em referência, extrai-se que a não edição de lei ou ato normativo ou a ausência da prática de uma providência de índole administrativa que obstaculiza a efetivação de um comando constitucional são objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Ou, como leciona Gilmar Ferreira Mendes⁴⁵:

Objeto desse controle abstrato de constitucionalidade é a mera inconstitucionalidade morosa dos órgãos competentes para a concretização da norma constitucional. A própria formulação empregada pelo constituinte não deixa dúvida de que se teve aqui não só a atividade legislativa, mas também a atividade tipicamente administrativa que pudesse, de alguma maneira, afetar a efetividade da norma constitucional.

Ressalta-se, com arrimo no excerto imediatamente acima reproduzido, que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão possui natureza abstrata, tratando-se, nas palavras de Uadi Lammego Bulos⁴⁶, de um “autêntico processo objetivo, que não visa resolver ou sanar controvérsias entre as partes litigantes, mas tão só tutelar a ordem jurídica como um todo”.

Ou seja, não se destina a ação direta de inconstitucionalidade por omissão à defesa de direitos de natureza subjetiva, porquanto o texto constitucional previu remédio específico para tal desiderato, qual seja: o mandado de injunção.

Feita a necessária advertência, impõe-se trazer a lume a distinção entre leis e ato normativos, de modo a se verificar a possibilidade jurídica do manejo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Consoante os ensinamentos de Uadi Lammego Bulos⁴⁷, “leis são atos normativos primários, escritos, bilaterais, abstratos, gerais, e imperativos, elaborados pelo Poder Legislativo. Tal noção é em sentido amplo, compreendendo a atividade legislativa em toda a sua extensão.”

Já os atos normativos são definidos por Marçal Justen Filho⁴⁸ como “aqueles orientados a complementar um mandamento normativo estabelecido por lei, desenvolvendo as normas que estabelecem faculdades, proibições ou obrigações quanto à conduta futura de um ou mais sujeitos.”

45MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1.179.

46BULOS, Uadi Lammego. *Curso de direito constitucional*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 333.

47BULOS, Uadi Lammego. *Op.cit.* p. 221.

48JUSTEN FILHO. Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 419.

Estabelecida a diferenciação entre lei e ato normativo, importa que, igualmente, se traga a diferenciação entre competência normativa e a competência legislativa. Sobre o assunto, mais uma vez a exposição de Marçal Justen Filho⁴⁹

A competência normativa é o poder de produzir normas que geram comandos destinados a regular a conduta intersubjetiva. A competência legislativa configura-se como uma espécie de competência normativa, caracterizada como poder de produzir normas jurídicas de cunho legislativo.

[...]

As expressões competência normativa e competência legislativa apresentam relação entre si que se vincula à distinção anterior, mas a diferenciação acentua certo ângulo da questão. Competência normativa é gênero, que indica em termos amplos o poder de produzir qualquer norma jurídica. Competência legislativa é uma espécie da competência normativa que se caracteriza pelo poder de gerar normas jurídicas de cunho legislativo. Isso equivale a afirmar que nem todas as normas jurídicas são produzidas por meio de lei.

Nesta perspectiva, André Ramos Tavares⁵⁰ realçando a necessidade de referibilidade da omissão em relação à Constituição, traz luz ao fato de que nem toda omissão normativa enseja o cabimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Na continuidade do raciocínio, o citado autor noticia a existência de antigo posicionamento restritivo, segundo o qual:

Só se deve falar propriamente em inconstitucionalidade nos casos em que essa violação omissiva é diretamente reportada à Constituição, sem ato ou omissão interposta (atribuível a outro “Poder”). Em outras palavras, não se pode transformar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão em ação direta de ilegalidade por omissão.

Assim, se a norma constitucional foi disciplinada por lei, mas ainda depende de integração normativa do Executivo para alcançar a plenitude dos efeitos, o caso é de omissão ilegal. Evidentemente que a omissão do Executivo impede que a norma constitucional alcance, como foi dito, a plenitude de seus efeitos. Mas não se pode ignorar que, no caso, a omissão do Executivo é, em primeiro lugar, contrária à própria Lei, que já se desincumbiu do ônus de disciplinar a norma constitucional. A lei atuou dentro de seus limites e a atuação do Executivo deve ser exigida na sequência, mas não por meio desta ação especialíssima, de inconstitucionalidade. Apenas quando a omissão normativa seja diretamente reportada à Constituição (caso dos decretos autônomos, por exemplo) é que se pode utilizar o instrumento especial aqui mencionado.

Ou seja, para a mencionada corrente, a omissão interposta não se situa no campo da inconstitucionalidade, mas, sim, da ilegalidade, aspecto este que seria impeditivo ao uso do citado mecanismo de controle.

49JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.* p. 231.

50TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 341-342.

Entretanto, é bom que se registre que tal posicionamento não subsiste, quando invocados os termos da própria Lei n. 12.063/2009 que, como acima demonstrado, admite o manejo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão mesmo na hipótese de mora na adoção de providência de índole administrativa.

No respeitante às omissões passíveis de controle, traçando as diferenças entre o controle de constitucionalidade por omissão desenvolvido no Brasil e aquele adotado em Portugal, Dirley da Cunha Junior⁵¹ sinaliza que:

Em face da Constituição Federal de 1988, *todo ato omissivo do poder público que inviabilize a efetividade de uma norma constitucional está sujeito ao controle abstrato de constitucionalidade*. Assim, não apenas as omissões legislativas, mas também as omissões de medidas de natureza administrativa (como os decretos, os regulamentos, as instruções, as portarias, as ordens de serviços, as circulares, as decisões administrativas, as resoluções, etc.) estão sujeitas ao controle da constitucionalidade por via de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Nesse particular, o Brasil distanciou-se de sua fonte inspiradora. Com efeito, a Constituição portuguesa restringiu a ação de inconstitucionalidade por omissão às omissões legislativas (art. 283º, nº 1). A constituição brasileira, mais avançada neste ponto do que a portuguesa, considera omissão inconstitucional, controlável por via de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, toda e qualquer medida dos órgãos políticos (Legislativo, Executivo e Judiciário) e até mesmo dos órgãos simplesmente administrativos, necessárias para tornar efetiva norma constitucional.

Com as considerações trazidas, reputa-se oportuno gizar que a plena aplicabilidade do comando insculpido no §9º, do art. 201 da Carta Magna, norma perfeitamente individualizada, somente se perfectibilizará quando, além da compensação entre o regime geral e os regimes próprios de previdência, for regulamentada a compensação entre os regimes próprios de previdência social.

Quanto a este aspecto não se desconhece que o Presidente da República tenha expedido a medida provisória que ensejou a inserção do art. 8º-A, no texto da Lei nº 9.796/1999, o qual contempla a compensação entre os regimes próprios de previdência social.

Todavia, tal providência é nitidamente parcial, no que concerne à necessidade de se conferir integral efetividade à disposição constitucional em referência, mormente quando considerada a inclusão do §1º pela Lei nº 13.846/2019, que passou a contemplar expressamente a necessidade de expedição de regulamento.

Até mesmo porque, em relação à compensação entre o regime geral e os regimes próprios de previdência, a efetividade somente foi possível com a edição do Decreto nº 3.112, de 6 de julho de 1999, por meio do qual o Presidente da República se desincumbiu do ônus regulamentar.

51CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 13.ed. rev. ampl.e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 360.

Não se pode olvidar que o exercício do poder regulamentar é por natureza discricionário, tanto na expedição do regulamento da execução, quanto na expedição do regulamento autônomo.

Contudo, passados mais de dezoito anos desde a edição da norma que prevê a compensação previdenciária entre os regimes próprios de previdência social, associada à relevância da medida como um dos vetores assecuratórios do equilíbrio financeiro e atuarial, reputa-se plenamente caracterizada a mora regulamentar por parte do Presidente da República.

Consigne-se que o entendimento aqui esposado é compatível com os comentários de Regina Maria Macedo Nery Ferrari⁵², abaixo citado:

A inconstitucionalidade por omissão nada mais é do que um juízo sobre o tempo em que deveria ter sido produzido o ato propiciador da efetiva aplicação dos dispositivos constitucionais. O órgão fiscalizador, em nosso caso o Supremo Tribunal Federal, deverá medir o tempo decorrido desde a entrada em vigor da Constituição, para verificar se ele seria razoável para a emissão do ato integrativo das normas constitucionais. Entretanto, a caracterização de inconstitucionalidade por omissão não está ligada apenas a critérios de tempo, prazos, mas também à importância da medida não realizada, indispensável para a aplicação das normas constitucionais. A determinação do tempo é importante, pois, se este fosse livre para a emanação dos atos necessários à exequibilidade dos preceitos constitucionais, haveria inteira liberdade por parte dos poderes constituídos na realização de atos integrativos, o que acabaria por tornar ineficazes as imposições constitucionais.

Passando-se ao pedido a ser formulado, não demanda grande esforço interpretativo concluir que o mesmo deva ser no sentido de que seja expedido o regulamento pelo Presidente da República, porquanto, em consonância com o ensinamento de Gilmar Ferreira Mendes⁵³, o art. 8º-A da Lei nº 9.796/1999, não contém “elementos mínimos que assegurem a sua plena aplicabilidade”.

No respeitante aos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade por omissão, é de se rememorar que o texto constitucional e o *caput* do art. 12-H da Lei nº 9.868/99 preveem tão somente a ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias. Porém, como bem expõe Gilmar Ferreira Mendes⁵⁴:

Não se pode afirmar, simplesmente, que a decisão que constata a existência da omissão inconstitucional e determina ao legislador que empreenda as medidas necessárias à colmatação da lacuna inconstitucional não produz maiores alterações na ordem jurídica. Em verdade, tem-se aqui sentença de caráter nitidamente

52FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Curso de direito constitucional*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 908.

53MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1.188.

54MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 1.195.

mandamental que impõe ao legislador em mora o dever de, dentro um prazo razoável, proceder à eliminação do estado de inconstitucionalidade.

Sobre o tema, Dirley da Cunha Junior⁵⁵ aduzindo que o controle de constitucionalidade se destina, não a gerar responsabilidades, mas a suplantar inconstitucionalidades, com vistas a garantir a supremacia e a integridades constitucionais, propõe o que denomina “efeito de solução”, sob os seguintes argumentos:

Logo, impõe-se defender um *plus* àquele efeito literal previsto no §2º do art. 103 da Constituição, de tal modo que, para além ciência da declaração de inconstitucionalidade aos órgãos do Poder omissos, *é necessário que se estipule um prazo razoável para o cumprimento da omissão*. Mas não é só. A depender do caso, expirado esse prazo sem que qualquer providência seja adotada, cumprirá ao Poder Judiciário, se a hipótese for omissão de medida de índole normativa, dispor normativamente sobre a matéria constante da norma constitucional não regulamentada. Essa decisão, acentue-se, será provisória, terá efeitos gerais (*erga omnes*), e prevalecerá enquanto não for realizada a medida concretizadora pelo poder público omissor. Cuida-se, aí, de um verdadeiro *efeito de solução*, concebido para ser o único capaz de solucionar o problema da não efetividade das normas constitucionais em razão das omissões do poder público. Tal consequência, de ressaltar-se, longe de vulnerar o princípio das funções estatais, logra conciliar o princípio da autonomia do legislador e o princípio da prevalência da Constituição, que se traduz exigência incondicional do efetivo cumprimento das normas constitucionais.

Nesse diapasão, é de se sublinhar a significativa mudança de paradigma que representou o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 3.682/MT, por meio do qual, fixada a mora do Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu o prazo de dezoito meses para a adoção de todas as medidas tendentes à regulamentação do §4º, do art. 18 da Constituição Federal. Relevante, portanto, que se transcreva os termos da respectiva ementa⁵⁶:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL NO 15/1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a

55CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 13.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 364-365.

56BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 3.682/MT. Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-096, Divulg 05-09-2007, Public em 06-09-2007, DJ 06-09-2007 PP-00037 EMENT VOL-02288-02 PP-00277 RTJ VOL-00202-02 PP-00583. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>. Acesso em: 19 jul. 2019.

demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios.

E parece ser essa a hipótese sob exame, na medida em que, como já demonstrado, houve o decurso de mais de dezoito anos desde a edição da norma que prevê a compensação previdenciária entre os regimes próprios de previdência social, sem que o Presidente da República tenha se desincumbido do ônus regulamentar, circunstância esta que reflete em 2.123 entes da federação.

De outro norte, no que tange à necessidade de conceder plena eficácia à segunda parte do §9º, do art. 201 da Constituição Federal, é de se registrar que após a expedição do decreto regulamentar, afigura-se imprescindível a adoção de medidas de cunho administrativo, tendentes à operacionalização da compensação previdenciária entre os regimes próprios de previdência social, faculdade esta prevista no parágrafo único do art. 12-H, da Lei n. 9.868/99.

Isso porque, tal como ocorre com a compensação entre o regime geral e os regimes próprios de previdência, cuja operacionalização se desenvolve por meio do Sistema de Compensação Previdenciária entre o Regime Geral da Previdência Social (RGPS) e os Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS) – COMPREV⁵⁷, necessário será que a União disponibilize um sistema informatizado que possibilite a compensação entre os regimes

⁵⁷As informações sobre o SISTEMA COMPREV podem ser obtidas por meio acesso à página do Ministério da Economia na rede mundial de computadores: <http://www.previdencia.gov.br/regimes-proprrios/compensacao-previdenciaria-rpps/>.

próprios de previdência, sob pena de a norma constitucional não produzir a plenitude de seus efeitos.

Com efeito, reputa-se que não basta que se estabeleça um prazo tão somente para a adoção de todas as medidas tendentes à regulamentação do dispositivo constitucional.

Impõe-se, outrossim, que seja declinado prazo razoável, a fim de que os órgãos administrativos, em especial, o Ministério da Economia, ao qual está vinculada a Subsecretaria dos Regimes Próprios de Previdência Social, em conjunto com os entes subnacionais, promovam a operacionalização da compensação previdenciária entre os regimes próprios de previdência social.

E, esta, inclusive, é a previsão do adrede mencionado §2º, do art. 1º da Lei nº 9.717/98, recém inserido pela Lei nº 13.846/2019, o qual preceitua que os regimes próprios de previdência social operacionalizarão a compensação financeira entre si.

Cuida-se, na dicção do decido pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 19-558, consoante voto do Ministro Aldir Passarinho, de afastar, de plano, eventual “omissão para a adoção de medida que se faça necessária ante a norma constitucional”.

Ou, em observância ao indicado por Gilmar Ferreira Mendes⁵⁹, de impor à União a prática de ato administrativo indispensável a tornar efetiva a norma constitucional. Como bem pontua o doutrinador, “*não há como deixar de admitir que, a despeito da existência de lei, a omissão das autoridades na adoção de diferentes providências administrativas pode dificultar ou impedir a concretização da vontade constitucional.*”

Não se trata, pois, de conferir amplitude desarrazoada ao remédio constitucional. Ao contrário, a medida é cogente de modo a efetivamente coartar a mora da União na implementação da compensação previdenciária entre os regimes próprios de previdência, como consectário lógico da expedição de preceito mandamental apto a compelir o Presidente da República a promover a compensação entre os regimes próprios de previdência social.

6 CONCLUSÃO

O §9º, do art. 201 da Constituição da República, com redação conferida pela Emenda Constitucional nº 103/2019, objetivando assegurar o aproveitamento de tempo de contribuição vinculado a regime diverso daquele em que se obteve benefício de natureza previdenciária, especialmente para fins de a aposentadoria e a pensão por morte, prevê a

58BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 19-5/AL Relator(a): Min. Aldir Passarinho, Tribunal Pleno, julgado em 23.02.1989, DJ 14.04.1989 PP-05456 EMENT VOL-01537-01 PP-00001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266161>. Acesso em: 19 jul. 2019.

59MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1.188.

contagem recíproca entre os regimes de previdência social.

Como contrapartida, o dispositivo constitucional sob comento igualmente prevê a compensação financeira, que funciona como um encontro de contas entre os regimes previdenciários, por meio qual o regime instituidor vê-se ressarcido no valor correspondente ao tempo de contribuição vinculado ao regime de origem e que foi utilizado com vistas à concessão do benefício previdenciário, guardada a respectiva proporcionalidade.

Nesse norte, aferiu-se que, por meio do Decreto nº 3.112, de 06 de julho de 1999, o Presidente da República promoveu a regulamentação da compensação financeira entre o regime geral e os regimes próprios de previdência social, tal como restou previsto no art. 9º, da Lei nº 9.796/99.

Porém, até o presente momento, mesmo após a inclusão do §1º no art. 8º-A da Lei nº 9.796/99, pela Lei nº 13.846/2019, não o fez em relação à compensação financeira entre os regimes próprios de previdência social, a despeito de o Supremo Tribunal Federal ter se posicionado no sentido de ser a compensação financeira norma de eficácia limitada, cuja regulamentação deve ser operada por ato normativo a ser expedido pela União (RE 162.620 e ADI 1798-6).

Mostrou-se que tal fato é revestido de significativa relevância, ante a notória dificuldade que os 2.123 regimes de previdência social têm enfrentado para a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial, o que, aliás, serviu de fundamento para o encaminhamento da reforma da previdência pelo Presidente de República ao Congresso Nacional.

Do mesmo modo foi demonstrado que a referenciada Lei nº 13.846, de 18 de junho de 2019, que alterou a redação do §2º, do art. 1º da Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, que dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências, impôs aos regimes próprios de previdência social o dever de operacionalização da compensação financeira entre si.

Concluiu-se, desta feita, que a omissão regulamentar caracteriza violação ao pacto federativo, mormente quando considerada a discrepância na obtenção de receitas entre a União e os entes subnacionais, na medida em que somente àquela é facultado instituir contribuições previdenciárias destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, na exata dicção do §4º, do art. 195 c/c o inciso I, do art. 154, ambos da Constituição Federal.

Em decorrência, passou-se ao exame dos aspectos relativos à supremacia constitucional e ao controle de constitucionalidade, notadamente quanto à necessidade de edição de norma integrativa, tendente a conferir plena eficácia a norma constitucional de natureza programática.

Concluiu-se, assim, pela possibilidade de utilização da ação direta de inconstitucionalidade por omissão como mecanismo apto a constituir o Presidente da República em mora regulamentar.

Nesta seara, quantos aos efeitos do provimento de natureza mandamental,

constatou-se a existência de posicionamento vanguardista de Gilmar Ferreira Mendes e Dirley da Cunha Junior, no sentido de que, apesar de o texto constitucional, e o *caput* do art. 12-H da Lei nº 9.868/99, preverem tão somente a ciência do Poder competente para a adoção das providências necessárias, afigura-se possível a concessão de prazo para a adoção das medidas tendentes à expedição da norma regulamentadora.

Em prosseguimento, aferiu-se a compatibilidade do posicionamento sob comento com o decidido pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 3.682/MT, cuja identidade com o caso concreto torna factível o estabelecimento de prazo ao Presidente da República, a fim de que o mesmo promova a expedição de decreto voltado à regulamentação do art. 8º-A, da Lei nº 9.796/99.

Por fim, analisou-se a possibilidade de o provimento mandamental a ser proferido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ação direta de inconstitucionalidade, impor a adoção de medidas de cunho administrativo destinadas à operacionalização da compensação previdenciária, em especial a disponibilização de um sistema informatizado, a exemplo do Sistema de Compensação Previdenciária entre o Regime Geral da Previdência Social (RGPS) e os Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS) – COMPREV.

Nesse aspecto, conclui-se que encontra supedâneo no parágrafo único, do art. 12-H, da Lei n. 9.868/99, com respaldo, ainda, no decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 19-5, a determinação de adoção de providência administrativa dirigida, em especial, ao Ministério da Economia, ao qual está vinculada a Subsecretaria dos Regimes Próprios de Previdência Social, de modo a coartar a mora da União na implementação da compensação previdenciária entre os regimes próprios de previdência.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. *Curso de direito e processo previdenciário*. 10.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

BRASIL. *Lei nº 6.226, de 14 de julho de 1975*. Dispõe sobre a contagem recíproca de tempo de serviço público federal e de atividade privada, para efeito de aposentadoria. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6226.htm#art3. Acesso em: 29 maio 2019.

ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. PIRES, Maria Coeli Simões. O papel do Federalismo na Execução das Políticas Públicas: impactos na distribuição de receitas pública e nas responsabilidades dos entes federados. In: *Políticas Públicas no Brasil: uma abordagem institucional*. Gilmar Mendes, Paulo Paiva. São Paulo: Saraiva, 2017

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Promulgada em 05.10.1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 maio 2019.

BRASIL. *Decreto nº 3.112*, de 06 de julho de 1999. Dispõe sobre a regulamentação da Lei n. 9.796, de 5 de maio de 1999, que versa sobre compensação financeira entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes próprios de previdência dos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na contagem recíproca de tempo de contribuição para efeito de aposentadoria, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3112.htm. Acesso em: 29 maio 2019.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 32*, de 11 de setembro de 2001. Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc32.htm. Acesso em: 29 maio 2019.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 103*, de 12 de novembro de 2019. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc103.htm#art1. Acesso em: 16 dez 2019.

BRASIL. *Lei nº 8.213*, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 29 maio 2019.

BRASIL. *Lei nº 9.976*, de 05 de maio de 1999. Dispõe sobre a compensação financeira entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes de previdência dos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos casos de contagem recíproca de tempo de contribuição para efeito de aposentadoria, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9796.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. *Lei nº 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. *Lei nº 12.063*, de 27 de outubro de 2009. Acrescenta à Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12063.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. *Lei nº 13.976*, de 18 de junho de 2019. Institui o Programa Especial para Análise de Benefícios com Índícios de Irregularidade, o Programa de Revisão de Benefícios por Incapacidade, o Bônus de Desempenho Institucional por Análise de Benefícios com Índícios de Irregularidade do Monitoramento Operacional de Benefícios e o Bônus de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade; altera as Leis nos 6.015, de

31 de dezembro de 1973, 7.783, de 28 de junho de 1989, 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.742, de 7 de dezembro de 1993, 9.620, de 2 de abril de 1998, 9.717, de 27 de novembro de 1998, 9.796, de 5 de maio de 1999, 10.855, de 1º de abril de 2004, 10.876, de 2 de junho de 2004, 10.887, de 18 de junho de 2004, 11.481, de 31 de maio de 2007, e 11.907, de 2 de fevereiro de 2009; e revoga dispositivo da Lei nº 10.666, de 8 de maio de 2003, e a Lei nº 11.720, de 20 de junho de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9796.htm. Acesso em: 19. jul. 2019.

BRASIL. *Portaria MF nº 464*, de 19 de novembro de 2018. Dispõe sobre as normas aplicáveis às avaliações atuariais dos regimes próprios de previdência social - RPPS da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e estabelece parâmetros para a definição do plano de custeio e o equacionamento do déficit atuarial. Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/05/CONSOLIDACAO-LEGISLACAO-RPPS-atualizada-ate-29-maio-2019.pdf>. Acesso em: 29 maio 2019.

BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 33, de 11 de abril de 1995. *Parecer nº 390, de 1997, da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal*. Relator: Senador Beni Veras. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC20/Senado/EC020_se n_25071997_prc390.pdf. Acesso em: 29 maio 2019.

BRASIL. Secretaria de Previdência do Ministério da Fazenda. *Indicador de Situação Previdenciária dos Regimes Próprios de Previdência Social*. Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/06/Indicador-de-Situacao-Previdenciaria-ISP-01-2018-Relatorio-2018061....pdf>. 2018. Acesso em: 29 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 19-5/AL Relator(a): Min. Aldir Passarinho, Tribunal Pleno, julgado em 23.02.1989, DJ 14.04.1989 PP-05456 EMENT VOL-01537-01 PP-00001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266161>. Acesso em: 19 jul. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.798 - MC. Recorrente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Relator: Min. Néri da Silveira. Tribunal Pleno. Brasília. Data do Julgamento: 09.06.1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347272>. Acesso em: 29 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 3.682/MT. Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-096, Divulg 05-09-2007, Public em 06-09-2007, DJ 06-09-2007 PP-00037 EMENT VOL-02288-02 PP-00277 RTJ VOL-00202-02 PP-00583. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 162.620. Recorrente: Roque Tamburini Júnior. Recorrido: Universidade Estadual Paulista - UNESP. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Brasília. Data do Julgamento: 05.11.1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=214049>. Acesso em: 29 maio 2019.

BULOS, Uadi Lammego. *Curso de direito constitucional*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011

COHN, Amélia. *Previdência Social e processo político no Brasil*. São Paulo: Ed. Moderna, 1980.

COSTANZI, Rogério Nagamine; FERNANDES, Alexandre Zioli; ANSILIERO, Graziela. *O Princípio Constitucional de Equilíbrio Financeiro e Atuarial no Regime Geral de Previdência Social: Tendências e recentes e o caso da regra 85/95 progressiva*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: 2018. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8518/1/TD_2395.pdf. Acesso em: 29 maio 2019.

CRUZ, Fabrício Bittencourt da. *Técnica e processo legislativo previdenciário*. Salvador: JusPodivm, 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 13.ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2018

FANTINEL, Rodrigo Sartori. *Regimes Próprios de Previdência Social: o papel do controle na manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema*. Dissertação (Mestrado em Controladoria) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003. p. 32. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/3576/000390031.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 maio 2019.

FARIAS, Pedro César Lima de. *A Seguridade Social no Brasil e os obstáculos institucionais à sua implementação*. Brasília: MARE/ENAP, 1997. p. 69-71. Disponível em: <http://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/574/1/A%20seguridade%20social%20no%20Brasil%20e%20os%20obst%C3%A1culos%20institucionais%20%C3%A0%20sua%20implementa%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 29 maio 2019.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Curso de direito constitucional*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FERRARO, Suzani Andrade. *As Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003 e o Equilíbrio Financeiro e Atuarial nos Regimes de Previdência Social*. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: 2006. p. 47. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp039534.pdf>. Acesso em: 29 maio 2019.

GUIMARÃES, Jader Ferreira; SILVARES, Vitor Soares. *A (in)eficácia das decisões do STF em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

IBRAHIM, Fábio Zambitte e Schwartz, Gustavo Carvalho Gomes. *Guerra Fiscal Vertical – A assimetria do federalismo fiscal brasileiro e o abuso na utilização das contribuições sociais*. In: *Interlocuções entre o direito previdenciário, o direito tributário e a economia*. Coordenado por Melissa Folmann e Marco Aurélio Serau Junior. Porto Alegre: Paixão, 2017.

JUSTEN FILHO. Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NOGUEIRA, Narlon Gutierre. *O Equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS: de princípio constitucional a política pública de Estado*. (Coleção Previdência Social. Série Estudos; v. 34). Brasília: MPS, 2012.p. 157. Disponível em: http://sa.previdencia.gov.br/site/arquivos/office/1_120808-172335-916.pdf. Acesso em: 29 maio 2019.

ROCHA, Daniel Machado; SAVARIS, José Antônio. *Direito previdenciário: fundamentos de interpretação e aplicação*. 2.ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

Referência:

SANTOS, Roger Nascimento dos. A compensação financeira entre os regimes próprios de previdência social: uma omissão regulamentar. *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias*, Belo Horizonte, v.16, n.1, p. 233-264, jan./dez., 2019.

Aceito em: Dezembro de 2019.

LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO E A CRISE FINANCEIRA DO ESTADO

LICURGO MOURÃO* **

SUMÁRIO

1 Os efeitos do pacto federativo na situação econômica do Estado de Minas Gerais. 2 Gastos com saúde. 3 Gastos com educação. 4 Gastos com previdência 5 Segurança pública. 6 Gastos com pessoal. 7 Considerações finais.

Resumo: O presente artigo busca examinar as possíveis implicações da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB na atividade do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas, dentro do contexto de grave crise fiscal enfrentada pelo Estado de Minas Gerais, a qual compromete a capacidade de manutenção da máquina pública, bem como a realização de investimentos em gastos sociais. Foi realizada pesquisa teórica utilizando-se de fontes primárias e secundárias, assim como pesquisa empírica, por meio do manejo de dados relativos à situação financeira do Estado de Minas Gerais, Brasil. Conclui-se que a incidência da LINDB é cabível e desejável, mormente quando tal diploma legal propugna a atenção às consequências práticas da aplicação das normas, a atenção aos obstáculos e dificuldades reais enfrentados pelo gestor e a impossibilidade de penalizar o gestor quando inexistente dolo ou culpa em sua conduta.

Palavras-chave: Controle externo. Tribunais de Contas. Crise financeira. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

* Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo (USP), Professor, Escritor e Palestrante, Certified Compliance & Ethics Professional International - CCEP-I, pela SCCE (USA), Conselheiro substituto do TCE-MG; realizou extensões na Hong Kong University, HKU; na California Western School of Law; na Université Paris 1 Pantheon-Sorbonne; na The George Washington University; na Fundação Dom Cabral; na Universidad del Museo Social Argentino. Mestre em Direito Econômico (UFPB), Pós-graduado em Direito Administrativo, Contabilidade Pública e Controladoria Governamental (UFPE).

** Este artigo foi escrito com a colaboração de Simone Adami, Davi Salim Santos Hosni, Renato Mimessi, Ariane Shermam, Josiane Velloso e Adilson Duarte da Costa, servidores do Tribunal de Contas de Minas Gerais, bem como de Fernanda Alen e Marina Soares Marinho, servidoras da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais.

1 OS EFEITOS DO PACTO FEDERATIVO NA SITUAÇÃO ECONÔMICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A efetivação dos objetivos fundamentais da República Federativa brasileira depende de arranjos políticos e jurídicos que fomentem a cooperação, ao mesmo tempo em que promovam a distribuição equânime de competências e encargos, como o de garantir o desenvolvimento nacional e o de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, conforme preconizado pelo art. 3º, incisos II e III, da Constituição da República de 1988.

No plano dos fatos, contudo, a cooperação não é favorecida. Enquanto a União concentra competências legislativas e arrecadatórias, a exemplo do que dispõe, entre outros, o art. 154 da Constituição, os demais entes, mais próximos da população, concentram os encargos maiores de concretização das políticas, ações e serviços voltados ao cidadão.

A distribuição não equânime de encargos e competências arrecadatórias tem gerado desequilíbrios que acabam por ferir o pressuposto básico do federalismo, calcado sobre a justa harmonia entre autonomia e interdependência. Esses desequilíbrios podem ser verificados quando existe um descompasso entre competências administrativas (deveres) e recursos financeiros, ou seja, entre encargos e capacidade para custeá-los.

Ligada à expansão da base tributária de forma unilateral pela União, a crise financeira atualmente vivenciada pelos Estados-membros decorre também, em grande parte, de políticas do Governo Federal que geram significativa queda nas receitas arrecadadas pelos demais entes. Podemos exemplificar citando a desoneração dos produtos primários e semielaborados nas exportações, operacionalizada pela Lei Kandir (Lei Complementar nº 87, de 1996), posteriormente confirmada pela Emenda Constitucional n. 42, de 2003, em que a União se comprometeu (embora não o tenha feito até a presente data) a compensar a perda dos Estados decorrente da desoneração do principal imposto estadual – o ICMS.¹

Com fundamento na análise comparativa de dados relativos à execução orçamentária e financeira dos exercícios de 2009 a 2017, e também com esteio no exame da legislação e de estudos doutrinários pertinentes ao direito financeiro, foi analisada a peculiar situação do Estado de Minas Gerais, que decretou a calamidade financeira, ao lado de outros cinco estados brasileiros² que também enfrentam grave crise fiscal, especialmente nos últimos três anos.³ No caso de Minas Gerais a situação é agravada pela longevidade e gravidade da crise, que, entre tantos efeitos deletérios, comprometeu a possibilidade de o Estado celebrar contratos de crédito garantidos pela União.⁴

Especificamente no que toca ao exercício financeiro de 2017, no que tange à renúncia de receitas, verifica-se que o total desonerado atingiu R\$17,765 bilhões e chegou a superar em 81,86% o déficit orçamentário fiscal de R\$9,676 bilhões e 20,34% do valor orçado

¹ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MARINHO, Marina Soares. Do federalismo de cooperação ao federalismo canibal: a Lei Kandir e o desequilíbrio do pacto federativo. *Revista de Informação Legislativa*, v. 55, n. 217, p. 157-180, jan./mar. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p157>. Acesso em: 15 jul. 2018.

² Roraima, Rio Grande do Norte, Mato Grosso, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul.

³ RODRIGUES, Eduardo. Seis Estados já declararam situação de calamidade financeira. *Estadão - Portal do Estado de S. Paulo*, 2019. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,seis-estados-ja-declararam-situacao-de-calamidade-financeira,70002683568>>. Acesso em: 26 jun. 2019.

⁴ Idem.

na Lei Orçamentária Anual – LOA.⁵ Em que pese a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO de 2017 ter apresentado o Anexo de Metas Fiscais com o Demonstrativo da Estimativa e Compensação da Renúncia de Receita (art. 4º, § 2º, V, da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF), não foram indicadas as medidas a serem tomadas a fim de compensar a renúncia prevista, conforme as instruções constantes do Manual de Demonstrativos Fiscais da Secretaria do Tesouro Nacional.

A análise da política tributária envolve relevantes aspectos voltados às políticas sociais. Até que ponto é possível implementar programas de incentivos fiscais e de renúncias de receitas sem que tal proceder interfira na capacidade econômica do Estado?

A transferência de recursos públicos às empresas privadas, por intermédio de incentivos fiscais, implica reciprocidade, cujos beneficiários diretos devem ser, essencialmente, o próprio Estado e a sociedade. Conquanto grande parte deste fenômeno independa do Estado, uma vez que o poder regulatório fiscal está concentrado na União, a exemplo dos efeitos provocados pela Lei Kandir, é urgente que os efetivos resultados gerados pela renúncia fiscal sejam transparentes para a sociedade que, indiretamente, a concede.

Não obstante a competência privativa do Senado Federal para avaliar o sistema tributário (Constituição da República, art. 52, inciso XV), o controle da aplicação das subvenções e das renúncias de receitas insere-se nas competências do controle externo, nos ditames do art. 70 da CR/88, o qual dispõe que:

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, **aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo**, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. (Grifo nosso).

Consideradas as competências do Senado e dos Tribunais de Contas, verifica-se que há uma complementaridade de fiscalização e avaliação sobre o sistema tributário. Enquanto aquele possui competência avaliativa e deverá ser informado de questões importantes e munido dos dados arrecadados em inspeções dos Tribunais de Contas, estes, responsáveis pela fiscalização financeira, orçamentária e contábil, deverão ser comunicados pelo Senado quando esse órgão, em sua avaliação, verificar fato passível de julgamento e punição na esfera de competência do controle externo.⁶

Sobre essa competência dos Tribunais de Contas, no que toca ao sistema tributário, vale observar a jurisprudência do TCU,⁷ que revela que não há competência dos Tribunais para a avaliação de fatos individuais relativos ao lançamento de tributo, decadência e prescrição tributárias e inscrição de crédito tributário em dívida ativa. Por outro lado, o TCU já desempenha, embora não periodicamente, a atuação sobre questões de lançamento, decadência, prescrição e inclusão em dívida ativa, não estando excluída a competência

5 MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Processo n. 1040601. Balanço Geral do Estado. Relator: Conselheiro Sebastião Helvecio. Disponível no Sistema de Gestão e Administração de Processos – SGAP. Acesso em: 23 maio 2019.

6 MOURÃO, Licurgo; SHERMAM, Ariane; SERRA, Rita Chió. *Tribunal de Contas democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.149.

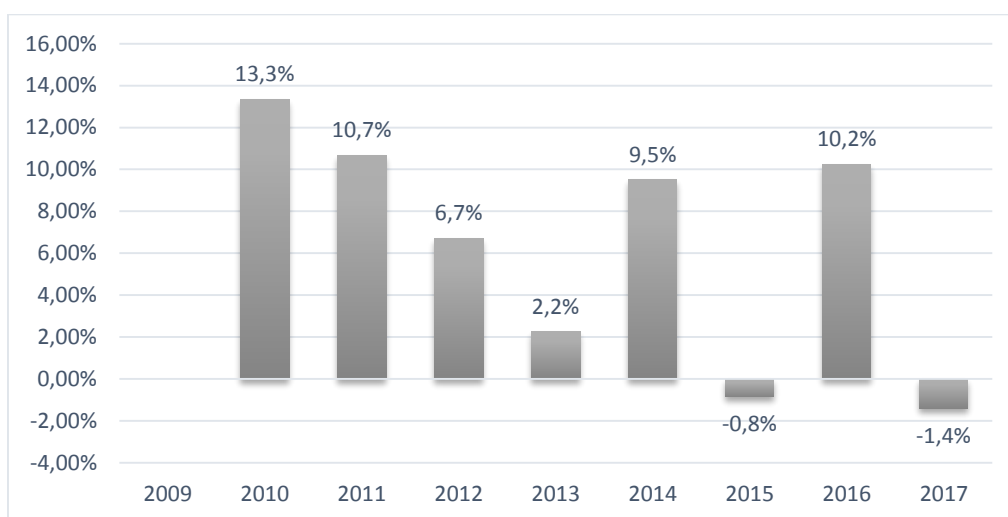
7 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2105/2009. Plenário. Relator Min. André Luís de Carvalho. Disponível em: www.tcu.gov.br/.../judoc%5CAcord%5C20090430%5C009-326-2008-0-AUD-ALC.rtf. Acesso em: 21 nov. 2016.

fiscalizatória como um todo sobre o sistema tributário, podendo o TCU ter “ingerência fiscalizatória sobre a previsão, o lançamento, a arrecadação e o recolhimento de tributos federais, podendo realizar seu mister por meio de levantamentos, auditorias, inspeções, acompanhamentos e monitoramentos”.⁸

Nesse cenário, destaca-se que a expansão da centralização das competências arrecadatórias na União produz uma enorme dependência financeira por parte dos Estados-membros, que acabam por ter grande parte de seu orçamento atrelado às transferências orçamentárias vindas da União.

Observa-se no quadro a seguir que, ao longo dos anos, houve uma redução na participação das transferências correntes da União no total da Receita Corrente Líquida do Estado de Minas Gerais. Essa queda das transferências no orçamento mineiro demonstra uma redução dos repasses da União para o Estado, os quais, a cada ano, diminuem mais: em 2009, eram de 13,3%, e em 2017 alcançaram o percentual negativo de -1,4%, como se vê no gráfico abaixo:

Estado de Minas Gerais e Transferências Correntes: Variação Anual



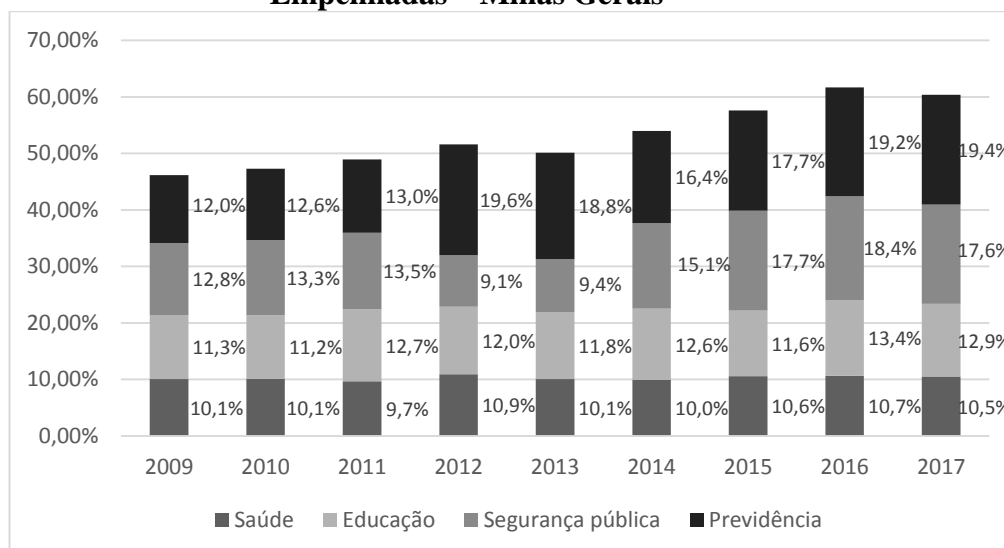
Fonte: Elaboração própria a partir de dados dos Relatórios Resumidos da Execução Orçamentária do Estado de Minas Gerais – RREO-MG.

8 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 272/2014. Plenário. Relator Min. Benjamin Zymler. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn:urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2014-02-12;272>. Acesso em: 24 nov. 2016.

Na contramão do movimento de concentração de arrecadação na União, verificado nos âmbitos administrativo e de repasse dos encargos, a marcha tem ocorrido em direção a uma descentralização desproporcional de encargos, isto é, na atribuição de deveres administrativos em montante superior ao que as condições financeiras permitem. Essa verificação pode se dar pela análise da execução orçamentária dos entes subnacionais, a qual revela o maior impacto das atribuições executórias para os Estados. Ou seja, embora a arrecadação de transferências por Minas Gerais diminua, seus encargos e despesas aumentam.

No caso de Minas Gerais, os dados mostram o comprometimento da maior parte do orçamento para custeio de direitos sociais básicos (saúde, educação, segurança pública e previdência), restando pouquíssimo espaço para as demais funções estatais. Não restam dúvidas de que os pilares do federalismo fiscal estão abalados, como se observa no gráfico a seguir, no qual se demonstra que tais funções consomem cerca de 60% (sessenta) de toda a despesa empenhada em 2017

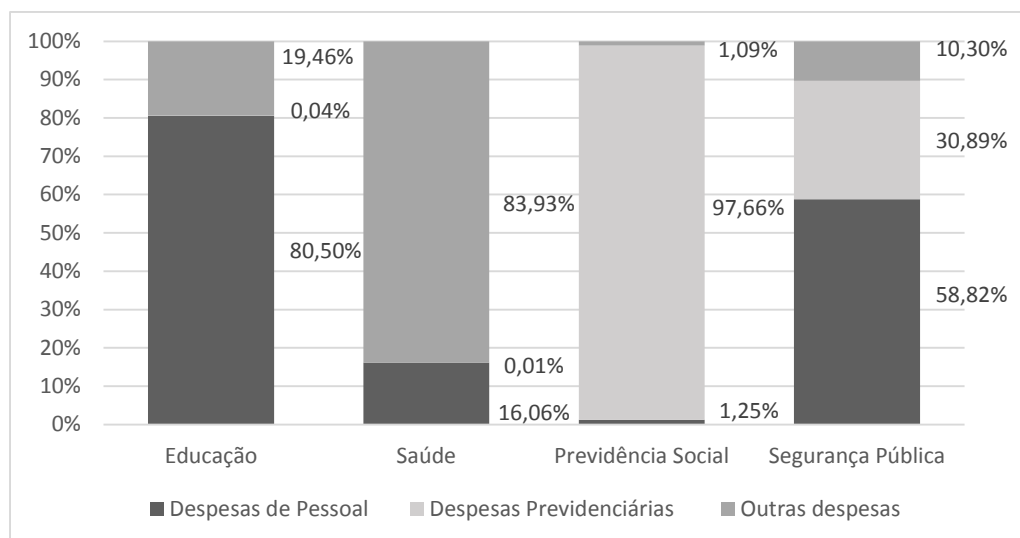
Evolução da Participação dos Gastos Sociais no Total das Despesas Empenhadas – Minas Gerais



Fonte: Elaboração própria a partir de dados dos Relatórios Resumidos da Execução Orçamentária do Estado de Minas Gerais – RREO-MG.

Destaca-se, ainda, no panorama adverso registrado no período analisado, que as maiores despesas correntes do Estado em 2017 são representadas por pagamento de pessoal, incluindo-se os vencimentos e vantagens do pessoal civil ativo e inativo, aposentadorias e pensões e, também, os vencimentos dos militares. Como se observa abaixo, são despesas que compõem o Grupo de Despesas com Pessoal e Encargos Sociais, as quais representam, por exemplo, na educação, cerca de 80% da despesa total realizada (empenhada) e, portanto, não podem ser contingenciadas pelo gestor:

Participação Percentual dos Gastos com Pessoal e Previdência no Total Empenhado nas Funções Educação, Saúde, Previdência Social e Segurança Pública



Fonte: Elaboração própria, a partir dos dados do Siafi.

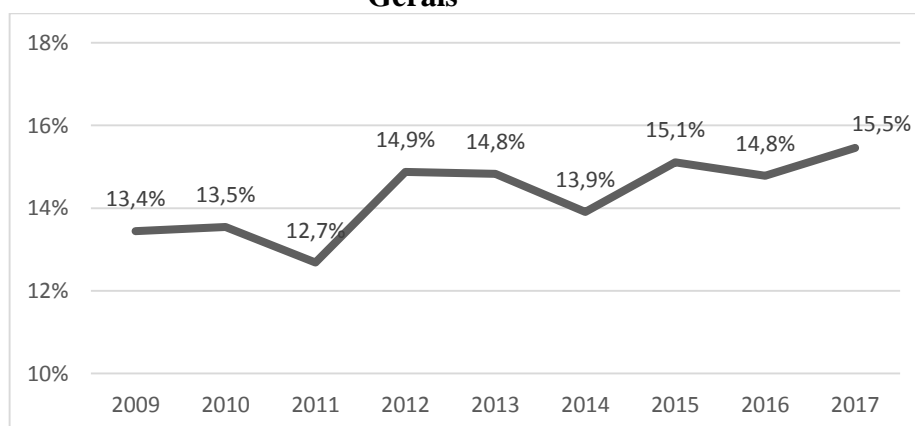
Assim, para além do equacionamento do desequilíbrio federativo hodiernamente e verificado no Brasil, torna-se imperioso que o Estado demonstre seu esforço em reduzir a insuficiência financeira e em promover o reequilíbrio fiscal, sem comprometimento de serviços essenciais à população, baseando-se nas medidas preconizadas pelo art. 169 da Constituição da República, em especial nos §§ 1º, 3º e 4º, entre outras medidas de gestão.

2 GASTOS COM SAÚDE

A função Saúde nos Estados brasileiros enfrenta um grave quadro, caracterizado por incompatibilidade entre as capacidades arrecadatórias dos entes em contrapartida a suas responsabilidades legais. Essa incompatibilidade, agravada por problemas regulamentares, ocasiona um incremento na ineficiência do gasto público e aprofunda a dependência entre os entes federados.

Para se ter um exemplo, observa-se que, sem maiores variações proporcionais, os serviços e ações da função Saúde ocupam parte significativa do orçamento do Estado de Minas Gerais. Conforme o gráfico a seguir, esses custos têm oscilado na proporção de 15% da Receita Corrente Líquida do Estado, senão vejamos:

Participação da Função Saúde Pública na Receita Corrente Líquida de Minas Gerais



Fonte: Elaboração própria a partir de dados dos Relatórios Resumidos da Execução Orçamentária do Estado de Minas Gerais – RREO-MG e dos RREO do Governo Federal.

Nesse cenário aparentemente estável das despesas, é preciso perscrutar o papel dos Estados na estrutura do Sistema Único de Saúde - SUS para podermos compreender, também, como a atual conformação do financiamento do referido sistema pressiona os orçamentos estaduais de forma ineficiente e impede que sejam feitos investimentos de acordo com as necessidades regionais do SUS, prejudicando a autonomia federativa.

Primeiramente, a vinculação constitucional de parte dos recursos a ações e serviços de saúde acaba por aumentar a submissão do poder estadual ao poder regulamentar da União. Essa situação gera o segundo efeito: a União acaba detendo excessivo poder para determinar a forma como tais recursos serão utilizados, mesmo os não vinculados, por meio das competências regulamentares do Ministério da Saúde.

Lenir Santos, em balanço dos 30 anos do SUS, nos mostra como é excessiva a regulamentação em Saúde, retirando dos Estados a possibilidade de gerir seus recursos da forma mais adequada aos seus orçamentos e necessidades, *in verbis*:

Ao lado da necessidade de se equalizar as políticas para a manutenção sistêmica dos serviços de saúde, o centralismo regulatório infralegal extrapolou esse papel, **levando a União, no âmbito do Ministério da Saúde, a editar, desde os anos 1990, mais de 700 portarias normativas, definindo, em minúcias, a aplicação dos recursos das transferências, traçando as políticas de saúde, próprias do Legislativo em sua dimensão estrutural.** (Por oportuno, lembro que em 2016-2017 foi elaborado um trabalho pelo Ministério da Saúde, em parceria com a Fiocruz, que analisou cerca de 17 mil portarias [normativas e não normativas], tendo discriminado por volta de 700 portarias do Gabinete do Ministro de caráter normativo, afora as dos gabinetes dos Secretários que não foram objeto do estudo. Essas portarias normativas foram consolidadas em 6 de consolidação, as quais contêm mais de 10 mil artigos, por uma equipe de pesquisadores no projeto denominado SUSLEGIS. Os conteúdos são os mesmos, por se tratar de uma consolidação).

Ainda que haja pactuação tripartite no âmbito da Comissão Intergestores Tripartite (CIT), **o dono do poder pode impor os consensos pela cooptação política. Arretche emprega o termo *joint-decision trap* (teoria defendida pelo germânico Fritz W. Scharpf), que veste bem em nosso modelo político de centralização de poder na União.** Alguém duvidaria do poder de influência do responsável pela transferência dos recursos, se os critérios não forem os da lei? A política da cenoura e da vara que pode em algumas situações ser boa para equalizar políticas de interesse nacional, pode também servir a outros interesses (e no SUS não poderia prevalecer por haver critérios legais para as transferências, ainda que não cumpridos).¹ (Grifamos).

Além dessa situação, é preciso destacar que os Estados, pela forma como foi estabelecida a repartição de competências no SUS, arcam com as atividades de maior custo dentro do Sistema. Assim, o artigo 17 da Lei nº 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde) estabelece as competências estaduais, dentre as quais destacamos a de prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde; de coordenar e, em caráter complementar, executar ações e serviços de vigilância epidemiológica, de vigilância sanitária, de alimentação e nutrição e de saúde do trabalhador; de participar da

1 SANTOS, L. SUS-30 anos: um balanço incômodo? *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 23, n. 6, p. 2043-2050, 2018.

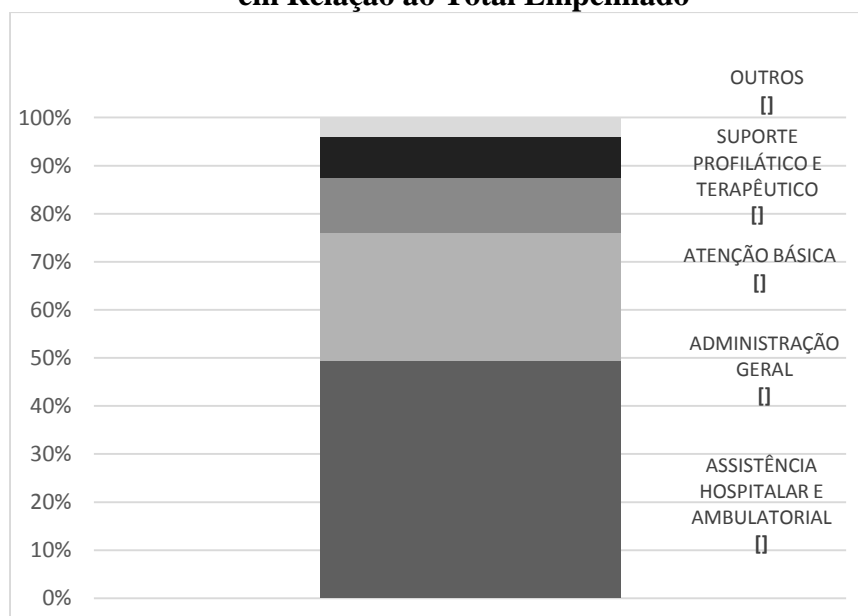
formulação da política e da execução de ações de saneamento básico; de, em caráter suplementar, formular, executar, acompanhar e avaliar a política de insumos e equipamentos para a saúde; de identificar estabelecimentos hospitalares de referência e gerir sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional, entre tantas outras listadas naquela norma.

Os Estados, portanto, possuem competências de apoio técnico, financeiro e executório suplementares aos Municípios, inclusive relativas a saneamento básico e à política de insumos e equipamentos em saúde. Além disso, é de competência estadual a gerência da rede de alta complexidade e de laboratórios e hemocentros. Essas competências apresentam elevado custo, de modo que acabam por consumir quase a totalidade do orçamento em Saúde em Minas Gerais.

A assistência hospitalar e ambulatorial, responsável por quase 50% das despesas da função Saúde do orçamento de Minas Gerais, diz respeito, principalmente, à implantação, operação e manutenção da rede de hospitais de média e alta complexidade do SUS no Estado. Essas ações e serviços incluíram, ao longo dos anos, entre outros custos, a regionalização da rede de urgência e emergência no Estado, o apoio à implantação das redes regionalizadas de atenção à saúde, a manutenção e implantação de hospitais regionais e a manutenção e operação da Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais – Fhemig e da Fundação Centro de Hematologia e Hemoterapia do Estado de Minas Gerais – Hemominas.

Podemos resumir que a maior parte do orçamento com saúde em Minas está comprometida com dois grupos principais de gastos: (i) a operação da rede de alta complexidade; e (ii) o suporte financeiro e a execução suplementar de ações e serviços de competência dos Municípios e das redes regionalizadas, como a média complexidade e as ações e serviços de atenção básica, que são responsáveis por parcela de 11,30% do orçamento, conforme se demonstra no seguinte gráfico:

Participação das Principais Subfunções da Saúde no Período de 2009-2017, em Relação ao Total Empenhado



Fonte: Elaboração própria a partir dos dados do Portal da Transparência do Estado de Minas Gerais

Outro ponto que merece análise consiste no custo real provocado pela judicialização massiva de reivindicações na área de saúde pública, cuja demanda tem crescido nos últimos anos e se agravado diante da crise dos entes federados. De acordo com dados oficiais da Secretaria de Estado de Saúde, Minas Gerais gastou uma média anual de R\$241 milhões, além de ter movimentado uma média anual de mais de 16 mil ações judiciais.²

O resultado é uma situação na qual as receitas estaduais não permitem que se cumpram com qualidade as ações e serviços de responsabilidade do Estado em função de sua desproporcionalidade em relação aos custos dessas ações e serviços. Ao mesmo tempo, é reduzida a capacidade de gestão do Estado na promoção de ajustes para melhor aproveitamento dessas receitas, limitadas em atenção às normas regulamentares do Ministério da Saúde. Tal situação tem criado, convém ressaltar, uma excessiva judicialização da saúde, gerando, além dos custos diretos já apontados, inúmeros custos indiretos.

Esse quadro, aliado à situação de regulamentação excessiva pela União, à incapacidade financeira dos Municípios e, principalmente, ao limite de arrecadação em que o Estado de Minas Gerais, particularmente, já se encontra, demonstra que as receitas estaduais não comportam as ações e serviços de saúde que deveriam financiar de forma adequada, especialmente quando consideradas as demais obrigações referentes a educação, segurança pública e previdência, igualmente essenciais.

Nesse contexto, a inclusão dos Restos a Pagar Não Processados, decorrentes das despesas empenhadas e não liquidadas, sem a correspondente disponibilidade financeira, para fins da apuração do índice de gastos com a saúde, obedece a uma decisão de excepcionalidade do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, quando da emissão dos pareceres prévios sobre as contas dos exercícios antecedentes de 2015, 2016 e 2017.

Nesse ponto, vale destacar o que estabelece o art. 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, *in verbis*:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

De acordo, portanto, com o que dispõe a novel norma, as decisões proferidas que alterarem o posicionamento interpretativo, ou derem nova orientação sobre norma de conteúdo indeterminado, deverão prever um regime de transição, quando indispensável para a concretização do princípio da segurança jurídica e da proteção à confiança.

Embora o art. 23 na LINDB produza efeitos prospectivos, verifica-se que os ditames extraídos de seu texto já eram encampados pela doutrina e pela própria jurisprudência antes da positivação em diploma legal. Isso porque o art. 23 veicula a básica necessidade de resguardar o particular dos efeitos das interpretações jurídicas dos poderes públicos,

² Disponível em: <<http://www.saude.mg.gov.br/judicializacao>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

conferindo previsibilidade às mudanças interpretativas. Em última análise, busca-se conferir concretude à incidência da boa-fé nas relações administrativas.³

3 GASTOS COM EDUCAÇÃO

Destaca-se inicialmente que a educação é caminho imprescindível para se alcançar uma sociedade justa, livre e solidária, como preconiza o art. 3º da Lei Maior brasileira, além de ser um dos direitos sociais previstos no rol do art. 6º da Constituição da República de 1988 (CR/88).⁴

Já se viu que o ideal descentralizador da CR/88 impactou a distribuição de gastos e a responsabilidade pela prestação de serviços públicos. A lógica do federalismo cooperativo também se refletiu na atribuição de competências legislativas sobre educação: não obstante seja competência privativa da União legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, inc. XXIV, da CR/88), é competência comum proporcionar os meios de acesso à educação (art. 23, inc. V), e competência concorrente legislar sobre educação em geral (art. 24, inc. IX). O art. 30 da CR/88 dispõe ainda que compete aos Municípios manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental.

A colaboração prevista na norma constitucional é mecanismo de amenização das desigualdades e garantia de efetivação do direito à educação, tendo sido a Constituição de 1988 coerente com o princípio estruturante do federalismo. Entretanto, a atribuição à União do poder privativo de legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional, a competência comum para legislar sobre educação em geral e o próprio poderio financeiro do ente central (maior arrecadador dentre todos) favoreceu a centralização do poder decisório sobre o orçamento dos demais entes federados nessa função específica.

A edição da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN – Lei n. 9.394/1996) esmiuçou as competências dos entes federados conforme a etapa do ensino, mas não estabeleceu definitivamente as responsabilidades de cada um sobre sua manutenção – veja-se que a palavra “colaboração” aparece onze vezes ao longo do diploma. Essa indefinição, herdada da própria indeterminação no texto constitucional, permite distorções no provimento ideal dos serviços, consoante explica Marta Arretche,⁵ *in verbis*:

[...] os constituintes de 1988 optaram pelo formato das competências concorrentes para a maior parte das políticas sociais brasileiras. Na verdade, as **propostas para combinar descentralização fiscal com descentralização de competências foram estrategicamente derrotadas na [Assembleia Nacional Constituinte] ANC 1987-88 [...]**. Assim, qualquer ente federativo estava constitucionalmente autorizado a implementar programas nas áreas de saúde, educação, assistência social, habitação e saneamento. Simetricamente, nenhum ente federativo estava constitucionalmente

3 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREIRAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018* (Lei da Segurança Jurídica para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 74 e 77.

4 Direito previsto no Brasil desde a Carta Imperial. Todavia, o sistema universal da educação básica é conquista recente: apenas na década de 1940 foi criada uma rede pública mínima. DE NEGRI, J. A.; BACELETTE, R. (Org.). *Desafios da nação*: artigos de apoio. Brasília: Ipea, 2018. v. 1, p. 46. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Joao_De_Negri/publication/325395896_180327_desafios_da_nacao_apoi_o_vo11/links/5b0b70a24585157f871ad924/180327-desafios-da-nacao-apoi-o-vol1.pdf#page=205>. Acesso em: 16 jun. 2018.

5 ARRETCHE, M. Federalismo e políticas sociais no Brasil: problemas de coordenação e autonomia. *São Paulo em Perspectiva*, v. 18, n. 2, p. 17-26, 2004, p. 22.

obrigado a implementar programas nestas áreas. **Decorre deste fato a avaliação de que a Constituição de 1988 descentralizou receita, mas não encargos** (ALMEIDA, 1995; AFFONSO; SILVA, 1996; AFFONSO, 1999; WILLIS et al., 1999). **Esta distribuição de competências é propícia para produzir os efeitos esperados pela literatura sobre federalismo e políticas públicas: superposição de ações; desigualdades territoriais na provisão de serviços; e mínimos denominadores comuns nas políticas nacionais.** Estes efeitos, por sua vez, são derivados dos limites à coordenação nacional das políticas. (Grifamos).

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDBEN veio em um contexto de recentralização do federalismo brasileiro. Nos anos 1990, principalmente no governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, iniciado em 1994, são observados movimentos da União sobre o Congresso Nacional para aprovar medidas legislativas que reformaram, paulatinamente, o federalismo brasileiro.⁶ Desafios contemporâneos dos Estados no Supremo Tribunal Federal (STF) decorrem das alterações promovidas pelo Poder Legislativo naquele período, como a desoneração ampla do ICMS nas exportações ou a ausência de partilha das contribuições sociais desvinculadas, nos termos do art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Além da LDBEN, foram instituídos critérios de avaliação de Estados, Distrito Federal e Municípios para a distribuição de recursos, principalmente por meio do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef), implementado em 1996 pela Emenda Constitucional n. 14 e regulamentado pelo Decreto n. 2.264/1997.

Sobre o fundo, é importante comentar que, em 2017, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a complementação que cabia à União pelo não atingimento do valor mínimo anual por aluno foi repassada, sistematicamente, a menor para Estados e Distrito Federal. Não era utilizada a média nacional de estudantes matriculados para calcular o repasse, mas o número de matrículas em cada Estado, o que, logicamente, produzia um valor menor. O Estado de Minas Gerais aguarda, ainda, a finalização da Ação Cível Originária (ACO 722)⁷ que tramita perante o STF, já julgada no seu mérito, para receber os valores com os quais teve que arcar durante a existência do Fundef, em razão das transferências reduzidas feitas pela União.

De qualquer forma, o Fundef representou um primeiro passo importante para a melhoria não apenas da cobertura do ensino básico pelo País, como também da qualidade na prestação desse serviço. Isso se deu porque se exigia que pelo menos 60% dos 25% dos recursos de Estados, Distrito Federal e Municípios destinados à educação fossem utilizados para o pagamento dos professores ativamente envolvidos em atividades de sala de aula ou no seu treinamento. Perdurou por 10 (dez) anos, até 2006, quando foi instituído o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da

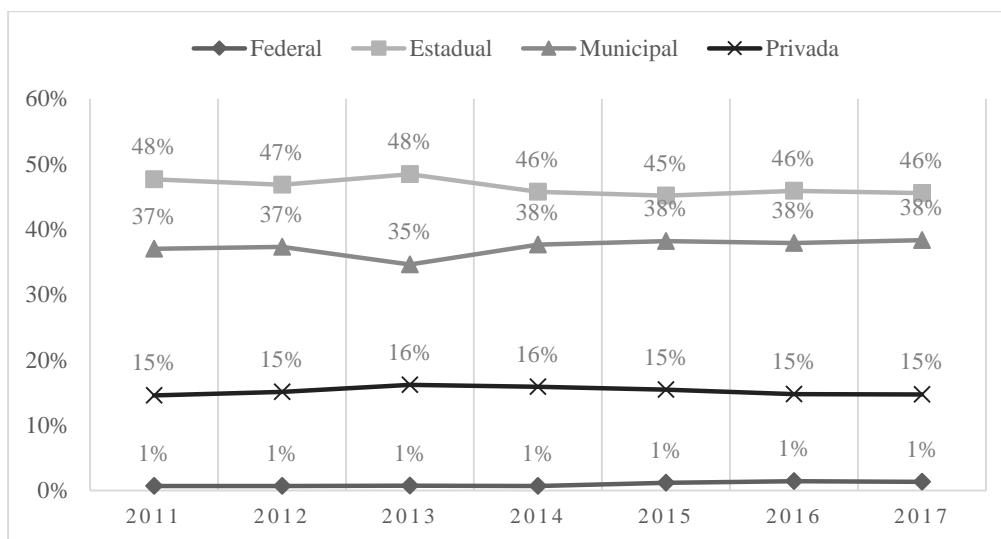
6 ABRUCIO, Fernando Luiz. A coordenação federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do governo Lula. *Revista de Sociologia e Política*, n. 24 p. 41-67, jun. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782005000100005&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 14 jul. 2018.

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. Ação Cível Ordinária (ACO 722). Origem: MG – Minas Gerais. Relator atual: Ministro Edson Fachin. Decisão de 16/11/2016. "[...] julgo procedente a presente ação cível originária, acolhendo o pedido do Estado-Autor para reconhecer – ao aplicar o precedente para o caso – RE 11501015/BA, Rel. Min. Teori Zavascki – o direito do Estado a recalculer o valor mínimo nacional por aluno (VMNA), com base nos critérios legais interpretados no referido *leading case*, nos anos de 2000 e 2001, nos termos do pedido inicial. Calendário de julgamento no Dje, edição extra n. 273/2018, publicado em 19/12/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2220289>. Acesso em: 4 jun. 2019.

Educação (Fundeb).⁸ A partir de então, o alcance do Fundo passou do ensino fundamental também para o infantil e médio.

Em Minas Gerais, os dados da Sinopse Estatística da Educação Básica, de 2011 a 2017, demonstram que o Estado é aquele que mais detém matrículas na educação básica,⁹ correspondendo a quase a metade da participação dos demais (União, Municípios e iniciativa privada), correspondendo, no ano de 2017, a 46%, como se demonstra no gráfico a seguir:

Participação nas Matrículas da Educação Básica por Dependência Administrativa – Minas Gerais



Fonte: Elaboração própria a partir de dados da Sinopse Estatística da Educação Básica.

Na mesma direção, é relevante ter em conta que o Estado de Minas Gerais também atua em áreas prioritárias de outros entes, como no ensino fundamental. O Cadastro Escolar mineiro, atualizado até 19 de junho de 2018, aponta que o Estado de Minas Gerais possui cerca de 20% das dependências administrativas que oferecem ensino fundamental para os anos iniciais.¹⁰

Da mesma forma, embora o ensino superior seja prioritariamente provido pela União Federal, o Estado de Minas Gerais oferece cursos superiores em duas universidades estaduais: a Universidade do Estado de Minas Gerais e a Universidade de Montes Claros, como também em 6 (seis) fundações educacionais cuja estadualização está preconizada na Constituição estadual. Além disso, a Universidade Aberta Integrada de Minas Gerais (Uaitec) oferece, de forma gratuita, qualificação profissional a distância, com polos em todo o Estado para acesso à rede integrada.

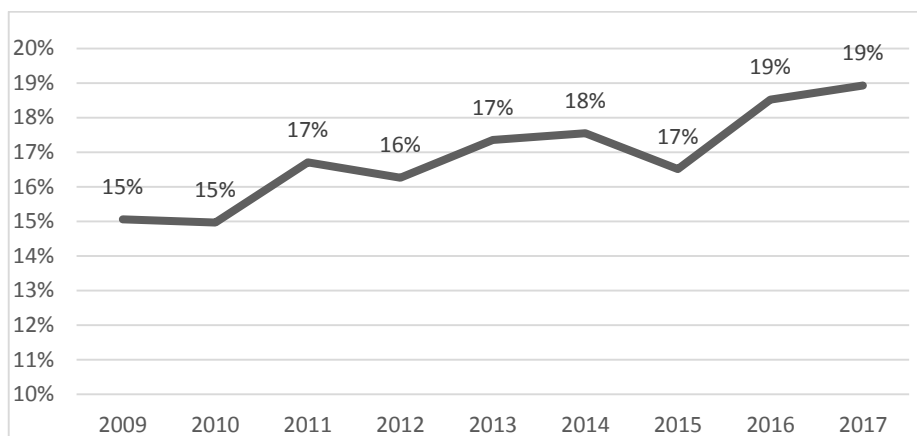
8 O Decreto nº 6.253/2007 revogou o Decreto n. 2.264/1997 e passou a dispor sobre o agora chamado Fundo de manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb).

9 BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. Sinopse Estatística da Educação Básica 2017. Brasília: Inep, 2018. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/sinopses-estatisticas-da-educacao-baseica>>. Acesso em: 4 jun. 2019. Os dados da Sinopse incluem como educação básica o ensino classificado como ensino regular (educação infantil e ensino fundamental e médio), educação especial e educação de jovens e adultos.

10 MINAS GERAIS. Secretaria de Estado da Educação. Disponível em: <http://www2.educacao.mg.gov.br/images/documentos/Educacenso%202016.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2019.

Apesar das dificuldades com suas finanças públicas, nos últimos anos, o Estado de Minas Gerais tem mantido o patamar de participação na despesa empenhada na função orçamentária Educação em relação a sua Receita Corrente Líquida (RCL), como se demonstra a seguir:

Evolução da Participação da Educação na RCL – Estado de Minas Gerais



Fonte: Elaboração própria, a partir de dados dos Relatórios Resumidos da Execução Orçamentária do Estado de Minas Gerais – RREO-MG.

Em face do cenário narrado, nas contas governamentais relativas ao exercício de 2017, foi considerada a inclusão dos Restos a Pagar Não Processados, decorrentes das despesas empenhadas e não liquidadas sem a correspondente disponibilidade financeira, para fins da apuração do índice de gastos com a educação. Nesse contexto, entende-se que os restos a pagar são pertinentes à função Educação e suas subfunções, impactadas diretamente pela conjuntura socioeconômica vivenciada pelo Estado durante o período analisado e que, em situação idêntica, **nos exercícios de 2015, 2016 e 2017, receberam parecer favorável do Tribunal de Contas de Minas Gerais (TCE-MG)** quando da análise das contas de governo.

4 GASTOS COM PREVIDÊNCIA

Diante do atual panorama nacional de discussões sobre o tema, vê-se que os gastos com a previdência social do servidor mereceram análise do TCE-MG, o qual destacou que “[...] o número de inativos está crescendo em função do envelhecimento dos servidores e do aumento da expectativa de vida, sendo que nos próximos 12 (doze) anos o número de servidores na inatividade irá crescer ainda mais.”¹¹

Com relação à elevação de gastos com a previdência, com base em estudo empreendido pela Fundação João Pinheiro,¹² ainda apontou que “[...] a elevação do dispêndio com benefícios previdenciários se deve, principalmente, ao aumento do valor médio real dos benefícios, puxado, sobretudo, pelos valores pagos aos militares, que passou de 26,9% dos gastos totais com benefícios para 31%, [...]”.

11 Conforme o item “5.14 Previdência Social do Servidor Público”, constante do voto do Relator das contas do governo de Minas Gerais relativas ao ano de 2017, Conselheiro Sebastião Helvecio. MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Processo n. 1040601. Balanço Geral do Estado. Relator: Conselheiro Sebastião Helvecio. Disponível no Sistema de Gestão e Administração de Processos – SGAP. Acesso em: 23 maio 2019.

12 FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. *Diagnóstico da Previdência Pública dos Servidores do Estado de Minas Gerais*. Fundação João Pinheiro, Diretoria de Estatística e Informações. Belo Horizonte: FJP, 2018.

Verifica-se que, no exercício de 2017, conforme dados extraídos do Armazém de Informações – Siafi,¹³ o Estado de Minas Gerais despendeu R\$4.810.480.450,05 com proventos da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, e R\$299.241.500,12 com proventos do Corpo de Bombeiros Militar, sendo que o Tesouro estadual arcou com recursos ordinários de aproximadamente 89% de tal despesa, como se demonstra na tabela a seguir:

Despesas com Pessoal Inativo da PMMG e CBMMG em 2017 (em reais)			
Unidade Orçamentária	Fonte do Recurso	Valor Despesa	%
PMMG	10 - Recurso Ordinário do Tesouro	4.337.480.450,05	84,89
	30 - Contribuição do Segurado no Percentual de 3,5%	148.700.000,00	2,91
	75 - Contribuição Patronal (LC n. 125/2012)	324.300.000,00	6,35
Subtotal 1		4.810.480.450,05	94,14
CBMMG	10 - Recurso Ordinário do Tesouro	237.089.900,12	4,64
	27 - Taxa de Segurança Pública	6.800.000,00	0,13
	53 - Taxa de Incêndio	21.551.600,00	0,42
	Contribuição patronal (LC n. 125/2012)	33.800.000,00	0,66
Subtotal 2		299.241.500,12	5,86
Total Geral (subtotal 1 + subtotal 2)		5.109.721.950,17	100,00

Fonte: Tabela 143 do Relatório do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais sobre a macrogestão governamental do Estado, exercício de 2017, p. 334, Processo n. 11040601, citando dados extraídos do Armazém de Informações do Siafi.

Na análise comparativa do total de gastos do Estado com a previdência dos servidores, nos exercícios de 2013 a 2017, revela-se um incremento nas receitas da ordem de 27,32%, enquanto a despesa, em total descompasso, cresceu 73,76%, como demonstrado na tabela a seguir:

Comparativo da Receita Previdenciária Total com a Despesa Previdenciária Total (em reais)					
	2013	2014	2015	2016	2017
Receitas (I)	4.361.740.164	5.370.345.334	9.591.259.812	5.429.923.866	5.553.405.538
Despesas (II)	12.678.923.114	14.720.888.458	18.434.251.791	20.269.995.747	22.030.923.613
Déficit (III) = (I) – (II)	(8.317.182.951)	(9.350.543.124)	(8.842.991.979)	(14.840.071.881)	(16.477.518.075)
Aportes de Recursos para amortização do Déficit (IV)	7.754.746.642	7.162.683.985	10.065.331.438	12.776.208.863	16.036.542.215

13 MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Processo n. 1040601. Balanço Geral do Estado. Relator: Conselheiro Sebastião Helvecio. Relatório sobre Macrogestão e Contas do Governador do Estado de Minas Gerais. Tabela 143, p. 334. Acesso no SGAP: <https://www.tce.mg.gov.br>.

- (I) Valores da Receita Corrente, incluindo-se a Receita de Contribuições de Segurados e de Contribuições Patronais (intraorçamentária).
- (II) Valores das Despesas com Pessoal e Encargos Sociais, incluindo-se Aposentadorias, Reservas Remuneradas e Reformas, Pensões do RPPS e do Militar; Pensões Especiais; Obrigações Patronais (intraorçamentárias).
- (III) Valores se referem à diferença matemática entre as Receitas e as Despesas totais do RPPS.
- (IV) Valores incluem os aportes totais, tanto para cobertura de insuficiências financeiras quanto para cobertura atuarial do RPPS.

Fonte: Elaboração própria, a partir dos Relatórios do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais sobre a macrogestão governamental do Estado, nos exercícios de 2013 a 2017, tendo por base o RREO/dez/2013 a dez/2017, Anexo 4 (LRF, art. 53, inciso II) e Tabela 144 do Relatório do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais sobre a Macrogestão Governamental do Estado, exercício de 2017, p. 337, processo n. 1040601, citando dados extraídos do Armazém de Informações do Siafi.

Para uma compreensão desse quadro, cumpre destacar que o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) dos servidores efetivos de Minas Gerais, instituído pela Lei Complementar n. 64, de 25 de fevereiro de 2002, previa, originalmente, a divisão da massa de segurados em dois fundos distintos, a depender do momento de ingresso nas carreiras efetivas do Estado: 1) o Fundo Financeiro de Previdência (Funfip), que é um fundo operado em regime de repartição simples; e 2) o Fundo de Previdência do Estado de Minas (Funpempg), sob o regime financeiro de capitalização, aplicável aos servidores cujo provimento tenha ocorrido após 31 de dezembro de 2001 e a seus dependentes.¹⁴

Há grande diferença entre os dois sistemas: o de repartição simples (Funfip) e o de capitalização (Funpempg). O primeiro, também conhecido como regime orçamentário, mantém-se pela divisão, entre todos os contribuintes, das despesas com o pagamento dos benefícios em manutenção, não prevendo formação de reservas. Já o segundo regime, de capitalização, tem como característica principal o pré-financiamento do benefício, ou seja, o próprio servidor público, durante sua vida laboral, produzirá um montante que fará frente ao seu benefício previdenciário.

A segregação da massa de segurados em dois regimes distintos é uma das formas de equacionar a questão atuarial da previdência própria de um ente. Seguindo a razão das reformas da previdência social no Brasil até a presente época, os planos financeiros distintos são pensados para que ocorra a extinção daquele de repartição simples, dependente do Tesouro, projetando no futuro apenas a existência de planos previdenciários equilibrados e sustentáveis financeiramente, como os de capitalização.

No entanto, em dezembro de 2013, o governo de Minas Gerais, por meio da Lei Complementar n. 131, de 6 de dezembro de 2013, extinguiu o Funpempg, que era instituído sob o regime de capitalização, com a transferência de todos os seus ativos, bens, direitos e obrigações para o Funfip. Tal fato gerou a transferência de recursos da ordem de R\$ 3,2 bilhões aos cofres do Estado, sem consulta aos servidores a ele filiados, já que o plebiscito previsto no parágrafo único do art. 53 da Lei Complementar n. 64/2002 fora revogado por aquela norma (LC n. 131/2013, art. 18, inciso I, alínea “F”).

A extinção do Funpempg agravou, sobremaneira, a situação da previdência no Estado de Minas Gerais. Isso porque, naquele exercício de 2013, o Funfip, que já apresentava déficit superior a R\$ 4,658 bilhões, passa a ser o fundo de previdência único dos servidores

¹⁴ Destaca-se que o regime financeiro escolhido pelo Fundo se refere, exclusivamente, aos métodos de financiamento do regime de previdência. O custo atuarial do regime, na verdade, não varia; o que varia, conforme o regime financeiro escolhido, é a forma de financiá-lo.

civis efetivos, membros dos Tribunais e Ministério Público que ingressaram no serviço público antes da vigência do regime complementar.

Entendemos que a solução dos atuais problemas de sustentabilidade do RPPS de Minas Gerais passa pela necessidade de instauração de auditoria aprofundada pelo Governo do Estado de Minas Gerais para apurar todos os dados relativos à situação real, orçamentária, financeira, atuarial, bem como à da massa de segurados coberta pelo regime próprio (e também do responsável por sua gestão, qual seja, Ipsemg), e ainda do IPSM.

A partir do resultado dos achados auditoria urgente, entendemos que deverá ser estabelecido cronograma de fiscalização dos benefícios concedidos, buscando eliminar a ocorrência de fraudes, em face do RPPS, e, em contrapartida, avaliar a fiscalização da arrecadação das receitas previdenciárias, a compensação entre regimes, sua gestão, investimentos realizados e o efetivo dispêndio em despesas típicas do RPPS.

Urge a alteração da legislação previdenciária dos servidores militares do Estado, com a finalidade de buscar uma melhor equalização das despesas previdenciárias com esta importantíssima categoria de servidores, a partir do estabelecimento de alíquotas de contribuição compatíveis. O princípio da contributividade é o vetor a ser buscado, de modo a combater o crescente déficit previdenciário, muito dele causado em face das discrepâncias nas vantagens e requisitos estabelecidos para determinadas categorias profissionais em detrimento de outras, como redução de idade e de tempo de contribuição, ou mesmo isenção total, atualmente concedidos em Minas Gerais.

5 SEGURANÇA PÚBLICA

O artigo 144 da CR/88 estabelece a segurança pública como responsabilidade de todos os entes federados, na medida em que determina sua provisão como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos. Especificamente em relação aos Estados-membros, a CR/88 determinou a provisão de polícia ostensiva, defesa civil, polícia judiciária e apuração de infrações penais, atribuindo-lhe, portanto, o custo das polícias civis, militares e dos corpos de bombeiros militares, instituições que respondem basicamente por toda a função Segurança Pública.

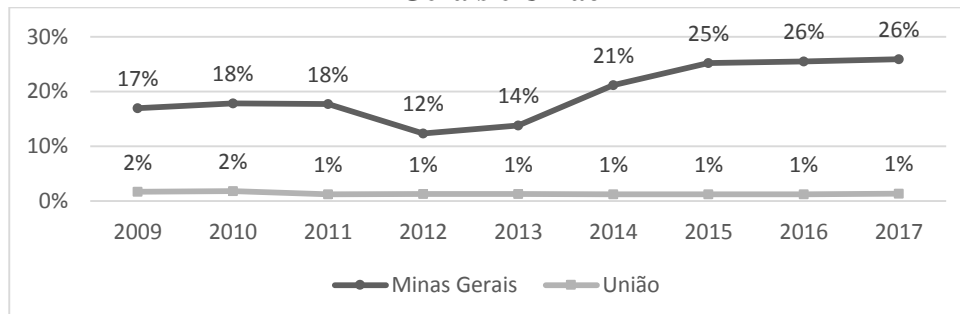
O federalismo fiscal requer, para sua operacionalidade, a justa medida entre encargos e receitas. Como já demonstrado, da perspectiva da receita, o pacto já fora abalado pelo avanço concentrador da União. O mesmo acontece na perspectiva da despesa, na medida em que o impacto da função orçamentária Segurança Pública é desproporcionalmente maior para os Estados, abalando assim o tripé do arranjo federal (político, administrativo e financeiro). Essa constatação pode ser verificada a partir de dados do Balanço do Setor Público Nacional (BSPN),¹⁵ que evidencia uma participação média de 82,45% da despesa empenhada nessa função pública a cargo dos Estados, frente a apenas 13,06% a cargo da União.

No caso da função Segurança Pública do Estado de Minas Gerais, a questão é ainda mais complexa, pois, em 2017, consumiu cerca de 26% da Receita Corrente Líquida do Estado (RCL). De 2009 a 2017, uma média de 19% da RCL foi gasta com o financiamento

¹⁵ Disponível em: <<https://www.Tesouro.fazenda.gov.br/pt/balanco-do-setor-publico-nacional-bspn->>. Acesso em: 31 maio 2019.

dessa função. Por outro lado, a União gastou, em média, apenas 1% da sua RCL para custeá-la, como se vê no gráfico abaixo:

Evolução da Participação da Função Segurança Pública na RCL – Estado de Minas Gerais e União



Fonte: Elaboração própria a partir de dados dos Relatórios Resumidos da Execução Orçamentária do Estado de Minas Gerais – RREO-MG e dos RREO do Governo Federal.¹⁶

Os dados da Secretaria do Tesouro Nacional confirmam que os Estados financiam, em proporção muito maior, a provisão do serviço de segurança pública. Aliás, a própria União, em recente relatório elaborado pela Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, admite que, “[n]o caso dos estados, que são responsáveis pela maior fatia dos gastos em segurança, o peso da criminalidade no orçamento é ainda maior, especialmente naqueles com maiores índices de homicídios e renda *per capita* menor”,¹⁷ reforçando, portanto, o ciclo entre desigualdade e criminalidade.

6 GASTOS COM PESSOAL

A Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF impõe ao gestor público que respeite limites quanto aos gastos com pessoal, conforme se depreende dos artigos 19 e 20 e seus incisos. Todavia, conforme os incisos I e II do art. 65 da referida norma, na hipótese de ocorrência de calamidade pública reconhecida pela Assembleia Legislativa, enquanto perdurar a situação, serão suspensas a contagem dos prazos e as disposições estabelecidas em seus arts. 23, 31 e 70 e dispensados o atingimento dos resultados fiscais e a limitação de empenho prevista no art. 9º.

Também é importante ressaltar que o gasto total com pessoal representou o principal item de despesa da Administração Pública estadual, alcançando R\$ 50,078 bilhões, correspondendo a 53,28% da despesa total realizada (R\$98,392 bilhões), em 2017.¹⁸

¹⁶ De acordo com o Anuário de Segurança Pública de 2013, “As Secretarias de Estado da Fazenda e de Planejamento e Gestão do Estado de Minas Gerais informam que a Secretaria do Tesouro Nacional não contabilizou, no ano de 2012, as despesas de previdência da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros. “O Anuário de 2014, por sua vez, informou que “A partir de 2012 as despesas intraorçamentárias deixaram de ser contabilizadas na função segurança pública”.

¹⁷ FARIA, Flávia. Cada jovem morto faz país perder R\$550 mil. *Folha de S. Paulo*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/06/cada-jovem-morto-faz-pais-perder-r-550-mil.shtml>>. Acesso em: 17 jun. 2018. Sem destaques no original.

¹⁸ Conforme demonstrado no relatório técnico, bem como no voto do Relator das contas do governo de Minas Gerais do exercício de 2017, Conselheiro Sebastião Helvecio, no item “5.13 – Despesa de Pessoal”. MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Processo n. 1040601. Balanço Geral do Estado. Relator: Conselheiro Sebastião Helvecio. Disponível no Sistema de Gestão e Administração de Processos – SGAP. Acesso em: 23 maio 2019.

Quanto à contabilização dos aportes do Tesouro ao fundo previdenciário, convém destacar que os referidos valores foram imediatamente utilizados para pagamento de despesas com inativos e pensionistas, em desacordo com os comandos da Portaria 746/2011 do Ministério da Previdência Social – MPS, já que não se observou o prazo no qual os aportes deveriam permanecer aplicados financeiramente. Os referidos valores, da ordem de R\$ 9,534 bilhões relativos aos aportes para cobertura de déficit atuarial do RPPS, foram deduzidos do cálculo da Despesa Líquida com Pessoal do Poder Executivo, o que impactou o percentual apurado em relação à RCL.

Contudo, nos termos das INs 01 e 05 de 2001, do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, mesmo considerando os aportes para cobertura do déficit atuarial, verifica-se que foi obedecido o limite global das despesas com pessoal estabelecido pela LRF.

Vê-se na tabela a seguir o impacto das despesas de pessoal ativo e inativo no total das despesas empenhadas no ano de 2017, nas funções selecionadas de “Segurança Pública, Previdência, Saúde e Educação”, gastos sociais por excelência e de maior relevância na execução orçamentária, como se demonstra:

IMPACTO DAS DESPESAS DE PESSOAL ATIVO E INATIVO NA DESPESA EMPENHADA – EXERCÍCIO DE 2017							
Funções de Governo	Total da Despesa na Função (R\$)	Despesa com Pessoal Ativo (R\$)	%	Despesa com Pessoal Inativo (Típica Previdenciária) (R\$)	%	Outras Despesas (R\$)	%
Educação	11.162.105.826,91	8.985.981.706,26	80,50	4.351.226,35	0,04	2.171.772.894,30	19,46
Saúde	10.915.853.831,45	1.753.401.088,38	16,06	666.937,00	0,01	9.161.785.806,07	83,93
Previdência Social	15.923.539.054,96	199.148.064,26	1,25	15.550.191.208,67	97,66	174.199.782,03	1,09
Segurança Pública	16.542.277.316,04	9.729.450.650,93	58,82	5.109.724.732,64	30,89	1.703.101.932,47	10,29

Fonte: Elaboração própria, a partir dos dados disponibilizados no Siafi.

Pela vertente dos gastos do Estado, entendemos que urge a adoção de medidas legais, fiscais e de gestão, visando à austeridade na realização do gasto público. Até que haja a equalização das complexas questões federativas que permeiam a receita, o artigo 22 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101/2000) preconiza medidas de contenção do gasto público, entre elas a vedação de concessão de vantagens, aumento, reajuste ou adequação de remuneração, ressalvada a revisão geral anual prevista no art. 37, X, da CR/88.

Para além de tais medidas, entendemos que fica vedada a criação ou provimento de cargo, emprego ou função (ressalvada a reposição de servidores em cargos nas áreas de educação, saúde e segurança) e a alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa, de modo a se evitar a adoção de medidas extremas, previstas no art. 169, §§3º e 4º da CR/88.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito moderno não mais comporta o pragmatismo da legalidade estrita. A alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei n. 13.655/2018 é o maior marco dessa mudança. Tal inovação teve como finalidade instituir normas que possam

dar maior efetividade ao princípio da segurança jurídica, no que tange, principalmente, às matérias afetas ao direito público, para combater a utilização de valores jurídicos abstratos, limitando o uso de expressões genéricas e conceitos jurídicos indeterminados, para evitar decisões que não façam a análise da realidade fática no caso concreto.

A principal inovação está no art. 20, que busca coibir a utilização irrestrita de argumentos retóricos ou princípios genéricos sem que seja feita uma análise prévia e detida dos fatos e de suas consequências práticas, nas decisões proferidas em âmbito judicial, administrativo ou em órgão de controle.

Estabelece o art. 20 da Lei n. 13.655/2018 que quando da formação do juízo cognitivo para o processo decisório, observar-se-á o dever de concretização das normas e valores ideais, tomando em consideração as situações da realidade. Ou seja, se uma mesma norma pode resultar em diferentes conclusões para o caso concreto, é indispensável analisar os potenciais efeitos pertinentes a cada qual.¹⁹ Deve o julgador buscar soluções alternativas à simples invalidação de um ato administrativo, nas hipóteses de vícios ou defeitos.

Seguindo a mesma diretriz, o art. 22 estabelece que a interpretação das normas sobre gestão pública deve considerar a realidade e os obstáculos enfrentados pelos gestores, sem prejuízo dos direitos dos administrados. Mais uma vez, estabelece a LINDB que o magistrado deve afastar-se do formalismo exacerbado, reduzir as interpretações de mera legalidade, para que também sejam levadas em consideração as circunstâncias fáticas que influenciaram a conduta do gestor público. Nesse sentido estatui a norma que transcrevemos *ipsis litteris*:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados **os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo**, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º **Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.**

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, **as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.**

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. (Grifamos).

Deve-se, ainda, no caso em concreto, sopesar se era possível exigir conduta diversa do agente público, cujos atos estão sob análise, seja jurídica, seja administrativa. Vale aqui colacionar o ensinamento de Piero Calamandrei:²⁰ **“Não basta que os magistrados conheçam com perfeição as leis tais como escritas, será necessário que conheçam igualmente a sociedade em que estas leis devem viver.”**

Ao explicar as relações entre o julgador e os casos que lhe são apresentados, em sua inteireza fática, e a necessidade de ser sensível às demandas da sociedade e do próprio ser humano, assevera o mesmo autor,²¹ *in verbis*:

19 JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 13-41, nov. 2018.

20 CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 183.

21 CALAMANDREI, Piero. *Op. cit.* p. 185.

O risco das causas costuma estar neste antagonismo: entre o juiz lógico e o juiz sensível; entre o juiz consequencial e o juiz precursor; **entre o juiz que para não cometer uma injustiça está disposto a se rebelar contra a tirania da jurisprudência e o juiz que, para salvar a jurisprudência, está disposto a deixar esmagar nas inexoráveis engrenagens da sua lógica um homem vivo.** (Grifamos).

Destacamos que segundo Floriano de Azevedo Marques Neto, um dos formuladores do anteprojeto de lei que posteriormente se transformaria na Lei n. 13.655/2018, o art. 22 do referido diploma legal incorpora o pragmatismo ao direito administrativo sancionador. Nessa perspectiva, o exercício do controle passa a ser orientado por soluções pragmáticas, que impõem a avaliação do contexto no qual a conduta examinada foi praticada.²² Busca-se, portanto, introduzir um viés realista à interpretação promovida pelo controlador, reforçando a instrumentalidade do direito. Em outras palavras, busca-se “Permeiar o procedimento [...] por um viés realista, por intermédio do qual o controlador se substitua ao controlado. De modo que possa **considerar as circunstâncias da vida real que orientaram e que justificaram sua conduta**”.²³

A finalidade última do dispositivo é que o controlador não se prenda à abstração das normas em sua interpretação e que considere o contexto fático em que a conduta foi ou deveria ter sido realizada. Nesse contexto, o controlador também deve levar em conta o cenário mais amplo em que se inserem as políticas públicas a cargo do gestor, avaliando não apenas seu dever de atender as demandas da sociedade como também os instrumentos jurídicos disponíveis para satisfazê-las, além de examinar a realidade orçamentária e financeira.

Em face da crise enfrentada pelos Estados-membros, e, em especial, pelo Estado de Minas Gerais, cuja delicada situação fiscal ensejou a decretação de Estado de Calamidade Financeira (Decreto n. 47.101, de 2016), é imperioso que a aplicação das normas pelo controle seja lastreada pelo efetivo exame do contexto fático em que o gestor desempenhou suas funções.

O objetivo desse tipo de interpretação não é ser leniente com o gestor ou isentá-lo de suas competências legais. Busca-se, isso sim, promover a aproximação do controlador das situações da vida real que condicionaram a atuação do gestor público, de modo que as decisões proferidas em sede das ações de controle possam ser mais justas e efetivas. Essa é a razão pela qual o art. 2º do Decreto n. 9.830/2019, que regulamenta os arts. 20 a 30 da LINDB, prevê que a decisão (do controle, inclusive) será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos. Em meio à crise financeira, a análise das contas de governo não pode ser apartada do exame das situações de fato que dificultam ou até mesmo obstaculizam a arrecadação de receitas e a realização eficiente das despesas.

Ao seu turno, a decisão que eventualmente decretar a invalidação de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas, sendo que a consideração de tais consequências fica limitada “aos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos que se espera do decisor no exercício diligente de sua atuação” (Decreto n. 9.830/2019, art. 4º, §1º). Quando for o caso, a decisão pela invalidação deverá indicar, na modulação de seus efeitos, as condições para que

22 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREIRAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018: Lei da Segurança Jurídica para a Inovação Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 57.

23 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREIRAS, Rafael Vêras de. *op. cit.* p. 58.

a regularização ocorra de forma proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais. Em outras palavras: antes da invalidação pura e simples é possível que o controlador estabeleça medidas alternativas visando à solução de determinada ilegalidade ou à modulação de suas consequências no caso concreto. Tais medidas estão em consonância, embora não se confundam, com o disposto no art. 55 da Lei nº 9.784/1999 (Lei Federal de Processo Administrativo), a qual estipula a possibilidade de convalidação de atos que apresentem defeitos sanáveis, desde que demonstrada a ausência de lesão ao interesse público ou ocorrência de prejuízos a terceiros.

Além dessas inovações, no intuito de combater a insegurança jurídica, os artigos 23 e 24 da Lei n. 13.655/2018 também trouxeram relevantes mudanças. Estabeleceram que as decisões proferidas em âmbito administrativo, controlador ou judicial que alterarem o posicionamento interpretativo ou derem nova orientação sobre norma de conteúdo indeterminado deverão prever um regime de transição, quando indispensável para a concretização do princípio da segurança jurídica e da proteção à confiança. Isso significa que deverá ser feita uma espécie de modulação dos efeitos da decisão, dispondo sobre quais serão as consequências daquele novo entendimento.

A seu turno, a LINDB, também dispõe, no art. 28, que "o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro". Ou seja, o elemento volitivo da conduta do agente há que ser analisado. Isso é uma garantia ao agente público de que, ao desempenhar suas funções, somente responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões em caso de praticá-las com dolo ou erro grosseiro. Veja-se que o STF já se manifestou sobre o tema quanto aos procuradores e advogados públicos, quando do julgamento do MS 24.073/DF,24 no sentido de que só haverá responsabilização desses em caso de erro ou dolo grave, em excerto que ora colacionamos, *in verbis*:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. - **O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo**: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. – Mandado de Segurança deferido.

O entendimento da jurisprudência, encampado pela lei, foi ainda esmiuçado no Decreto Federal n. 9.830/2019, segundo o qual o agente público somente será responsabilizado pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas quando agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual. Também será responsabilizado quando agir ou se omitir em função de erro grosseiro, sendo tal erro, nos termos do decreto, aquele manifesto, evidente

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 24.073/DF. Relator: Min. Carlos Velloso. Publicação DJ 31.10.2003. p. 29.

e inescusável praticado com culpa grave, caracterizada pela ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia (Decreto n. 9.830/2019, art. 12).

Assim, é imperioso que se avaliem, no caso concreto, com base na norma, as consequências jurídicas, administrativas e o alcance prático da decisão, sem deixar de dimensionar as condições para que se regularizem os apontamentos feitos, as recomendações impostas, as circunstâncias práticas que possam advir, sem prejuízo da segurança jurídica para o Estado e seus cidadãos.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. A coordenação federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do governo Lula. *Revista de Sociologia e Política*, n. 24 p. 41-67, jun. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782005000100005&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 14 jul. 2018.

ARRETCHE, M. Federalismo e políticas sociais no Brasil: problemas de coordenação e autonomia. *São Paulo em Perspectiva*, v.18, n. 2, p. 17-26, 2004.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MARINHO, Marina Soares. Do federalismo de cooperação ao federalismo canibal: a Lei Kandir e o desequilíbrio do pacto federativo. *Revista de Informação Legislativa*, v. 55, n. 217, p. 157-180, jan./mar. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p157>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. Sinopse Estatística da Educação Básica 2017. Brasília: Inep, 2018. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/sinopses-estatisticas-da-educacao-baseica>>. Acesso em: 4 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 24.073/DF. Relator: Min. Carlos Velloso. Publicação DJ 31.10.2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. Ação Cível Ordinária (ACO 722). Origem: MG – Minas Gerais. Relator atual: Ministro Edson Fachin. Decisão de 16/11/2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2105/2009. Plenário. Relator Min. André Luís de Carvalho. Disponível em: www.tcu.gov.br/.../judoc%5CAcord%5C20090430%5C009-326-2008-0-AUD-ALC.rtf. Acesso em: 21 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 272/2014. Plenário. Relator Min. Benjamin Zymler. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn:urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2014-02-12;272>. Acesso em: 24 nov. 2016.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DE NEGRI, J. A.; BACELETTE, R. (Org.). *Desafios da nação: artigos de apoio*. Brasília: Ipea, 2018. v. 1, p. 46. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Joao_De_Negri/publication/325395896_180327_desafios_da_nacao_apoio_vol1/links/5b0b70a24585157f871ad924/180327-desafios-da-nacao-apoio-vol1.pdf#page=205>. Acesso em: 16 jun. 2018.

FARIA, Flávia. Cada jovem morto faz país perder R\$550 mil. *Folha de S. Paulo*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/06/cada-jovem-morto-faz-pais-perder-r-550-mil.shtml>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. *Diagnóstico da Previdência Pública dos Servidores do Estado de Minas Gerais*. Fundação João Pinheiro, Diretoria de Estatística e Informações. Belo Horizonte: FJP, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 13-41, nov. 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREIRAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado da Educação. Disponível em: <http://www2.educacao.mg.gov.br/images/documentos/Educacenso%202016.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2019.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Saúde. Disponível em: <<http://www.saude.mg.gov.br/judicializacao>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Processo n. 1040601. *Balanco Geral do Estado*. Relator: Conselheiro Sebastião Helvécio. Disponível no Sistema de Gestão e Administração de Processos – SGAP. Acesso em: 23 maio 2019.

MOURÃO, Licurgo; SHERMAM, Ariane; SERRA, Rita Chió. *Tribunal de Contas democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

RODRIGUES, Eduardo. Seis Estados já declararam situação de calamidade financeira. *Estadão - Portal do Estado de S. Paulo*, 2019. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,seis-estados-ja-declararam-situacao-de-calamidade-financeira,70002683568>>. Acesso em: 26 jun. 2019.

SANTOS, L. SUS-30 anos: um balanço incômodo? *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 23, n. 6, p. 2043-2050, 2018.

THE INTRODUCTION ACT TO BRAZILIAN LAW AND THE STATE FINANCIAL CRISIS

Abstract: This article seeks to examine the possible implications of the Law of Introduction to Brazilian Law - LINDB on the external control exercised by the Court of Auditors, within the context of a serious fiscal crisis faced by the State of Minas Gerais, which compromises the capacity of maintenance of the public machine, as well as the realization of investments in social expenditures. The theoretical research was carried out using primary and secondary sources, as well as empirical research, through the management of data related to the financial situation of the State of Minas Gerais, Brazil. It is concluded that the incidence of LINDB is appropriate and desirable, especially when such legal diploma advocates attention to the practical consequences of applying the standards, attention to the obstacles and real difficulties faced by the manager, and the impossibility of penalizing the manager when there is no fraud or guilty in their conduct.

Keywords: External control. Court of Account. Financial crisis. Introduction Act to Brazilian Law.

Referência:

MOURÃO, Licurgo. Lei de introdução às normas do direito brasileiro e a crise financeira do Estado. *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias*, Belo Horizonte, v.16, n.1, p. 265-288, jan./dez., 2019.

Aceito em: Dezembro 2019.

ORIENTAÇÃO EDITORIAL:

normas para envio de artigos para publicação na Revista Jurídica da AGE

O periódico *DIREITO PÚBLICO: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado* pretende divulgar estudos, artigos, ensaios, enfim trabalhos jurídicos, da ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

Os artigos enviados para publicação na Revista Jurídica da AGE deverão obedecer as normas da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas.

As peças processuais e pareceres dispensam a adoção desta padronização, embora possam ser adaptadas, em sede de revisão, em concordância com as normas previstas na ABNT.

Serão aceitos originais preferencialmente inéditos ou apresentados em eventos públicos.

ORIENTAÇÃO EDITORIAL:

1) Apresentação do artigo.

Os trabalhos destinados à Revista serão precedidos de folha de rosto em que se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e e-mail, mencionando também a situação acadêmica do autor (ou autores), títulos e instituição à qual pertença.

Caso o artigo tenha sido publicado ou apresentado anteriormente em eventos públicos (congressos, seminários etc.) deverá ser feita referência à publicação ou ao evento.

Em anexo ao artigo, deverá também ser juntada autorização do(s) autor(es) para publicação, conforme modelo a seguir.

Os artigos deverão ser enviados para o e-mail institucional, no formato RTF (Rich Text Format) com os critérios descritos a seguir: processado em Word (RTF) for Windows, fonte Times New Roman, Preta, corpo 12 para todo o trabalho e corpo 14 para o título do artigo e título das seções e subseções; margem superior 3 cm, margem inferior 2 cm, margem esquerda 3 cm, margem direita 2 cm, cabeçalho e rodapé 1,45 cm; em papel A4, com digitação apenas no anverso da folha. A ordem de apresentação será: título (: subtítulo), nome do autor(es), sumário, resumo, palavra-chave, texto e referência bibliográfica, além de título (*title*), resumo (*abstract*) e palavra-chave (*keyword*) traduzidos para o inglês, com autorização para publicação em meio impresso e digital, e na internet.

2) Título

O título do artigo, com destaque para essa parte, é indicado na parte superior da primeira folha, centralizado e em letras maiúsculas (fonte Times New Roman, preta, corpo 14); podendo complementar o título, o subtítulo segue abaixo do título, diferenciado tipograficamente, ou separado por dois pontos (:), centralizado e em letras maiúsculas (fonte Times New Roman, preta, corpo 14). E também o título em inglês.

3) Autor

O nome do autor é indicado por extenso abaixo do título, centralizado e em letras maiúsculas (fonte Times New Roman, corpo 14).

As indicações de formação acadêmica, títulos e instituição que pertence serão feitas em nota de rodapé precedida de símbolo gráfico (*).

As opiniões emitidas pelo autor em seu trabalho são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento da AGE/MG.

Agradecimentos e auxílios recebidos pelo autor (ou autores) podem ser mencionados ao final do artigo, antes das referências bibliográficas.

4) Sumário

Com a finalidade de visualizar a estrutura do trabalho e refletir sua organização, o artigo conterà um sumário logo abaixo do nome do autor, e nele serão mencionados os principais pontos a serem abordados pelo trabalho, através de numeração progressiva das seções.

Será apresentado em fonte Times New Roman, Preta, corpo 12, parágrafo com recuo a 3 cm da margem esquerda e direita, alinhamento justificado; espaçamento simples. E posteriormente ao sumário o Resumo do artigo.

5) Corpo do Texto

O corpo do texto será apresentado em fonte Times New Roman, Preta, corpo 12, parágrafo com recuo a 2 cm da margem esquerda e alinhamento justificado;

espaçamento simples, entre linhas antes e depois de parágrafos, 6 pt ou automático; para todo o trabalho.

Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico. Deve-se evitar o uso de negrito ou sublinha. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico.

6) Capítulo

O capítulo ou títulos das seções e subseções, digitados em letra maiúscula, obedecerão a mesma fonte do texto, corpo 14, negrito; entre linhas precedidos de espaço 1,5 e espaço duplo que os sucederem; alinhado na margem esquerda; com numeração progressiva.

7) Citação

A citação obedecerá à mesma fonte do texto, corpo 10; recuo 4 cm, se ultrapassar 3 linhas. Caso as citações diretas limitem-se a esse espaço, deverão estar contidas no texto entre aspas duplas.

A transcrição literal de parte de normas jurídicas terá o recuo de parágrafo a 4 cm da margem esquerda e será precedida da expressão latina (em itálico) *in verbis*.

As notas de referência para indicar as citações de fonte bibliográfica ou considerações e comentários que não devem interromper a sequência do texto aparecerão em notas de rodapé:

Apud = citado por, conforme, segundo (usado para indicar citação de citação)

Ibidem ou *Ibid.* = na mesma obra (usado quando se fizer várias citações da mesma obra)

Idem ou *Id.* = do mesmo autor (usado quando se fizer citação de várias obras do mesmo autor)

Opus citatum ou *Op. cit.* = na obra citada (usado para se referir à obra citada anteriormente e é precedida do nome do autor)

Loco citato ou *Loc. cit.* = no lugar citado

Sequentia ou *Et. Seq.* = seguinte ou que se segue

Passim = aqui e ali; em vários trechos ou passagens

Confira ou Cf. = confira, confronte

Sic = assim mesmo, desta maneira

8) Notas de rodapé

As notas de rodapé de página obedecerão à mesma fonte do texto, corpo 10; parágrafo de 0,5 cm da margem esquerda; alinhamento justificado; espaçamento entre linhas simples; numeração progressiva.

9) Referência bibliográfica

As referências bibliográficas serão apresentadas de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), no final do artigo.

Os trabalhos publicados pela Revista poderão ser reimpressos, total ou parcialmente, por outra publicação periódica da AGE, bem como citados, reproduzidos, armazenados ou transmitidos por qualquer sistema, forma ou meio eletrônico, magnético, óptico ou mecânico, sendo, em todas as hipóteses, obrigatória a citação dos nomes dos autores e da fonte de publicação original, aplicando-se o disposto no item anterior.

AUTORIZAÇÃO PARA PUBLICAÇÃO

Pelo presente termo de autorização, cedo ao Conselho Editorial da Revista Jurídica da ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO de Minas Gerais, Av. Afonso Pena, 4.000 – Cruzeiro – Belo Horizonte – MG, a título gratuito e por tempo indeterminado, os direitos autorais referentes ao artigo doutrinário de minha autoria, _____ intitulado

_____ para fins de divulgação pública em meio impresso e eletrônico através das publicações produzidas pelo órgão.

(cidade), (data)

(nome)

Advogado-Geral do Estado
Sérgio Pessoa de Paula Castro

Advogado-Geral Adjunto
Danilo Antônio de Souza Castro

Advogado-Geral Adjunto
Luciano Neves de Souza

PROCURADORES DE ESTADO

Adilson Albino dos Santos
Adriana Gonçalves Myhrra
Adriano Antônio Gomes Dutra
Adriano Brandão de Castro
Adrienne Lage de Resende
Alana Lúcio de Oliveira
Alberto Guimarães Andrade
Alda de Almeida e Silva
Alessandra Nunes Villela
Alessandro Fernandes Braga
Alessandro Henrique Soares Castelo Branco
Alessandro Rodrigues
Alexandra Magalhães Neves
Alexandre Bitencourth Hayne
Alexandre Diniz Guimarães
Alexandre Moreira de Souza Anaguchi
Aline Almeida Cavalcante de Oliveira
Aline Cristina de Oliveira Amaranti
Aline Di Neves
Aline Guimarães Furlan
Aloísio Vilaça Constantino
Amanda Assunção Castro
Amélia Josefina Alves N. da Fonseca
Ana Carolina Cuba de Almada Lima
Ana Carolina Di Gusmão Uliana
Ana Carolina Oliveira Gomes
Ana Cristina Sette Bicalho Goulart
Ana Luiza Boratto Mazzoni Paiva
Ana Luiza Goulart Peres Matos
Ana Maria de Barcelos Martins
Ana Maria Jeber Campos
Ana Maria Richa Simon
Ana Paula Araújo Ribeiro Diniz
Ana Paula Ceolin Ferrari Bacelar
Ana Paula Muggler Rodarte
Ana Silvia Lima Azevedo
Anamélia de Matos Alves

André Borges Pires
André Luis de Oliveira Silva
André Robalinho de Albuquerque e Mello
André Sales Moreira
Andréa Maura Campedelli Machado Piedade
Angela Regina Soares Leite
Anna Carolina Heluany Zeitune Pires
Anna Lúcia Goulart Veneranda
Antônio Carlos Diniz Murta
Antônio Olímpio Nogueira
Armando Sérgio Peres Mercadante
Arthur Pereira de Mattos Paixão Filho
Aurélio Passos Silva
Bárbara Maria Brandão Caland Lustosa
Barney Oliveira Bichara
Beatriz Lima de Mesquita
Bianca Mizuki Dias dos Santos
Brenna Corrêa França Gomes
Breno Rabelo Lopes
Bruno Balassiano Gaz
Bruno Borges da Silva
Bruno Matias Lopes
Bruno Paquier Binha
Bruno Resende Rabello
Bruno Rodrigues de Faria
Caio de Carvalho Pereira
Camila de Alcantara Almeida Favalli
Carla Morena Lima de Oliveira Dias
Carlos Alberto Rohrmann
Carlos Augusto Góes Vieira
Carlos Eduardo Tarquíneo
Carlos Eduardo Wanderley Curio
Carlos Frederico Bittencourt Rodrigues Pereira
Carlos José da Rocha
Carlos Roberto Meneghini Cunha
Carlos Torres Murta
Carlos Victor Muzzi Filho

Carolina Borges Monteiro
 Carolina Couto Pereira Roquim
 Carolina Guedes Pereira Roquim
 Carolina Miranda Laborne Mattioli Hermeto
 Cássio Roberto dos Santos Andrade
 Catarina Barreto Linhares
 Cédio Pereira Lima Júnior
 Celeste de Oliveira Teixeira
 Célia Cunha Mello
 Célio Lopes Kalume
 César Raimundo da Cunha
 Christiano Amaro Correa
 Clara Silva Costa de Oliveira
 Clarissa Teixeira Eloi Santos
 Claudemiro de Jesus Ladeira
 Claudia Lopes Passos
 Cláudio Roberto Ribeiro
 Cléber Maria Melo e Silva
 Cléber Reis Grego
 Cornélia Tavares de Lanna
 Cristiane de Oliveira Elian
 Cristina Grossi de Moraes
 Daniel Bueno Cateb
 Daniel Cabaleiro Saldanha
 Daniel Henrique Pimenta Faria
 Daniel Luiz Barbosa
 Daniel Santos Costa
 Daniela Victor de Souza Melo
 Danielle Fonseca Mattosinhos
 Danilo Antônio de Souza Castro
 Dario de Castro Brant Moraes
 David Pereira de Sousa
 Débora Bastos Ribeiro
 Débora Val Leão
 Denise Soares Belém
 Dimas Geraldo da Silva Júnior
 Diógenes Baleeiro Neto
 Dirce Euzébia de Andrade
 Douglas Gusmão
 Éder Sousa
 Edgar Saiter Zambrana
 Edrise Campos
 Eduardo de Mattos Paixão
 Eduardo Goulart Pimenta
 Eduardo Grossi Franco Neto
 Elisângela Soares Chaves
 Elisa Salzer Procópio
 Eliza Fiúza Teixeira
 Emerson Madeira Viana
 Érico Andrade
 Érika Gualberto Pereira de Castro
 Ester Virgínia Santos
 Esther Maria Brighenti dos Santos
 Evandro Coelho Taglialegna
 Evânia Beatriz de Souza Cabral
 Fabiana Kroger Magalhães
 Fabiano Ferreira Costa
 Fábio Diniz Lopes
 Fábio Murilo Nazar
 Fabíola Pinheiro Ludwig Peres
 Fabrícia Barbosa Duarte Guedes
 Fabrícia Lage Fazito Rezende Antunes
 Felipe Lopes de Freitas Honório
 Fernanda Barata Diniz
 Fernanda Caldeira Reis Correa
 Fernanda Carvalho Soares
 Fernanda de Aguiar Pereira
 Fernanda Paiva Carvalho
 Fernanda Saraiva Gomes Starling
 Fernando Antônio Chaves Santos
 Fernando Antônio Rolla de Vasconcellos
 Fernando Barbosa Santos Netto
 Fernando Salzer e Silva
 Flávia Bao Travizani
 Flávia Bianchini Mesquita Gabrich
 Flávia Caldeira Brant de Figueiredo
 Francisco de Assis Vasconcelos Barros
 Françoise Fabiane Ferreira
 Gabriel Arbex Valle
 Gabriela Silva Pires e Oliveira
 Gelson Mário Braga Filho
 Geralda do Carmo Silva
 Geraldo Ildebrando de Andrade
 Geraldo Júnio de Sá Ferreira
 Gerson Pedrosa Abreu
 Gerson Ribeiro Junqueira de Barros
 Gianmarco Loures Ferreira
 Giselle Carmo e Coura
 Grazielle Valeriano de Paula Alves
 Guilherme Bessa Neto
 Guilherme do Couto de Almeida
 Guilherme Guedes Maniero
 Guilherme Soeiro Ubaldo
 Gustavo Albuquerque Magalhães
 Gustavo Brugnoli Ribeiro Cambraia
 Gustavo Chaves Carreira Machado
 Gustavo de Oliveira Rocha
 Gustavo de Queiroz Guimarães

Gustavo Luiz Freitas de Oliveira Enoque
 Hebert Alves Coelho
 Helena Retes Pimenta Bicalho
 Iara Rolim Freire Figueiredo
 Ivan Ludovice Cunha
 Izabella Ferreira Fabbri Nunes
 Jader Augusto Ferreira Dias
 Jaime Napoles Villela
 Jalmir Leão Santos
 Jamerson Jadson de Lima
 Janaína Cristina Reis Jenkins de Freitas
 Jaques Daniel Rezende Soares
 Jason Soares de Albergaria Neto
 Jerusa Drummond Brandão Regazzoni
 Joana Faria Salomé
 João Calcagno Bandeira de Melo
 João Lucas Albuquerque Daud
 João Paulo Pinheiro Costa
 João Viana da Costa
 Joel Cruz Filho
 José Antônio Santos Rodrigues
 José dos Passos Teixeira de Andrade
 José Franklin Toledo de Lima Filho
 José Hermelindo Dias Vieira Costa
 José Horácio da Motta e Camanducaia Júnior
 José Maria Brito dos Santos
 José Roberto Dias Balbi
 José Sad Júnior
 Josélia de Oliveira Pedrosa
 Juarez Raposo Oliveira
 Juliana Faria Pamplona
 Juliana Padilha Nunes Mattar
 Juliana Rizzato Silva
 Juliana Schmidt Fagundes
 Juliano Lomazini
 Júlio César Azevedo de Almeida
 Jullyanna Ribeiro dos Santos Pena
 Junia Maria Coelho Ferreira Couto
 Karen Cristina Barbosa Vieira
 Kelly Christinne Mota Fonseca
 Kleber Silva Leite Pinto Júnior
 Lais D'Angela Gomes da Rocha
 Larissa Maia França
 Larissa Rodrigues Ribeiro
 Leandro Almeida Oliveira
 Leandro Anésio Coelho
 Leandro Lanna de Oliveira
 Leandro Moreira Barra
 Leandro Raphael Alves do Nascimento
 Leonardo Augusto Leão Lara
 Leonardo Bruno Marinho Vidigal
 Leonardo Canabrava Turra
 Leonardo Matos Clemente
 Leonardo Oliveira Soares
 Letícia Rodrigues Vicente
 Levy Leite Romero
 Liana Portilho Mattos
 Lina Maia Rodrigues de Andrade
 Lincoln D'aquino Filocre
 Lincoln Guimarães Hissa
 Lucas Leonardo Fonseca e Silva
 Lucas Oliveira Andrade Coelho
 Lucas Pinheiro de Oliveira Sena
 Lucas Ribeiro Carvalho
 Luciana Ananias de Assis Pires Pimenta
 Luciana Guimarães Leal Sad
 Luciana Trindade Fogaça
 Luciano Neves de Souza
 Luciano Teodoro de Souza
 Luis Gustavo Lemos Linhares
 Luísa Carneiro da Silva
 Luísa Cristina Pinto e Netto
 Luísa Pinheiro Barbosa Mello
 Luiz Francisco de Oliveira
 Luiz Gustavo Combat Vieira
 Luiz Henrique Novaes Zacarias
 Luiz Marcelo Cabral Tavares
 Luiz Marcelo Carvalho Campos
 Luiza Palmi Castagnino
 Lyssandro Norton Siqueira
 Madson Alves de Oliveira Ferreira
 Maiara de Castro Andrade
 Manuela Teixeira de Assis Coelho
 Marcelino Cristelli de Oliveira
 Marcella Cristina de Oliveira Trópia Pinheiro
 Marcelo Barroso Lima Brito de Campos
 Marcelo Berutti Chaves
 Marcelo Cássio Amorim Rebouças
 Marcelo de Castro Moreira
 Marcelo Pádua Cavalcanti
 Márcio dos Santos Silva
 Marco Antônio Gonçalves Torres
 Marco Antônio Lara Rezende
 Marco Otávio Martins de Sá
 Marco Túlio Caldeira Gomes
 Marco Túlio de Carvalho Rocha
 Marco Túlio Fonseca Furtado
 Marco Tulio Gonçalves Gannam

Marconi Bastos Saldanha
 Marcos Saulo de Carvalho
 Margarida Maria Pedersoli
 Maria Aparecida dos Santos
 Maria Carolina Beltrão Sampaio
 Maria Cecília Almeida Castro
 Maria Clara Teles Terzis
 Maria Cristina Castro Diniz
 Maria Eduarda Lins Santos de Almeida
 Maria Elisa de Paiva Ribeiro Souza Barquete
 Maria Leticia Séra de Oliveira Costa
 Maria Teresa Cora Hara
 Maria Teresa Lima Lana
 Mariana Oliveira Gomes de Alcântara
 Mariana Santos de Brito Alves
 Mariane Ribeiro Bueno
 Mário Eduardo Guimarães Nepomuceno Júnior
 Mário Roberto de Jesus
 Marismar Cirino Motta
 Mateus Braga Alves Clemente
 Matheus Fernandes Figueiredo Couto
 Maurício Barbosa Gontijo
 Maurício Bhering Andrade
 Maurício Leopoldino da Fonseca
 Max Galdino Pawlowski
 Melissa de Oliveira Duarte
 Michele Rodrigues de Sousa
 Mila Oliveira Grossi
 Milena Franchini Branquinho
 Miucha Ferreira M. B. R. Alcântara
 Moisés Paulo de Souza Leão
 Mônica Stella Silva Fernandes
 Nabil El Bizri
 Nadja Arantes Grecco
 Naldo Gomes Júnior
 Natália Lopes Gabriel Costa
 Natália Moreira Torres
 Nathália Daniel Domingues
 Nayra Rosa Marques
 Nilber Andrade
 Nilma Rogéria Cândido
 Nilton de Oliveira Pereira
 Nilza Aparecida Ramos Nogueira
 Núbia Neto Jardim
 Odir Martins Benadusi
 Onofre Alves Batista Júnior
 Orlando Ferreira Barbosa
 Otávio Machado Fioravante Morais Lages
 Pablo de Almeida Fernandes
 Paloma Inaya Nicoleti da Silva
 Patrícia Campos de Castro Vêras
 Patrícia de Oliveira Leite Leopoldino
 Patrícia Martins Ribeiro Raposo
 Patrícia Mota Vilan
 Patrícia Pinheiro Martins
 Paula Abranches de Lima
 Paula Maria Rezende Vieira Serafim
 Paula Souza Carmo de Miranda
 Paulo da Gama Torres
 Paulo Daniel Sena Almeida Peixoto
 Paulo de Tarso Jacques de Carvalho
 Paulo Fernando Cardoso Dias
 Paulo Fernando Ferreira Infante Vieira
 Paulo Gabriel de Lima
 Paulo Henrique Gonçalves Pena Filho
 Paulo Henrique Sales Rocha
 Paulo Murilo Alves de Freitas
 Paulo Rabelo Neto
 Paulo Roberto Lopes Fonseca
 Paulo Sérgio de Queiroz Cassete
 Paulo Valadares Versiani Caldeira Filho
 Plínio José de Aguiar Grossi
 Pollyanna da Silva Costa
 Priscila Vieira de Alvarenga Penna
 Rachel Patrícia de Carvalho Rosa
 Rachel Salgado Matos
 Rafael Assed de Castro
 Rafael Augusto Baptista Juliano
 Rafael Cascardo Lopes
 Rafael Ferreira Toledo
 Rafael Rapold Mello
 Rafael Rezende Faria
 Rafaela Resende Brasil de Castro
 Rafaella Barbosa Leão
 Ranieri Martins da Silva
 Raquel Correa da Silveira Gomes
 Raquel Guedes Medrado
 Raquel Melo Urbano de Carvalho
 Raquel Oliveira Amaral
 Raquel Pereira Perez
 Regina Lúcia da Silva
 Renata Couto Silva de Faria
 Renata Cristina Ricchini Leite
 Renata Tostes dos Santos Albuquerque
 Renata Viana de Lima Netto
 Renato Antônio Rodrigues Rego
 Renato de Almeida Martins
 Renato Saldanha de Aragão

Ricardo Adriano Massara Brasileiro
Ricardo Agra Villarim
Ricardo Magalhães Soares
Ricardo Milton de Barros
Ricardo Sérgio Righi
Ricardo Silva Viana Júnior
Roberto Guilherme Costa Ferreira Neto
Roberto Portes Ribeiro de Oliveira
Roberto Simões Dias
Robson Bicalho de Almeida Junior
Robson Lucas da Silva
Robstaine do Nascimento Costa
Rochelle Cardoso Barth
Rodolfo Figueiredo de Faria
Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
Rodrigo Maia Luz
Rodrigo Peres de Lima Netto
Rogério Antônio Bernachi
Rogério Guimarães Salomé
Rogério Moreira Pinhal
Romeu Rossi
Rômulo Geraldo Pereira
Ronaldo Maurílio Cheib
Roney de Oliveira Júnior
Rosalvo Miranda Moreno Júnior
Samuel de Faria Carvalho
Sandro Drummond Brandão
Sarah Pedrosa de Camargos Manna
Saulo Dantas de Santana
Saulo de Faria Carvalho
Saulo de Freitas Lopes
Sávio de Aguiar Soares
Sérgio Adolfo Eliazar de Carvalho
Sérgio Duarte Oliveira Castro
Sérgio Pessoa de Paula Castro
Sérgio Timo Alves
Sheila Glória Simões Murta
Shirley Daniel de Carvalho
Silvana Coelho
Silvério Bouzada Dias Campos
Simone Ferreira Machado
Soraia Brito de Queiroz Gonçalves
Tatiana Mercedo Moreira Branco
Tatiana Sales Cúrcio
Telma Regina Pereira Santos Rodrigues
Tércio Leite Drummond
Thaís Caldeira Gomes
Thaís Saldanha Belisário Santos
Thereza Cristina de Castro Martins Teixeira

Thiago Avancini Alves
Thiago de Oliveira Soares
Thiago de Paula Moreira Fracaro
Thiago Diniz Mateus dos Santos
Thiago Elias Mauad de Abreu
Thiago Henrique de Oliveira
Thiago José Teixeira de Assis Coelho
Thiago Knupp Souza de Andrade
Tiago Anildo Pereira
Tiago Maranduba Schröder
Tiago Santana Nascimento
Tuska do Val Fernandes
Valéria Duarte Costa Paiva
Valéria Maria Campos Frois
Valério Fortes Mesquita
Valmir Peixoto Costa
Vanessa Almeida Cruz
Vanessa Ferreira do Val Domingues
Vanessa Lopes Borba
Vanessa Saraiva de Abreu
Victor Hugo Versiani Nunes Lacerda
Vinicius Rodrigues Pimenta
Vitor Ramos Mangualde
Wallace Alves dos Santos
Wallace Martiniano Moreira
Walter Santos da Costa
Wanderson Mendonça Martins
Wendell de Moura Tonidandel

ADVOGADOS AUTÁRQUICOS

Abdala Lobo Antunes
Alexandra Marota Crispim Prates
Aloísio Alves de Melo Júnior
Antônio Eustáquio Vieira
Bernardo Werkhaizer Felipe
Christiano de Senna Micheletti Dias
Cíntia Rodrigues Maia Nunes
Cláudio José Resende Fonseca
Débora Cunha Penido de Barros
Daniel Francisco da Silva
Eneida Criscoulo Gabriel Bueno Silva
Fabiola Peluci Monteiro
Fernanda de Campos Soares
Flávia Baião Reis Martins
Gladys Souza de Reque
Humberto Gomes Macedo
João Augusto de Moraes Drummond
Laurimar Leão Viana Filho

Márcio Roberto de Souza Rodrigues
Marcos Ferreira de Pádua
Maria Beatriz Penna Misk
Maria Estela Barbosa Figueiredo
Reynaldo Tadeu de Andrade
Rosália Silva Bicalho
Valéria Magalhães Nogueira
Valéria Miranda de Souza
Wagner Lima Nascimento Silva

IDENTIDADE ORGANIZACIONAL

NEGÓCIO

Assessoramento jurídico, representação judicial e extrajudicial do Estado de Minas Gerais.

MISSÃO

Defender com êxito os direitos e legítimos interesses do Estado de Minas Gerais.

VISÃO

Tornar-se referência nacional em assessoramento jurídico, representação judicial e extrajudicial de entes públicos.

PRINCIPAIS VALORES

Justiça, Verdade, Moralidade, Ética, Interesse Público, Legalidade, Eficiência e Lealdade.