ESTADO DE MINAS GERAIS

ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO

DIREITO PÚBLICO:

Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais

Direito Público: Rev. Jurídica da Advocacia-Geral do Estado MG	Belo Horizonte	v.13	n.1	p. 1-257	jan./dez. 2016

ISSN 1517-0748

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

Rua Espírito Santo, nº 495 – Centro – 30.160.030
Belo Horizonte – MG – Brasil
Fone: (31) 3218-0700 - Fax: (31) 3218-0742
http://www.age.mg.gov.br

GOVERNADOR DO ESTADO
Fernando Damata Pimentel

PRESIDENTE DO CONSELHO EDITORIAL
Onofre Alves Batista Júnior

CONSELHO EDITORIAL
Dr. Alberto Guimarães Andrade (MG – Advocacia-Geral do Estado)
Prfª. Drª. Amanda Flávia de Oliveira (MG – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais)
Prof. Dr. António Agostinho Cardoso da Conceição Guedes (PORTUGAL - Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (MG – Advocacia-Geral do Estado e Faculdade de Direito da FUMEC)
Drª. Cármen Lúcia Antunes Rocha (DF – Supremo Tribunal Federal)
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. David Sanchez Rubio (ESPANHA - Universidad de Sevilla)
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. Jaime Nápoles Vilela (MG – Advocacia-Geral do Estado)
Prof. Dr. Jason Soares Albergaria Neto (MG – Advocacia-Geral do Estado e Faculdade de Direito Milton Campos)
Prof. Dr. Jorge Miranda (Portugal – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)
Dr. José Jairo Gomes (DF – Procuradoria-Geral da República)
Drª. Luísa Cristina Pinto e Netto (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. Misabel Abreu Machado Derzi (MG – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais)
Prof. Dr. Onofre Alves Batista Júnior (MG – Advocacia-Geral do Estado e Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais)
Profª. Drª. Raquel Melo Urbano de Carvalho (MG – Advocacia-Geral do Estado)
Dr. Roney Luiz Torres Alves da Silva (MG – Advocacia-Geral do Estado)
Dr. Sérgio Pessoa de Paula Castro (MG – Advocacia-Geral do Estado)
Prof. Dr. William Byrnes (EUA - Thomas Jefferson School of Law)
Prof. Dr. Wilson Nerys Fernández (URUGUAI - Facultad de Derecho - Universidad de la República - Udelar)

Pareceristas *ad hoc*
Ma. Ludmila M Monteiro de Oliveira (MG – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais)
Me. Tarcísio Diniz Magalhães (MG - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais)

COORDENADOR EDITORIAL
Carlos Alberto Rorhmann

DIRETOR
Alberto Guimarães Andrade

COMISSÃO TÉCNICA
Lícia Ferraz Venturi

Solicita-se permuta / Pídese canje / On démande l'échange
Si richiede lo scambio / We ask for exchange / Wir bitten um Austausch

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

© 2015 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

1 DOUTRINA 7

LEI Nº 1.060/1950 – USOS E ABUSOS: Necessidade de definir juridicamente hipossuficiência e estabelecer critérios para concessão da justiça gratuita
- Fabíola Peluci Monteiro 9

O MOMENTO BRASILEIRO SOB A ÓTICA DO LIVRO "POR QUE AS NAÇÕES FRACASSAM"
- Gabriel Arbex Valle 21

OS DEVERES DE LIMITES DO ESTADO NA EDUCAÇÃO DOS MENORES
- Guilherme Bessa Neto 31

O PAPEL DOS PROCURADORES DE ESTADO COMO PROTAGONISTAS NA DEFESA DO INTERESSE PÚBLICO: a ruptura de velhos paradigmas institucionais
- Gustavo de Queiroz Guimarães 39

O ESTADO AMBIENTAL COMO FUNDAMENTO PARA UMA NOVA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS
- Humberto Gomes Macedo 59

INCIDÊNCIA DE MULTA PELO NÃO COMPARECIMENTO DA PARTE À AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO NOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA
- Leonardo Oliveira Soares 67

AS RELAÇÕES FEDERATIVAS E A LEI KANDIR:
- Onofre Alves Batista Júnior; Marina Soares Marinho 77

O TRIBUTO E SUAS ESPÉCIES SOB A CONSTITUIÇÃO DE 1988
- Sacha Calmon Navarro Coelho 105

2 PARECERES, NOTAS JURÍDICAS E PEÇAS PROCESSUAIS..... 127

PARECER nº 15.613, de 2 de março de 2016. Rompimento da Barragem de Fundão, Pertencente ao Complexo Minerário de Germano, em Mariana/MG. Danos Ambientais e Socioeconômicos. Necessidade de Reparação. Ajuizamento da Ação Civil Pública Nº 006758-61.2015.4.01.3400. Proposta de Transação e Ajustamento de Conduta. Possibilidade. Vantagens da Solução Negociada sobre a profusão de Ações Judiciais. Solução Global/Holística, Sem Prejuízo da Possibilidade de Acordos ou Ações pelos Impactados. Previsão de Programas Socioambientais e Socioeconômicos. Constituição de Fundação Privada, sob a supervisão de Comitê Interfederativo e sob a Fiscalização dos Ministérios Públicos Estaduais. Aportes em favor da Fundação para Execução dos Programas. Ressarcimento dos Gastos Extraordinários do Governo do Estado de Minas Gerais em Decorrência do Desastre..... 129

PARECER nº 15.649, de 7 de abril de 2016. Direito Administrativo. Parcerias com Organizações da Sociedade Civil. Lei nº 13.019, de 2014, já em vigor, que instituiu o marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – MROSC. Avaliação do Instrumento a ser adotado doravante para Acordos de Mútua Cooperação com serviços sociais autônomos e sindicatos, até então formalizados por meio de convênios..... 143

PARECER nº 15.761, de 3 de outubro de 2016. Direito administrativo, ambiental e penal. Crime ambiental. Fiscalização orientadora. Art. 29-A do Decreto estadual nº 44.844/08. Repercussão na esfera penal. Art. 60 da Lei nº 9.605/98. Direito penal mínimo. Subsidiariedade. Fragmentariedade. Princípio da insignificância. Deliberação Normativa nº 74/2004. Enquadramento dos empreendimentos. Potencial poluidor. Classes 1 e 2. AAF e licenciamento simplificado. Lei Estadual nº 21.972/2016..... 171

PARECER nº 15.806, de 7 de dezembro de 2016. Administrativo. Parcerias. 'MROSC'. Minuta de Decreto que regulamenta, no âmbito do Estado, a Lei Federal nº 13.019/2014. Recomendações para fins de publicação... 187

PARECER nº 15.884, de 9 de fevereiro de 2017. Direito administrativo. Servidor Público. Remuneração recebida em desconformidade com o teto constitucional. Restituição ao erário. Cabimento, em determinados casos. Critérios para configuração da boa-fé. Ressarcimento mediante desconto em folha. Prévio processo administrativo, observada a ampla defesa e o contraditório, dispensada a anuência do interessado. Decidido pelo STF que todas as vantagens devem ser computadas para aferição da observância do teto remuneratório, surge, para a Administração o direito/dever de perseguir o ressarcimento dos valores recebidos em desconformidade com tal entendimento, sendo necessária, em cada caso, a análise da configuração da boa-fé. A devolução deverá ser efetuada mediante desconto em folha, precedido do respectivo processo administrativo, observadas as garantias da ampla defesa e contraditório, dispensada a anuência do servidor interessado..... 215

PARECER nº 15.874, de 23 de maio de 2017. DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO. LICITAÇÃO EXCLUSIVA PARA MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE. (RE)INTERPRETAÇÃO DO ART. 48, I, DA LC Nº 123/06 NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUOS. DIVERGÊNCIA ENTRE ACÓRDÃO Nº 1932/16 DO PLENÁRIO DO TCU E A NOTA JURÍDICA Nº 3492/13 DA AGE. DEFENSÁVEL NOVA TESE DO TCU. Defensável a tese de que a interpretação a ser dada ao inciso I do art. 48 da Lei Complementar 12/2006, para os casos de serviços de natureza continuada, é no sentido de que o valor de R$ 80.000,00 nele previsto se refere ao período de um ano, devendo, para contratos com períodos diversos, ser considerada sua proporcionalidade. Posição no mesmo sentido do Acórdão nº 1932/16 – Plenário – TCU..... 227

3 LEGISLAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO..... 241

ORIENTAÇÃO EDITORIAL..... 249

APRESENTAÇÃO

Com satisfação reiterada apresentamos o 13º fascículo da Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, que sucedeu e incorporou as antigas revistas da Procuradoria Geral do Estado e a da Procuradoria Geral da Fazenda Estadual.

A Revista da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais (AGE) é uma publicação anual e contém informações do interesse dos estados federados. É composta de artigos, pareceres, notas jurídicas e peças processuais, desenvolvidos por Procuradores do Estado e por outros colaboradores, além de jurisprudência referente à administração pública estadual.

Neste ano tivemos o início da vigência do novo Código de Processo Civil, diploma que transforma e evoluciona a atividade do advogado e a tramitação dos processos judiciais, com questões que são aqui abordadas.

Ao lado disso, tivemos em Minas Gerais a maior tragédia ambiental verificada no Brasil, que mereceu tratamento especial da AGE-MG. Sobre este assunto, muito abordado e debatido nos meios de comunicação, está publicado neste fascículo o Parecer 15.613 da Consultoria Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, sobre ajustamento de conduta para as diversas ações judiciais, decorrentes do acidente com maior impacto sócio-econômico-ambiental no Brasil.

Outra grande questão de abordagem nacional foi tema do artigo intitulado 'AS RELAÇÕES FEDERATIVAS E A LEI KANDIR: EM BUSCA DE UM ACERTO DE CONTAS', de autoria do Prof. Onofre Alves Batista Júnior e Marina Soares Marinho, com percuciente análise da posição dos Estados e municípios, em face das perdas ocasionadas com a desoneração tributária dos produtos primários e semielaborados, a exigir reparação pelo Governo federal.

Cabe destacar a contribuição do jurista Sacha Calmon Navarro Coelho, em artigo onde aborda as espécies de tributos na Constituição de 1988.

Outros temas, do especial interesse do advogado público e do mundo jurídico estão aqui presentes em forma de artigos e pareceres, de autoria de membros da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais.

Esta edição é oferecida em formato eletrônico no site AGE. Boa leitura!

Procurador do Estado *Alberto Guimarães Andrade*,
Diretor do Centro de Estudos Celso Barbi Filho da
Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais

DOUTRINA

LEI Nº 1.060/1950 – USOS E ABUSOS:
Necessidade de definir juridicamente hipossuficiência e estabelecer critérios para concessão da justiça gratuita

FABÍOLA PELUCI MONTEIRO*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Breve histórico. 3 Lei 1.060/50 e Constituição Federal de 1988. 4 Conceito Jurídico de Pobreza. 5 Posição de Vanguarda do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: decisão paradigmática proferida no acórdão referente ao Agravo de Instrumento nº 1.0105.12.003116-3/001 - Des. Fernando Caldeira Brant. 6 Conclusão.

Resumo: A assistência judiciária é medida de garantia ao pleno acesso à Justiça conquistada ao longo da história, objetivando isentar o requerente do pagamento das despesas processuais, desde que a situação econômico-financeira do mesmo não permita tal recolhimento, sem prejuízo do sustento próprio e de sua família. O objetivo deste estudo é demonstrar que a concessão de gratuidade judiciária deve ser medida excepcional, sendo deferida a vantagem apenas aos comprovadamente pobres, isto é, àqueles que não possuem lastro econômico para suportar as despesas com o processo. Nesse sentido, é oportuna e necessária a exigência de comprovação da hipossuficiência como requisito para a concessão do benefício, diminuindo os inúmeros casos de deferimento do privilégio àqueles que não fazem jus ao benefício. O sistema judiciário brasileiro não comporta mais a concessão do benefício com base na simples declaração do solicitante, sem qualquer análise da veracidade do que foi manifestado quando do pedido. De acordo com a nova orientação firmada no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, concluiu-se que se torna um dever do magistrado intimar a parte requerente a comprovar a sua escassez econômica ou recolher a verba respectiva, sob o infortúnio de indeferimento da petição inicial, garantindo-se, com isso, o respeito aos Princípios Constitucionais, especialmente o do Amplo Acesso ao Judiciário.

Palavra-chave: Justiça gratuita. Assistência Judiciária. Concessão. Poder Judiciário. Lei nº 1.060/50. TJMG. Jurisprudência. Necessidade de comprovação. Conceito de Pobreza. Hipossuficiência.

1 INTRODUÇÃO

* Especialista em Direito Processual pelo IEC PUC Minas (2013/2014), Graduada em Direito pela PUC Minas (1995), Advogada Autárquica do Estado de Minas Gerais (2003). Professora orientadora: Renata Andrade Gomes.

Diuturnamente, no exercício da advocacia nos deparamos com casos de concessão do benefício instituído pela Lei nº 1.060/50 com base na simples declaração do solicitante, sem qualquer análise ou comprovação da veracidade do que ali foi manifestado.

A assistência judiciária é medida de garantia ao pleno acesso à Justiça, conquistado ao longo da história, com escopo de isentar o requerente do pagamento das despesas processuais (taxas, selos, custos de publicações, indenizações de testemunhas, honorários advocatícios e periciais, exames como de DNA etc., depósitos recursais emolumentos e demais despesas do processo), quando a situação econômico-financeira não permita tal recolhimento, em prejuízo do sustento próprio e de sua família (art. 2º, parágrafo único da Lei nº 1.060/50).

O presente trabalho visa demonstrar que a concessão de gratuidade judiciária deve ser medida excepcional – deferindo a vantagem apenas aos comprovadamente pobres – e a simples declaração de hipossuficiência não basta para a concessão da assistência, especialmente, quando os elementos constantes dos autos do processo demonstram que o solicitante possui lastro econômico para suportar as despesas com o mesmo. Para tanto, este estudo analisará a forma como vinha sendo concedida a benesse pelo Poder Judiciário, bem como a posição de vanguarda do Tribunal de Justiça Mineiro que vem se firmando no último ano.

Caberá ao juiz não aceitar a alegação de miserabilidade se, de outra forma, ficar evidente que a condição de pobreza que a parte invoca não se enquadra ao conceito jurídico que justifique a concessão do privilégio. Assim sendo, a decisão do magistrado deverá ser fundamentada de acordo com o que dispõe o art. 93, inciso X da Constituição Federal de 1988.

2 BREVE HISTÓRICO

A questão do acesso dos menos favorecidos economicamente à justiça é preocupação que remonta à antiguidade.

Dados históricos noticiam sua origem cristã, com natureza de beneficência, com raízes religiosas profundas e aparentemente inarredáveis.

No Brasil, o direito à justiça gratuita e à assistência judiciária já era contemplado na legislação, desde a colonização pelos Portugueses.

Todas as Cartas Constitucionais Brasileiras, anteriores a esta que se encontra em vigor, seja em tempos de ditadura ou não, atravessando as décadas até o século XXI, trouxeram em seu bojo tal previsão, com exceção da Constituição de 1937 silente a respeito. (MESSITTE, 1968).

Como exemplo, vale citar os arts. 72 a 74 da Constituição de 1939 que já fazia menção a essa proteção, exigindo "rendimento ou vencimento que percebe os encargos pessoais ou de família", acompanhado de atestado de pobreza, expedido pelo serviço de assistência social. (BRASIL, 1939).

O Brasil saiu na frente ao editar em 1950 a Lei nº 1.060 servindo de referência para os países latino-americanos quando, em meados da década de 1970, o Movimento Mundial de Garantia do Acesso à Justiça estava no auge. (MESSITTE, 1968).

Peter Messitte em artigo publicado na Revista Forense, na década de 1960, intitulado **"**Assistência Judiciária no Brasil: uma pequena história", citando Barbara Yanow Johnson informava

> O Brasil tem um dos mais elaborados sistemas legal/constitucional de assistência judiciária. A Constituição Brasileira é uma das poucas no mundo inteiro que explicitamente garante aos litigantes em processo cível, assim como aos acusados de crimes, a assistência de um advogado e a gratuidade de justiça. As garantias constitucionais são ampliadas por dispositivos legais que estendem o benefício às áreas criminal, civil, militar, e trabalhista. Além do mais, a legislação federal determina que cada Estado deva manter um programa de assistência legal. Nas áreas mais populosas, isso tem resultado na contratação de advogados de tempo integral. O maior desses programas está localizado em São Paulo e em 1969 contava com 115 advogados assalariados. (MESSITTE, 1968, p. 410).

Posteriormente, ao ser publicada a Lei nº 5.478/68 – antiga Lei de Alimentos – substituída pela Lei nº 8.971/94 criou-se a figura da "simples afirmativa", nos seguintes termos

> Art. 1º - [...].
> § 2º - A parte que não estiver em condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, gozará do benefício da gratuidade, **por simples afirmativa** dessas condições perante o juiz, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais. (BRASIL, 1994, grifo nosso).

Assim restou consolidado o entendimento de que a simples declaração de pobreza do requerente era suficiente para auferir a vantagem da isenção das custas e despesas processuais, inclusive honorários de sucumbência.

Finalmente, a Lei nº 7.510/86 que alterou os artigos 1º e 4º da Lei nº 1.060/50, dispôs expressamente

> Art. 4º - A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, **mediante simples afirmação**, **na própria petição inicial,** de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. (BRASIL, 1986, grifo nosso).

Tal entendimento vem prevalecendo até a atualidade, especialmente porque a Constituição Brasileira de 1988 recepcionou a Lei nº 1.060 de 1950.

De lá para cá, quando o litigante se considerava incapaz de arcar com os custos oriundos do processo, podia, através de simples afirmativa, postular o benefício garantido pela Carta Constitucional vigente.

O Superior Tribunal de Justiça é assente na matéria, tendo firmado sua jurisprudência no sentido de que a simples declaração firmada pela parte que requer o favor da assistência judiciária, dizendo-se pobre nos termos da lei e desprovida de recursos para

arcar com as despesas do processo e com o pagamento de honorários de advogado, é na medida da presunção *iuris tantum* de veracidade, suficiente à concessão do proveito legal.

Todavia, uma nova interpretação vem se realizando no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, necessária e oportuna, mais justa, equânime e razoável.

De acordo com essa interpretação, a alegação de miserabilidade deve ser comprovada pelo declarante, quando o juiz da causa, diante do caso concreto, julgar necessário se aferir, de modo objetivo, se estão presentes os requisitos necessários à fruição da justiça gratuita.

Nesses casos, torna-se dever do magistrado intimar a parte requerente a comprovar a sua escassez de recursos ou recolher a verba respectiva, sob pena de indeferimento da petição inicial, garantindo-se, com isso, o respeito aos Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa.

3 LEI Nº 1.060/50 E CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 confere aos litigantes a garantia de pronunciamento do Estado-juiz sobre a controvérsia apresentada, afastando qualquer limitação, inclusive àqueles que não tenham recursos suficientes para o ajuizamento da ação, ao dispor no art. 5º, inciso XXXV que: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito." E no inciso LXXIV institui: "O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos." (BRASIL, 1988).

Para Alexandre de Moraes

> A Constituição Federal, ao prever o dever do Estado em prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, pretende efetivar diversos outros princípios constitucionais, tais como **igualdade**, **devido processo legal**, **ampla defesa**, **contraditório** e, principalmente, **pleno acesso à Justiça**. Sem assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes, não haveria condições de aplicação imparcial e equânime de Justiça. Trata-se, pois, de **um direito público subjetivo** consagrado a todo aquele que comprovar que sua situação econômica não lhe permite pagar os honorários advocatícios, custas processuais, sem prejuízo para seu próprio sustento ou de sua família. (MORAES, 2006, p. 448, grifo nosso).

Percebe-se, pois, que existem dois institutos de naturezas diferentes. O primeiro é a assistência jurídica a ser prestada diretamente pelo Estado através da Defensoria Pública, àqueles que não podem contratar um advogado particular para defender seus interesses. O segundo é a assistência judiciária aos necessitados conferida pela Lei n. 1.060/50.

A doutrina de Humberto Theodoro Júnior traça os limites do instituto da Assistência Judiciária

> Os benefícios da assistência judiciária compreendem:
> a) Prestação de serviço de advogado, gratuitamente;
> b) Isenção de pagamento das despesas processuais até a solução final da causa. (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 99).

Diante disso, imprescindível que se equalize ambos os dispositivos constitucionais e, frente ao caso concreto, se analise, de forma mais objetiva possível, se estão presentes os requisitos necessários à concessão do benefício, excepcional, da justiça gratuita.

Faz-se necessária a comprovação convincente de que a parte, no momento da solicitação, não possui condições de arcar com as custas processuais e demais despesas do processo, inclusive honorários de sucumbência, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Com estas considerações, observa-se que o julgador não está adstrito à declaração da parte requerente/declarante, podendo e devendo, conceder prazo para a produção da prova de hipossuficiência.

4 CONCEITO JURÍDICO DE POBREZA

Como qualquer outra atividade, seja pública ou privada, para que a máquina judiciária possa funcionar oportuna e eficientemente, Cândido Rangel Dinamarco assevera

> O processo custa dinheiro. Não passaria de ingênua utopia a aspiração a um sistema processual inteiramente solidário e coexistencial, realizado de modo altruísta por membros da comunidade e sem custos para quem quer fosse. A realidade é a necessidade de despender recursos financeiros, quer para o exercício da jurisdição pelo Estado, quer para a defesa dos interesses das partes. As pessoas que atuam como juízes, auxiliares ou defensores fazem dessas atividades profissão e devem ser remuneradas. Os prédios, instalações, equipamento e material consumível, indispensáveis ao exercício da jurisdição, têm também o seu custo.
>
> Seria igualmente discrepante da realidade a instituição de um sistema judiciário inteiramente gratuito para os litigantes, com o Estado exercendo a jurisdição à própria custa, sem repassar sequer parte desse custo aos consumidores do serviço que presta. Em tempos passados já se pensou nessa total gratuidade, mas prepondera universalmente a onerosidade do processo para as partes, porque a gratuidade generalizada seria incentivo à litigância irresponsável, a dano desse serviço público que é a jurisdição. Os casos de gratuidade são excepcionais e específicos, estando tipificados em normas estritas.
>
> Como alguma das partes há de arcar com todo o custo do processo, a ordem jurídica contém preceitos mais ou menos precisos sobre sua atribuição aos sujeitos do processo segundo critérios de conveniência financeira e ética escolhidos pelo Estado-legislador. O valor dos serviços prestados pelo Estado-Juiz é determinado em regimentos de custas e a lei do processo estabelece regras sobre os adiantamentos a serem feitos pelos sujeitos processuais e sobre a responsabilidade final pelo custo geral do processo. (DINAMARCO, 2004, p. 632-633).

Assim sendo, será merecedor do privilégio de poder valer seus direitos sem custos, aquele que não puder arcar com as despesas processuais, sem prejuízo do sustento próprio e/ou de sua família.

Resta pacificado que a lei garante aos estrangeiros e aos nacionais a vantagem, inclusive sendo o litigante-requerente pessoa natural ou jurídica.

Esse conceito sempre apresentou natureza subjetiva e, como já dita em outra oportunidade, veio insculpido expressamente no art. 4º da Lei nº 7.510/86, a qual alterou os artigos 1º e 4º da Lei nº 1.060/50, dispondo que a parte gozará dos benefícios da assistência

judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. (BRASIL, 1986).

Assim sendo, o legislador transfere para o juiz a análise, caso a caso, da situação do litigante e somente após essa imprescindível verificação, despachará no processo.

Nesse caso, uma vez convencido da declaração de que a parte realmente não tem como arcar com as despesas, poderá conceder o favor e autorizar o prosseguimento do feito, geralmente determinando a citação inicial do réu ou sua intimação para manifestar acerca da concessão da vantagem.

Por outro norte, verificando que se trata de pedido destituído de lastro, indeferi-lo e, concedendo nova oportunidade ao requerente, intimá-lo para comprovar nos autos a alegação de miserabilidade ou, se assim não quiser fazê-lo, efetuar o pagamento das custas iniciais, sob pena de extinção do feito.

No judiciário mineiro tem sido uma constante a necessidade de instrução, com documentos aptos a comprovar a necessidade do deferimento da justiça gratuita, com base no inciso LXXIV da Constituição Federal, a qual garante a assistência aos que comprovarem insuficiência de recursos. (BRASIL, 1988).

Em conclusão, na hipótese de restar constatado pelo julgador que, naquele caso concreto, ficaram comprovadas, objetivamente, as alegações de que o pleiteante não pode arcar com os custos do processo sem prejuízo de sua subsistência, logo, a assistência deverá ser deferida, excepcionalmente.

5 POSIÇÃO DE VANGUARDA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS: decisão paradigmática proferida no Acórdão referente ao Agravo de Instrumento nº 1.0105.12.003116-3/001 – relatoria do Des. Fernando Caldeira Brant

Durante seis décadas o Poder Judiciário Mineiro vinha decidindo sobre os pedidos de assistência judiciária gratuita com base na presunção relativa regida pelo princípio da boa-fé objetiva, bastando para a concessão do proveito, apenas a declaração da parte solicitante. A única exceção era a existência, nos autos, de prova contundente em sentido contrário.

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais é possível encontrar centenas de decisões somente nestes dois terços do ano de 2014, no sentido de ser necessário comprovar nos autos, objetivamente, a condição ensejadora da benesse.

Esse entendimento de vanguarda vem se consolidando não só em razão do vocábulo "comprovadamente" insculpido no inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal, como também sob o aspecto tributário da exação. (TJMG. AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 1.0105.12.003116-3/001 - 2014).

A decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 1.0105.12.003116-3/001 da relatoria do Des. Fernando Caldeira Brant, chama a atenção por aspectos muito relevantes, que sintetizam essa nova forma de conceder o privilégio da assistência gratuita pelo judiciário de Minas Gerais, conforme decisão

> Em que pese em outros julgados ter decidido no sentido que basta a simples declaração da parte para que seja concedida a assistência judiciária, **me reposicionei**, me aliando ao **entendimento majoritário desta Câmara**, para exigir da parte que requerer o referido benefício a comprovação de sua hipossuficiência. (TJMG. 2014, grifos nossos).

Conforme se pode verificar, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, atenta aos casos em que o pedido assistencial não era dotado de fundamento, inovou ao negar provimento aos recursos interpostos da decisão de indeferimento proferida no juízo de piso.

Retomando a decisão de mérito do acórdão, que se inicia com o confronto entre a previsão constitucional do Princípio do Amplo Acesso à Justiça, continua o ilustre Relator

> Nossa Carta Magna traz como garantia constitucional o acesso das pessoas pobres, no sentido jurídico, ao Judiciário, ao dispor no art. 5º, inciso XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito e no inciso LXXIV que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.
>
> Neste sentido o texto constitucional confere aos litigantes a garantia face ao Judiciário de manifestação deste sobre a controvérsia apresentada, afastando qualquer limitação ao litigante, mesmo aquele que não tenha recursos suficientes que lhe garantam o ajuizamento do feito. (TJMG. 2014).

E no segundo momento, cuida de confrontar a previsão constitucional com a norma infraconstitucional recepcionada

> Necessário observar que a Constituição da República de 1988, não revogou a Lei nº 1.060/50 que dispõe acerca da assistência judiciária aos necessitados.
>
> Nesta oportunidade, há que ser ressaltado inclusive que se trata de institutos diversos, quais seja a assistência jurídica a ser prestada diretamente pelo Estado e a assistência judiciária aos necessitados, conferida pela Lei nº 1.060/50. Fazendo-se imprescindível então que o intérprete pondere e equalize ambos os dispositivos constitucionais e o faça diante das peculiaridades do caso concreto, aferindo de modo objetivo se estão presentes os requisitos necessários à concessão do benefício da justiça gratuita, não ficando adstrito à declaração da parte requerente.
>
> Ressalte-se que, por se tratar de norma de conteúdo tributário, portanto de natureza cogente, não há presunção de veracidade de tais afirmações. Nem tampouco fica o não deferimento ou revogação do benefício condicionado à impugnação da parte contrária. É indispensável que a parte comprove a necessidade do benefício. (TJMG. 2014).

E conclui o nobre Desembargador: "Faz-se necessária à comprovação convincente de que a pessoa física, no momento não possui condições de arcar com as custas processuais, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família." (TJMG. AI 1.0105.12.003116-3/001, Rel. Des. Fernando Caldeira Brant, 2014).

Ora, se há custos elevadíssimos para que a máquina judiciária possa funcionar, a cobrança de taxas, selos, custos para publicações, indenizações de testemunhas, honorários de advogados e peritos, exames como de DNA, depósitos recursais emolumentos e demais despesas do processo, tais despesas apresentam natureza tributária (*lato sensu)*, o que caracteriza a norma regulamentadora como cogente.

O art. 3º do Código Tributário Nacional assim dispõe

> Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. (BRASIL, 2013).

Partindo-se desse conceito observa-se que as custas processuais preenchem os requisitos necessários para serem consideradas tributo: a uma, por serem prestações pecuniárias; a duas, por serem compulsórias (o jurisdicionado está obrigado a pagá-las independentemente da sua vontade); a três, por ser criada por lei e, finalmente, porque é uma contraprestação pelo serviço público da jurisdição, ato de soberania estatal, para consecução da ordem e da justiça.

As custas processuais são tributos da espécie taxa, exatamente por remunerar um serviço público, conforme previsto no art. 145 da Constituição Federal de 1988

> A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
>
> 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. (BRASIL, 1988).

Em conformidade, a professora Sílvia Bittencourt Varella arremata

> Dentre as cinco espécies tributárias de nossa classificação, as custas judiciais se enquadram nas taxas de serviços públicos, pois tem como hipótese de incidência a prestação de um serviço público específico e divisível, efetivamente prestado ao contribuinte ou colocado a sua disposição, com previsão legal de destinação específica do produto da arrecadação e sem previsão legal de restituição. (VARELLA, 2012).

Diante desse aspecto, não há presunção de veracidade das afirmações constantes da Declaração de Hipossuficiência, sendo necessária a comprovação da deficiência econômica alegada, para que se venha a conceder a fruição do direito de litigar gratuitamente.

Resta, portanto, comprovada a hipótese levantada para a presente pesquisa.

6 CONCLUSÃO

A assistência judiciária é medida de garantia ao pleno acesso à Justiça conquistada ao longo da história, objetivando isentar o requerente do pagamento das despesas processuais, desde que a situação econômico-financeira do mesmo não permita tal recolhimento, sem prejuízo do sustento próprio e de sua família.

Nesse sentido, é oportuna e necessária a exigência de comprovação da hipossuficiência como requisito para a concessão do benefício, diminuindo os inúmeros casos de deferimento do privilégio àqueles que não fazem jus ao benefício.

Os elevados custos de funcionamento da máquina judiciária ensejam a cobrança de valores de natureza tributária, cogente. Por tal razão, o sistema judiciário brasileiro não

comporta mais a concessão do benefício com base na simples declaração do solicitante, sem qualquer análise da veracidade do que foi manifestado quando do pedido.

Dessa forma, demonstrou-se que a concessão de gratuidade judiciária deve ser medida excepcional, um favor estatal aos comprovadamente pobres, ou seja, àqueles que não possuem lastro econômico para suportar as despesas com o processo.

De acordo com a nova orientação firmada no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, concluiu-se que se torna um dever do magistrado intimar a parte requerente a comprovar a sua escassez econômica ou recolher a verba respectiva, sob o infortúnio de indeferimento da petição inicial, garantindo-se, com isso, o respeito aos Princípios Constitucionais, especialmente o do Amplo Acesso ao Judiciário.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 ago. 2014.

BRASIL. *Lei nº 1.060 de 5 de fevereiro de 1950*. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060.htm>. Acesso em: 08 ago. 2014.

BRASIL. *Lei nº 5.478 de 25 de julho de 1968*. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5478.htm>. Acesso em: 08 ago. 2014.

BRASIL. *Lei nº 7.510 de 4 de julho de 1986*. Dá nova redação a dispositivos da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, com as alterações posteriores, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7510.htm>. Acesso em: 08 ago. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil, seguindo os princípios constitucionais e a garantia e defesa do Estado de Direito. Disponível em: <http://www.stj.jus.br.>. Acesso em: 16 set. 2014.

BRASIL. *Lei nº 8.971 de 29 de dezembro de 1994*. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 08.08.2014.

BRASIL. *Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 17 set. 2014.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Processo Civil*. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito***:** introdução à problemática científica do direito. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 7.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita.* Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MESSITTE, Peter. *Assistência Judiciária no Brasil*: uma pequena História. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento CV 1.0105.12.003116-3/001 - Comarca de Governador Valadares - 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Rel. Des. Fernando Caldeira Brant. *DOJ*. Minas Gerais, 16 jun. 2014. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 08 ago. 2014.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.* 6.ed. atual. até a EC n. 52/06. São Paulo: Atlas, 2006.

NETO, Eduardo Simões. Justiça Gratuita, Assistência Judiciária e Assistência Jurídica: breves apontamentos. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 25, p. 94-108, jun. 2010. ISSN 2318-7999. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2010v13n25p94/4661>. Acesso em: 01 Set. 2014. doi:10.5752/P.2318-7999.2010v13n25p94.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça, Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 46.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v.1

VARELLA, Sílvia Bittencourt. *A natureza jurídica das custas judiciais***.** Academia Brasileira de Direito. 08/11/2012. Disponível em: <www.abdir.com.br/artigos2/ver.asp?art_id=2313>. Acesso em: 17 set. 2014.

VIDIGAL, Maurício. *Lei de Assistência Judiciária Interpretada.* São Paulo: Juarez de Oliveira: 2000.

Referência:

MONTEIRO, Fabíola Peluci. Lei nº 1.060/1950, usos e abusos: necessidade de definir juridicamente hipossuficiência e estabelecer critérios para concessão da justiça gratuita. *Direito Público*: *Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias*, Belo Horizonte, v.13, n.1, jan./dez., 2016. p. 9-19.

O MOMENTO BRASILEIRO SOB A ÓTICA DO LIVRO "POR QUE AS NAÇÕES FRACASSAM"

GABRIEL ARBEX VALLE*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Desenvolvimento. 2.1 Diferenças entre duas partes da mesma cidade. 2.2 Das equivocadas propostas para as origens da pobreza. 2.3 Natureza das instituições políticas e econômicas. 3 Conclusão.

Resumo: O presente artigo pretende analisar a atual conjuntura brasileira sob a ótica do livro "*Por que as nações fracassam*", de Daron Acemoglu e James Robinson, a partir do estudo das definições colocadas pelos autores de instituições políticas e econômicas e de circunstâncias críticas.

Palavras-chave: Nações. Desenvolvimento econômico. Formação. Prosperidade. Fracasso. Instituições políticas e econômicas. Circunstâncias críticas.

1 INTRODUÇÃO

No prefácio do livro "*Por que as nações fracassam*", os autores Daron Acemoglu e James Robinson destacam que o Egito é um país pobre por vir sendo governado por uma pequena elite que organizou a sociedade em função dos seus próprios interesses, em detrimento da massa da população. O próprio ex-Presidente Mubarak parece ter acumulado uma fortuna de US$70 bilhões.

Já países como o Reino Unido e os Estados Unidos enriqueceram porque, em algum momento histórico, seus cidadãos derrubaram as elites que controlavam o poder e criaram uma sociedade em que os direitos políticos eram distribuídos de maneira muito mais ampla, na qual o governo era responsável e tinha de responder aos cidadãos e onde a grande massa da população tinha condições de tirar vantagem das oportunidades econômicas.

* Mestrando em Direito e Justiça (Direito Tributário) pela UFMG. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela PUC Minas. Especialista em Direito Processual Civil pela UNISUL/LFG. Especialista em Direito Privado pelo Instituto Metodista Izabela Hendrix/PRAETORIUM. Procurador do Estado de Minas Gerais. Ex-Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Ex-Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

A partir dessas constatações iniciais, os autores procuram demonstrar ao longo de todo o livro, por meio de inúmeros exemplos de momentos históricos cruciais de diversos países dos cinco continentes (América, Europa, África, Ásia e Oceania, excetuando a Antártida), a razão pela qual algumas nações fracassam e outras prosperam.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Diferenças entre duas partes da mesma cidade

No primeiro capítulo, os autores destacam as diferenças econômicas e sociais existentes entre a parte mexicana e a parte americana da cidade de Nogales. Parte dela está no Arizona, Estados Unidos, e parte em Sonora, México.

Entre as duas partes de Nogales, não existem diferenças geográficas, climáticas ou entre tipos de doenças prevalentes na região. Ademais, as origens dos habitantes dos dois lados da fronteira são bastante semelhantes e eles possuem a mesma cultura. O que explicaria, então, as enormes diferenças?

A resposta para essa pergunta reside na formação de cada sociedade (norte americana e mexicana), nos primórdios do período colonial, quando se instalou uma divergência institucional, cujas implicações se estendem até os dias de hoje.

Na colonização espanhola nas Américas, após uma fase inicial de saques e ânsia por ouro e prata, os espanhóis criaram uma rede de instituições com vistas à exploração dos povos indígenas. Embora essas instituições tenham gerado muita riqueza para a Coroa espanhola e tornado riquíssimos os conquistadores e seus descendentes, converteram também a América Latina no continente mais desigual do mundo e solaparam boa parte de seu potencial econômico.

Já o início da colonização da América do Norte pelos ingleses se deu quase cem anos depois do início da colonização da América Latina pelos espanhóis e portugueses. A opção inglesa pela América do Norte deveu-se não à atratividade da região, mas ao fato de que era o que estava disponível. As partes "desejáveis" das Américas, onde a população indígena a explorar era abundante e onde foram localizadas minas de ouro e prata, já haviam sido ocupadas.

No início da colonização dos Estados Unidos, não havia ouro nem metais preciosos, nem como obrigar os indígenas a trabalhar ou fornecer alimentos. A Inglaterra percebeu então que, para que a colônia fosse viável, eram os colonos que teriam de trabalhar. Após algumas tentativas fracassadas de coagir os colonos a trabalharem, a única alternativa restante era fornecer incentivos a eles. Assim é que, em 1619, os colonos ganharam casas e foi introduzida uma Assembleia Geral conferindo voz a cada homem adulto nas leis e instituições que regiam a colônia. Era o início da democracia nos Estados Unidos.

As duradouras implicações da organização da sociedade colonial e dos legados institucionais são determinantes para as atuais diferenças entre Estados Unidos e México, e, por conseguinte, as duas metades de Nogales.

Este livro pretende mostrar que, por mais vitais que sejam as instituições econômicas para determinar o grau de pobreza ou riqueza de dado país, a política e as instituições políticas é que ditam as instituições econômicas que o país terá. As instituições influem comportamentos e incentivos à medida que geram ou não confiança e estímulo ao talento individual.

2.2 Das equivocadas propostas para as origens da pobreza

Grande parte da atual desigualdade mundial remonta ao final do século XVIII, tendo nascido no rastro da Revolução Industrial. A maioria das hipóteses propostas pelos cientistas sociais para as origens da pobreza e da prosperidade não funciona e revela-se incapaz de explicar as atuais circunstâncias. Não são as questões geográficas, climáticas, doenças tropicais e a qualidade do solo que explicam as desigualdades mundiais.

A América do Norte tornou-se mais rica justamente por haver adotado com entusiasmo as tecnologias e avanços da Revolução Industrial. O nível educacional aumentou e as ferrovias se espalharam. As desigualdades no mundo moderno são em grande parte fruto da falta de homogeneidade na disseminação e adoção de tecnologias.

Sobre a hipótese da ignorância, que sustenta que a desigualdade existe no mundo porque nós ou nossos governantes não sabemos o que fazer para tornar ricos os países pobres, os autores dizem que o principal obstáculo à adoção de políticas capazes de reduzir as falhas do mercado e estimular o crescimento econômico não é a ignorância das autoridades, mas os incentivos e restrições que lhes são impostos pelas instituições políticas e econômicas em suas sociedades. Os países pobres são pobres porque os detentores do poder fazem escolhas que geram pobreza. Erram, não por equívoco ou ignorância, mas de propósito.

2.3 Natureza das instituições políticas e econômicas

Para a adequada compreensão do livro se faz imperativo entender os conceitos, desenvolvidos pelos autores, em especial os conceitos de instituições econômicas e políticas inclusivas e extrativistas, circunstâncias críticas, destruição criativa e círculos viciosos e virtuosos.

Instituições econômicas inclusivas são aquelas que possibilitam e estimulam a participação da grande massa da população em atividades econômicas que façam o melhor uso possível de seus talentos e habilidades e permitam aos indivíduos fazer as escolhas que bem entenderem. Elas fomentam a atividade econômica, o aumento da produtividade e a prosperidade da economia. Elas demandam também direitos de propriedade, uma vez que somente quem os tiver assegurados vai se dispor a investir e aumentar a produtividade.

Por outro lado, as instituições econômicas extrativistas têm como finalidade a extração da renda e da riqueza de um segmento da sociedade para benefício de outro, em geral uma pequena elite formada por grupos que exercem influência no poder.

As instituições econômicas inclusivas preparam o terreno também para outros motores da prosperidade: tecnologia e educação. O processo de inovação é viabilizado por instituições econômicas que estimulem a propriedade privada, assegurem contratos, criem condições igualitárias para todos e incentivem e possibilitem o surgimento de novas empresas, capazes de desenvolver novas tecnologias.

Instituições políticas inclusivas são as instituições políticas suficientemente centralizadas e pluralistas. São aquelas que promovem ampla distribuição do poder político de maneira pluralista e conseguem alcançar algum grau de centralização política, de modo a estabelecer a lei e a ordem, que são os fundamentos de direitos de propriedade seguros e de uma econômica de mercado inclusiva. Em caso de falha em uma dessas condições, teremos instituições políticas extrativistas.

As instituições extrativistas, políticas e econômicas, sustentam-se mutuamente e tendem persistir, naquilo que os autores chamam de círculo vicioso. Em contraposição, o círculo virtuoso se relaciona às instituições inclusivas, que também possuem uma tendência de conservação.

A escolha de instituições é uma peça-chave para compreender as causas do êxito ou fracasso das nações.

O crescimento econômico e a mudança tecnológica são acompanhados do que o economista Joseph Schumpeter chamou de "destruição criativa": a substituição do velho pelo novo. Novos setores atraem e desviam recursos dos antigos. Novas empresas absorvem os negócios daquelas já estabelecidas. Novas tecnologias tornam obsoletos os equipamentos e as competências existentes. É a destruição criativa que, em geral, se encontra na origem da oposição às instituições políticas e econômicas inclusivas.

A tese central do livro é que o crescimento econômico e a prosperidade estão associados a instituições políticas e econômicas inclusivas, ao passo que as instituições extrativistas tendem a acarretar estagnação e pobreza. Mesmo instituições extrativistas podem fomentar o crescimento, desde que tenha certo grau de centralização política. No entanto, os mecanismos que fundamentam o crescimento econômico sob instituições políticas extrativistas são, por sua própria natureza, frágeis. Essas instituições criam uma tendência geral à dissidência interna por promoverem a concentração de riqueza e poder nas mãos de uma elite estreita.

2.4 Circunstâncias críticas

No século XIV, a extrema escassez de mão de obra ocasionada pela peste negra abalou as fundações da ordem feudal, estimulando os camponeses a demandar mudanças no movimento que foi chamado de Revolta dos Camponeses. Em seguida, embora tenham sido derrotados, o esquema de trabalho feudal definhou, emergindo um mercado de trabalho mais inclusivo na Inglaterra e aumentando os salários.

A peste negra, a abertura das rotas comerciais atlânticas e a Revolução Industrial são exemplos do que os autores chamam de circunstâncias críticas, um grande acontecimento ou confluência de fatores que vêm irromper o equilíbrio econômico ou político existente na sociedade. Um momento crítico é capaz de provocar reviravolta nos rumos tomados por cada país, seja para instituições mais inclusivas, seja para instituições mais extrativistas.

As desigualdades no mundo aumentaram drasticamente com a Revolução Industrial inglesa, porque apenas algumas partes do mundo adotaram as inovações e novas tecnologias. A Revolução Industrial iniciou na Inglaterra, pois, antes, por meio da Revolução Gloriosa, restringiu-se o poder do monarca e do Executivo, deslocando para o Parlamento a possibilidade de determinar as instituições econômicas. Ao mesmo tempo, abriu o sistema

político de forma que uma maior parcela da população fosse capaz de exercer influência no funcionamento do Estado.

Os resultados dos acontecimentos durante circunstâncias críticas vão depender do peso da história, à medida que as instituições econômicas e políticas moldam o equilíbrio de poder e delineiam o que é viável politicamente. O resultado final, porém, será contingente, e não sujeito a qualquer tipo de predeterminação histórica.

As discrepâncias institucionais e suas implicações tendem a persistir, ainda que de maneira imperfeita, em virtude de círculos viciosos e virtuosos, e são a chave para compreender tanto a emergência das desigualdades no mundo quanto a natureza do atual estado de coisas.

Pode haver crescimento sob instituições extrativistas, pois elas também têm que gerar riqueza que possa ser extraída. No entanto, o crescimento sob instituições extrativistas é de natureza distinta daquele fomentado por instituições inclusivas. Sobretudo, não será um crescimento sustentado, que demande mudança tecnológica, mas se baseará em tecnologias existentes. Exemplo da URSS, onde as políticas de Stalin geraram um rápido crescimento econômico (entre 1928 e 1960 a renda nacional cresceu a uma taxa de 6% ao ano), mas este não se revelou sustentado, pois seu modelo extrativista foi incapaz de gerar mudanças tecnológicas, seja pela falta de incentivos econômicos, seja pela resistência das elites.

Por sua própria natureza, as instituições extrativistas não abrem espaço para a destruição criativa. O crescimento por elas engendrado, portanto, tem fôlego curto. Ademais, o fato de tais instituições proporcionarem ganhos significativos para a elite constitui forte incentivo para que outros grupos se empenhem em tomar o lugar da elite dominante. Os conflitos internos e a instabilidade constituem, assim, características inerentes às instituições extrativistas.

O medo da destruição criativa é o principal motivo pelo qual não houve uma melhoria sustentada dos padrões de vida entre as Revoluções Neolítica[1] e Industrial. A inovação tecnológica contribui para a prosperidade das sociedades humanas, mas também implica a substituição do antigo pelo novo, bem como a destruição dos privilégios econômicos e do poder político de alguns. Para que haja crescimento econômico sustentado, são necessárias novas tecnologias e novas maneiras de produzir.

A elite, sobretudo quando vê seu poder político em risco, constitui a mais formidável barreira à inovação. O fato de ter tanto a perder com a destruição criativa significa não só que ela não será uma fonte de inovações como também que vai tender a resistir e procurar impedi-las.

Sem uma centralização que promova a ordem e faça valer as regras e os direitos de propriedade, não é possível a emergência de instituições inclusivas. No Capítulo 8, os autores demonstram como, durante a circunstância crítica criada pela Revolução Industrial, muitos países deixaram passar a oportunidade e não tiraram proveito da disseminação da indústria, justamente por serem dominados por instituições políticas absolutistas e econômicas extrativistas ou por lhes faltar a centralização política necessária.

[1] Movimento dado na Pré-História, que marcou a transição do nomadismo para a sedentarização do *Homo sapiens*.

Instituições políticas e econômicas inclusivas requerem algum grau de centralização política para que o Estado possa impor a lei e a ordem, defender os direitos de propriedade e fomentar a atividade econômica, quando necessário, mediante o investimento em serviços públicos.

A respeito da escravidão na África, o tráfico de escravos tornou os Estados africanos mais absolutistas, organizando-se em função do único objetivo de escravizar e vender os demais para os traficantes europeus. No início do século XIX, houve a abolição do tráfico de escravos. Porém, em vez de acabar a escravidão na África, acarretou tão somente a redistribuição dos escravos, agora escravizados dentro da própria África. Em Serra Leoa, a escravidão foi abolida somente em 1928.

Na África do Sul, até 1994, o sistema político destinava todo o poder aos brancos, os únicos autorizados a votar e candidatar-se a cargos públicos. No Alabama, ainda hoje, a Seção 256 da Constituição Estadual, embora não mais aplicada, possui previsão de escolas separadas para crianças brancas e negras. Em 2004, uma emenda que pretendia revogar a Seção 256 da Constituição foi derrotada na Assembleia Legislativa do Estado.

A desigualdade existente hoje no mundo se deve ao fato de que, durante os séculos XIX e XX, certos países lograram tirar proveito da Revolução Industrial e das tecnologias e métodos de organização por ela acarretados, ao passo que outros não. A mudança tecnológica é apenas uma das forças motrizes da prosperidade, mas talvez seja também a mais crítica.

O círculo virtuoso fomenta uma poderosa tendência das instituições inclusivas a persistir, a resistir aos desafios e a expandir-se, como ocorreu na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos. As instituições extrativistas engendram forças igualmente intensas no sentido de sua própria sobrevivência: é o processo do círculo vicioso.

A lógica dos círculos virtuosos decorre, em parte, do fato de que as instituições inclusivas se baseiam em restrições ao exercício do poder e em uma distribuição pluralista do poder político na sociedade, inerentes ao estado de direito.

A existência do círculo vicioso tem razões naturais. Instituições políticas extrativistas produzem instituições econômicas também extrativistas, que promovem a riqueza de poucos em detrimento de muitos. Aqueles que se beneficiam do extrativismo dispõem assim de recursos para perpetuar-se no poder.

2.5 A “lei de ferro da oligarquia”

O sociólogo alemão Robert Michels chama de “lei de ferro da oligarquia” a tendência das oligarquias a se reproduzirem não só quando o mesmo grupo está no poder, mas quando um grupo inteiramente novo assume o controle. A lógica desse tipo de círculo vicioso é que instituições políticas extrativistas impõem poucas restrições ao exercício do poder, de modo que praticamente inexistem instituições capazes de cercear o uso e o abuso do poder por parte de quem derruba os ditadores preexistentes e assume o controle do Estado. Por outro lado, o extrativismo das instituições econômicas implica que o mero controle do poder assegura grandes lucros e riqueza, graças à expropriação dos ativos alheios e ao estabelecimento de monopólios.

Quando as instituições extrativistas produzem imensas desigualdades na sociedade e conferem grande riqueza e poder irrestrito para quem estiver no comando, muitos se disporão a lutar para assumir o controle do Estado e das instituições. Assim, as instituições extrativistas não só preparam o terreno para o próximo regime, que será então ainda mais extrativista, como também acarretam disputas internas e guerras civis ininterruptas – conflitos civis que não só causam mais sofrimento humano como destroem qualquer eventual centralização do Estado que essas sociedades possam ter alcançado.

No ano 2000, o Presidente Robert Mugabe, do Zimbábue, ganhou, sozinho, o prêmio da loteria de seu país, o que seria um forte indício das instituições extrativistas do país. O índice de desemprego em 2009, segundo a ONU, chegou ao incrível patamar de 94%.

As instituições econômicas e políticas extrativistas, ainda que seus pormenores variem sob diferentes circunstâncias, encontram-se sempre na origem do fracasso.

Sobre o comunismo, os autores sustentam que Marx vislumbrou um sistema capaz de gerar prosperidade sob condições mais humanas e sem desigualdades. Lênin e seu Partido Comunista se diziam inspirados por ele, mas na prática não podiam estar mais distantes da teoria. A Revolução Bolchevique em 1917 nada teve de humano, sendo um evento sangrento. E a ideia de igualdade não foi considerada, já que Lênin instalou no país uma nova elite. Durante o comunismo milhões passaram fome.

Os países ricos devem sua prosperidade basicamente ao fato de terem conseguido desenvolver, em algum momento nos últimos 300 anos, instituições inclusivas que persistiram por meio de um processo de círculos virtuosos. Instituições políticas inclusivas impõem restrições ao exercício e usurpação do poder, além de tenderem a criar instituições econômicas inclusivas, que, por sua vez, aumentam as chances de continuidade das instituições políticas inclusivas.

Apesar do círculo vicioso, as instituições extrativistas podem ser substituídas por outras inclusivas, o que não se dá com facilidade. Em geral, é necessária uma confluência de fatores, especialmente uma circunstância crítica aliada a ampla coalizão entre os que pressionam por reformas ou outras instituições existentes que sejam propícias, para que um país avance ao encontro de instituições mais inclusivas. Além disso, um toque de sorte é sempre fundamental porque a história sempre se desenrola de forma contingente.

Sobre a ajuda externa, uma das políticas mais populares recomendadas por governos ocidentais e organizações internacionais, em muitos países pobres é ineficaz, pois será saqueada e dificilmente chegará às mãos dos reais destinatários. Na pior das hipóteses, acabarão realimentando os próprios regimes que estão na origem das dificuldades dessas sociedades. Claro que a ajuda externa goza de algum nível de importância, mas não no grau com que é propalado pelas organizações internacionais e pelos diversos governos.

A imprensa desempenha papel importante para que uma nação prospere, sendo um participante capaz de desempenhar um papel transformador. No entanto, regimes autoritários tendem a combater a imprensa com veemência, já que cientes do seu poder transformador.

Como resposta ao título do livro (“Por que as nações fracassam”), os autores sustentam que as nações fracassam porque suas instituições econômicas extrativistas são

incapazes de gerar os incentivos necessários para que as pessoas poupem, invistam e inovem, e suas contrapartes políticas lhes dão suporte à medida que consolidam o poder dos beneficiários do extrativismo. A base dessas instituições é uma elite que estrutura as instituições econômicas de modo a locupletar-se e perpetuar o próprio poder, em detrimento da vasta maioria da população. As instituições econômicas e políticas extrativistas, ainda que seus pormenores variem sob diferentes circunstâncias, encontram-se sempre na origem do fracasso.

2.6 O momento brasileiro

Sem sombra de dúvidas o Brasil desenvolveu instituições mais inclusivas desde a década de 1970[2] e, em especial, no período pós ditadura, inclusive com melhorias perceptíveis na seara social.

Ocorre que os escândalos de corrupção e a crise política que se avolumaram no segundo mandato do governo Dilma Rousseff, com a posterior assunção do poder pelo Vice-Presidente Michel Temer, colocam em xeque as melhorias conquistadas, mormente em se considerando a precariedade das contas públicas brasileiras.

Neste momento em que o combate à corrupção está cada vez mais presente na mídia e nas discussões acadêmicas, inclusive com a abertura de inquéritos, investigações, denúncias e até decretações de prisões de políticos e empresários do primeiro escalão, estamos diante de uma circunstância crítica que poderia representar um avanço para o desenvolvimento de instituições mais pluralistas e inclusivas no Brasil, desde que não seja solapada por aqueles que temem as consequências do incremento do combate à corrupção e do fortalecimento das instituições de persecução (conforme se percebe pela recente tentativa parlamentar de anistiar o chamado "caixa dois").

Como sustentam Daron Acemoglu e James Robinson (2012), em geral é necessária uma confluência de fatores, especialmente uma circunstância crítica aliada a ampla coalização entre os que pressionam por reformas ou outras instituições existentes que sejam propícias, para que um país avance ao encontro de instituições mais inclusivas. E o Brasil poderia ser enquadrado nessa situação.

Com o fortalecimento, neste início de século, do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Polícia Federal, dos Tribunais de Contas e da Advocacia Pública em todos os níveis da Federação, aliado às circunstâncias críticas relativas à mudança de governo e ao incremento da luta pelo fim da corrupção, chegou o momento do Brasil desenvolver instituições mais inclusivas, nas quais a representatividade dos diversos segmentos sociais se desenvolva de maneira adequada, com aptidão para realmente influenciar nas decisões políticas e legislativas.

Não se admite mais que as leis e as políticas brasileiras sejam elaboradas para defender uma pequena elite extrativista. A confluência de escândalos políticos e fiscais bem como a crise do federalismo, com o endividamento insustentável dos entes políticos estaduais e municipais em face da centralização das receitas na figura da União, demonstram, a não mais poder, que o Brasil precisa mudar.

[2] Como destacam Daron Acemoglu e James Robinson nas folhas 352-355 (2012).

3 CONCLUSÃO

Daron Acemoglu e James Robinson, no livro "Por que as nações fracassam" desenvolvem sua teoria de que as nações fracassam ou prosperam não por questões geográficas, climáticas, doenças tropicais, qualidade do solo ou pela ignorância dos seus representantes, mas sim pelo caráter de suas instituições.

Em face da colonização do Brasil pelos portugueses, marcada por grande exploração da população indígena e dos escravos trazidos da África, aliado ao fato que as riquezas extraídas do Brasil foram todas remetidas para a Europa, demonstram que o desenvolvimento inicial brasileiro se deu sob instituições extrativistas.

O Brasil sempre foi marcado por ser um dos países de maior desigualdade econômica e social no mundo. No entanto, as últimas décadas foram caracterizadas por alguma diminuição dos níveis de desigualdade, porém, não o suficiente para reduzir a diferença entre as classes sociais ao ponto em que todas exerçam influência semelhante nas decisões políticas.

Os recentes escândalos de corrupção e a crise política ameaçam as insuficientes melhorias conquistadas, mormente em se considerando a precariedade das contas públicas brasileiras.

Com o fortalecimento neste início de século de diversas instituições nacionais (em especial o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Polícia Federal, os Tribunais de Contas e a Advocacia Pública), aliado às circunstâncias críticas relativas à mudança de governo e ao incremento da luta pelo fim da corrupção, chegou o momento do Brasil desenvolver instituições mais inclusivas e realmente mudar para melhor.

Abstract: The present article intends to analyze the current brazilian context from the perspective of the book "Why the Nations Fail", by Daron Acemoglu and James Robinson, from the study of the definitions put by the authors of political and economic institutions and critical circumstances.

Keywords: Nations. Formation. Prosperity. Failure. Political and economic institutions. Critical Circumstances.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. *Por que as nações fracassam:* as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Trad. Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O outro leviatã e a corrida ao fundo do poço*. São Paulo: Almedina, 2015.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Guerra fiscal, bolsa família e silêncio: relações, efeitos e regressividade. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, v. 16, n. 108, p. 39-64, 2014.

FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LAZONICK, Willian, MAZZUCATO, Mariana. The risk-reward nexus: innovation, finance and inclusive growth. *Policy Network*, London, nov. 2012.

MAZZUCATO, Mariana. *O estado empreendedor:* desmascarando o mito do setor público vs. setor privado. Trad. Elvira Serapicos. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

PIKETTY, Thomas. *Capital in the twenty-first century*. Translated by Arthur Goldhammer. The Belknap Press of Harvard University Press, 2014.

Referência:

VALLE, Gabriel Arbex. O momento brasileiro sob a ótica do livro "Porque as nações fracassam". *Direito Público*: *Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias*, Belo Horizonte, v.13, n.1, jan./dez., 2016. p. 21-30.

OS DEVERES E LIMITES DO ESTADO NA EDUCAÇÃO DOS MENORES

GUILHERME BESSA NETO*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O direito de aprender. 3 O direito dos pais na educação. 4 O dever do Estado na educação. 5 Conclusão.

Palavra-chave: Educação – Menor – Estado – Direito – Dever.

1 INTRODUÇÃO

É crescente o número de pais e alunos insatisfeitos com as escolas e com os conteúdos dados em salas de aula[1]. As causas da insatisfação são várias. Há queixas sobre a utilização de materiais didáticos inadequados e sobre possível doutrinação política e ideológica dos alunos por parte dos agentes educadores. Queixa-se também da exigência de uma carga de estudos considerada exaustiva para os alunos e, ainda, do desequilíbrio dos conteúdos em relação à idade ou capacidade intelectual dos menores. Essas, entre outras queixas. Acresça-se o visível esforço do poder público para direcionar o conteúdo das escolas públicas e particulares de forma minuciosa, fazendo da escola uma extensão do Estado[2]. Eis um conjunto de traços que configura um quadro difícil. Diante dele resultam naturais as perguntas: quais os limites do Estado na educação dos menores? Quais sãos as diretrizes que o Estado deve dar na educação dos menores? Quais as prerrogativas dos pais na educação dos menores? O presente artigo visa responder a essas perguntas a partir da análise e compreensão

* Procurador do Estado de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual pela PUC-Minas.

1 Em Belo Horizonte foi fundada a *Rede Cidadã de Pais de Família* (http://www.rededepais.org), que, dentre outros propósitos, visa defender as prerrogativas dos pais na educação. Surgiu no facebook a comunidade *Mães pela Escola Sem Partido,* relacionada ao movimento *Escola Sem Partido,* nascido da iniciativa de um pai, Miguel Nagib (http://www.escolasempartido.org/). O jornal *Correio Brasiliense* informa sobre família que conseguiu na justiça indenização por filha acessar na escola conteúdo impróprio. Disponível em ttp://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2015/08/04/interna_cidadesdf,493347/escola-e-condenada-a-indenizar-familia-de-aluna-por-acesso-a-material.shtml). Reportagem do jornal *O Globo* na internet expõe a insatisfação dos alunos com o atual modelo das escolas. Disponível em http://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/pesquisa-revela-insatisfacao-com-excesso-de-teoria-falta-de-pratica-do-atual-modelo-de-ensino-16445918.

2 Consulte-se a respeito a reportagem. *Bê-a-bá do Congresso* no jornal *Estado de Minas,* caderno Educação, ed. de 04/07/2016.

do direito das crianças e dos jovens de serem educados, do direito dos pais sobre a educação dos filhos e do direito do Estado em prover a educação.

2 O DIREITO DE APRENDER

Ao olharmos para um recém-nascido, deparamo-nos com um ser totalmente dependente e que, para sua própria sobrevivência, precisa receber orientação e ensino: não sabe falar, andar, o que deve comer, em que pode mexer, o que é sadio ou nocivo à sua saúde. Com o crescimento, mudam a cada idade as limitações, mas elas estão sempre presentes. Ao contrário dos animais, levam-se anos para que uma criança desenvolva certa autonomia. E ao pensarmos na vida em sociedade, com toda sua complexidade, não é difícil compreender que conquistar a independência é ainda mais árduo e demorado.

Percebemos, destarte, que a educação é necessária ao ser humano, daí decorrendo dois corolários: primeiro, a educação é um direito exigido pela própria natureza da criança e do adolescente e, segundo, educar é dever moral da família, de toda a sociedade e do Estado. Uma soma de forças e um conjunto de atores devem tutelar o direito dos menores à educação.

Não obstante o termo *educação* possa ser aplicado e conceituado sob vários aspectos, o conceito de educação que usaremos neste artigo é amplo, isto é, paralelo à própria dimensão vasta do ser humano – ser racional, volitivo, afetivo, social e espiritual. Não estaremos nos referindo à simples transmissão de conhecimento e ao aprendizado de técnicas culturais[3], mas ao *ajudar no crescimento do indivíduo em todas as suas dimensões*, visando ao pleno desenvolvimento de seu ser[4].

Se continuamos a olhar para aquele recém-nascido, para a criança ou adolescente, percebemos que eles têm um ritmo e uma capacidade de aprendizado que lhes são peculiares, aspirações e ideias próprias, dons e incapacidades inatas, um histórico físico, biológico, psicológico e cultural peculiares que não podem ser desconsiderados, o que nos leva a reconhecer que a dignidade da pessoa humana leva em conta, também, a individualidade de cada pessoa e sua liberdade de autodesenvolver-se e direcionar-se.

Sem muito esforço, verificamos que o protagonista da educação é o próprio ser que cresce. É para ele que se volta a educação. Também é ele o único que poderá mergulhar em si próprio e buscar o autoconhecimento que o levará a sair da potência para o ato; é ele que age e reage aos estímulos externos e internos e clama por desenvolvimento e felicidade plena. Os outros, os educadores, serão sempre, em maior ou menor grau, coadjuvantes que o ajudarão neste crescimento, com estímulos, informações e afeto.

Claro que a liberdade pode – e muitas vezes deve! – sofrer limitações externas, seja para respeitar os direitos alheios, seja pela própria segurança da criança ou adolescente,

3 O Dicionário de Filosofia Nicola Abbagnano, expõe (pag.305): "*Em geral, designa-se com este termo a transmissão e o aprendizado das técnicas culturais, que são as técnicas de uso, produção e comportamento, mediante as quais um grupo de homens é capaz de satisfazer suas necessidades, proteger-se contra a hostilidade do ambiente físico e biológico e trabalhar em conjunto, de modo mais ou menos ordenado e pacífico"*.

4 Tomás Alvira, *apud* Evandro Faustino no livro O *Colégio dos Nossos Filhos*, conceitua educação como "*o ajudar a crescer"*. A Dra. Maria Judith Sucupira Lins, professora assistente da Faculdade de Educação da UFRJ, preceitua que "a *natureza da Educação está diretamente ligada a esta realidade, à centralidade da pessoa humana que é potência a ser transformada em ato e que sozinha não pode se desenvolver"*. Extraído do seu artigo Educação Integral e o Desenvolvimento da Pessoa Humana, no livro: MALHEIRO, João. Escola com Corpo e Alma. Ed CRV, 2014.

que não possuem capacidades física, biológica ou psicológica suficientemente desenvolvidas para saírem de seu pequeno mundo e apreender, compreender e escolher os verdadeiros bens para seu crescimento e felicidade. Essa incapacidade intelectual ou psicológica também não os leva a prever a consequência de seus atos diante das tantas realidades que vão, pouco a pouco, sendo levadas ao seu conhecimento. Assim, a educação integral também tem como escopo levar o educando a desenvolver a própria capacidade de enxergar-se a si mesmo, enxergar a realidade como ela é e desenvolver-se plenamente com liberdade e responsabilidade.

Diante da necessidade de o menor receber educação e do respeito à sua liberdade, nasce o direito de aprender (art. 205 da Constituição da República – CR/88) e a *liberdade de aprender*, que nosso constituinte de 1988 felizmente positivou como princípio do ensino (art.206, II), que deve ser compreendido como garantia a que não se deforme a sua personalidade e não se anulem as suas aptidões, o direito a receber uma formação sã, sem que se abuse da sua docilidade natural para lhes impor opiniões ou critérios humanos parciais. Permite-se e fomenta-se dessa maneira que as crianças desenvolvam um espírito crítico são. A liberdade de aprender está intimamente ligada ao respeito à individualidade e à liberdade pessoal de autodeterminar-se, valores inseparáveis da dignidade da pessoa humana, cuja proteção foi expressamente consignada como fundamental da nossa República (art.1º, III, da Constituição da República - CR/88).

Já no plano infraconstitucional, encontram-se diplomas normativos que contêm expressões específicas do princípio constitucional do direito à educação, com destaque na Convenção Americana de Direitos Humanos[5], na Convenção Sobre os Direitos da Criança[6] e no Estatuto da Criança e do Adolescente[7].

3 O DIREITO DOS PAIS NA EDUCAÇÃO

O genuíno direito de educar é dos pais, os primeiros responsáveis naturais por seus filhos e os primeiros a conviverem com a criança deste o ventre materno.

É na família que os filhos encontrarão o primeiro e principal ambiente para desenvolverem-se, onde o amor gratuito e a solidariedade, as características e heranças genéticas entre os familiares, trarão aos seus membros uma proximidade e afetividade que nenhuma outra sociedade humana lhes darão, e que, também por isso, é o meio mais sadio e eficaz para o desenvolvimento da criança e do adolescente, que deve ser respeitado e promovido pelo Estado.

Sensíveis à importância da família, o constituinte, na elaboração da Constituição da República de 1988, deu especial proteção do Estado à família (art.226), reconhecida como base da sociedade, reconhecendo, também, o direito-dever dos pais de educar seus filhos (art.205), com a devida liberdade de ensinar (art.206, inciso II), direito este também exercido com participação dos pais na formulação de políticas e no controle das ações educativas (art.204, inciso II, c/c arts. 225 e 227, §7º).

5 Também conhecido como *Pacto São José da Costa Rica*, de 22 de novembro de 1969. Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.
6 Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 99710, de 21 de novembro de 1990.
7 Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

Essa liberdade de ensinar deve contemplar preferências que podem ser de qualquer tipo: a de promoverem a educação sem a participação ou ingerência do Estado ou de Escolas, bem como a escolha do auxílio destes últimos e em qual instituição se dará; que possam escolher desde questões que afetam o curriculum até metodológicas ou pedagógicas; ou seja, no direito de escolherem os instrumentos formativos correspondentes às próprias convicções, de buscarem os meios que possam ajudá-los da melhor maneira em suas tarefas de educadores, bem como o direito de fundarem e manterem instituições educativas.

Este direito é tão evidente e universal que foi expressamente inserido na Declaração Universal de Direitos Humanos, *in verbis*: art. 26, 3 - Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será minis trada a seus filhos.

Especial relevância são os valores morais e religiosos defendidos pelos pais e pelo educando, corolários do direito fundamental à liberdade de consciência e de crença (art.5º, inciso VI, da CR/88), que devem ser protegidos e não violados pelo Estado.

Neste mesmo diapasão está o art.12 da Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil e que, pelo atual posicionamento do STF[8], tem força de norma supralegal (estando acima das leis infraconstitucionais e abaixo da constituição), garantindo que: "*Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções."*

Curioso destacar que, diante das ingerências excessivas do Estado na educação ou insatisfeitos com a educação nas escolas, muitos pais têm resolvido dar a educação integral em casa, o chamado *Home Scolling*[9], que está crescendo no mundo todo, o que entendemos estar perfeitamente de acordo com os princípios e direitos consagrados na Constituição - principalmente o direito à liberdade (art.5º), a liberdade de ensinar (art.206,II), a liberdade de aprender (art.206,II) e a liberdade da iniciativa privada na educação (art.206, inciso II e art.209, respectivamente) -, podendo e devendo, contudo, tal prerrogativa ser fiscalizada pelo Estado (art.209, inciso II, da CR/88), pela própria garantia do sadio desenvolvimento da criança ou adolescente.

4 O DEVER DO ESTADO NA EDUCAÇÃO

O Estado, zelador do bem comum e responsável pelos seus cidadãos, também tem o dever de assegurar a educação. Nosso constituinte expressamente positivou esse dever no art.205 da nossa Carta Magna.

Entretanto, diante da especial proteção do Estado à família (art.226 da CR/88), do direito fundamental à liberdade (art.5º, caput, da CR/88), da especial garantia à liberdade do educando de ser educado e dos pais de educar (art.206, II, da CR/ 88), a ingerência do Estado na educação deve se dar de forma subsidiária, visando respeitar uma sadia liberdade das famílias na educação, auxiliando-as na tarefa educativa.

8 [RE 466.343, rel. min. Cezar Peluso, voto do min. Gilmar Mendes, j. 3-12-2008, P, DJE de 5-6-2009.

9 O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral de recurso – RE 888815- que discute se o ensino domiciliar pode ser proibido pelo Estado ou considerado meio lícito de cumprimento, pela família, do dever de prover educação, nos termos do artigo 205 da Constituição Federal. O tema central em discussão, segundo o relator, ministro Luís Roberto Barroso, são os limites da liberdade dos pais na escolha dos meios pelos quais irão prover a educação dos filhos, segundo suas convicções pedagógicas, morais, filosóficas, políticas e/ou religiosas. http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293490

Neste diapasão, a tarefa legislativa do Estado para a educação não seria a de criar competências de áreas educativas entre o Estado e as famílias, mas, sim, normas que visassem salvaguardar o direito das famílias de educação, salvaguardar o direito do educando de ser educado, bem como normas que gerassem uma proximidade das famílias com o Estado na tarefa educativa, de modo que o Estado possa ser um colaborador com as famílias em sua tarefa educativa.

Portanto, seria uma afronta direta à Carta Magna qualquer norma ou política pública que visasse impor o conteúdo educativo de forma desassociada ao interesse educativo da família; de forma a pormenorizar ou monopolizar a tarefa educativa, promovendo uma verdadeira *colonização cultural*, o que levaria a excluir o direito dos pais na educação, a liberdade de aprender e de ensinar da família e, em sentido amplo, o próprio direito pessoal à liberdade, que é direito fundamental na Constituição da República (art.5º). Ora, o interesse público primário é o interesse das pessoas no que tange às suas exigências básicas e necessárias ao seu desenvolvimento pleno, em que o Estado é o guardião e não dono. Não pode o Estado ignorar o interesse primário para privilegiar o interesse secundário (o aparato organizativo). Daí surge o princípio da indisponibilidade do interesse público.[10] O Estado é para o povo e não o povo para o Estado!

Também feriria o direito dos pais na educação e a liberdade de aprender se se admitir uma liberdade de cátedra e de expressão dos professores de educação básica e do ensino médio - que são mais próprias do ensino superior (art.207 da CR/88) - na educação dos menores, o que levaria a restringir a liberdade educativa dos pais à presumida liberdade que teria o professor para expressar as suas ideias e formar, a seu alvedrio, os seus alunos, ao revés de os professores estarem exercendo como colaboradores a tarefa educativa dos pais. Os Princípios da liberdade de ensinar e de divulgar o pensamento (art.206, II, da CR/88), no que tange ao ensino básico e médio, para não chocar com o direito de ensinar dos pais e da liberdade de aprender dos menores, devem estar adstritos ao próprio programa de educação e valores buscados pelos pais e menores na educação, pois estes gozam de especial proteção do Estado. Assim, por exemplo, o professor tem a liberdade de escolher as leituras e filmes a que passarão aos seus alunos, caso o conteúdo deles esteja em sintonia com os valores defendidos pelas famílias e com a dignidade do menor; caso contrário, não estaria o professor usando da liberdade de ensinar, mas abusando da liberdade de ensinar.

Também, como concreta exigência do bem comum, é razoável e justo que o ordenamento estatal estabeleça certos níveis de ensino cujo aproveitamento eficaz possa legitimamente condicionar o acesso a determinadas carreiras universitárias ou a outros tipos de atividades profissionais. Mas tal projeção não pode ser imposta à sociedade, mas a ela deve estar aberta como alternativa educativa.

Por fim, para que haja verdadeira liberdade de educar, o Estado deve promover políticas de incentivo a que os pais ou organismos sociais possam fundar e manter instituições educativas de tão variadas estruturas e propostas que os destinatários deste serviço – os alunos – possam ser conduzidos pelo caminho mais apropriado para que atinjam o pleno desenvolvimento de si mesmos e, desta maneira, possam melhor contribuir para a sociedade, que será enriquecida com a multiplicidade de talentos. Políticas estas devem ser desde

10 Maria Sylvia Zanella Di Pietro pontua: *A Administração Pública não é a titular do interesse público, mas apenas a sua guardiã; ela tem que zelar pela sua proteção. Daí o princípio da indisponibilidade do interesse público.* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica>.

subvenções públicas até incentivos fiscais à iniciativa privada e às famílias, a fim de que a economia que o Estado terá em não ter que suportar todos os educandos em suas escolas públicas seja revertida em benefícios às famílias, para que não tenham que fazer gastos suplementares que impeçam ou limitam o exercício da liberdade de educar.

Para que não haja abuso ou maus tratos do educando, é dever do Estado fiscalizar a educação pública e privada, de forma a garantir que a vida, a saúde e a dignidade do menor, principal protagonista da educação, sejam respeitados.

5 CONCLUSÃO

Diante dos direitos do educando de ser educado, do direito dos pais de educar, e do dever do Estado em zelar pelo interesse público, podemos concluir como deveres e limites do Estado na educação dos menores:

1 - O Estado deve garantir o direito de aprender, aqui compreendido o direito a que não se deforme a sua personalidade e não se anulem as suas aptidões, o direito a receber uma formação sã, sem que se abuse da sua docilidade natural para lhes impor opiniões ou critérios humanos parciais; permite-se e fomenta-se dessa maneira que as crianças desenvolvam um espírito crítico são;

2 - O Estado deve salvaguardar a liberdade das famílias no direito de educar; a liberdade das famílias pode ser de qualquer tipo: a de promoverem a educação sem a participação ou ingerência do Estado ou de Escolas, bem como a escolha do auxílio destes últimos e em qual instituição se dará; que possam escolher desde questões que afetam o curriculum até metodológicas ou pedagógicas; ou seja, no direito de escolherem os instrumentos formativos correspondentes às próprias convicções, de buscarem os meios que possam ajudá-los da melhor maneira em suas tarefas de educadores, bem como o direito de fundarem e manterem instituições educativas.

3 - O dever do Estado na educação dos menores deve estar adstrito ao princípio da subsidiariedade, ou seja, com respeito e em colaboração com as famílias;

4 - O professor, no exercício de seu múnus, no ensino de menores, não detém a liberdade de expressão e liberdade de cátedra, mas detém a liberdade de ensinar, que é a prerrogativa de o professor ensinar de forma livre, mas responsável, sem que se fira o direito de aprender do educando e das famílias na educação;

5 - É razoável e justo que o ordenamento estatal estabeleça certos níveis de ensino cujo aproveitamento eficaz possa legitimamente condicionar o acesso a determinadas carreiras universitárias ou a outros tipos de atividades profissionais. Mas tal projeção não pode ser imposta à sociedade, mas a ela deve estar aberta como alternativa educativa;

6 - Para que haja verdadeira liberdade de educar, o Estado deve promover políticas de incentivo a que os pais ou organismos sociais possam fundar e manter instituições educativas;

7 - É dever do Estado fiscalizar a educação pública e privada, de forma a garantir que o direito de aprender do menor, principal protagonista da educação, seja respeitado;

8 - Não será possível a construção de uma sociedade livre, justa e solidária se não houver o respeito à pessoa humana e sua liberdade, e a todos os organismos sociais que espontaneamente surgem no seio da sociedade, como as famílias e os centros educativos.

Keyword: Education. Children. State. Right. Duty.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ANTUNES. Celso. *Guia para estimulação do cérebro infantil: do nascimento aos 3 anos*. Rio de Janeiro: Vozes, 2011.

BONNEWIJN, Oliver. *Gender, quem és tu*?: sobre a ideologia de gênero. Campinas: Ecclesiae, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

BRASIL. *Decreto nº 99710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 466.343*, Rel. Min. Cezar Peluso, voto do min. Gilmar Mendes, j. 3-12-2008, P. DJE de 5-6-2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em 3 set 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso com repercussão geral discute direitos dos pais de educar filhos em casa*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293490. Acesso em 28 ago.2016.

COSTA RICA, San José. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, 1969.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *A Advocacia Pública como função essencial à Justiça*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica>. Acesso em 28 ago.2016.

Escola é condenada a indenizar família de aluna por acesso a material impróprio. Correio Brasiliense Disponível em:

<ttp://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2015/08/04/interna_cidadesdf,493347/escola-e-condenada-a-indenizar-familia-de-aluna-por-acesso-a-material.shtml>. Acesso em 28 ago.2016.

FAUSTINO, Evandro. *O colégio dos nossos filhos*. São Paulo: Quadrante, 2015.

KAPA, Raphael. *Pesquisa revela insatisfação com excesso de teoria e fata de prática do atual modelo de ensino*. O Globo. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/pesquisa-revela-insatisfacao-com-excesso-de-teoria-falta-de-pratica-do-atual-modelo-de-ensino-16445918>. Acesso em 28 ago.2016

MALHEIRO, João. *Escola com corpo e alma*. Curitiba: CRV, 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. *O direito e a família*. São Paulo: Noeses, 2014.

NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Convenção sobre os Direitos da Criança*, 1989.

NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948.

OLIVEIRA, Juliana. *Bê-á-bá do Congresso*. Estado de Minas. Minas Gerais, 4 de julho de 2016. Caderno Gerais, p. 13.

Referência:

BESSA NETO, Guilherme. Os deveres e limites do Estado na educação dos menores. *Direito Público*: *Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias*, Belo Horizonte, v.13, n.1, jan./dez., 2016. p. 31-38.

O PAPEL DOS PROCURADORES DE ESTADO COMO PROTAGONISTAS NA DEFESA DO INTERESSE PÚBLICO:
a ruptura de velhos paradigmas institucionais

GUSTAVO DE QUEIROZ GUIMARÃES*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Interesse público e interesse estatal: a desconstrução de uma falsa dicotomia. 3 Conformação constitucional das funções essenciais à justiça: o posicionamento da Advocacia Pública de Estado, o monopólio da presentação do Estado em juízo e a exclusividade das atribuições dos Procuradores de Estado. 4 O papel dos Procuradores de Estado como protagonistas na defesa do interesse público: a ruptura de velhos paradigmas institucionais. 5 Conclusão.

Resumo: O presente ensaio visa instigar o leitor à reflexão acerca do efetivo papel da Advocacia Pública de Estado, instituição em franco desenvolvimento e galopante avanço, considerando-se toda a extensão da missão confiada pela Constituição da República, com enfoque na tutela do interesse público (dito primário) por seus membros, quebrando-se o superado paradigma de mero órgão de representação atrelado ao exclusivo interesse do ente público. Para tanto, sugere-se a imediata assunção de uma nova postura institucional com vista ao alcance da real dimensão de suas irrenunciáveis atribuições e prerrogativas.

Palavras-chave: Advocacia Pública de Estado. Presentação do Estado em Juízo. Tutela do Interesse Público. Interesse Público Primário e Interesse Público Secundário. Função Essencial à Justiça. Procuradores de Estado. Exclusividade de Atribuições. A Fazenda Pública no Polo Ativo. Estado-Autor.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo propõe uma urgente reflexão acerca do papel da Advocacia Pública, notadamente, em tempos de tensão institucional e grave crise moral no seio da República, encarando a figura do Procurador de Estado como protagonista na defesa do interesse público, rompendo velhos paradigmas que remetem ao posicionamento do Estado em juízo como contumaz demandado (raras vezes como demandante).

* Procurador do Estado de Minas Gerais. Pós-Graduado em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa – PB. Presidente da Comissão de Advocacia Pública da OAB-14º Subseção (Uberaba/MG).

É chegada a hora, em tempos de séria crise moral e corrupção sistêmica no seio da República, da Advocacia Pública assumir o seu papel de protagonismo, seja na linha de frente do controle de legalidade das políticas públicas, seja na vigorosa atuação do contencioso judicial, posicionando-se, cada dia mais, no polo ativo de demandas judiciais que visem resguardar os mais caros interesses da sociedade.

Nesse contexto, releva desconstruir a ultrapassada noção de que à Advocacia Pública de Estado caberia, tão somente, a defesa do interesse público secundário, ao passo que, ao Ministério Público, tocaria a defesa do interesse público primário.

Isto porque, a questão da esfera de atuação da Advocacia Pública de Estado, ao nosso sentir, não pode ser encarada de maneira tão elementar.

É que, a Advocacia Pública de Estado tem amplo escopo de atuar na defesa do interesse público, seja ele secundário ou primário - para os que defendem tal classificação.

Além disso, conforme justificaremos ao longo do presente ensaio, o interesse público, em última análise, é incindível, devendo ser entendido em sua expressão finalística como interesse da coletividade, do bem comum, vontade geral predominante.

Até porque, o interesse meramente estatal, sem a necessária correspondência ao interesse coletivo (vontade geral), não se justifica, tampouco exprime a extensão real do significado de interesse público, motivo pelo qual não pode assim ser denominado.

Assim, animado por tais considerações, levaremos o leitor à reflexão acerca da tutela do interesse público pelos membros da Advocacia Pública, encarregados que são do exercício da Advocacia de Estado (e não de governo, cujos interesses governamentais nem sempre convergem para o "interesse comum"), vocacionados à tutela intransigente do interesse público – assim compreendido em sua acepção substancial, qual seja, o interesse que justifica a própria *ratio essendi* da existência da figura do Estado e os objetivos a que cabe a ele promover –, com enfoque particular na atuação dos Procuradores de Estado no contencioso judicial.

Visando o atendimento, em toda a sua plenitude e extensão, da missão constitucional impingida pela Carta da República aos Procuradores do Estado, sugere-se a imediata e irreversível assunção de uma nova postura institucional pela Advocacia Pública de Estado, a fim de assumir o seu irrenunciável papel de protagonismo na defesa do interesse público primário, com vista ao atingimento dos objetivos da república exortados pela Constituição Federal, considerando-se a própria razão de ser da existência do Estado, qual seja, a busca pelo bem comum e condições favoráveis ao desenvolvimento da sociedade.

2 INTERESSE PÚBLICO E INTERESSE ESTATAL: a desconstrução de uma falsa dicotomia

Por inspiração doutrinária italiana, buscou-se implementar, no Brasil, a diferenciação entre interesse público primário e secundário. Grosso modo: o primeiro (interesse público propriamente dito), entendido como interesse da coletividade (vontade geral predominante); este último (dito secundário, patrimonial), entendido como o interesse da entidade que representa o todo (isto é, o Estado, pessoa jurídica de direito público interno).

Fato é que, a indeterminabilidade do conceito de interesse público, desde há muito, enseja uma interminável discussão interpretativa a respeito de sua concreta delimitação.

Porém, a visão simplista e a cisão dual do interesse público em primário e secundário, não revela a necessária precisão a emprestar-lhe concretude e validade.

É que, longe de estar pacificada a conceituação dual de interesses públicos (encampada por respeitados juristas), tal delimitação – tomada ao reboque da doutrina jurídica italiana –, nem sempre corresponde à realidade do mundo dos fatos, talvez por isso, fruto de duras críticas.

Encartando a dicotômica divisão, o brilhante jurista Celso Antônio Bandeira de Melo[1], apontando a marca distintiva dos interesses públicos secundários ponderou:

> "[...] o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa".

No mesmo sentido, ensina LUIS ROBERTO BARROSO[2] que o interesse público primário seria "a razão de ser do Estado, e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social", ao passo que os interesses públicos secundários seriam aqueles "da pessoa jurídica de direito público que seja parte em determinada relação jurídica [...] em ampla medida, pode ser identificado como interesse do erário".

Inobstante, antes mesmo de avançar na discussão, convém pontuar que as atividades desenvolvidas pelo Estado o são para o benefício da coletividade. Ou seja, ainda que o agir intente um interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação, ao cabo, há de ser voltado ao "interesse público", isto é, em benefício e proveito do bem comum. Sem tal suporte de validade, a atuação estatal mostra-se materialmente ilegítima.

Nesse sentido, em que pese a distinção operada, o BANDEIRA DE MELO[3] esclarece que:

> "o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados (ditos secundários) quando, além de não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos (primários), coincidam com a realização deles".

[1] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 65.
[2] BARROSO, Luis Roberto *apud* BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico*, v.26, maio/jul., 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/alice-gonzalez-borges/supremacia-do-interesse-publico-desconstrucao-ou-reconstrucao>. Acesso em 17/05/2014.
[3] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Op. cit.* p. 66.

Dito isto, bem de se ver que o interesse público (*stricto sensu)* e interesse estatal devem encontrar-se imbricados para a realização de um fim comum, manifestada na vontade geral, para o fim e benefício de todos.

Nessa toada, conforme bem elucidou Alice Gonzales Borges[4] em feliz passagem: *"na realidade moderna atual, tão rica e complexa, tão mutuante e variada, deparamos, entretanto, com uma multiplicidade de interesses, igualmente públicos, igualmente primários, igualmente dignos de proteção, porém que assumem diferentes dimensões".*

Em verdade, a noção de interesse público, por tratar-se de conceito aberto e indeterminado, é cambiante e flexível, historicamente variável, no tempo e no espaço e gravita entre os diversos ramos do direito, invadindo, inclusive, os domínios da filosofia política.

Dalmo de Abreu Dallari[5] realça as dificuldades de delimitação do alcance do significado de interesse público, porém, aponta alguns critérios aceitos pela maioria para a identificação e consideração do que seria interesse público, considerando como tal *"aquilo que o povo quer ver preservado e promovido"*.

Não por outra razão, o festejado jurista, após profunda reflexão acerca da "finalidade e funções do Estado", transitando entre as diversas teorias que há muito tentam explicar fenomenologia dos fins do Estado, após citar pensamentos de estudiosos do escore de Jellinek, Platão, Aristóteles, Hobbes, Rousseau, Groppalli, Ranelletti, Clóvis Beviláqua, entre outros, conclui:

> "Procedendo-se a uma detida análise de todas essas ideias, verifica-se que o Estado, como sociedade política, tem um fim geral, constituindo-se em meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares. Assim, pois, pode-se concluir que o fim do Estado é o bem comum, entendido este como o conceituou o Papa João XXIII, ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social que consistam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana.

Mas se essa mesma finalidade (busca pelo bem comum e condições favoráveis ao desenvolvimento da sociedade) foi atribuída à própria sociedade humana no seu todo, não há diferença entre ela e o Estado? Instiga o insigne jurista à reflexão, cuja resposta é por ele próprio ofertada:

> "Na verdade, existe uma diferença fundamental, que qualifica a finalidade do Estado: este busca o 'bem comum de um certo povo, situado em determinado território'. Assim, pois, o desenvolvimento integral da personalidade dos integrantes desse povo é que deve ser o seu objetivo, o que determina uma concepção particular de bem comum para cada Estado, em função das peculiaridades de cada povo".

Assim, conforme dito, o interesse público, seja entendido como primário, seja entendido como secundário, só é possível de ser legitimamente materializado, se concebido para a realização de um fim comum, manifestada na vontade geral, para o fim e benefício de

[4] BORGES, Alice Gonzales. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico*, 26.ed. Disponível em: < http://www.direitodoestado.com.br/artigo/alice-gonzalez-borges/supremacia-do-interesse-publico-desconstrucao-ou-reconstrucao>. Acesso em 17/05/2014.

[5] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado.* 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, passim.

todos, motivo pelo qual os conceitos encontram-se imbricados, tendo em mira um só desígnio, de tal modo que, a Advocacia de Estado, tal qual concebida, não realiza sua missão constitucional, senão pautada pelo atingimento, em *ultima ratio*, do interesse público propriamente dito.

Nesse contexto, "interesse público" e "interesse estatal", devem encontrar-se indissociavelmente imbricados, só sendo possível a realização deste último se (e quando) houver lastro de correspondência com o primeiro, sob pena de ser ilegitimamente materializado, até porque, conforme entende Marcel de La Bigne de Villeneuve[6] *"a legitimação de todos os atos do Estado depende de sua adequação às finalidades".* A finalidade, ao cabo, não se supõe seja outra, senão a consecução do bem comum.

Traçadas tais premissas, convém destacar o posicionamento da Advocacia Pública de Estado sob a ótica constitucional, após o que, demonstrar-se-á sua vocação institucional para a defesa do interesse público.

3 CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA: o posicionamento da advocacia pública de Estado, o monopólio da presentação do Estado em juízo e a exclusividade das atribuições dos procuradores de Estado.

Já se buscou a inspiração da origem da Advocacia de Estado brasileira em figuras demasiadamente remotas, como o *fisci advocatum*, *procuratores caesaris* ou *praetor fiscalis*, da Roma antiga, ou mesmo os *advocats e procureurs du roi*, criados na França do século XIV. Porém, como bem lembra Cristovam Pontes de Moura[7], sua origem é tão remota que demandaria um profundo e específico estudo acerca do tema, mergulhando nos diversos períodos da história, o que, obviamente, refoge ao objeto central do presente estudo, em que pese o inegável fascínio (confesso eu) pelo estudo do tema.

Em um passado ainda remoto (porém, mais recente), cingindo-se ao estudo da Advocacia de Estado no direito colonial e imperial brasileiro, observa-se que a função desempenhada por tal profissional passa pela figura do Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda.

Conforme explica Cristovam Pontes[8], o Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda exercia a plenitude das atribuições de Advocacia de Estado (outrora separadas pelas Ordenações Filipinas, que criara os cargos de Procurador dos Feitos da Coroa e Procurador dos Feitos da Fazenda), ao lado das funções de fiscal dos interesses da Coroa em feitos de terceiros e da jurisdição real.

Não bastasse isso, foi transferida ao Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda a atividade de órgão acusador na esfera criminal, antes pertencente ao Promotor de Justiça, elucida o citado autor.

Outras denominações se seguiram: Procurador Fiscal do Real Erário, Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional – denominação mantida com a "Constituição Política

[6] *Apud* DALLARI, Dalmo de Abreu. *Idem.*
[7] MOURA, Cristovam Pontes de. *In: Advocacia de Estado no Brasil no Período Colonial e no Império:* Matriz das Procuraturas Constitucionais. Tese aprovada com louvor no XXXVII Congresso Nacional de Procuradores de Estado. Disponível em: http://anape.org.br/site/category/teses2009/. Acesso em 22/10/2014.
[8] *Idem.*

do Império do Brazil de 1824" –; entre outros, que nos absteremos de esmiuçar, em respeito à fiel delimitação deste breve ensaio.

Fato é que, desde o período colonial, passando pelo império e alcançando o período republicano, verifica-se a origem comum das três "Procuraturas Constitucionais" (Advocacia de Estado, Defensoria Pública e Ministério Público), em que pese a estrutura orgânica cambiante ao longo de sua evolução.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, consolidou-se no Brasil a tripartição da Advocacia Pública e, com isso, as funções de: advocacia do Estado; advocacia dos necessitados; e, de advocacia da sociedade. Sendo tais funções atribuídas a instituições distintas, respectivamente: Advocacia de Estado, a Defensoria Pública e ao Ministério Público, conforme explica Adriano Sant'Ana Pedra[9].

Tratam-se, portanto, no atual ordenamento jurídico, de funções igualmente importantes, igualmente essenciais à administração da justiça pública, igualmente complementares aos ideais de justiça e ao alcance dos objetivos da República.

Aliás, o modelo tripartite da "Advocacia Pública" (*lato sensu)*, contando com três instituições (Defensoria Pública, Ministério Público e Advocacia de Estado) é adotado por vários outros países, dentre os quais, Bolívia, Chile, Equador, Venezuela, Paraguai.

Em brilhante definição, Diogo de Figueiredo Moreira Neto[10] define com invejável precisão a Advocacia de Estado:

> "trata-se de uma Advocacia Pública, no sentido de ser pública em razão do precípuo interesse da sociedade, manifestada institucionalmente como um contrapoder apartidário, neutral e contramajoritário devotado ao controle de juridicidade, tal como são institucionalizadas todas as demais funções essenciais de controle estatal institucionalizadas como órgãos ou complexo de órgãos independentes na estrutura do Estado".

Não é difícil perceber, contemporaneamente, que a Advocacia Pública de Estado brasileira tem avançado em ritmo galopante e exponencial ao logo dos anos. E o vertiginoso crescimento tem uma razão de ser. É que tal nobre e relevante função foi alçada ao status de função essencial à justiça pela Carta Republicana de 1988.

Atente-se que a Advocacia Pública (assim como as demais funções essenciais à justiça) está topograficamente posicionada fora dos três poderes da República (legislativo, executivo e judiciário), encontrando-se alocada na seção II (Da Advocacia Pública) do capítulo IV (Das Funções Essenciais à Justiça) do título IV (Da Organização dos Poderes) da Constituição da República. Sendo que o título IV da CF/88, que trata da "Organização dos Poderes" é assim subdividido: Capítulo I (Do Poder Legislativo); Capítulo II (Do Poder Executivo); Capítulo III (Do Poder Judiciário); Capítulo IV (Das Funções Essenciais à Justiça).

[9] PEDRA, Adriano Sant´Ana. Advocacia Pública de Estado: *Estudos Comparativos nas Democracias Euro-Americanas.* Curitiba: Juruá, 2014. p. 24.
[10] *Idem.*

Por sua vez, o Capítulo IV (Das Funções Essenciais à Justiça) é subdividido em: Seção I (Do Ministério Público); Seção II (Da Advocacia Pública); Seção III (Da Advocacia e da Defensoria Pública).

Bem por isso, conforme observou o Ministro Dias Toffoli por ocasião do julgamento do RE 558.258/SP *"tanto o Ministério Público, quanto a Advocacia Pública, quanto a Defensoria Pública são instituições que não integram nenhum dos Três Poderes. Elas estão separadas tanto do Legislativo, quanto do Executivo, quanto do Judiciário".*

Nesse viés, a Advocacia Pública não constitui mero órgão de representação judicial e consultoria jurídica apenas do Poder Executivo, mas de todos os poderes e funções da república, vinculados à respectiva unidade federada.

Por exemplo, no contencioso judicial cabe aos Procuradores dos Estados e do DF a defesa de ato praticado no âmbito do Poder Executivo, Legislativo, Judiciário, por membro do Ministério Público, do Tribunal de Contas, etc. Isto é, no âmbito de quaisquer funções vinculadas à unidade federada, por ocasião de ato praticado no regular exercício das atribuições de qualquer autoridade pública, seja de que hierarquia for, encarnando a figura do Estado, defendendo e assegurando o desempenho de suas funções estruturantes.

É que, por exemplo, quando um juiz (órgão do Poder Judiciário, portanto), pratica um suposto erro no desempenho de suas funções, ou quando um conselheiro do tribunal de contas ou membro do Ministério Público, de igual sorte, têm por questionados judicialmente seus atos, ao fim e ao cabo, quem é demandado em juízo é o ente público a que o órgão encontra-se estruturalmente vinculado. E, estando o Estado em juízo, a defesa do ato questionado cabe a seus procuradores. Tal fato, por si só, já confirma a equidistância da Advocacia Pública em relação ao Poder Executivo, assim como a equivocada ilação quanto ao confinamento de suas atribuições à esfera do Poder Executivo, embora tal função, na prática, aflore como prevalente.

À luz do art. 132 da constituição de 1988, os Procuradores dos Estados e do DF são assim posicionados:

> "Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.
> Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

Destarte, a disposição acima transcrita revela a exclusividade e indelegabilidade das relevantes funções constitucional atribuídas aos Procuradores de Estado.

A atuação desses especiais agentes públicos no controle de juridicidade das políticas públicas e na presentação do ente público em juízo, em defesa dos mais caros e relevantes interesses, revela-se *"ope constitutionis"*, portanto.

Conforme precisa lição do mestre Pontes de Miranda, diz-se "presentação" e não "representação", pois, o procurador não representa, ele *presenta* o Estado. Também por isso, não faz sentido exigir-se de tal membro, procuração para atuar em nome do ente federado.

É que, o Procurador, quando é investido em seu cargo público, está automaticamente habilitado para funcionar como órgão estatal de comunicação com o Poder Judiciário, sendo certo que seu mandato é constitucional – confiado pela própria Carta Republicana, como expressão de vontade do legislador constituinte.

Assim, quem atua em juízo é o próprio Estado (*presentado* por seus Procuradores).

A diferença não é de cunho meramente teórico, mas prático. É que, em que pese a previsão contida no art. 132 da CF, os Procuradores do Estado não são, a rigor, "representantes" do ente público.

Na valorosa lição de ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, citando o brilhante PONTES DE MIRANDA:

> "A substituição processual mostra-se inconfundível com a representação. O substituto processual é parte, age em juízo em nome próprio, defende em nome próprio o interesse do substituto. Já o representante defende 'em nome alheio o interesse alheio'.
> Também inconfundíveis substituição processual e presentação. O órgão mediante o qual a pessoa jurídica se faz presente e expressa sua vontade não é substituto processual e nem representante legal: **'A pessoa jurídica não é incapaz. O poder de presentação, que ela tem, provém da capacidade mesma da pessoa jurídica'. A presentação é extrajudicial e judicial (art. 17); processualmente, a pessoa jurídica não é incapaz. Nem o é, materialmente (...) O que a vida nos apresenta é exatamente a atividade das pessoas jurídicas através de seus órgãos: os atos são seus praticados por pessoas físicas'.**
> (Pontes de Miranda. Tratado de Direito Privado, t.1, §97°, n.1).

Convém destacar, ainda, conforme entendimento do c. Superior Tribunal de Justiça que:

> [...] **Os procuradores de Estado não são, em rigor, advogados.** Assim como o juiz é o órgão da função jurisdicional os são órgãos estatais, encarregados da defesa e do ataque judiciais. No dizer de Pontes de Miranda, eles presentam, não representam a pessoa jurídica estatal.
> (REsp 401.390-PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 17/10/2002. Informativo nº 0151 do STJ).

Em outros dizeres, agem os Procuradores do Estado, no desempenho de suas elevadas atribuições, "encarnando" o próprio Estado, expressando a sua lídima vontade.

Para a exata compreensão de tal fenômeno, antes, contudo, há de se ter em mente a seguinte premissa: "todo advogado exerce advocacia, mas nem todo aquele que exerce advocacia é advogado".

O que é indiscutivelmente exclusiva (embora por vezes se tente surrupia-la) é a função exercida pela Advocacia Pública, tal qual prevista na Seção II do Capítulo IV da Constituição da República de 1988.

Sob os ares da doutrina administrativista, a singular posição institucional da Advocacia Pública como "órgão de controle estatal" que presenta o Estado, é facilmente explicada.

Mergulhando-se no estudo das teorias sobre a natureza jurídica da relação entre o Estado e os agentes por meio dos quais atua, fácil compreender que a chamada "teoria do órgão" – amplamente adotada por nossa doutrina e jurisprudência – revela que a pessoa jurídica manifesta sua vontade por meio dos órgãos, que são partes integrantes da própria estrutura da pessoa jurídica, de tal modo que, *"quando os agentes que atuam nestes órgãos manifestam sua vontade, considera-se que esta foi manifestada pelo próprio Estado. Fala-se em* ***imputação*** *(e não representação) da atuação do agente",* conforme ensinamentos de Marcelo Alexandrino[11].

Outrossim, sempre salutar lembrar que a Advocacia de Estado não guarda relação de interdependência com a "advocacia de governo", entendimento há muito superado, pelo que não deve assim ser compreendida. Mesmo porque, o governo instituído, como tal, é figura transitória e cujos interesses nem sempre convergem (embora devessem) para o interesse público propriamente dito (vontade geral predominante), que deve ser assegurado em seu último fim.

Marcelo Novelino[12] esclarece que a defesa do Estado não se confunde com a defesa do governo, que é transitório. Aduz que, como função essencial à justiça, o dever principal de tais agentes é *"a manutenção e o aperfeiçoamento da ordem jurídica (interesses primários), embora também desenvolvam atividades de natureza jurídica ou administrativa voltadas à sustentação de medidas governamentais".*

Não por outro motivo, a atuação do Procurador do Estado, por exemplo, em favor de agente público só se justifica na defesa de ato desempenhado no exercício do cargo (ou mandato), e não na defesa de interesses pessoais do ocupante do cargo. Sendo certo que o c. STJ possui jurisprudência reiterada no sentido de que *"a defesa particular do agente por procurador público configura improbidade administrativa, salvo se houver interesse convergente da Administração"* (REsp 1.229.779 / MG).

O inestimável administrativista Celso Antônio Bandeira de Melo[13] leciona que a Constituição outorgou aos agentes do estado um conjunto de proteções e garantias para:

> "assegurar-lhes condições propícias a uma atuação imparcial, técnica, liberta de ingerências que os eventuais e transitórios ocupantes do Poder, isto é, os agentes políticos, poderiam pretender impor-lhes para obtenção de benefícios pessoais ou sectários, de conveniência da facção política dominante no momento".

Outrossim, o equívoco de interpretação acerca da posição institucional dos membros da Advocacia de Estado é comum, notadamente aos que desconhecem o seu "DNA" institucional, que deita raízes no direito romano e que, no Brasil, foi matriz das demais Procuraturas Constitucionais (Ministério Público e Defensoria Pública), que foram *"desenhados a partir do arquétipo da Advocacia de Estado",* na feliz expressão de Pontes de Moura[14], motivo pelo qual merece a consideração e tratamento à altura da dignidade das suas

[11] ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado.* 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 118.
[12] NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 6.ed. São Paulo: Método, 2012. p. 998.
[13] MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 257.
[14] *In:* ADVOCACIA DE ESTADO NO BRASIL NO PERÍODO COLONIAL E NO IMPÉRIO: MATRIZ DAS PROCURATURAS CONSTITUCIONAIS. Disponível em: <www.pge.pr.gov.br>. Acesso em 08/01/16.

elevadas atribuições, em pé de igualdade com as demais funções que compõem o sistema de justiça pública.

Sucede que, a Advocacia de Estado, tal qual modernamente forjada e gradualmente concebida (leia-se: ainda em vias de amadurecimento), tem sido objeto de ataques institucionais por parte de outros poderes, além de ingerências indevidas por parte de agentes estranhos aos seus quadros, que usurpam suas funções, em frontal desrespeito à expressa previsão constitucional.

A título de exemplo, podemos citar a famigerada Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5342) movida pelo Ministério Público Federal, questionando a escolha do Procurador Geral do Estado de Minas Gerais (nominado de Advogado Geral do Estado pela respectiva Lei Orgânica) dentre os membros de carreira.

A referida ação de controle concentrado de constitucionalidade questiona a Emenda 93/2014, que alterou o artigo 128, parágrafo 1º, da Constituição de Minas Gerais, para dispor que o cargo de Advogado-Geral do Estado (equivalente ao de Procurador Geral do Estado) deverá ser ocupado exclusivamente por integrante da carreira da advocacia pública.

Segundo o Procurador Geral da República, autor da ação, a escolha do Procurador Geral do Estado (ou cargo equivalente) entre os membros efetivos da carreira de Procurador do Estado, limita a autonomia do chefe do Poder Executivo estadual para prover cargo de sua confiança, afrontando os princípios constitucionais da separação dos Poderes e da simetria.

Em 05/04/2017 foi proferido Parecer (Nº 79.129/2017-AsJConst/SAJ/PGR) pelo douto Procurador-Geral da República em exercício, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada, o qual teceu a seguinte consideração:

> *A função do advogado-geral do estado consubstancia cargo de confiança do governador e equipara-se à de secretário de estado. Tanto é assim que a Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado de Minas Gerais (Lei Complementar 30, de 10 de agosto de 1993), no art. 6º, parágrafo único, estabelece que "o Procurador-Geral do Estado é o Chefe da Procuradoria-Geral do Estado e tem os direitos e as prerrogativas de Secretário de Estado, devendo-se-lhe conferir o tratamento a este concedido".*

Com o mais absoluto respeito ao nobre subscritor, dizer que *"a função do procurador-geral do estado equipara-se à de secretário de estado"* revela total desconhecimento acerca da essência das funções institucionais da Advocacia Pública (ou de quem a chefia), a qual, historicamente, jamais desempenhou função assemelhada à de secretário.

O simples fato de o Procurador-Geral do Estado (ou Advogado-Geral do Estado) *"ter os mesmos direitos e prerrogativas de secretário de Estado"* não quer dizer, nem de longe, e na mais simplória das intepretações, que os cargos desempenham equiparadas funções. *Ter* (status e garantias iguais) não significa *ser.*

Buscar afastar a ingerência política em um órgão que desempenha essencial papel no sistema de justiça pública e na defesa do interesse público deveria ser o norte a ser buscado por aquele que se diz "guardião da lei, da democracia, da cidadania, da justiça e da moralidade".

Seria menos curioso, com todo respeito ao proponente da ADI, se o ajuizamento de tais ações partisse de outra instituição, que não a do Ministério Público, cujas relevantes atribuições estão intimamente ligadas à defesa da moralidade, da realização da justiça, a bem da sociedade e em defesa do estado democrático de direito.

Todavia, queremos crer que a convicção jurídica do ilustre proponente não expressa a opinião majoritária dos membros do órgão ministerial. Afinal, nada mais republicano que a escolha do chefe da Procuradoria do Estado dentre os membros de carreira, que se submeteram a rigorosíssimos concursos públicos e estão legalmente habilitados para exercerem sua espinhosa missão constitucional, de forma livre e desassombrada, agindo segundo a sua íntima consciência, despreocupado em sofrer retaliações ou desagradar o "governante de plantão". Aliás, a meritocracia sempre deve preferir à "politização" na ocupação de funções públicas, privilegiando aqueles agentes vocacionados à coisa pública.

Tendo sido admitido como *amicus curiae* na referida ação, a ANAPE – Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do DF fez questão de destacar que:

> *Ao contrário do que sustenta o Procurador Geral da República, a necessidade de conferir maior segurança e estabilidade a uma das funções essenciais à Justiça, no seu mister de orientar juridicamente e representar judicialmente a unidade federada, aqui envolvendo todos os Poderes constituídos, estimulou a maioria absoluta dos Estados-membros a garantir a escolha dos respectivos Procuradores-Gerais dentre os membros efetivos da carreira.*
> *[...]*
> *Nem os governos, nem mesmo o Poder Judiciário, esgotado com a sobrecarga de processos fruto da banalização de demandas, têm interesse em manter a inserção de uma função essencial à Justiça e à segurança da gestão pública no elenco dos espaços para o loteamento político, sob pena de tornar irreversível a realidade de a Administração Pública permanecer em evidência como a grande produtora de escândalos e esqueletos jurídicos pelos quais são condenadas as gerações presentes e futuras do país.*
> *[...]*
> *O Brasil está entre os países mais corruptos, com base em dados de percepção de abusos de poder, acordos clandestinos, superfaturamentos e subornos nos setores públicos.*
> *Logo, se a corrupção é a base de todas as mazelas sociais, não há como combatê-la, impedindo a evolução institucional de funções públicas estratégicas e essenciais, para que os Estados-membros aproveitem melhor o imenso potencial para crescerem de forma sustentável, transparente, responsável e racional.*

Ademais, segundo dados da ANAPE - Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do DF, as Constituições Estaduais e leis orgânicas das Procuradorias Gerais de Estados-membros preveem a prerrogativa da escolha do Procurador-Geral dentre os membros da carreira em 18 (dezoito) unidades da federação[15].

[15] São elas: ACRE (LC 45/1994, ART. 3º); ALAGOAS (LC 07/1991, ART. 10); DISTRITO FEDERAL (LC 395/2001, ART. 5º, § 2º); ESPÍRITO SANTO (LC Nº 88, ART. 5º); GOIÁS (CE, ART. 118, § 1º); MARANHÃO (CE, ART 103, § 1º); MATO GROSSO (LC 111/2002, ART. 6º); MATO GROSSO DO SUL (LC 155/2011, ART. 5º, I); MINAS GERAIS (CE, ART. 128, § 1º); PARÁ (CE, ART. 187, § 1º); PARAÍBA (CE, ART. 138); PIAUÍ (CE, ART. 150, § 1º); RIO DE JANEIRO (CE, ART. 176, § 1º); RIO GRANDE DO NORTE (CE, ART. 87); RIO GRANDE DO SUL (CE, ART. 117); RONDÔNIA (CE, ART. 104, § 1º); SÃO PAULO (CE, ART. 100, par. único); TOCANTINS (CE, ART. 51, § 1º).

As recentes investidas contra esta essencial carreira de estado não passam despercebidas por seus membros, que resistem bravamente à sorrateira e indisfarçável tentativa de "politização" da instituição.

Daniel Garcia de Oliveira e Jáder Miranda de Almeida[16] esclarecem que a carreira de Procurador de Estado, à semelhança do que já ocorreu no passado com a magistratura e o *parquet*, passa hoje por uma fase *de "amadurecimento institucional, com a solidificação de identidade funcional própria"*. Em contrapartida, talvez pelas conquistas que vêm sendo consolidadas *"à margem desse movimento, as Procuradorias dos Estados vêm sofrendo ataques as suas competências, talvez como jamais ocorreu com outras carreira jurídicas"*, concluem os autores.

Outrossim, no que tange à exclusividade das atribuições conferidas a estes especiais agentes públicos, esclarece o Procurador do Estado de Minas Gerais Sávio de Aguiar Soares[17] que *"após 27 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda ocorre situação alarmante de inobservância da exclusividade das atribuições em várias unidades da Federação".* Cita como exemplos os estados de Minas Gerais, Paraíba, Paraná, Goiás, Amapá e Rondônia, estados nos quais ainda se encontram servidores comissionados exercendo atividades típicas e exclusivas dos Procuradores de Estado.

Rechaçando tal prática, o douto Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADI 4.843/PB, ponderou, com invejável lucidez, a matiz de exclusividade das funções dos Procuradores de Estado no modelo estabelecido pela Constituição Federal:

> A outorga dessas funções jurídicas à Procuradoria-Geral do Estado - mais precisamente aos Procuradores do Estado - decorre de um modelo estabelecido pela própria Constituição Federal, que, ao institucionalizar a Advocacia de Estado, delineou o seu perfil e discriminou as atividades inerentes aos órgãos e agentes que a compõem.
> O conteúdo normativo do art. 132 da Constituição da República revela os limites materiais em cujo âmbito processar-se-á a atuação funcional dos integrantes da Procuradoria-Geral do Estado e do Distrito Federal. Nele, contém-se norma de eficácia vinculante e cogente para as unidades federadas locais, **que não permite conferir a terceiros - senão aos próprios Procuradores do Estado e do Distrito Federal - o exercício, intransferível e indisponível, das funções de representação judicial e de consultoria jurídica da respectiva unidade federada.**
> [...]
> **A representação institucional do Estado-membro em juízo ou em atividade de consultoria jurídica traduz prerrogativa de índole constitucional outorgada, pela Carta Federal (art. 132), aos Procuradores do Estado.** Operou-se, nesse referido preceito da Constituição, uma inderrogável imputação de específica atividade funcional cujos destinatários são, exclusivamente, os Procuradores do Estado.

Em diversas outras oportunidades, já manifestou-se o Supremo Tribunal Federal sobre a exclusividade do exercício das atribuições constitucionais dos Procuradores de Estado (*v.g.* ADI 159/PA, ADI 484/PR, ADI 881, ADI 1679/GO, ADI 2682/AP, ADO 4261/RO, ADI 4843/PB).

[16] OLIVEIRA, Daniel Garcia de. ALMEIDA, Jáder Miranda de. Unicidade orgânica da Procuradoria do Estado e exclusividade das funções institucionais de representação judicial e consultoria jurídica por seus membros. *Revista Brasileira de Advocacia Pública*. a. 1. n.1 (jul./dez. 2015). Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 21.
[17] SOARES, Sávio de Aguiar. *Escritos sobre o papel do procurador do estado*. Belo Horizonte: D´Plácido, 2016. p. 46.

Na já citada ADI 4843 MC, restou assentado ainda que:

> "A extrema relevância das funções constitucionalmente reservadas ao Procurador do Estado (e do Distrito Federal, também), notadamente no plano das atividades de consultoria jurídica e de exame e fiscalização da legalidade interna dos atos da Administração Estadual, impõe que tais atribuições sejam exercidas por agente público investido, em caráter efetivo, na forma estabelecida pelo art. 132 da Lei Fundamental da República, em ordem a que possa agir com independência e sem temor de ser exonerado *'ad libitum'* pelo chefe do Poder Executivo local pelo fato de haver exercido, legitimamente e com inteira correção, os encargos irrenunciáveis inerentes às suas altas funções institucionais.

Assim, é dever (e não mera faculdade), desses especiais agentes investidos de tão relevante função, a tutela do interesse público nas mais diversas frentes de atuação, em razão da irrenunciabilidade e indelegabilidade de suas atribuições.

Traçadas tais premissas, necessárias ao desenvolvimento do objeto central de consideração deste brevíssimo ensaio, passemos ao cerne do estudo ora proposto, qual seja, a tutela do interesse público (seja primário, seja secundário) pelos Procuradores de Estado, como missão e vocação institucional, desmistificando tradicionais conceitos e quebrando equivocados paradigmas, para demonstrar que a tutela do interesse público primário também é dever dos Procuradores de Estado e demais membros da Advocacia Pública de Estado.

4 O PAPEL DOS PROCURADORES DE ESTADO COMO PROTAGONISTAS NA DEFESA DO INTERESSE PÚBLICO: a ruptura de velhos paradigmas institucionais.

Conforme linha de pensamento até então traçada, fácil concluir que atuação dos Procuradores de Estado dar-se-á em defesa dos mais relevantes interesses públicos, dissociados (muitas vezes) do exclusivo interesse governamental, a culminar na inevitável conclusão que a tutela do interesse público, por tais agentes, não se conforma com a mera realização do "interesse estatal", pois o fim colimado com exercício de seu *munus* constitucional se sobrepõe ao alcance de interesses exclusivamente governamentais. E, como função essencial à justiça (e, portanto, ao próprio Estado de Direito), cabe-lhe, antes de tudo, zelar pelos princípios exortados pela Constituição Federal, garantindo que as ações empreendidas pelo Estado permaneçam hígidas, confinadas aos limites da estrita legalidade.

Incumbiu-lhe, assim, a Carta Constitucional, do dever de legitimar as políticas governamentais ou negá-las, quando preciso for, por atentatórias à ordem jurídica, legalidade e licitude, contrárias, portanto, ao interesse público (propriamente dito).

Com efeito, seu compromisso maior é com a ordem constitucional, com a legalidade, os princípios que regem a Administração Pública. Logo, sua atividade só se legitima enquanto trilhada nos estreitos limites da legalidade, tendo em mira sempre o interesse público, ainda que sua atuação e suas convicções se choquem com os objetivos políticos do administrador público, transitória e democraticamente eleito.

Nesse viés, a corroborar a tese aqui encampada, cumpre-nos citar, no ensejo, exemplos de defesa do interesse público primário pelos Procuradores dos entes públicos. Senão vejamos:

A Procuradoria Geral do Estado do Pará ajuizou Ação Civil Pública contra a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), que autorizou o reajuste de 34,34% à

concessionária Rede Celpa que opera no estado do Pará. Justificou-se a judicialização da questão no fato de que *"o consumidor paraense não pode ser penalizado pela política equivocada da União, que vem enfrentando uma série de problemas para equacionar as contas do Operador Nacional do Sistema, além do rombo herdado pelo programa de redução de tarifas em até 20% e o déficit gerado pelo desinteresse de compradores de energia nos leilões realizados pelo governo federal"*.

Já a precursora Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, em certa oportunidade, ajuizou Ação Civil Pública[18] contra a GOOGLE BRASIL INTERNET LIMITADA, pleiteando, inclusive, o ressarcimento por dano moral coletivo à população fluminense, aos consumidores, às crianças e adolescentes, entre outros.

A famigerada ACP alegava que a empresa ré era responsável pela hospedagem e administração de uma rede de relacionamento, onde o usuário criava um perfil por meio de preenchimento de mero formulário eletrônico, não possuindo a ré qualquer mecanismo eficiente de controle do conteúdo que era inserido no sistema de comunicação, tampouco qualquer mecanismo apto a verificar a identidade daqueles que acessam seus serviços.

Tal fato vinha ocasionando espécies de comportamentos reprováveis e juridicamente repudiados por parte dos usuários da rede de relacionamento, tais como crimes contra a honra, apologia ao crime, pedofilia, crimes contra crianças, falsa identidade, dentre outros.

Outro exemplo que merece referência é o ajuizamento de ação de improbidade administrativa pela Procuradoria do Estado da Paraíba contra a então secretária de Estado da Administração.

A representação, subscrita por Procuradores do Estado daquela unidade federada, teve como motivação a ausência de parecer jurídico e indícios de irregularidades na compra pelo Governo da Paraíba de dois helicópteros usados por meio licitação, no valor de R$ 22 milhões.

Também foi da Procuradoria do Estado da Paraíba a iniciativa de ajuizamento de outra ação por improbidade administrativa contra ex-governador do Estado e ex-secretário de Estado da Fazenda em razão de um programa de incentivo ao esporte, que liberou cerca de R$ 3,5 milhões para clubes de futebol, sem a dotação orçamentária exigida.

Segundo consta da peça pórtica, o programa houvera se iniciado sem previsão na Lei Orçamentária Anual (LOA), o que contraria o inciso I do artigo 167 da Constituição Federal de 1988, tendo ainda havido a renúncia da receita sem estimativa do impacto orçamentário-financeiro, o que fere o artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), segundo justificativa veiculada no bojo da ação.

Em caso emblemático, o ESTADO DE MINAS GERAIS (conjuntamente com a UNIÃO e o ESTADO DE ESPÍRITO SANTO, por meios de suas respectivas Procuradorias), ajuizou ação civil pública em desfavor da empresa SAMARCO MINERAÇÃO S.A. e suas controladoras (Vale S/A e BHP Billiton Brasil Ltda.) em razão do dano ambiental conhecido

[18] Dentre as quais vale conferir a Ação Civil Pública Proposta pelo Estado do Reio de Janeiro em face da Google Brasil. Disponível em: http://download.rj.gov.br/documentos/10112/373444/DLFE-34605.pdf/PeticaoInicialAcaoCivilPublica.pdf. Acesso em 02/03/2016.

como "tragédia de mariana", ocasionado pelo rompimento da barragem de Fundão, pertencente ao complexo minerário de Germano, em Mariana-MG.

A dita barragem, de propriedade da Empresa Samarco, continha aproximadamente 50 milhões de m³ de rejeitos de mineração de ferro, sendo que 34 milhões de m³ desses rejeitos foram lançados ao meio ambiente com tal rompimento, causando um desastre ambiental sem precedentes no estado brasileiro.

Pretendeu-se com a dita ação civil pública, entre outras medidas, compelir as rés em medidas urgentes necessárias à reparação do dano socioambiental decorrente do rompimento da barragem, à realização de depósito judicial de R$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais), além da decretação da indisponibilidade das licenças e concessões para a exploração de lavras existentes em favor das rés, bem como os direitos decorrentes de tais concessões.

Ora, como visto, a atuação das Procuradorias de Estado na linha de frente de defesa do interesse público primário, na posição de Estado-Autor, embora ainda deficientemente exercitada, não é estranha à sua missão institucional. Muito pelo contrário, tais agentes são sobejamente vocacionados a tal mister.

Em se tratando de matéria ambiental, aliás, cumpre-nos apartear, que a Advocacia Pública tem amplo escopo de atuação, embora a prática demonstre que ainda é tímida atuação da instituição no contencioso judicial na posição de autor (demandante), realidade que precisa ser urgentemente superada, dada a vasta competência funcional e conhecimentos técnicos a serem subsidiados pelos órgãos ambientais componentes do sistema de meio ambiente.

Nunca é demais esclarecer, nesse particular, que o art. 225 da Constituição revela a incumbência do Poder Público de defender e preservar o ambiente ecologicamente equilibrado, dispondo que as "condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados" (parágrafo 3º).

Extrai-se da aludida norma, vários princípios expressos e implícitos do direito ambiental, dentre os quais o *princípio da natureza pública da proteção ambiental*, que referenda o dever irrenunciável do Poder Público na promoção e proteção do meio ambiente, por ser bem difuso, indispensável à vida humana e à coletividade.

Sob os auspícios do federalismo cooperativo, a Carta Republicana outorgou a competência comum aos entes federativos e seus respectivos poderes, com vistas à preservação e proteção do meio ambiente, conforme se infere do art. 23, VI, VII e parágrafo único[19].

Outrossim, para a tutela desse bem tão caro ao interesse público, vários são os instrumentos de proteção a cargo do Poder Público para tutelar tal direito (ao meio ambiente equilibrado), desde a atuação do Estado como agente normativo e regulador, fiscalizador, com

[19] Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
(...) VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;
Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

o indispensável exercício do poder de polícia ambiental – por meio de imposições de medidas administrativas, sancionatórias ou cautelares, além do licenciamento ambiental –, tributação ambiental (também conhecido como "tributação verde") – com nítido escopo extrafiscal, de instrumento de inibição de condutas lesivas ao meio ambiente –, entre outros tantos mecanismos a cargo do Poder Público, dentre os quais, avulta a tutela processual do meio ambiente por meio da ação civil pública como instrumento eficaz à veladura do interesse público, dando guarida ao direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nesse particular, reside a inafastável atuação dos Procuradores de Estado como legítimos (embora não exclusivos) agentes públicos incumbidos da tutela do interesse público, por meio de ações próprias, cuja legitimidade processual ativa do ente federado em matéria ambiental é induvidosa, encontrando-se prevista nos incisos III e IV do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública – LACP (Lei nº 7.347/85).

Assim, considerando-se todos os exemplos citados, como então admitir que a estes especiais agentes públicos toca tão somente a veladura do interesse público secundário?

Tal conclusão deve ser invariavelmente negada sob qualquer viés.

Os exemplos já citados, que podem ser somados a tantos outros, demonstram a vocação institucional da Advocacia de Estado na defesa intransigente do interesse público, sem prejuízo da atuação dos demais órgãos colegitimados que compõe o sistema de justiça pública.

Ora, premente é a quebra, não só de antigos paradigmas, mas, sobretudo, a urgente assunção de uma nova postura institucional, posicionando a Advocacia de Estado cada vez mais no polo ativo de ações que visem a irrenunciável tutela do interesse público – considerado em sua razão finalística de concretização dos fins do Estado.

Insista-se, que a missão constitucional da Advocacia de Estado, só se legitima se atendido o interesse público primário, ainda que a atuação vise um interesse estatal imediato (dito secundário), pois seus procuradores não são meros representantes do ente federado, cumprindo-lhes viabilizar, assegurar e promover ações para que a atuação do Estado se desenvolva com vistas à consecução do bem comum. Não se desconhecendo, contudo, que a escolha e direcionamento de políticas públicas se inserem dentro do exclusivo juízo de discricionariedade do governante democraticamente eleito, sobre o qual não cabem ingerências (acerca de conveniência e oportunidade do ato governamental) de quaisquer órgãos de controle, sequer do Poder Judiciário.

Assim, toca à Advocacia Pública, conforme dito, o dever de legitimar as políticas governamentais ou negá-las, quando preciso for, por atentatórias à ordem jurídica, legalidade e licitude, contrárias, portanto, ao interesse público (propriamente dito), além do irrenunciável dever de tutela processual do interesse público.

Repise-se, que a Advocacia de Estado não se confunde, nem de longe, com a Advocacia de Governo, de tal modo que, revela-se inconcebível a adoção da concepção decorrente da "vinculação do representante aos interesses do representado", haja vista que a Advocacia Pública de Estado, destinatária de tão relevante mandato constitucional, é órgão imprescindível à realização dos objetivos da república exortados pela Lei Fundamental, pelo

que comprometida com interesses outros, maiores e mais relevantes, que suplantam os próprios interesses do órgão "representado".

Sob o escólio de Celso Ribeiro Bastos[20] (tecendo comentários acerca do art. 132 da Constituição Federal), extrai-se valioso ensinamento do renomado jurista:

> "**Já salientamos que não podemos pensar em um Procurador que tenha o Estado como mais um cliente, agindo como se advogado particular fosse.** Para isso colabora o fato de a relação entre o Estado e o administrado ser de subordinação à lei. Assim sendo, deverá o procurador ter em linha de conta que busca a verdade material, sem a preocupação de saber a quem agradará com seu posicionamento. **Sua missão superior é a observação da lei, independentemente das consequências que essa autonomia possa assumir nas hipóteses em que suas convicções se choquem com os objetivos políticos dos governantes".**

Na esteira do mesmo raciocínio, em feliz passagem, o professor e Procurador do Estado aposentado Diogo de Figueiredo Moreira Neto[21], explicitou:

> "[...] tanto a representação judicial como e principalmente a consultoria, como funções da Advocacia Pública, estão ambas subordinadas precipuamente e acima de tudo, à realização da justiça, só alcançada com o pleno atendimento da juridicidade em sua atuação, ou seja: com observância estrita da legalidade, da legitimidade e da licitude, sem o quê, atuariam injuridicamente. Sobrepõem-se, esses superiores interesses, a quaisquer outros, tanto em termos de postulação como de consultoria".

Completa o eminente jurista que o desempenho dessas funções exige acima de tudo a independência de ciência e consciência para, se necessário, saber e poder sobrepor o superior interesse da juridicidade sobre quaisquer outros, o que demanda firmeza e coragem para confrontar "*agentes públicos que ocupam cargos importantes".* Salienta, ainda, que o procurador "*não pode nem deve ignorar tais limites, nem poderá violá-los a pretexto de sustentar interesses ilegais, ilegítimos e imorais"*[22].

Ora, a legitimação constitucional e infraconstitucional de tutela do interesse público pela Advocacia de Estado nada mais é senão o reconhecimento do dever (não mera faculdade) do Procurador do Estado de assegurar a prevalência do interesse público – considerando sua supremacia – sob o império da lei, revelando o seu aspecto nitidamente social, e não, individual. Não se cuida, repita-se, do exercício de "advocacia de governo", mas sim de Estado, cujo interesse em proteção não raras vezes se contrapõe ao do "governante de plantão".

Assim, repise-se, a moderna Advocacia Pública, em vertiginoso avanço, reclama a assunção de uma nova, necessária e urgente postura institucional, com o posicionamento da Fazenda Pública, de forma mais vigorosa, no polo ativo das ações judiciais (abandonando o estigma de contumaz demandado), assumindo papel de protagonismo diante dos novos e desafiadores problemas enfrentados no seio da República, na qual o Estado experimenta uma clara transformação social, em termos de participação democrática e legítimas expectativas do

---

[20] *Apud* MOOG, Marcos Costa Viana Moog. *In:* O EXERCÍCIO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PELO PROCURADOR DO ESTADO. Tese apresentada no XXXII Congresso Nacional de Procuradores do Estado e DF. Disponível em: <http://www.unisite.ms.gov.br/unisite/controle/ShowFile.php?id=58901>. Acesso em 11/04/16.

[21] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Considerações sobre a PEC 82. Disponível em: <http://anape.org.br/site/consideracoes-pec-82/>. Acesso em: 02/03/16.

[22] *Ibidem.*

titular do poder soberano (o povo), que conclama pelo correto funcionamento das instituições públicas para a consecução dos objetivos fundamentais da República.

CONCLUSÃO

Conclui-se, pois, que, em tempos de tensão institucional e grave crise moral no seio da República, como a ora vivida, a figura do Procurador de Estado deve assumir o papel de protagonista na defesa do interesse público, rompendo velhos paradigmas que remetem à falsa ideia de atuação do Procurador como agente concretizador de interesses meramente governamentais.

É chegada a hora da Advocacia Pública assumir o seu papel de protagonismo, seja na linha de frente do controle de legalidade das políticas públicas, seja na vigorosa atuação do contencioso judicial, posicionando-se, cada dia mais, no polo ativo de demandas judiciais que visem resguardar os mais caros interesses da sociedade.

Não se olvidando das não menos importantes funções desempenhadas pelos Procuradores de Estado em seu vasto plexo de atribuições, dentre as quais, a eficiente recuperação da dívida ativa da Fazenda Pública, controle interno de juridicidade dos atos administrativos e viabilização jurídica das políticas públicas de estado, entre outras, constata-se que a atuação judicial do ente público no polo ativo de ações judiciais que demandam a primordial tutela do interesse público primário ainda tem se mostrado tímida.

Eis a oportunidade de a Advocacia Pública abraçar e exercitar, em sua inteireza e extensão, todas as atribuições e prerrogativas que lhe foram confiadas por mandato constitucional e pelo ordenamento jurídico como um todo.

Em dias onde o Estado brasileiro assiste a uma escabrosa crise moral, manifestada pelo impiedoso desfalque do erário, arquitetado sob o manto da corrupção, a Advocacia de Estado ganha relevo em importância de atuação como órgão vocacionado à defesa do interesse público, para muito além da defesa do erário (tarefa não menos árdua e importante). Até porque, conforme visto ao longo deste breve ensaio, o interesse público, seja entendido como primário, seja entendido como secundário, só é possível de ser legitimamente materializado, se concebido para a realização do bem comum, manifestada na vontade geral, para fim e benefício de todos.

Conforme visto, a atuação dos Procuradores de Estado na linha de frente de defesa do interesse público primário, na posição de Estado-Autor, embora ainda deficientemente exercitada, não é estranha à sua missão constitucional, tampouco à sua vocação institucional. Muito pelo contrário, tais agentes públicos são legítimos defensores do interesse público, tarefa que deve ser exercida com todo vigor, altivez e dignidade, em toda a sua amplitude.

Nesse viés, o alcance da missão constitucional impingida pela Carta da República aos Procuradores do Estado, demanda a imediata assunção de uma nova postura institucional pela Advocacia Pública de Estado, a fim de que possa ostentar, de forma irreversível, a sua posição de protagonismo na linha de frente de defesa do irrenunciável interesse público, com vistas ao atingimento dos objetivos da república exortados pela Constituição Federal, considerando-se a própria razão de ser da existência do Estado, cuja defesa encontra-se encarnada na figura destes especiais agentes públicos.

THE ROLE OF PUBLIC PROSECUTORS AS PROTAGONISTS IN THE DEFENSE OF THE PUBLIC INTEREST: THE RUPTURE OF OLD INSTITUTIONAL PARADIGMS

Abstract: This paper aims to instigate the reader to reflect on the effective role of Public Law State institution rapidly developing and rampant advance, considering the entire length of the mission entrusted by the Constitution, focusing on protection of the public interest (said primary) by its members, breaking up the paradigm surpassed mere representative body linked to the exclusive interest of the public entity. Therefore, it is suggested the immediate assumption of a new institutional approach in order to reach the real dimension of their inalienable powers and prerogatives.

Keywords: Public Law State. Presentation of the State in court. Protection of Public Interest. Public Interest Primary and Secondary Public Interest. Essential Function to justice. Attorneys State. Exclusivity Assignments. The Treasury in Polo active. State Author.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado.* 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27.ed. São Paulo, Malheiros, 2010.

BORGES, Alice Gonzales. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?. *In:* Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico, 26.ed. Disponível em: < http://www.direitodoestado.com.br/artigo/alice-gonzalez-borges/supremacia-do-interesse-publico-desconstrucao-ou-reconstrucao>. Acesso em: 17/05/2014.

BRUM, Guilherme Valle. *Advocacia de Estado e dificuldade contra majoritária:* repensando a independência funcional dos advogados públicos. Disponível em: < http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2013/10/001_001_GUILHERME_ VALLE_BRUM_20072009-16h13m11.pdf>. Acesso em 02/03/16.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado.* 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO JUNIOR, João Câncio de. *O conceito polêmico de interesse público.* Disponível em: < http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1275_672471.pdf> . Acesso em 27/02/2016.

MOOG, Marcos Costa Viana Moog. *O exercício da ação civil pública pelo procurador do estado.* Tese apresentada no XXXII Congresso Nacional de Procuradores do Estado e DF. Disponível em: <http://www.unisite.ms.gov.br/unisite/controle/ShowFile.php?id=58901>. Acesso em 11/04/16.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Considerações sobre a PEC 82*. Disponível em: <http://anape.org.br/site/consideracoes-pec-82/>. Acesso em: 02/03/16.

MOURA, Cristovam Pontes de. *In: Advocacia de Estado no Brasil no Período Colonial e no Império:* Matriz Das Procuraturas Constitucionais. Tese aprovada com louvor no XXXVII Congresso Nacional de Procuradores de Estado. Disponível em: http://anape.org.br/site/category/teses2009/. Acesso em 22/10/2014.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 6.ed. São Paulo: Método, 2012.

OLIVEIRA, Daniel Garcia de. ALMEIDA, Jáder Miranda de. Unicidade orgânica da Procuradoria do Estado e exclusividade das funções institucionais de representação judicial e consultoria jurídica por seus membros. Revista Brasileira de Advocacia Pública, Belo Horizonte, Fórum, a.1, n.1, jul./dez. 2015.

PEDRA, Adriano Sant´Ana (coord.). *Advocacia pública de Estado:* estudos comparativos nas democracias euro-americanas. Curitiba: Juruá, 2014.

SOARES, Sávio de Aguiar. *Escritos sobre o papel do procurador do Estado.* Belo Horizonte: D´Plácido, 2016.

Referência:

GUIMARÃES, Gustavo de Queiroz. O papel dos procuradores do Estado como protagonistas na defesa do interesse público: a ruptura de velhos paradigmas institucionais. *Direito Público*: *Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias*, Belo Horizonte, v.13, n.1, jan./dez., 2016. p. 39-58.

O ESTADO AMBIENTAL COMO FUNDAMENTO PARA UMA NOVA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

HUMBERTO GOMES MACEDO*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Travessia. 3 A função ambiental dos contratos. 4 Conclusão.

Resumo: É chegada a hora da mudança de foco! Há emergência para que um novo Estado Ambiental seja constituído no conjunto de regras que não mais evidencie o ser humano como escopo uno, mas com esforços para a proteção da natureza, sob pena de, inclusive, se dizimar a própria humanidade. É a mudança de primazia do Estado Democrático de Direito para o Estado Ambiental.

Palavras-chave: Meio Ambiente; Estado democrático de Direito; Estado Ambiental; Função Social.

1 INTRODUÇÃO

O sertão vai virar mar...
Dá no coração
O medo que algum dia
o mar também vire sertão.[1]

"Ah" os poetas... Seres iluminados...

O trecho profético de Sá e Guarabyra na canção Sobradinho, ou a entrevista de Raul Seixas quando teve seu veículo arremessado por uma "ressaca" (do mar) em Ipanema e

* Mestre e Especialista em Direito. Professor do Centro Universitário UNA e DOM HELDER CAMARA. Advogado Autárquico do Estado de Minas Gerais. Presidente da Advaminas e membro da Comissão de Advocacia Pública da OAB/MG. Rua Gonçalves Dias, 1600. (31) 3237.2619 – humberto.macedo@ipsemg;mg.gov.br.

[1] Sá & Guarabyra. SÁ, Luiz Carlos Pereira de; GUARABYRA FILHO, Guttemberg Nery. **Sobradinho**. LP Pirão de peixe com pimenta. Rio de Janeiro: Som Livre Brasil, c1977.

disse "a onda tá certa, o errado é o aterro"[2], são luzes de sensibilidade que deveríamos dar olhos e ouvidos.

E aproveitando o gancho artístico para uma manifestação acadêmica e jurídica, chega a hora da Travessia[3]...Que a ruptura (literal, infelizmente como em Mariana), acelere a mudança do paradigma do Estado Democrático (ou demográfico?) de Direito para um novo modelo de Estado Ambiental.

Assim como a Revolução Francesa rompeu com as cabeças da Monarquia/Igreja, fazendo o epicentro se tornar o cidadão; assim como o questionamento surgido contra exageros do sistema capitalista, propiciaram a decadência do Estado Liberal, ensejando a ascensão do Estado Socialista; e assim como o Estado Democrático de Direito tentou conjugar a importância individual mas com fins coletivos, intercalando-se ideais sociais e subjetivos; chega a hora do Despertar da Força para a sobrevivência da própria humanidade, rios e floretas. Chega a hora de concorrer esforços para que da torneira nossa de cada manhã saia água. Que me desculpem os Titãs, mas vai chegar a hora de querer apenas "comida" e água, e, com sorte, um *plus* de diversão e arte[4].

Ou seja, há emergência para que o novo Estado Ambiental seja constituído no conjunto de regras que não mais evidencie o ser humano como escopo uno, mas com esforços para a proteção da natureza, sob pena de, inclusive, se dizimar a própria humanidade. Não teremos dignidade sem sombra e água fresca. É a mudança de primazia do homem para o próprio globo.

> Estamos vivenciando hoje algo que parece muito a morte do Homem moderno, algo que realmente parece muito a morte do Homem Ocidental. Talvez o fim do próprio "homem" esteja acontecendo. O homem é algo a ser superado[5]...

2 TRAVESSIA

A busca acadêmico/jurídica que desenhamos é a de se tentar definir um novo Estado Ambiental, como o estado constituído pelo conjunto de regras jurídicas, que garante não mais a igualdade inclusiva e proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana – estes sim, claro e sempre, obviamente – mas que o norte e todos os esforços sejam para a proteção da natureza, sob pena de, inclusive, se dizimar a própria raça, como dito. Não teremos dignidade da pessoa humana sem sombra e água fresca. Obrigado ser humano, mas agora você é meio e não o fim! Chega de ouro de tolo[6], não é mesmo Professor Lyssandro?

> Não obstante a relevância dos instrumentos jurídicos de repressão aos responsáveis por danos ambientais, é necessária uma mudança no comportamento social. A sociedade brasileira precisa de uma nova transformação, na busca de práticas produtivas menos agressivas ao meio ambiente, investindo em políticas públicas,

2 https://www.youtube.com/watch?v=RDsKj9uKtQM.
3 Milton Nascimento. *Travessia*. Codil. 1967. Brasil.
4 Titãs. LP. *Jesus não tem dentes no país dos banguelas*. 1987. WEA. Brasil.
5 TARNAS. *A epopeia do pensamento ocidental: para compreender as ideias que moldaram nossa visão de mundo*, p.472.
6 Raul Seixas. *Ouro de tolo*. Philips records. 1973. Brasil.

> que consagrem o desenvolvimento sustentável, sendo primordial, para tanto, a difusão da educação ambiental.[7]

O Estado Ambiental nasce para possibilitar que todas as atividades tenham o escopo de assegurar um futuro de sobrevivência em total harmonia com a natureza. Como exemplo e sugestão, os tributos devem ter um percentual destinado aos parques ecológicos (alterando-se o art. 167 CF e outros), que a atividade mineratória seja integralmente revista (minas e campos menores, maiores e obrigatórios investimentos no reaproveitamento de água, participação constante do Ministério Público e ONGS até mesmo nos seus quadros), incentivo na tecnologia de reciclagem ao invés de continuar "arrancando pau brasil" etc.

Que os currículos escolares obriguem ao estudo do meio ambiente, que as penas criminais estabeleçam prestação de serviços ambientais (limpar córregos, plantar em nascentes, catar lixo). Que os valores sobre gasolina, água e luz sejam caros mesmo! Caros no sentido de educar para redução do consumo. Pasmem! Que todos os materiais sejam efetivamente reciclados na Função Ambiental dos Contratos. Que ocorra um controle de natalidade efetivo. Que os municípios implantem coleta seletiva sob pena de intervenção federal e/ou internacional. Que as forças armadas tenham seu escopo alterado no sentido de incluir a defesa das florestas e nascentes como se guerra fosse (bomba nos madeireiros, aviões detectando e apagando incêndios, marinhas nos rios impedindo pesca predatória). Que haja a regra de proibição de novos empreendimentos e construções até o preenchimento de prédios e áreas desocupadas e que as "licenças tão importantes ao desenvolvimento" sejam exceção!

Que se repense a imunidade de templos e igrejas e se efetive a tributação de grandes fortunas em prol de parques e ambientes ecológicos, como dito no introito! Que o TRE casse os mandatos daqueles que não investiram na defesa natural. Que as bolsas e cotas sejam concedidas apenas aos municípios e pessoas que provem efetivo trabalho de cercamento de nascentes, aulas de conscientização, participação em coletas seletivas e ideias do gênero. Que toda a Amazônia, Pantanal, Cerrado e Caatinga sejam considerados áreas de preservação permanente com Desmatamento Zero etc etc etc. É uma semente de pensamento para aprimoramento desses planos e outros, obviamente:

> A concretização do Estado de Direito Ambiental converge obrigatoriamente para mudanças radicais existentes na sociedade organizada. E não há como negar que a conscientização global da crise ambiental exige uma cidadania participativa, que compreende uma ação conjunta do Estado e da coletividade na proteção ambiental. Não se pode adotar uma visão individualista sobre a proteção ambiental, sem solidariedade e desprovida de responsabilidades difusas globais.[8]

Não é utopia. Não pode ser. O evento de abertura da Olimpíada 2016 deu o tom na terra de Tom, inclusive. Cabe a nós o contorno jurídico. "Como utopia branda, o ecologismo está cônscio da impossibilidade de extirpar totalmente o "mal", o "imperfeito", o "injusto", o "feio" e o "sujo". Trata-se de trabalhar não pelo melhor dos mundos, mas por um mundo melhor".[9]

3 A FUNÇÃO AMBIENTAL DOS CONTRATOS

[7] SIQUEIRA. *Responsabilidade ambiental à luz das transformações da sociedade brasileira*, p.266.
[8] LEITE. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*, p.33.
[9] SOFFIATI. *Fundamentos filosóficos e históricos para o exercício da ecocidadania e da ecoeducação*, p.65. Frederico Bernardo (Org.). *Educação ambiental*: repensando o espaço da cidadania. 5.ed. São Paulo: Cortez.

Como exemplo de teoria jurídica sobre o tema, podemos citar o que ocorreu com a principiologia do Direito Civil que de exclusivamente privada passou a sofrer influxos dos preceitos constitucionais e que agora merece a carga verde.

Outrossim, da mesma maneira que a Boa-fé e a Função Social caminham de mãos dadas na exigência de transparência, confiança, intervenção externa e prevalência da coletividade, fatalmente o contrato também terá que se adequar - e fazer adequar-se a ele também! – no que tange à sustentabilidade e proteção da natureza. Afinal a defesa do meio ambiente (inciso VI do art. 170 da CF, *in verbis)* já é princípio da ordem econômica, tratando-se "de evidente indicação constitucional da necessidade de harmonização entre atividade econômica e preservação ambiental".[10]

> (CF) Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

E outros exemplos também, como na linha do capítulo anterior, podem ser levantados como traçar dispositivos legais como na inserção de leis que dizem respeito "à informação sobre percentual de gordura", o "ICMS ecológico[11]" ou como no artigo 3º da Lei de Licitações[12]...Isto também, é claro; salutares e necessárias tais inserções e controles. Mas torna-se necessário que essas medidas e todas as outras – pagamentos por serviços ambientais, incentivos, fiscalização de atividades poluidoras, multas ambientais, vedação de retrocesso socioambiental etc. – atuem tendo também como pano de fundo o *Princípio da Função Ambiental dos contratos*13. É mais uma arma teórica – com efeitos práticos – na luta pela preservação da vida.

Desta feita, queremos é transformar, fazer existir mesmo, tais mandamentos ambientais como princípio contratual do peso de um *pacta sunt servanda*...Fazer acontecer o nascimento de mais um irmão caçula ao trio liberdade, relatividade e força obrigatória que já havia ganhando os gêmeos boa-fé e função social mais recentemente, tal como no delineamento evolutivo da propriedade. A chave deve girar:

---

[10] THOMÉ. *Manual de direito ambiental*, p.799.

[11] O ICMS Ecológico é um mecanismo tributário que possibilita aos municípios acesso a parcelas maiores que àquelas que já têm direito em razão do atendimento de determinados critérios ambientais. Não é um novo imposto, mas sim a introdução de novos critérios de redistribuição de recursos do ICMS, que reflete o nível da atividade econômica nos municípios em conjunto com a preservação do meio ambiente. "A lei estadual poderá determinar que seja distribuída uma parcela do ICMS aos municípios que ofereçam, por exemplo, serviços de água tratada, coleta, tratamento ou disposição final de lixo e esgoto à população". THOMÉ. Manual de direito ambiental, p.817.

[12] (Lei 8666/93) Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a *promoção do desenvolvimento nacional sustentável* e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

[13] A denominação é "função ambiental" e não "socioambiental", pois a função social de praxe se mantém intacta.

> Assim, quando se afirma que a propriedade tem uma função social, na verdade está se impondo ao proprietário o dever de exercer o seu direito não unicamente em seu próprio e exclusivo interesse, mas, principalmente, em benefício da coletividade, preservando o meio ambiente. É precisamente o cumprimento da função social que legitima o exercício do direito de propriedade pelo seu titular.[14]

E não podemos é trata-lo como obrigações acessórias surgidas em um ou outro tipo de contrato como nos exemplos acima. A pretensão é erigir a Função Ambiental como princípio estruturante e norteador[15] de todas condutas afetas à disciplina desse negócio jurídico, no compromisso com a proteção ambiental em detrimento do interesse puramente econômico, prevenindo-se condutas futuras e vedando-se o retrocesso socioambiental - "a obrigatoriedade estatal para a implementação do desenvolvimento sustentável deixa de ser apenas positiva e se transforma também em obrigação negativa (caráter dúplice)"[16] – e norteando até mesmo as relações e os hábitos de consumo:

> "...o verdadeiro consumidor verde, ou melhor, o verdadeiro cidadão consciente e responsável não é aquele que escolhe consumir preferencialmente produtos recicláveis, ou que se engaja voluntariamente nos programas de reciclagem, mas aquele que cobra do Poder Público, por meio de processos coletivos de pressão, que o mercado ponha um fim na obsolescência planejada e na descartabilidade, e, sobretudo, que exige do Estado a implementação de políticas públicas que destruam os mecanismos perversos de concentração de renda..."[17]

Vale reforçar nessa jornada que os deveres anexos da boa-fé também devem se referir à forma de se aproveitar e/ou acondicionar resíduos sob pena de sanção civil, que o dirigismo evidencie a vedação de novos empreendimentos em locais de nascentes, proteção das florestas proibindo-se negociações de produtos oriundos de mata virgem, pesca exagerada ou desperdício de água etc, e que o Judiciário, como em exemplo de decisão do próprio STF, se apodere do princípio como fundamento para os julgados:

> Crescente aumento da frota de veículos no mundo a acarretar também aumento de pneus novos e, consequentemente, necessidade de sua substituição em decorrência do seu desgaste. Necessidade de destinação ecologicamente correta dos pneus usados para submissão dos procedimentos às normas constitucionais e legais vigentes. Ausência de eliminação total dos efeitos nocivos da destinação dos pneus usados, com malefícios ao meio ambiente: demonstração pelos dados. 4. Princípios constitucionais (art. 225) a) do desenvolvimento sustentável e b) da equidade e responsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras. Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica. 5. Direito à saúde: o depósito de pneus ao ar livre, inexorável com a

[14] RESENDE; THOME. A função socioambiental do direito de superfície: uma análise à luz do direito civil e ambiental, p. 57.
[15] "Os princípios são normas e devem ser entendidos no contexto da ruptura paradigmática pela qual se superou o positivismo". STRECK. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito, 116.
[16] THOMÉ. *O princípio da vedação de retrocesso ambiental no contexto da sociedade de risco*, p.89.
[17] LAYRARGUES. *O cinismo da reciclagem: o significado ideológico da reciclagem da lata de alumínio e suas implicações para a educação ambiental*, p.221.

> falta de utilização dos pneus inservíveis, fomentado pela importação é fator de disseminação de doenças tropicais. Legitimidade e razoabilidade da atuação estatal preventiva, prudente e precavida, na adoção de políticas públicas que evitem causas do aumento de doenças graves ou contagiosas. Direito à saúde: bem não patrimonial, cuja tutela se impõe de forma inibitória, preventiva, impedindo-se atos de importação de pneus usados, idêntico procedimento adotado pelos Estados desenvolvidos, que deles se livram. [18]

Se os contratos têm como pano de fundo a dignidade da pessoa humana como início, fim e meio de suas obrigações, e o "meio ambiente também deve ser protegido como o direito de defesa da vida, ou melhor, como o local fundamental do desenvolvimento da personalidade humana"[19], encontra-se formada a conexão teórica pretendida. Nada mais evidente, assim, do que se considerar como princípio da teoria dos contratos sua Função Ambiental, com todos as consequências de dirigismo, intervenção, obediência, função de controle, interpretação, integração e demais tentáculos protetivos afetos aos já tradicionais boa-fé e função social.

4 CONCLUSÃO

A ordem jurídica exige que os tradicionais ramos do Direito – públicos e privados - sejam reanalisados naquilo que diz respeito à sua adequação com valores ou fins maiores do que os próprios interesses tutelados na esfera empresarial, civil, processual etc.

As demandas ambientalistas requerem uma repaginação de métodos não somente de produção industrial, agrícola etc, como também nas medidas legais e jurídicas que repercutam nas ações judiciais, na licitação, nos tributos, nas penas, contratos, relações de consumo etc.

No âmbito público, o Estado Ambiental deve ser o pano de fundo para todas as medidas, objeto e ações, tornando-se o marco teórico e fundamento guia. E no privado, onde a função social dos contratos se renove com a função ambiental como limite ao exercício da autonomia da vontade, exigindo condutas diretas e indiretas que atendam a defesa do meio ambiente.

É hora de frear o desenvolvimento puramente econômico com vistas à empregabilidade, lucros e PIB... Que a geração de empregos ocorra na agricultura familiar, plantio de mudas, defesa dos rios, reflorestamento e reciclagem...Enfim, que se altere a Carta Constitucional invertendo o foco "Homem" para "Mato" em todas as suas frentes...

> Nosso momento na História é realmente cheio de promessas. Como civilização e como espécie, chegamos ao momento da verdade; o futuro da mente humana e o futuro do Planeta estão na balança. Se alguma vez foram necessárias coragem, profundidade e clareza de visão, entre outras qualidades, é agora. Contudo, essa mesma necessidade talvez possa chamar a coragem e a criatividade de que agora precisamos. Deixemos as últimas palavras desse épico interminado para o Zaratustra de Nietzche: E como poderia eu aguentar ser um homem, se o Homem não fosse também poeta e leitor de enigmas e... um caminho para novos inícios. [20]

[18] STF - ADPF 101/DF - Argüição de descumprimento de preceito fundamental - Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA - Julgamento: 24/06/2009.
[19] COSTA. *Meio ambiente como direito à vida*, p. 116.
[20] TARNAS. *A epopeia do pensamento ocidental:* para compreender as ideias que moldaram nossa visão de mundo, p.440.

O "cidadão" agora é o rio, o passarinho, a muda, a cachoeira. Como dito, obrigado ser humano mas agora você é meio e não fim!

THE ENVIRONMENTAL STATE AS THE BASIS FOR A NEW GENERAL THEORY OF CONTRACTS

Abstract: It is time to change the focus: from man to environment. There is an emergency for the new "Environmental State" to create rules to protect, not the men, but the nature itself. It is time to substitute Democratic Rule of Law for the "Environmental State".

Keywords: Environment. Democratic Rule of Law. Environmental State. Function. Contracts.

REFERÊNCIAS

COSTA, Beatriz Souza. *Meio ambiente como direito à vida:* Brasil, Portugal e Espanha. Belo Horizonte: O Lutador, 2010.

LAYRARGUES, Philippe Pomier. O cinismo da reciclagem: o significado ideológico da reciclagem da lata de alumínio e suas implicações para a educação ambiental. In: CASTRO, Ronaldo Souza de; LAYRARGUES, Philippe Pomier; LOUREIRO, Carlos Frederico Bernardo (org.). *Educação ambiental:* repensando o espaço da cidadania. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2011.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental:* do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2003.

MACEDO, Humberto Gomes. *Teoria geral dos contratos*. 2.ed. Belo Horizonte: Initia Via, 2015.

RESENDE, Elcio Nacur; THOMÉ, Romeu. A função socioambiental do Direito de Superfície: uma análise à Luz do Direito Civil e Ambiental. In: RESENDE, Elcio Nacur; STUMPF, Paulo Humberto (coord.). *Temas de direito ambiental e desenvolvimento sustentável*. Belo Horizonte: O Lutador, 2010.

SIQUEIRA, Lyssandro Norton. Responsabilidade ambiental à luz das transformações da sociedade brasileira. In: PATROCÍNIO, Daniel Moreira do (organizador). *Princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SOFFIATI, Arthur. Fundamentos filosóficos e históricos para o exercício da ecocidadania e da ecoeducação. In: CASTRO, Ronaldo Souza de; LAYRARGUES, Philippe Pomier; LOUREIRO, Carlos, 2011.

TARNAS, Richard. *A epopeia do pensamento ocidental*: para compreender as ideias que moldaram nossa visão de mundo. 3.ed. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 2000.

THOMÉ, Romeu. *Manual de direito ambiental*. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

THOMÉ, Romeu. *O princípio da vedação de retrocesso ambiental no contexto da sociedade de risco*. Salvador: Juspodivm, 2013.

Referência:

MACEDO, Humberto Gomes. O Estado ambiental como fundamento para uma nova teoria geral dos contratos. *Direito Público*: *Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias*, Belo Horizonte, v.13, n.1, jan./dez., 2016. p. 59-66.

INCIDÊNCIA DE MULTA PELO NÃO COMPARECIMENTO DA PARTE À AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO NOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA*

LEONARDO OLIVEIRA SOARES**

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O módulo cognitivo padrão e os juizados especiais cíveis. 3 Incidência do CPC/2015 nos juizados especiais cíveis, sob a óptica normativa. 4 Outra observação normativa. 5 Incidência da multa prevista no art. 334, § 8º, do CPC/2015 nos juizados especiais da fazenda pública estadual. 6 E a autocomposição? 7 Conclusões.

Resumo: No trabalho, examina-se a possiblidade de aplicar-se a multa específica prevista no NCPC nos procedimentos regidos pela Lei 12.153/2009.

Palavras-chave: Conciliação, sanção, Juizados Especiais da Fazenda Pública, CPC/2015.

1 INTRODUÇÃO

Ligeira e superior reflexão, de ordem geral, merece ser apresentada como forma de introduzir-se o assunto: previsão legal de incidência de multa para o não comparecimento da parte a ato processual específico. Ei-la:

"Nenhuma sanção se prevê para o não-comparecimento pessoal ou do procurador ou preposto com poderes para transigir. Como resolver o problema? Se o autor não comparece, nem seu procurador ou preposto, nenhuma repercussão sobre os fatos haverá, nem sobre o pedido, dada a ausência de previsão legal. Sanção é insuscetível de construir-se

* Uma primeira versão foi divulgada na obra coletiva intitulada Coleção Repercussões do Novo CPC - v.7 - Juizados Especiais, da Editora JusPODIVM, 2015. Em essência, o texto ora disponibilizado corresponde ao revisto, ampliado e atualizado, apresentado como tese no XLII Congresso Nacional de Procuradores do Estado, oportunidade em que restou aprovado por unanimidade.

** Mestre em Direito Processual pela PUC-MG. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual e do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Procurador do Estado de Minas Gerais, atualmente na condição de Advogado Regional em Ipatinga-MG. Professor de Teoria Geral do Processo e Processo Civil na Faculdade de Direito de Ipatinga (MG).

mediante processo análogo. A nosso ver, a hipótese será vista como traduzindo recusa de conciliar, o que é um direito da parte, de que parece ainda não foram expropriados os sujeitos de direito em nosso país, devendo prosseguir o feito caso não obtida a conciliação. O mesmo no tocante à ausência do réu ou de seu procurador."[1]

Vê-se, pois, que o direito de autodeterminação das partes defendido na judiciosa lição doutrinária em tela compreende, linhas gerais, a escolha por deixar de comparecer à audiência inicial voltada para a resolução consensual de conflitos.

Uma particularidade merece, de logo, ser realçada, a saber: inexistir, ao tempo em que redigida tal passagem, sanção regularmente instituída para o caso da ausência em apreço.

Pois bem. Com a criação do CPC/2015,[2] tal singularidade caiu por terra. Sim, vez que o art. 334, § 8º, de aludido diploma legal autoriza a aplicação de multa, na hipótese de uma das partes, de modo injustificado, não se fazer presente à respectiva audiência.[3]

Em síntese, o pressuposto normativo resta, agora, atendido, eis que - ao menos do ponto de vista formal[4] - de nenhuma mácula se revestiu a aprovação do dispositivo em evidência, como, de resto, a do CPC/2015 em sua inteireza considerado.

Propõe-se, assim, examinar se a cominação em apreço deve ser aplicada no âmbito dos procedimentos regidos pela Lei 12.153/2009.[5]

Nada obstante a conclusão central a que se chegou englobe os Juizados Especiais Cíveis em seu todo,[6] optou-se pela respectiva delimitação, com o que se pontuou, ao longo da exposição, especificidades inerentes aos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Dito isso, é hora de iniciar-se propriamente a exposição.

Em primeiro lugar, à luz de perspectiva a que se vai chamar sistêmica.

2 O MÓDULO COGNITIVO PADRÃO E OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

[1] CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. vol. III, p. 120.

[2] Os dispositivos do CPC/2015 e o enunciado do Fórum permanente de processualistas civis citados ao longo do texto foram extraídos da seguinte obra: DIDIDER JR., Fredie; PEIXOTO, Ravi. *NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL*. Comparativo com o Código de 1973. Salvador: *JusPodivm*, 2015.

[3] Segundo o enunciado 273 do Fórum permanente de processualistas civis: "Ao ser citado, o réu deverá ser advertido de que sua ausência injustificada à audiência de conciliação ou mediação configura ato atentatório à dignidade da justiça, punível com a multa do art. 335, § 8.º, sob pena de sua inaplicabilidade."

[4] Reserva-se para outro estudo o exame da constitucionalidade material da imputação em foco.

[5] O CPC/2015 entrou em vigor em 18 de março de 2016, diante da *vacatio legis* de 1 ano prevista no art. 1.045 da Lei 13.105/2015 e do disposto no art. 8.º, § 1.º, da Lei complementar 95, de 26 de fevereiro de 1998, acrescentado pela Lei complementar 107, de 26 de abril de 2011, assim redigido: "A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subseqüente à sua consumação integral." Para chegar-se a essa conclusão, foram considerados o prazo de 12 meses e a data de publicação da Lei 13.105, no caso, 17 de março de 2015. Ou seja, o período de *vacatio legis*, *demarcado em Lei*, não foi computado em dias. Desse modo, a entrada em vigor ocorreu no primeiro dia útil subsequente: 18 de março de 2016.

[6] Composto pelas Leis 9.099/95, 10.259/2001 e 12.153/2009.

No CPC/2015, pretendeu-se, acertadamente, valorizar as soluções não "adjudicadas" de conflitos.

Com efeito, pois, além de disciplinar a denominada audiência de conciliação ou mediação (art. 334), cuidou-se da profissionalização de conciliadores e mediadores a fim de criar melhores condições para o êxito de cogitada audiência (art. 167). Ou, se preferir, com o intento de alcançar-se tanto quanto possível a pacificação social. Ademais, a partir de seu art. 190, o CPC/2015 oferece amplo leque para a realização de negócios processuais,[7] desde quando o direito em disputa admita autocomposição. Sem contar, a autorização para elaborar-se o calendário processual, por intermédio do que partes e juiz poderão estabelecer datas e fases compatíveis com as peculiaridades da demanda em juízo (art. 191 do CPC/2015).

Ou seja, ostenta o CPC/2015 - no plano da cognição, para ficar com o que interessa ao presente estudo - características afins do universo correlato dos Juizados Especiais Cíveis.

De fato, pois valorizadas, quer a oralidade, quer a simplificação procedimental, pilares principiológicos do microcosmo em pauta.[8]

Em síntese, pode dizer-se que a filosofia de que se vê impregnado o módulo cognitivo padrão aproxima-se daquela presente nocampocorrespondente dos Juizados Especiais Cíveis.

Dessa maneira, por meio da defesa da incidência subsidiária em pauta,contribui-se, ao fim e ao cabo, para o uniforme funcionamento do sistema público de justiça pátrio.

Agora, uma ligeira observação de cunho prioritariamente normativo.

3 INCIDÊNCIA DO CPC/2015 NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS, SOB A ÓPTICA NORMATIVA

No art. 15 da Lei 13.105/2015, estabeleceu-se que, na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, serão aplicados supletiva e subsidiariamente os comandos do CPC/2015.

Vê-se, portanto, que o legislador especificou os ramos do direito contemplados pelaincidência nos moldes acima demarcados.

Poder-se-ia sustentar que se trata de rol meramente exemplificativo, cabendo ao direito processual dito comum solucionar eventuais lacunas no plano dos procedimentos cíveis previstos em leis especiais. Notadamente, pelo fato de o art. 1.046, § 2.º, inserto no Livro Complementar do CPC/2015, dispor que: "Permanecem em vigor as disposições

[7] Colhe-se advertência quanto aos excessos a que se pode chegar mediante os "acordos" processuais, em NUNES, Dierle. Reformas processuais: estatalismo ou privatismo? Por um modelo comparticipativo. *RBDPro* 90/146.

[8] Ao propósito, vide CARDOSO, Oscar Valente. *Juizados especiais da fazenda pública:* comentários à Lei nº 12.153/2009. São Paulo: Dialética, 2010. p. 21-30.

especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código."[9]

Seja como for, não fica excluída interpretação literal - com a qual não se está de acordo, vale destacar - a desautorizar a aplicação residual do CPC/2015 no campo cognitivo dos Juizados Especiais Cíveis.[10]

4 OUTRA OBSERVAÇÃO NORMATIVA

Ainda em suas disposições finais, o CPC/2015 cuidou, em seus arts 1.062 a 1.066, de normas afetas aos Juizados Especiais.

Assim, em reforço à interpretação restritiva cogitada ao término do tópico anterior, ter-se-ia o seguinte argumento: as demais regras da Lei 13.105/2015 não se aplicam na esfera dos Juizados Especiais, já que o legislador - quando desejou tratar desse campo jurisdicional específico - o fez de modo expresso.

Vistos, em perspectiva geral, argumentos pró e contra a incidência subsidiária e supletiva geral do CPC/2015 no microcosmo em tela,[11] é chegado o momento de particularizar o discurso.

5 INCIDÊNCIA DA MULTA PREVISTA NO ART. 334, § 8.º, DO CPC/2015 NOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

Em seu art. 27, a Lei 12.153/2009 prevê a aplicação subsidiária das normas do CPC/1973, da Lei 9.099/95 e da Lei 10.259/2001.

Como o art. 1.046, § 4º, do CPC/2015 estabelece que a remissão ao CPC/1973, feita em leis especiais, deverá, doravante, ser lida como alusão ao CPC/2015, tem-se como certa a incidência subsidiária do CPC/2015 nos Juizados Especiais da Fazenda Pública. O que, por óbvio, não corresponde a afirmar que os procedimentos em curso perante aludidos órgãos jurisdicionais deixarão de preservar suas especificidades, *v.g.*, a inexistência de prazo diferenciado para a prática de atos processuais, conforme art. 7.º da Lei 12.153/2009.

Então, para que haja a incidência em apreço, deverão de modo concorrente:

a) inexistir regra específica nas Leis 9.099/95, 10.259/2001 e 12.153/2009 e

---

[9] À luz do CPC/1973, defendeu-se sua aplicação subsidiária no campo dos Juizados Especiais. Para tanto, mencionou-se o art. 272, parágrafo único, de referido Código. SOARES, Leonardo Oliveira. Ainda o princípio da confiança nos pronunciamentos jurisdicionais. *NOVOS ESCRITOS DE DIREITO PROCESSUAL: entre presente e futuro.* Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 148, nota de rodapé n. 11. Melhor se afigurava, porém, tal aplicação a partir do disposto no art. 271 do CPC/1973.

[10] Sobre o tema, consulte-se BOLLMAN, Vilian. Aplicar novo CPC a Juizados Especiais Federais passa por condições. Disponível em:<http://www.conjur.com.br/2015-mai-31/aplicar-cpc-juizados-especiais-federais-passa-condicoes>. Acesso em: 08.07.2015.

[11] Quanto à aplicação subsidiária do CPC na fase executiva perante os Juizados Especiais no âmbito civil, consulte-se ASSIS, Araken de. *Execução civil nos Juizados Especiais*. 5.ed., rev. e atua. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 45. À luz do disposto no art. 1.045, § 4.º, do CPC/2015 permanecerá válida aludida aplicação.

b) haver compatibilidade procedimental e com a natureza dos direitos discutidos em juízo.

Quanto ao primeiro dos critérios, sabe-se que não há previsão de sanção (*rectius*: de sanção de multa) para a ausência injustificada das partesà audiência de conciliação na órbita do procedimento regido pela Lei 12.153/2009.

No entanto, por força da aplicação subsidiária do art. 51, I, da Lei 9.099/95, autorizada pelo art. 27 da Lei 12.153/2009, o não comparecimento da parte autora - a quaisquer das audiências, é bom que se diga - já se vê sancionado com a extinção do processo sem resolução de mérito. Sem prejuízo, em todo caso, de consequência pecuniária, pois a isenção do pagamento de custas dependerá da comprovaçãode que a ausência decorreu de força maior, consoante art. 51, § 1º,da Lei 9.099/95. Por outras palavras, há estipulação de consequência própria para o não comparecimento do demandante, a afastar nova e, portanto, dupla penalização. Consequência, saliente-se,compatível com o direito de autodeterminação do autor. Afinal, na espécie, a ausência será interpretada tão só como desistência de postulação oriunda - vá a obviedade! - de livre e prévia manifestação de vontade própria.

Tal argumento, salvo melhor juízo, é bastante para que se deixe de aplicar o disposto no art. 334, § 8º, do CPC/2015 na seara procedimental em exame, vez que referido comandovisa a inibir ato omissivo injustificado do réu não menos que do autor no processo.

A partir do que se acaba de dizer, talvez se suponha que o passo seguinte corresponda a defender a aplicação da sanção processual da revelia, prevista no art. 20 da Lei 9.099/95, em virtude da ausência do réu à sessão de conciliação ou à audiência de instrução e julgamento.

Isso, por força da aplicação subsidiária permitida pelo art. 27 da Lei 12.153/2009.

No entanto, em se tratando da Fazenda Pública em juízo - ao menos em princípio - vai se estar diante de direitos indisponíveis, que afastam o efeito material da revelia,[12] pois, ao fim e ao cabo, cogitado efeito desencadeia consequências substanciais de cunho dispositivo.[13]

Diz-se em princípio, pois nada obsta a que, mediante lei, sejam conferidos poderes de disposição aos representantes judiciais da Fazenda Pública, como, por exemplo, ocorre na órbita dos Juizados Especiais Federais (art. 10, parágrafo único, da Lei 10.259/2001).

Ao propósito da inaplicabilidade em questão, merece consulta o entendimento do STJ de que a ementa abaixo transcrita é ilustrativa:[14]

> RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. MILITARES TEMPORÁRIOS. MÉDICOS CONVOCADOS PARA O SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO. TRANSFERÊNCIA DE SEDE. DIREITO ÀS INDENIZAÇÕES DE

[12] Nesse sentido, CUNHA, Leonardo Carneiro. *A fazenda pública em juízo*. 13 ed. atual. de acordo com o NOVO CPC e com a Lei 13.256, de 04.02.2016. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 96 e 97.

[13] Inaplicável, dessa maneira, no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, o enunciado 78 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Cíveis, segundo o qual: "O oferecimento de resposta, oral ou escrita, não dispensa o comparecimento pessoal da parte, ensejando, pois, os efeitos da revelia (XI Encontro – Brasília-DF)."

[14] No mesmo sentido, consultem-se: AgRg no REsp 117.017-0-RJ, AgRg no AgRg no AREsp 234.461-RJ e AgRg nos EDcl no REsp 1288560-MT.

> TRANSPORTE PESSOAL E DE BAGAGEM E DE AJUDA DE CUSTO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO NAS LEIS Nº 5.292/67 E Nº 8.237/91. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DOS GASTOS. VOTO PREVALECENTE NO SENTIDO DE QUE RESTOU EVIDENCIADO NOS AUTOS. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. EFEITOS MATERIAIS DA REVELIA. INAPLICÁVEIS À FAZENDA PÚBLICA. CORREÇÃO MONETÁRIA E MINORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211/STJ. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.
>
> - É da exegese das Leis nº 5.292/1967 e nº 8.237/1991, a primeira que regula a prestação do serviço militar obrigatório a médicos, dentistas, farmacêuticos e veterinários (MFDV), que esses militares (temporários), assim como os militares de carreira, possuem direito ao ressarcimentos dos valores decorrentes da transferência de sede, realizada em razão de sua incorporação ou no interesse da unidade militar.
>
> - A própria norma que garante aos militares especialistas (MFDV) o ressarcimento pelas despesas ocorridas com a mudança de sede, faz a ressalva quanto ao cabimento dessa indenização, à medida em que usa expressamente o termo se for o caso, condicionando o seu recebimento, pelos militares convocados e designados, à comprovação do que fora realmente dispendido na transferência de sede.
>
> - Restou definido no voto prevalecente que os valores pleiteados guardariam correlação com as condições pessoais de cada autor e que estariam evidenciados nos autos. Dessa forma, para rever as razões de decidir do acórdão recorrido, faria-se necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que não é possível em sede de Recurso Especial. Incidência da Súmula n. 7/STJ.
>
> **- A jurisprudência dessa Corte é uníssona no sentido de que à Fazenda Pública não se aplica o efeito material da revelia, pois os bens e direitos são considerados indisponíveis. Precedentes.**
>
> - Quanto à correção monetária e ao pedido de minoração dos honorários advocatícios, ausente o prequestionamento dos artigos apontados como vulnerados. Incidência da Súmula n. 211/STJ.
>
> Recurso especial a que se nega seguimento.
>
> (REsp 939.086/RS, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 12/08/2014, DJe 25/08/2014). (Sem grifos no original).

É certo que não se estava diante de demandas submetidas ao procedimento previsto na Lei 12.153/2009.

De outro lado, independentemente de se tomar partido a respeito dos requisitos, por hipótese, ensejadores de configuração de revelia nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, sustenta-se a inadmissibilidade de incidência da sanção estatuída no art. 334, § 8º, do CPC/2015 no universo especial ora delimitado.

Com efeito, haja vista a impossibilidade de aplicar-se supletivamente apenas parte de um mesmo dispositivo do CPC/2015,[15] eis que, insista-se, refutada sua incidência em relação ao autor.

Aí, em suma, a razão pela qual se rechaça a aplicabilidade da multa em foco, seja ao autor, seja ao réu nos procedimentos regidos prioritariamente pela lei 12.153/2009.

A rigor, a partir da interpretação desenvolvida no presente item, pode-se concluir que a exclusão em tela envolve o microcosmo dos Juizados Especiais Cíveis, dado o disposto no art. 51, I, da Lei 9.099/95, e sua incidência subsidiária prevista, respectivamente, nos arts 1º da Lei 10.259/2001 e 27 da Lei 12.153/2009.

Enfim, uma derradeira ponderação.

6 E A AUTOCOMPOSIÇÃO?

Ao tempo em que se apostam todas as fichas na autocomposição dos conflitos, poder-se-ia indagar o porquê de se desenvolver estudo, no qual, por assim dizer, reduz-se o campo de aplicação de multa estatuída com o propósito (será mesmo?) de estimular o desfecho consensual de demandas. Notadamente, em virtude de se tratar de incidência na esfera de órgãos jurisdicionais vocacionadospara tal desiderato.

Ora, ora, forçoso convir que, no particular, bem mais oportuno se afigura voltar as atenções para o exercício da prerrogativa legislativa conferida pelo art. 8º da Lei 12.153/2009, a partir do que estarão, com efeito, os representantes judiciais da Fazenda Pública autorizados - vale destacar -a "conciliar, transigir ou desistir."[16]

7 CONCLUSÕES

À luz da exposição ora encerrada, apresentam-se as seguintes conclusões:

1) As regras do CPC/2015 aplicam-se supletiva e subsidiariamente no campo cognitivo civil dos Juizados Especiais, quer em virtude de uma "aproximação" deprincípiosepropósitos, quer em função de disposição expressa constante do Livro Complementar do CPC/2015.

2) Para tanto, devem ser atendidos dois requisitos, a saber:

a) inexistir regra específica nas Leis 9.099/95, 10.259/2001 e 12.153/2009 e

b) haver compatibilidade procedimental e com a natureza dos direitos discutidos em juízo.

[15] Em defesa da incidência do art. 557 do CPC/1973 (artigos 932 e 1.021 do CPC/2015) no plano dos Juizados Especiais, seja para autorizar o julgamento monocrático pelas Turmas Recursais, seja para permitir a interposição de agravo de cogitado *decisum*, vide SOARES, Leonardo Oliveira. Recorribilidade de liminares na Lei 12.153/2009 e repercussão geral: problema do legislador ou dos operadores do Direito? *Terceiros Escritos de Direito Processual: agora mesmo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

[16] Isso porque, diferentemente do que se sustentou em obra específica (SOUZA, Márcia Cristina Xavier de. *Juizados especiais fazendários*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 119), a Lei 12.153/2009 não conferiu delegação de poderes para a autocomposição similar àquela presente no parágrafo único do art. 10 da Lei 10.259/2001.

3) Haja vista a previsão de sanção específica - art. 51, I, da Lei 9.099/95, aplicável subsidiariamente nos procedimentos regidos pela Lei 12.153/2009 - resta afastada a aplicação da multa estatuída no CPC/2015 para a ausência injustificada da parte autora à audiência de conciliação designada nos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Realmente, pois, do contrário, estará o autor sujeito à dupla penalização.

4) Diante disso, fica excluída, de igual forma, tal incidência em relação ao réu, eis que a norma em apreço visa a sancionar omissão injustificada do autor não menos que do demandado.

5) Nada obstante o recorte procedimental acima, a exclusão em tela alcança os Juizados Especiais Cíveis como um todo, em virtude do disposto noart. 51, I, da Lei 9.099/95, e sua respectiva incidência subsidiária.

6) Na esfera dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, a autocomposição - sua possibilidade, insista-se - encontra-se condicionada, em primeiro lugar, ao prévio exercício de competência legislativa pelos entes federados respectivos.

APLICACIÓN DE SANCIÓN POR LA AUSENCIA DE LA PARTE A LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN EN LOS JUZGADOS ESPECIALES DE LA HACIENDA PÚBLICA

Resumen: En el artículo, se examina la posibilidad de aplicación de sanción propia prevista en lo nuevo Código de Proceso Civil brasileño en lo universo de la Ley 12.153/2009.

Palabras clave: Conciliación, sanción, Juzgados Especiales de la Hacienda Pública, Nuevo Código de Proceso Civil brasileño.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Execução civil nos juizados especiais*. 5.ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BOLLMAN, Vilian. Aplicar novo CPC a Juizados Especiais Federais passa por condições. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-31/aplicar-cpc-juizados-especiais-federais-passa-condicoes>. Acesso em: 8.7.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg no AREsp 234461-RJ. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=

1200498&num_registro=201202013270&data=20121210&formato=PDF>. Acesso em: 10.7.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no REsp 1288560-MT. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1157206&num_registro=201102520496&data=20120803&formato=PDF. Acesso em: 10.7.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1170170-RJ. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1269725&num_registro=200902382629&data=20131009&formato=PDF. Acesso em: 10.7.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 939.086/RS. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1303667&num_registro=200700718460&data=20140825&formato=PDF>. Acesso em: 10.7.2015.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. vol. 3.

CARDOSO, Oscar Valente. *Juizados Especiais da Fazenda Pública*: comentários à Lei nº 12.153/2009. São Paulo: Dialética, 2010.

CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em Juízo.* 13.ed. atual. de acordo com o Novo CPC e com a Lei 13.256, de 04.02.2016. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIDER JR., Fredie; PEIXOTO, Ravi. *Novo Código de Processo Civil:* comparativo com o Código de 1973. Salvador: JusPodivm, 2015.

NUNES, Dierle. Reformas processuais: estatalismo ou privatismo? Por um modelo comparticipativo. *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 90, Belo Horizonte, Fórum, abr./jun. 2015.

SOARES, Leonardo Oliveira. Ainda o princípio da confiança nos pronunciamentos jurisdicionais. *Novos Escritos de Direito Processual:* entre presente e futuro. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SOARES, Leonardo Oliveira. Recorribilidade de liminares na Lei 12.153/2009 e repercussão geral: problema do legislador ou dos operadores do Direito? *Terceiros Escritos de Direito Processual:* agora mesmo. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

SOUZA, Márcia Cristina Xavier de. *Juizados especiais fazendários*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

Referência:

SOARES, Leonardo Oliveira. Incidência de multa pelo não comparecimento da parte à audiência de conciliação nos juizados especiais da Fazenda Pública. *Direito Público*: *Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias*, Belo Horizonte, v.13, n.1, jan./dez., 2016. p. 67-76.

AS RELAÇÕES FEDERATIVAS E A LEI KANDIR:
EM BUSCA DE UM ACERTO DE CONTAS

ONOFRE ALVES BATISTA JÚNIOR*

MARINA SOARES MARINHO**

SUMÁRIO

1 O princípio federativo e a Constituição Brasileira. 2 Histórico legislativo. 3 Prejuízos causados aos Estados exportadores. 4 O julgamento da ADO 25. 5 A proposta do acerto de contas. 6 Conclusões.

1. O PRINCÍPIO FEDERATIVO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Com o intuito de promover a descentralização do poder no país, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), instituída após o período da ditadura militar, proclamou o federalismo como o princípio norteador da organização política brasileira.[1] É sabido que o Brasil, desde sua independência, sempre foi governado de forma centralizada, o que deveria mudar drasticamente com a nova ordem constitucional.[2] É por isso que a obediência a esse princípio surge como cláusula pétrea, com o intuito de barrar qualquer tentativa, inclusive mediante a alteração da Carta Magna, de desequilibrar a relação entre os entes federados.

A Federação brasileira é formada "pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal" (DF), o que escancara que a autonomia política e financeira dos entes menores é pressuposto para a sua adequada formatação.[3] Quanto à autonomia política, atuam, no sistema federativo, duas leis capitais, de acordo com George Scelle:[4] "lei

* Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais; Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa; Doutor em Direito pela UFMG; Pós-Doutoramento em Direito (Democracia e Direitos Humanos) pela Universidade de Coimbra; Professor de Direito Público do Quadro Efetivo da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais (Curriculum lattes http://lattes.cnpq.br/2284086832664522).

** Assistente do Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais; Mestranda em Direito e Justiça pela Universidade Federal de Minas Gerais (Curriculum lattes http://lattes.cnpq.br/6230936890648392).

[1] Nesse sentido, DERZI e BUSTAMANTE (2016, p. 8), quando expõem que não se deve pensar no federalismo apenas como forma de Estado, mas antes como princípio de organização política, uma vez que está vinculado diretamente a um emaranhado de valores políticos e princípios constitucionais dotados de conteúdo normativo mais específico, relacionados às ideias de autonomia política e autodeterminação do indivíduo.

[2] Se a coroa brasileira buscou manter a unidade do país centralizando o poder nas mãos do imperador, o governo militar deixava em Brasília todas as decisões da República. A propósito, vale consultar BATISTA JÚNIOR (2017).

[3] Na dicção do *caput* do art. 1º da CRFB/1988, no qual, destaca-se, "união" vem grafada com letra minúscula.

[4] Cf. BONAVIDES (2010, p. 195).

da participação" e "lei da autonomia". A lei da participação traduz a necessidade de os Estados-membros participarem do processo político relativo a toda a Federação, com voz ativa nas decisões tomadas em conjunto, sendo ofensiva a decisão política tomada pela União Federal ao alvedrio dos Estados, DF e Municípios.[5] Já a "lei da autonomia" autoriza aos Estados-membros a legislarem, a estatuírem ordens constitucionais próprias e a exercerem os poderes que habitualmente modelam o Estado (executivo, legislativo e judiciário), tudo em consonância com a Constituição Federal.

Relativamente à "autonomia" financeira estadual, a CRFB/88, desde a origem, atribuiu determinada competência tributária a cada ente federado, nos artigos 153 (União), 155 (Estados e DF) e 156 (Municípios e DF). Ainda, consciente do superior poderio arrecadatório dos entes maiores, nos artigos 157 a 159, firmou transferências para complementar os recursos da arrecadação estadual e municipal, com os quais cada uma das pessoas políticas poderia contar para cumprir seu papel na Federação. Ou seja, o texto constitucional estabeleceu, exaustivamente, as competências de cada um, bem como as fontes de receitas necessárias (tributos e transferências), em nítido esforço para equilibrar as relações entre os entes federados.

Dessa forma, vigente a CRFB/88, sob sua égide, começaram a funcionar as pessoas políticas em uma verdadeira federação. Assim foi firmado o pacto federativo; dessa forma é que se buscou concretizar um efetivo Estado Democrático de Direito que permitisse o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. O novo "contrato social" buscou estabelecer, assim, um verdadeiro "federalismo cooperativo".

Ocorre que, apesar dos contornos de descentralização que a CRFB/88 deu à República Federativa brasileira, a realidade é que o modelo atual se mostra doentiamente centralizado – particularmente porque o pacto originalmente firmado passou por inúmeras alterações, seja pela via das emendas constitucionais, seja pela regulamentação de seus dispositivos na legislação infraconstitucional. Assim foi que, menos de 8 anos após a promulgação da CRFB/88, o pacto constitucional foi arranhado pela Lei Complementar n. 87 de 1996 (LC 87/96).

Desde sua promulgação, a CRFB/88, no art. 155, §2º, X, 'a', estatuiu a imunidade à tributação das exportações de produtos industrializados, limitando negativamente o alcance das normas de incidência tributária, na tentativa de assegurar a competitividade dos produtos da indústria brasileira no mercado externo.[6] Em sua redação original, a CRFB/88 estabelecia que o ICMS (principal tributo estadual) incidiria sobre operações que destinassem ao exterior produtos primários e semielaborados, estes definidos em lei complementar.[7] Logo, os Estados contavam com essa receita.

[5] Da mesma forma, é inconstitucional (por afronta ao princípio federativo) a decisão (autoritária) tomada pelo legislador da União em atenção às determinações do Executivo federal (atuando como um "rolo compressor") em flagrante ofensa ao posicionamento e aos interesses dos Estados e Municípios.

[6] É digno de nota que a Constituição de 1967 (art. 24, §5º) já trazia tal disposição limitada aos produtos industrializados, o que foi mantido pela EC n. 01/69 (art. 27, §7º).

[7] Desde os debates acerca do Anteprojeto Afonso Arinos havia polêmica acerca do que deveria ser considerado produto semielaborado, categoria não contemplada, inicialmente, pela imunidade de ICMS nas exportações. A solução encontrada pelo constituinte foi remeter sua identificação para lei complementar (o que aconteceu na LC nº 65/91).

Além da arrecadação própria do ICMS, Estados e DF recebem, por determinação constitucional (art. 159, inc. II), desde 1988, entre outros, repasses do produto da arrecadação do IPI, proporcionalmente ao valor de suas exportações de produtos industrializados (os quais são beneficiados, justamente, com a imunidade do ICMS pelo constituinte originário). Essa circunstância reforça a ideia de que quando há perda de autonomia financeira dos entes da federação em prol de políticas nacionais deve haver recomposição das perdas sofridas.

Diferente é a situação dos produtos primários e semielaborados a justificar o afastamento original pela CRFB/88 da sua imunidade nas exportações: é amplamente sabido que as *commodities* contam com pouco valor agregado e geram menos empregos. A exportação de produtos minerais, por exemplo, gera poucos encadeamentos econômicos (tanto a montante como a jusante), ou seja, não favorecem atividades produtivas (e geram poucos empregos). Da mesma forma, os recursos naturais se exaurem e causam significativo impacto ambiental no território de sua exploração; muitas vezes a mineração conta com posição monopolística[8] e as possibilidades de tributação atendem ao interesse público. Nesse sentido, se os recursos do subsolo pertencem ao povo brasileiro, como determina a CRFB/88, não tributar a exportação de minério pode significar transformar tributos em lucros privados, ou seja, pode possibilitar a apropriação por empresas privadas de riquezas que pertencem ao povo brasileiro. Por isso, andou acertadamente o constituinte originário ao retirá-los da hipótese de imunidade do ICMS na exportação.

Foi o legislador complementar quem, em 1996, desonerou completamente o ICMS nas exportações (art. 3º, II, da LC nº 87/96 - "Lei Kandir"), estendendo o definido para os produtos industrializados para os produtos primários e semielaborados.[9] E, em consonância com a Constituição, que mitigou os efeitos da concessão de imunidade por meio dos repasses de IPI, estabeleceu desde já a necessidade de a União compensar aos Estados e DF pelas perdas decorrentes de seu esforço exportador.[10] Hoje é notório que a sistemática de compensações nunca foi suficiente.

A partir da EC nº 42/03 a desoneração em comento foi elevada ao *status* constitucional, com a alteração do art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), o qual estabelece que a União deve compensar os Estados e o DF pelas perdas sofridas, nos termos a serem definidos em lei complementar (conforme critérios, prazos e condições nela determinados). Todavia, a norma exigida pela CRFB/88 nunca foi editada, razão pela qual o Supremo Tribunal Federal (STF), na Ação Direta de Inconstitucionalidade

[8] É o caso, por exemplo, do nióbio, elemento de liga que confere melhoria de propriedades em produtos de aço, especialmente nos aços de alta resistência e baixa liga, usados na fabricação de automóveis e de tubulações para transmissão de gás sob alta pressão, placas grossas em plataformas marítimas, pontes, viadutos e edifícios. O nióbio pode ser utilizado ainda em superligas que operam a altas temperaturas, como também em turbinas de aeronaves a jato. Cuida-se, por conseguinte, de um recurso mineral de grande utilidade para a indústria pela sua versatilidade e que, por seu descobrimento recente (sec. XIX), com certeza ainda terá sua aplicabilidade em muito alargada. Consoante o que dispõe o art. 1º da LC nº 65/91, a liga de ferro nióbio, principal produto exportado oriundos desse recurso mineral, seria classificada como produto semielaborado. De acordo com o Sumário Mineral de 2015, o Brasil possui 98,2% das reservas de nióbio existentes no mundo e respondeu, em 2015, por 93,7% do mercado esse metal (BRASIL, 2016a, p. 4-5).

[9] "Art. 3º. O imposto não incide sobre: [...] II - operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semielaborados, ou serviços". (BRASIL, 1996c)

[10] "Art. 31. Até o exercício financeiro de 2.002, inclusive, a União entregará mensalmente recursos aos Estados e seus Municípios, obedecidos os limites, os critérios, os prazos e as demais condições fixados no Anexo desta Lei Complementar, com base no produto da arrecadação estadual efetivamente realizada do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação no período julho de 1995 a junho de 1996, inclusive." (BRASIL, 1996c)

por Omissão (ADO) nº 25, proferiu decisão favorável unânime para reconhecer a omissão lesiva do Congresso Nacional, bem como para estabelecer o prazo de 1 (um) ano para promulgar a lei complementar referida, sob pena de o Tribunal de Contas da União (TCU) regulamentar a questão.

Como se evidenciará ao longo do presente estudo, é indiscutível que os Estados pagaram a conta do Plano Real federal. A União, por seu turno, alargou a incidência dos impostos sobre o consumo quando criou contribuições sociais (não compartilhadas com os Estados) e instituiu verdadeiro ICMS federal (PIS e COFINS). Curiosamente, se não compensou os Estados, avançou sobre a base de cálculo do principal imposto estadual ao tributar indiretamente o consumo.

A análise histórica da questão da desoneração das exportações demonstra que a União e seus tecnoburocratas até hoje não conseguiram aceitar o compartilhamento de poder idealizado pela CRFB/88 e, por isso, atuam sistematicamente de maneira antijurídica (ofensiva ao princípio federalista), como quando realizaram o cálculo agravado da dívida pública dos Estados, ou ao criarem contribuições sociais para alcançar a tributação sobre o consumo (invadindo mais uma vez a competência tributária estadual) etc. No caso específico do PIS/COFINS, para exemplificar, a União ampliou indiretamente a base de cálculo do imposto estadual sobre o consumo deixando para si o produto da nova arrecadação; entretanto, desvincula 30% dessas receitas, que deveriam ser destinadas à Seguridade Social.[11] Ao criar um novo tributo sobre o consumo conseguiu aumentar significativamente a sua arrecadação: em 2015, a arrecadação tributária bruta nacional correspondeu a 32,66% do PIB; desse percentual, 68,26% correspondeu à arrecadação da União; 25,37% se referiu à arrecadação estadual e 6,37% à arrecadação municipal. Com relação à arrecadação por tributo, o ICMS respondeu por 6,72% do PIB brasileiro e o PIS/COFINS a 4,28% do PIB - detalhe importante é que toda a arrecadação dos Estados corresponde a 8,28% do PIB, o que demonstra a relevância do ICMS para os cofres estaduais e, por comparação, os gigantes arrecadatórios que são as contribuições sociais para a União Federal (BRASIL, 2016b, p. 6).

Está correto o Ministro Gilmar Mendes ao dizer que vem ocorrendo no Brasil uma "inversão do quadro de partilha constitucional". [12] O que ocorreu ao longo dos anos foi que a União aprovou renúncias a tributos cuja arrecadação é compartilhada com os Estados (desonerações do IPI, como em 2009; deduções no IR) e, para cobrir seu déficit, ampliou as contribuições sociais (tributos não compartilhados), desvinculando parcela das receitas. Assim, os recursos foram se concentrando no ente federativo maior, em claro movimento centrípeto, contrário à tendência centrífuga idealizada pelo constituinte de 1988.

Na verdade, para a tecnoburocracia financeira da União, a nova Constituição foi um verdadeiro choque, porque, em última análise, descentralizou poder. A reação veio logo na segunda metade da década de noventa, quando foi inaugurada uma nova fase do federalismo fiscal brasileiro, quando ocorreu nítido "fortalecimento do poder central". A CRFB/88 foi concebida para evitar que o Brasil fosse um gigante comandado de longe por um pequeno grupo encastelado em Brasília, mas foi paulatinamente alterada para que o federalismo voltasse a ser mera formalidade. A deterioração das finanças estaduais é o

[11] Cf. art. 76 do ADCT: "São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) da arrecadação da União relativa às contribuições sociais, sem prejuízo do pagamento das despesas do Regime Geral da Previdência Social, às contribuições de intervenção no domínio econômico e às taxas, já instituídas ou que vierem a ser criadas até a referida data." (BRASIL, 1988)
[12] MENDES; BRANCO (2013, p. 1.357-1.360).

resultado dessa tendência centralizadora, ofensiva ao princípio federativo (cláusula pétrea da CRFB/88).[13]

2. HISTÓRICO LEGISLATIVO

Como visto, a arrecadação tributária é importante elemento de autonomia dos entes federados. Por isso, quando a Lei Kandir desonerou o ICMS das exportações, reduzindo significativamente a competência constitucional dos Estados, feriu a autonomia dos entes menores. O quadro narrado foi decorrência do Plano Real: para reverter a queda das exportações líquidas sem que houvesse desvalorização da moeda, optou a União por reduzir o imposto de circulação incidente nessas transações. A desoneração operada pela Lei Kandir buscou, acima de tudo, sustentar a política monetária de valorização cambial levada a cabo pela União Federal e que causava significativa queda nas exportações brasileiras. Como pontua CARVALHO (2000, p. 3-4):

> Com o Plano Real, a política macroeconômica de valorização cambial acabou afetando a competitividade externa dos produtos das exportações brasileiras, bem como a competição da produção doméstica das importações. O governo acabou ficando prisioneiro da âncora cambial e não optou pela desvalorização do real pelo menos até 1998, apesar das críticas da maioria dos economistas.
>
> Em 1996, para reverter a queda das exportações líquidas, o governo central resolveu reduzir o "Custo Brasil" através da desvalorização fiscal do ICMS, contemplando diretamente as exportações de produtos primários e semielaborados e as compras de bens de capital e material de consumo não incorporado diretamente ao processo produtivo. Em 14 de agosto de 1996, em reunião no Ministério do Planejamento e Orçamento dirigido pelo Antônio Kandir, teve início a negociação do projeto de lei, entre representantes dos Estados e da União, que resultaria na Lei Complementar nº 87/96.[14]

As políticas monetária e cambial, assim como a de comércio exterior, estão na esfera de competência constitucional da União (art. 21, VI, VII e VIII da CRFB/88), que deve executá-las no âmbito de suas atribuições. Não obstante, o governo federal empurrou a conta do resgate do Plano Real para Estados e Municípios, o que, se reforça, repercutiu na competência tributária dos entes menores e afetou o equilíbrio federativo estabelecido pela CRFB/88.

---

[13] Nesse sentido, PELLEGRINI (2006, p. 9-10).

[14] No mesmo sentido RIANI; ALBUQUERQUE (2008, p. 3): "A Lei Complementar 87/96, tal como foi concebida, tinha dois objetivos fundamentais. O primeiro era o de incentivar as exportações brasileiras, visando melhorar o saldo do Balanço de Pagamentos. A utilização do ICMS foi justificada, entre outras razões, como alternativa para não alterar a política cambial de paridade do real com o dólar americano. Acreditava-se que a adoção desta medida poderia minimizar os saldos negativos apresentados pela balança comercial do país. O segundo objetivo relacionava-se à necessidade de elevar os investimentos internos, a fim de promover o crescimento econômico, utilizando para tal finalidade o ICMS". Ainda, afirma VARSANO (2013, p. 10): "Do lado da União, o estímulo para negociar uma lei complementar teve origem na situação econômica do país. Desde a promulgação da nova Constituição o país havia crescido a taxas medíocres. O surto de crescimento ocorrido em decorrência do sucesso do Plano Real foi breve e já em 1996 se esperavam baixas taxas de crescimento no futuro próximo. A taxa de câmbio, usada como âncora para conter a inflação na nova moeda, cumpriu seu papel a custa de forte reversão da balança comercial que se tornou negativa já em 1995 e assim continuou até 2000. Importava, portanto, para os formuladores da política econômica aproximar as características do ICMS das melhores práticas internacionais, ou seja, eliminar a tributação das exportações, para melhorar o resultado do comércio exterior sem perder a âncora da inflação, exonerar os bens de capital para estimular o investimento, e eliminar a tributação em cascata provocada pelo critério de crédito físico adotado para o ICMS, para reduzir custos de produção".

A justificativa para a proposição do Projeto de Lei Complementar n. 95, de 1996 (PLP 95/96), que resultou na chamada Lei Kandir, previa exatamente a necessidade de "compensar" as perdas de arrecadação dos entes menores. A propósito, foi a previsão das transferências e os potenciais benefícios aos Estados o argumento utilizado para convencer os Governadores a apoiarem a aprovação da referida Lei.

Em sua origem, o PLP 95/96 previa a desoneração apenas da exportação de produtos semielaborados, e não a de produtos primários. Por isso, o art. 19 da proposição original previa expressamente que "a União compensar[ia] financeiramente os Estados e o Distrito Federal pela perda de arrecadação do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços decorrente da revogação da Lei Complementar nº 65/91". Após ter assumido o Ministério do Planejamento, pouco depois da propositura do projeto em comento, Antônio Kandir trabalhou pela aprovação de uma versão mais ampla da desoneração, envolvendo também os produtos primários. Sob pressão da tecnoburocracia financeira da União, a votação do PLP ocorreu a "toque de caixa".[15]

Como visto, o art. 19 do projeto original[16] previa expressamente a necessidade de "compensação" dos Estados e Municípios em virtude da desoneração operada no ICMS.[17] O verbo compensar, no contexto da norma mencionada, significa "reparar um prejuízo com uma vantagem correspondente; contrapesar, reciprocar".[18] Conforme exposto na própria justificativa do PLP, os Estados experimentariam significativa queda na arrecadação em decorrência do estreitamento do universo das operações tributáveis, em prol da política de incentivo das exportações conduzida pela União. Nesse compasso, era necessário e fundamental assegurar as receitas (tributárias e transferências) necessárias para que Estados e Municípios pudessem cumprir seu papel constitucionalmente atribuído. Em outras palavras, para que se mantivesse o equilíbrio federativo e se assegurasse a autonomia financeira dos entes federados, os Estados, DF e Municípios deveriam ser compensados. É exatamente o que se retira da proposta preliminar para compensação das perdas financeiras dos Estados, firmada entre o CONFAZ e os Ministérios da Fazenda e Planejamento, constante da Pauta da Reunião de Conclusão do Acordo Básico em torno do texto e definição do "seguro receita", realizada em 14/08/1996:

> "A. O Problema
> [...] estas medidas são importantes para aumentar a competitividade das empresas brasileiras pois, nos três casos [mudanças propostas pelo Poder Executivo], a

[15] Desde a leitura e publicação da matéria na Câmara dos Deputados até a sanção presidencial, decorreram apenas 3 (três) meses, período extremamente exíguo para a aprovação de modificação tão drástica na estrutura de arrecadação dos Estados e Municípios.

[16] "Art. 19. A União compensará financeiramente os Estados e o Distrito Federal pela perda de arrecadação do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços decorrente da revogação da Lei Complementar nº 65/91, prevista no art. 21 desta lei, e da concessão de crédito ao contribuinte que adquirir bens para seu ativo permanente, até o quinto exercício seguinte ao da promulgação desta lei." (BRASIL, 1996a)

[17] Nos termos trazidos pela justificativa ao PLP n. 95/96: "A Constituição não manda tributar a exportação de produtos industrializados semielaborados. Apenas permite que o legislador o faça se julgar conveniente. Os interesses nacionais requerem que esta tributação não exista e é por esta razão que o projeto faz referência apenas a produtos industrializados, ao mesmo tempo em que revoga a lei complementar nº 65, de 15 de abril de 1991. Basta que o legislador não defina o que são produtos industrializados semielaborados para que eles não sejam tributados quando exportados, uma vez que, na ausência de definição, subsumem-se na categoria de produtos industrializados. [...] Por fim, cabe mencionar a sistemática que o projeto estabelece como forma de compensar, nos cinco exercícios subsequentes à publicação desta lei, as perdas de arrecadação dos Estados decorrentes da revogação da Lei Complementar nº 65/91 e da concessão de crédito ao contribuinte na aquisição de bem para o seu ativo permanente" (BRASIL, 1996a).

[18] Verbete retirado do Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa MICHAELIS (2015).

> tributação está criando "custo Brasil". Por outro lado, a correção dessas distorções implica perda de receita de ICMS em relação à situação atual. Os Estados entendem que as medidas são benéficas – estimulam o crescimento econômico e as exportações – e as aceitam **desde que a perda seja compensada temporariamente** (**até que o crescimento se encarregue de diluí-las**)."[19]

O governo federal tinha duas opções para resolver a questão sem ferir o pacto federativo: trabalhar pelo alargamento da esfera de incidência do imposto (estadual) sobre o consumo, compensando assim as perdas de arrecadação pela desoneração das exportações, ou transferir recursos da União para os entes menores.[20] A Lei Kandir, em seu art. 31, optou por criar um sistema de entrega de recursos financeiros da União para os Estados e Municípios.

Feita essa opção, começou o desafio de manter o equilíbrio federativo pela via da compensação, logo a partir da promulgação da LC 87/96. A tecnoburocracia federal afirmava, à época, que, em um período de 5 (cinco) anos, os ganhos com o desenvolvimento da indústria brasileira superariam o montante não tributado (o que nunca ocorreu). Com base nas promessas da União, foi firmado acordo em torno do mecanismo chamado de "seguro-receita", destinado a "compensar" os Estados e Municípios, garantindo a manutenção do nível de arrecadação dos anos anteriores. No termos dos cálculos e estudos levados a cabo pelos tecnoburocratas da União, o aumento das receitas dos Estados pelo incentivo dado às exportações permitiria estabelecer um limite global de gastos anual.[21] Também com base nos cálculos fornecidos pela União, a partir de 1999 (período em que os Estados começariam a perceber seu ressarcimento integral pelo aquecimento da economia), os repasses seriam reduzidos gradativamente até o ano de 2002, quando enfim cessariam as compensações, nos termos da redação original do *caput* do art. 31 da LC 87/96.

Evidentemente, porém, os afiançados ganhos com o desenvolvimento da indústria, nos termos previstos pela tecnoburocracia financeira federal, jamais se concretizaram e, obviamente, nunca superaram o montante não tributado. Entretanto, a desoneração operada, que buscou incentivar as exportações, além de favorecer o fenômeno da "desindustrialização", feriu mortalmente a fonte de recursos dos Estados que se dedicam à atividade de exportação de produtos primários, como Minas Gerais, Pará etc. Como, afinal, um Estado exportador de *commodities*, que assistiu a exportação desses produtos ser desonerada, poderia ter aumentada sua receita tributária?

A colocação em prática do mecanismo de compensação das perdas de arrecadação não foi capaz de apaziguar a insatisfação dos Estados com a obscuridade da política proposta.[22] Logo no ano seguinte à edição da Lei Kandir, os Governadores já reclamavam da

[19] MACHADO, S., 1997b, p. 60 – grifos nossos.
[20] Nesse sentido, PELLEGRINI (2006, p. 21).
[21] Consoante o Anexo I da LC n. 87/96: "1. A União entregará recursos aos Estados e seus Municípios, atendidos limites, critérios, prazos e demais condições fixados neste Anexo, com base no produto da arrecadação do imposto estadual sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), efetivamente realizada no período julho de 1995 a junho de 1996, inclusive." (BRASIL, 1996c).
[22] Como afirmou o Deputado José Fortunati (PT-RS), em debate na 143ª Sessão da Câmara dos Deputados, em 27 de agosto de 1996, na qual se discutia o Substitutivo ao PLP 95/96: "Sr. Presidente, Sras. e Srs. Deputados, o Governo está tentando aprovar a toque de caixa a Lei Complementar nº 95, de 1996, do Deputado, e agora Ministro, Antônio Kandir, que desonera de ICMS os produtos semielaborados e primários destinados à exportação. Como muito propriamente diz o ex-secretário da Receita Federal, Osíris Lopes Filho, a opinião pública não está dando a devida atenção ao fato porque desconhece o efeito da transferência da carga tributária. [...] Está provado que, com a taxa de câmbio sobrevalorizada, é mais fácil importar do que exportar. O déficit da balança comercial comprova essa política de risco do Governo, julgada necessária para estabilização econômica.

insuficiência da compensação das perdas experimentadas. A resposta da União, no entanto, era de que modificações na legislação questionada seriam inviáveis em razão dos riscos de se "desequilibrar as finanças públicas" e "abalar o Real".[23] A situação piorou com a redução das transferências a partir de 1999.

Em decorrência da insatisfação geral dos Estados exportadores de produtos primários e semielaborados,[24] foi aprovada a Lei Complementar n. 102/00 (LC 102/00),[25] que alterou a LC 87/96 para adaptar as fórmulas de compensação e estabelecer que os repasses, a partir de então e até o ano de 2002, fossem realizados segundo um "fundo orçamentário", utilizando-se de coeficientes de participação pré-fixados. Em 2002, entretanto, também para abafar os veementes protestos dos Governadores, sobreveio a Lei Complementar n. 115/02 (LC 115/02), que postergou essa forma de repasses até 2006.

Revela-se, pelas sucessivas alterações legislativas, que a metodologia de cálculo das compensações foi sistematicamente modificada para abrandar a ira dos Estados-Membros. A Lei Kandir é de 1996 e, não mais de quatro anos após a sua promulgação, sobreveio a LC n. 102/00 para assegurar os repasses até, pelo menos, o ano de 2002. Não tendo sido suficientes as mudanças promovidas, foi aprovada a LC n. 115/02, dois anos depois, para prorrogar o período de repasses até 2006. Ano após ano, assistiu-se a uma verdadeira batalha entre a tecnoburocracia financeira da União (que se recusava a avaliar a compensação com base nas perdas efetivas) e os Estados e Municípios, que assistiam suas finanças se deteriorarem. Em 2003, o Congresso Nacional, no seu papel de constituinte derivado, aprovou a Emenda Constitucional n. 42 (EC n. 42/03), que elevou a desoneração das exportações ao *status* de imunidade, mas que igualmente firmou a necessidade de que fosse elaborada lei complementar para resolver definitivamente a questão, estabelecendo um mecanismo de compensação efetiva aos Estados e Municípios.

Para aqueles que equivocadamente entendam que a compensação das perdas com a desoneração das exportações de produtos primários e semielaborados deveria viger apenas enquanto perdurasse a sistemática de transferências segundo o chamado "seguro-receita", o breve registro histórico colocado acima afasta quaisquer dúvidas no sentido de que o art. 91 veio para atender às demandas dos governos estaduais de que fossem editadas novas regras de

---

Para compensar essa desigualdade entre importações e exportações, **o Governo propõe o aumento da competitividade via transferência do ICMS para a mão dos exportadores**. **Nada que reduza concretamente o preço de nossas mercadorias diante do mercado internacional**. **Ocorre que essa desoneração impacta diretamente na receita dos Estados e Municípios**. O próprio Governo Federal estima em quatro bilhões a renúncia do ICMS para 1997. Ora, os Estados federais estão totalmente inadimplentes em suas contas públicas, com seriíssimos problemas de caixa, com atraso no pagamento do funcionalismo e com riscos iminentes de intervenção federal. A fórmula elaborada para compensar essa perda não resolverá o problema da evasão deste valor dos cofres estaduais" (BRASIL, 1996b), grifos nossos.

[23] Cf. GOVERNO... (1997): "O Ministro Antonio Kandir (Planejamento) disse ontem que negocia o aperfeiçoamento da Lei Kandir, que eliminou a cobrança do ICMS nas exportações. Segundo ele, o governo não aceita negociar duas reivindicações dos Governadores: o fim da isenção das exportações e a reposição integral das perdas sofridas na arrecadação do ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços) devido aos incentivos. Se as modificações fossem feitas, provocariam, segundo Kandir, 'a volta da desorganização das finanças públicas' e abalariam o Real*"*.

[24] Em virtude das perdas verificadas nacionalmente, após 28 meses de vigência da LC 87/96, foi apresentado o Projeto de Lei Complementar 02/99, que pretendia alterar o art. 31 da LC 87/96 para prever tanto (i) o imediato ressarcimento dos estados conforme a receita que deixasse de ser auferida como (ii) a compensação retroativa pelo que foi prometido e não foi entregue. Nada disso efetivamente redundou em reposição de perdas.

[25] A LC n. 102/00 foi resultado da deliberação da Comissão de Estudo e Revisão da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro 1996, instituída pelo Governo FHC no Decreto n. 26/1999, em razão das reclamações dos governadores a respeito do "seguro receita".

apuração dos repasses pelo ente maior de modo a efetivamente compensar as perdas ocorridas com a desoneração heterônoma levada a cabo pela União.

Não há como desconsiderar, ademais, que o art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da CRFB/88 (alterado pela EC 42/03) tenha imposto um marco temporal para os repasses (§ 2º) e, sobretudo, em seu § 3º, tenha estabelecido o dever de o Congresso Nacional legislar nesse interregno.[26] O artigo deixa claro que a efetiva compensação deveria ser estabelecida em lei complementar a ser elaborada e que os repasses na forma da Lei Kandir (com a redação dada pela LC 115/02) deveriam ser temporários e só poderiam perdurar pelo tempo necessário para se elaborar a nova lei.[27] A propósito, a LC 115/02 determina expressamente repasses até o exercício de 2006. Portanto, a EC 42/03 firmou período máximo de 3 (três) anos para que o Congresso Nacional produzisse nova lei complementar. Em outras palavras, o art. 91 do ADCT reclamava que a lei complementar fosse publicada até 2006, quando terminaria o período de repasses de acordo com o *caput* do art. 31 da LC 87/96 (alterado pela LC 115/02).

A EC 42/03 firmou, portanto, prazo mais do que razoável para que o Congresso Nacional formatasse um mecanismo de compensação efetiva dos entes menores e para que fossem apuradas as perdas sofridas por todos esses anos (desde 1996). Não foi por outra razão que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 25 (ADO 25), o STF, à unanimidade, decretou a inconstitucionalidade, constatando que houve omissão lesiva aos Estados e Municípios por parte da União.

3. PREJUÍZOS CAUSADOS AOS ESTADOS EXPORTADORES

A Lei Kandir, consoante o exposto, promoveu a desoneração do ICMS de produtos primários e semielaborados (como o minério, o café etc.) e admitiu o direito de crédito relativo aos insumos que integram o processo produtivo, o que agravou ainda mais o rombo nas contas estaduais. Por outro lado, os mecanismos de compensação propostos pela

[26] Art. 91 do ADCT da CRFB/88: "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" (BRASIL, 1988).

[27] Durante todos os anos que se seguiram à promulgação da EC 42/2003, a União se valeu da regra, temporariamente em vigor, prevista no art. 31, §4º, da LC n. 87/96 (introduzida pela LC n. 115/02), que condiciona a entrega de recursos à existência de disponibilidades orçamentárias consignadas para essa finalidade na LOA e ousou, em determinados anos, a sequer incluir no Projeto de Lei Orçamentária a previsão de recursos para essa finalidade. Os Projetos de Lei Orçamentária relativos aos exercícios de 2004, 2005, 2006 e 2010, foram enviados pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional sem previsão de recursos para essa finalidade, os quais somente foram incluídos durante a tramitação no Congresso Nacional.

União foram insuficientes; os Estados e Municípios tiveram perdas muito superiores à compensação recebida.[28]

Não houve a devida compensação nem durante o primeiro período de vigência do disposto no art. 31 da LC 87/96 (até 2000, por superveniência da LC n. 102/00).[29] De acordo com os cálculos do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), em 1997, as transferências realizadas pela União Federal cobriram apenas 37,3% das perdas no exercício; em 1998 somente 40,8% e, em 1999, 55,4%.[30]

Não são raras as afirmações no sentido de que a desoneração operada pela Lei Kandir buscou modernizar a estrutura tributária e a conformar ao princípio segundo o qual não se deve exportar tributos. Ocorre que não existe esse princípio jurídico. O que verdadeiramente existe é que as normas tributárias, no comércio internacional, devem favorecer ao interesse do povo do Estado que tributa. Há um consenso econômico de que o Estado deve atuar para "favorecer" a competitividade do produto nacional no mercado internacional (o que a CRFB/88, em sua redação original, corroborava); deve gerar emprego; deve favorecer a economia nacional. Não existe, obviamente, um princípio jurídico que determine que o tributo deva ser transformado em lucro privado!

A necessidade de favorecer a inserção do produto nacional no mercado externo, por motivos de desenvolvimento econômico, não pode ser entendida como um comando de fazê-lo a qualquer custo, ignorando a possibilidade de se deflagrar um processo de desindustrialização, bem como de causar prejuízos diretos à arrecadação tributária. Portanto, não faz sentido argumentar a favor de um pretenso "princípio da não exportação de tributos" em prejuízo dos interesses nacionais, salvo quando a tributação onerar o exportador a ponto de retirar a competitividade do produto nacional no mercado externo (e tão somente nessa medida). Em geral, o tributo deve incidir porque a receita resultante se destina ao interesse da

[28] No caso de Minas Gerais, isso tem sido apontado continuamente pelos Pareceres do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCMG). Nesse sentido, vale conferir MOURÃO (2012, p.43) Da mesma forma, MINAS GERAIS (2013, p. 28).

[29] A União Federal estabeleceu um teto para a compensação. Nas palavras de MACHADO, P. (2002, p. 29): "Depois de aprovada a lei e com mais de dois anos já em vigência, verificou-se que o mecanismo de "seguro-receita" não estava cumprindo o papel de ressarcir os estados pelas perdas de arrecadação. Isto devido a um item da fórmula do seguro que punia os estados que obtivessem aumento em sua arrecadação própria. O impasse político foi criado, pois os governadores esperavam o ressarcimento pela perda da arrecadação decorrente da desoneração, enquanto os técnicos do Governo Federal afirmavam que na verdade o "seguro-receita" era de fato um seguro, e só deveria ser acionado se o estado tivesse queda na arrecadação, caso contrário não. Ocorre que concomitantemente à vigência da Lei Kandir, a maioria dos estados brasileiros iniciou um processo de modernização e fortalecimento de suas estruturas fazendárias estaduais dentro do Programa Nacional de Modernização das Administrações Fiscais dos Estados Brasileiros (PNAFE), financiado com recursos dos próprios estados e do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID). Desta forma criou-se uma situação onde, apesar de perder arrecadação com os efeitos da Lei Kandir, os estados melhoraram muito o seu nível de recolhimento, via o combate à sonegação e por meio da modernização da máquina fazendária. Com esta melhoria da arrecadação, que não tinha nada a ver com a Lei Kandir, a fórmula de cálculo do "seguro-receita" apontava para uma diminuição dos repasses e, em alguns casos, para a supressão deles".

[30] Estudo realizado pela Comissão Técnica Permanente do CONFAZ (COTEPE), considerando os valores do imposto que deixou de ser cobrado nas exportações de produtos primários e semielaborados, bem como a parcela do ICMS que deixou de ser cobrada nas operações com ativo permanente, descontados dos valores repassados pela União a título de ressarcimento ou de auxílio às exportações.

coletividade. É dizer, quando possível e recomendável economicamente, a tributação deve existir.[31]

A desoneração não se sustenta pelo suposto benefício de incremento da receita (que, obviamente, nunca chegou) e nem mesmo se ampara na suposta justificativa de que não se pode exportar tributo. Com relação aos recursos naturais esgotáveis, escassos e fadados à exaustão natural, essa alegação claramente não faz sentido. Isso porque, se o produto for tributado somente no destino (ou seja, no estado estrangeiro), o ativo natural exportado será exaurido na origem e produzirá retornos apenas no destino. A troca é visivelmente injusta: esgota-se a capacidade de riqueza (natural) do estado rico em recursos naturais, sem atribuir-lhe qualquer compensação financeira (pelo viés tributário).

É ainda muito estranho que se fale em "competitividade" e "exportação de tributos" em casos de "posição monopolística" ou ainda em situações de "minas que oferecessem um retorno extraordinário" (como as denominadas *world class mines*).[32] Quando o país possui o monopólio ou ao menos a liderança mundial no comércio de determinado recurso natural exaurível é lógico que não existe prejuízo algum em se praticar a tributação na origem. A política contrária, isso sim, ofenderia aos interesses nacionais. O próprio Banco Mundial reitera o presente posicionamento, nos seguintes termos:[33]

> Na Austrália, por exemplo, contratos de royalties separados foram negociados entre os proprietários e os estados para o desenvolvimento de depósitos excepcionalmente grandes ou ricos - por exemplo, *Olympic Dam*, *Mount Isa*, e *Broken Hill*. [...] No Canadá, *Saskatchewan* desenvolveu royalties especiais para commodities em que a província tem uma grande vantagem competitiva do ponto de vista de dotação: potássio e urânio. Mais uma vez, a riqueza e o tamanho dos depósitos nesta jurisdição permitem que os governos capturem uma parcela maior dos lucros a partir da reserva.

O favorecimento das exportações pela via da desoneração de produtos primários apenas perpetua a condição de exportador de *commodities* de muitas regiões do país. A título de exemplo, pode-se tomar a exportação do café em grãos: países como a Alemanha se tornaram grandes exportadores de café solúvel sem plantar café! O Brasil exporta o grão, gerando tão somente uns poucos empregos na agricultura. Os encadeamentos produtivos, a montante e a jusante, são pouco significativos, na medida em que se utiliza, nesses casos, poucos insumos. O café exportado vai gerar empregos nas indústrias do primeiro mundo e lá agregar valor. Um absurdo!

Afinal, de onde se tirou esse pretenso mandamento tributário aplicável a todos os casos, mesmo quando ocorrem situações de prejuízo ao interesse nacional? Não seria essa ideia o resultado de uma interpretação provinciana de ordenamentos estrangeiros? Estariam outros interesses particularizados sobrepujando os interesses nacionais? Não se estaria assim tão somente aumentando o lucro de exportadores à custa dos recursos do erário estadual? O Brasil não estaria com a Lei Kandir sendo condenado a se tornar um país meramente exportador de *commodities*?

---

[31] Em direção similar, SCAFF (2012, p. 43) afirma que a exportação de tributos agregados à mercadoria não faz sentido em contextos de concorrência, mas ressalva as situações de posição monopolística, as quais, segundo o Autor, não fizeram parte do debate normativo sobre a desoneração do ICMS.

[32] *World class mines* são minas de alta qualidade que se enquadram no decil superior do valor de desconto para todas as minas de uma reserva específica (WORLD BANK, 2006).

[33] Cf. WORLD BANK, 2006.

A perda de arrecadação não é o único prejuízo que os Estados experimentaram em razão da LC 87/96. A malfadada política macroeconômica da União, ao incentivar as exportações, penalizou gravemente as indústrias nacionais, criando outra realidade para os Estados (sobretudo para Minas Gerais, maior exportador de minério de ferro):[34] o desmantelamento da política industrial existente e a consequente "desindustrialização" (inestimável e, talvez, irrecuperável).[35] Como afirma Gilberto BERCOVICI (2016), desde 1964, e de modo acelerado a partir dos anos 1990, o Brasil passou por uma especialização regressiva, "com a perda do dinamismo industrial, cada vez com maiores acréscimos de conteúdo importado e redução de inovações tecnológicas, chegando, em alguns setores, à desindustrialização".

Por certo, os prejuízos ao povo dos Estados e dos Municípios exportadores de *commodities* são muito maiores. No caso de Minas Gerais, por exemplo, na década de 1970, todo o investimento feito para implantação de um "parque guseiro" que desse suporte à indústria siderúrgica e lastreasse a almejada implantação da indústria automobilística foi fulminado. O minério passou a ser exportado sem a sua industrialização e, hoje, o aço chinês chega em condições competitivas à Minas Gerais, feito com o minério exportado pelo próprio Estado.[36] É importante registrar que as insuficientes compensações pleiteadas visam tão somente a reparar as perdas diretas de arrecadação, não contemplando o ressarcimento pela destruição provocada ao parque industrial, nem ao desemprego consequente etc.[37]

De fato, as perdas diretas de arrecadação impostas pela desoneração do ICMS na exportação, bem como as perdas indiretas decorrentes da desindustrialização perversa, provocaram um desequilíbrio no pacto federativo firmado pela CRFB/88. O princípio federativo foi atingido em seu núcleo fundamental.

---

[34] Minas Gerais, ao contrário do que afirmam os tecnoburocratas federais, sofreu um grave processo de desindustrialização provocada pela malfadada política macroeconômica brasileira. Apenas em 2015, 60,2% das exportações (por fator agregado) se referiram a produtos básicos e apenas 39,8% a produtos manufaturados e semimanufaturados em conjunto. Não surpreende que 61,4% das exportações em 2015, por intensidade tecnológica, sejam de produtos não industriais, sendo o principal grupo dessa categoria os minerais metalúrgicos. As demais classificações, por sua vez, ficaram da seguinte forma: "[a] indústria de média-baixa tecnologia teve participação de 24,5%, baixa tecnologia de 9,3% e média-alta tecnologia representou 3,3% das exportações. A categoria alta tecnologia teve 1,5% de participação". Vale conferir, nesse sentido, MINAS GERAIS (2016, p. 43).

[35] O próprio Plano Nacional de Mineração (PNM - 2030) reconheceu o efeito da desindustrialização, mostrando que, ao longo da primeira década deste século, o Brasil tem vivenciado um processo que os especialistas chamam de "reprimarização" ou "especialização reversa" de sua pauta de exportações, com a proeminência de bens primários em detrimento dos bens de média e alta tecnologia. Cf. BRASIL. (2010, p. 14).

[36] O "parque guseiro", hoje, está em ruínas e faz lembrar cidades do *farwest* americano; a indústria siderúrgica patina. Em uma só "pancada" toda a política de desenvolvimento mineira foi fulminada pela política de incentivo às exportações de *commodities* da União.

[37] Em Minas Gerais, os prejuízos são os mais diversos. Segundo expõe SAES (2017, p. 171), em períodos recentes a alta dos preços das *commodities*, em especial do minério de ferro, fez emergir um novo conjunto de mineradoras dedicadas a explorar jazidas de pior qualidade. Esse modelo de exploração mineral alcançou a Cadeia do Espinhaço, patrimônio natural que reúne tipologias vegetais de Mata Atlântica, Cerrado e Campos de Altitude, e na qual, além de ser encontrada grande biodiversidade, ainda estão conservadas inscrições rupestres dos períodos mais antigos da ocupação ameríndia, encontradas por toda a extensão da cordilheira, na qual se localizam nascentes de rios como o Santo Antônio e do Rio do Carmo, que integram a Bacia do Rio Doce, e que por todo esse valor natural e cultural mereceria proteção. Também nesse processo de expansão da fronteira minerária no período de *boom* das *commodities* foram comprometidos modos de vida de comunidades tradicionais ao norte de Minas e na Bahia, onde surgiram conflitos relacionados ao acesso à terra e a recursos considerados sagrados. Quando o excesso da oferta de minério provocou a queda dos preços após 2012, grande parte desses projetos se mostrou inviável e foi abandonada, mas as perdas naturais e sociais experimentadas não poderiam mais ser revertidas.

O ideal constitucional de uma "união de Estados e Municípios" vem sendo substituído pela contraditória imagem de um comando distante e encastelado, cuja estratégia de controle é, por vezes, "dividir para conquistar". Reforça essa narrativa o fato de o governo federal simplesmente ter optado por se manter impávido e assistir "de camarote" o Nordeste e o Sudeste se digladiarem em uma guerra fiscal rumo ao fundo do poço, distante da realidade do país, enclausurado em Brasília (a erosão da base tributária dos estados, na realidade, facilita o esforço da tecnoburocracia da União no sentido de expandir o alcance de seus tributos). Ao quebrar Estados e Municípios, a União cria relações de dependência e subordinação, no claro propósito de preservar sua posição de supremacia, colocando-se como única fonte de recursos para estados que precisam cumprir sua missão e estão em dificuldades. A fragilização da autonomia financeira provoca, inevitavelmente, prejuízos severos à autonomia política. Às subunidades, para conseguirem executar seus deveres constitucionalmente impostos, resta nada mais do que se socorrerem nos braços da "mãe-madrasta", implorando de pires na mão.[38] Não bastasse a ofensa causada ao princípio federativo, as medidas imediatistas propostas pela tecnoburocracia financeira da União prejudicam o crescimento do país e destroem a capacidade dos Estados e Municípios de cumprirem seu papel constitucionalmente determinado.

O quadro lastimável é agravado quando se verifica que os serviços mais essenciais à população, e que também são os mais dispendiosos (saúde, segurança, sistema prisional, educação) ficam, em grande parte, a cargo dos Estados e Municípios, cujos servidores auferem remunerações sensivelmente inferiores àquelas pagas ao funcionalismo federal. Em alguns casos, existem ainda dívidas financeiras dos Estados para com a União que se arrastam de um governo para o outro, sofrendo a incidência de pesados juros. Se mesmo em tempos de "vacas gordas", isto é, durante a alta das *commodities*, ficaram obrigações pendentes do governo anterior, o que dizer do atual cenário de turbulência econômico-financeira que atinge o país?

Afinal, o que resta evidente é que a política de desoneração das exportações de produtos primários e semielaborados da União desequilibrou a relação entre os entes federados e promoveu grave ofensa ao princípio federativo. Como bem afirma Dalmo de Abreu DALLARI (1999, p. 78), "o respeito ao federalismo como princípio deve condicionar a legislação, as iniciativas e ações dos governos e também as decisões judiciais. Todo ato com implicações jurídicas que for antifederativo será, por isso mesmo, inconstitucional".

4. O JULGAMENTO DA ADO 25

Dez anos após a promulgação da EC 42/03 sem que fosse regulamentado o art. 91 do ADCT da CRFB/88, o Estado do Pará ajuizou a ADO 25. O pedido dessa ação, cuja tramitação durou pouco mais de 3 (três) anos, foi o de declaração da inconstitucionalidade por omissão para tornar efetiva a referida norma constitucional.

O STF, em 30 de novembro de 2016, no julgamento da ADO 25, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, à unanimidade decretou a inconstitucionalidade por omissão.

[38] Exemplos não faltam de como a União promove, a todo tempo, desequilíbrios federativos. Para afastar dúvidas, cabe mencionar três *cases* recentíssimos, julgados pelo STF: (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 desonerações concedidas ao ICMS (defasagens da lei Kandir).

Cuida-se de decisão extremamente relevante, tanto por seu conteúdo de mérito quanto pelas suas implicações processuais. Isso porque além de significar um marco para que se retome o equilíbrio das relações federativas no Brasil, representou uma virada no entendimento quanto aos efeitos do julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão. Não apenas foi declarada a omissão e determinado prazo para a sua resolução como restou estabelecido que, caso a norma prevista no *caput* do art. 91 não seja editada no decurso de um ano, caberá ao Tribunal de Contas da União (TCU) fixar o valor do montante a ser transferido aos Estados e DF.

Quanto ao arcabouço jurídico que rege a ADO, o art. 103, § 2º, da CRFB/88 dispõe que ela objetiva tornar efetiva norma constitucional. Para tanto, deve ser dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.[39] O entendimento mais ortodoxo acerca da ADO,[40] transposto com o julgado, vai no sentido de que as ações constitucionais têm caráter meramente declaratório.

Com relação à eficácia temporal dos pronunciamentos do STF em sede de ADO, parece não haver divergências quanto aos efeitos *ex tunc* da decisão, salvo quando expressamente o tribunal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos da declaração ou decidir que ela só terá eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.[41] Nesse compasso, no caso em tela, parece indiscutível que, não tendo havido determinação expressa do STF em sentido contrário, a decisão tem efeitos *ex tunc*, ou seja, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade por omissão retroagem.

Para autores como MENDES; BRANCO (2014, p. 1.178), os efeitos da decisão em ADO devem retroagir, mas a amplitude da eventual retroatividade apenas deve ser aferida no caso concreto; para outros, como CARRAZZA (1993, p. 39), a retroação dos efeitos deve alcançar a data em que a omissão se materializou.[42] No caso da ADO 25, resta claro que os Estados e os Municípios deveriam ser compensados pelas perdas que ocorreram desde 1996, porque as leis editadas para restaurar o equilíbrio federativo por meio da compensação não cumpriram sua função primordial. Entendimento contrário seria nítida ofensa ao princípio federativo. É patente que deve a União responder por todo o período pelo qual existiu a omissão lesiva aos interesses dos entes menores, especialmente porque se beneficiou da ausência de regulamentação.

---

[39] O dispositivo constitucional que rege a ADO está regulamentado pelos artigos 12-A a 12-H da Lei n. 9.868/99 (BRASIL, 1999).

[40] Nesse sentido, não seria possível ao julgador suprir lacunas deixada pelo legislador, o que não retira da decisão o seu caráter mandamental (CARRAZZA, 1993, p. 39; MORAES, 2016, p. 1.204; e MENDES; BRANCO, 2014, p. 1.177). Diverge CUNHA JÚNIOR (2010, p. 249-250), que defende a criação de norma temporária para sanar a omissão.

[41] Art. 12-H, § 2º da Lei n. 9.868/99: "Aplica-se à decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, o disposto no Capítulo IV desta Lei."

Art. 27 (Capítulo IV): "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado." (BRASIL, 1999).

[42] Aplicado o entendimento de que os efeitos retroagem (como preconizam MENDES e BRANCO, CARRAZA ou MORAES), os efeitos da ADO 25 alcançariam, pelo menos, o interregno até 2006, termo em que, sem sombra de dúvidas, restou caracterizada a omissão legislativa pela ausência de regramento jurídico (anomia), uma vez que o *caput* do art. 31 da LC n. 87/1996 apenas previa repasses para "os exercícios financeiros de 2003 a 2006".

Desde o momento em que a União desonerou o ICMS nas exportações de *commodities* e semielaborados, os Estados e Municípios fazem jus ao direito de serem ressarcidos pelas perdas sofridas em sua arrecadação, em especial porque a promessa de ressarcimento pela União Federal foi expressa. Entendimento diverso seria o mesmo que admitir ofensa cabal ao princípio da proteção da confiança. Nesse mesmo sentido vai a lição de autores como MORAES (2016, p. 1.204), que entendem que, tendo sido julgada procedente a ADO e sendo dada ciência ao Legislativo, a ocorrência da omissão resta fixada judicialmente, devendo ser dados efeitos retroativos (*ex tunc*) e *erga omnes* à decisão, sendo cabível a responsabilização da União Federal (pessoa política da qual o Poder Legislativo é parte integrante) por perdas e danos (se da omissão decorrer qualquer prejuízo).

A União sempre modelou seus planos e estratégias à revelia dos Estados e as "enfia", sistematicamente, "goela abaixo", em especial porque comanda o processo legislativo no Congresso Nacional. Na difícil tramitação de leis complementares, a bancada governista sempre tem força suficiente para bloquear a aprovação de diplomas legislativos que possam prejudicar os interesses da União.[43] Afinal, o legislador encarregado de elaborar a lei complementar reclamada é membro do Congresso Nacional e o legislativo nacional é parte integrante da União. Portanto, parece evidente que a União não pode se beneficiar de sua própria inação (omissão lesiva a direitos dos entes menores).

Em 2006, quando deveria acabar o sistema de repasses com base no "fundo orçamentário", o Congresso Nacional se manteve omisso em notório benefício da União, mantendo repasses insuficientes e incapazes de traduzir os valores a que faziam jus os Estados em virtude da perda de arrecadação. Ao não legislar, o Congresso Nacional claramente fez uma opção deliberada por não promover os repasses nos valores justos em detrimento dos Estados e Municípios, e em benefício da União,[44] desrespeitando o já tão combalido pacto federativo brasileiro firmado pela CRFB/88.[45]

---

[43] Desde 2002, sobrevieram pelo menos 10 (dez) projetos de lei complementar para alterar a sistemática de compensação na LC n. 87/96, além dos que foram apensados, e quatro propostas de Emenda à Constituição para assegurar o ressarcimento ou extinguir a desoneração do ICMS para produtos minerais primários ou semielaborados. Atualmente, pelo menos 6 (seis) projetos de Lei Complementar e 3 (três) PEC aguardam deliberação no Congresso Nacional. Da análise dos dados acerca da tramitação dos principais projetos de lei e de propostas de emenda à Constituição que até hoje foram apresentados perante o Congresso Nacional, verifica-se que apenas 2 (dois) projetos de lei complementar receberam pareceres pela sua aprovação na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal (CAE). Três PEC foram aprovadas na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, mas duas delas acabaram arquivadas ao final da legislatura. Também é de se notar que os relatores das Comissões instaladas, sempre pertenciam à base governista da Presidência da República no período de sua nomeação. Além disso, pode-se afirmar que *todos* os projetos e PEC apresentados sempre traziam como justificativa a necessidade de se *buscar reverter as perdas decorrentes da desoneração do ICMS nas exportações* causadas pela Lei Kandir (posteriormente elevada ao *status* constitucional pela EC n. 42/03). Seria mesmo uma ingenuidade acreditar que, sem a ADO, a força da União no Congresso Nacional (o "rolo compressor" legislativo), sobretudo na aprovação de leis complementares, pudesse ser transposta.

[44] Um dos poucos relatórios legislativos elaborados pelo Senado Federal ao longo desses 20 anos de destruição da economia dos Estados e Municípios, do Senador Delcídio do Amaral (no PLS n. 312/13), deixa tudo muito claro: "Como o autor alega, as perdas anuais estimadas chegam a R$ 18 bilhões, sendo que as compensações estão estacionadas em R$ 5,2 bilhões; observa-se, assim, que elas deveriam sofrer acréscimos anuais da ordem de R$ 13 bilhões. Sob outro ângulo, considere-se que o coeficiente de participação individual do Estado do Rio Grande do Sul — no total alocado pela União para atender as referidas desonerações — está fixado em 10,04%, e que a estimativa de suas perdas, conforme o autor, atinge R$ 2,5 bilhões. Então, pode-se inferir que o total de perdas de todos os Estados com as desonerações alcance cerca de R$ 25,9 bilhões. *Nesse ponto, independentemente da maior ou menor precisão dessas estimativas, importa ressaltar que* a União não dispõe de meios para atender tal demanda, *a não ser que comprometa a obtenção dos resultados e metas fiscais aprovados pelo próprio Congresso Nacional*. [...] desde 2007 adota-se como critério o coeficiente individual fixado em fins

Seguindo essa linha de ideias, o voto do Ministro Relator Gilmar Mendes ilustra perfeitamente o cenário das perdas experimentadas pelos Estados com a desoneração das exportações e a razão para o estabelecimento, na CRFB/1988, de regras de compensação, *verbis*:

> As modificações – não é difícil perceber – fizeram-se em prejuízo da competência e da arrecadação tributária dos Estados-membros. A nova disposição introduzida – *rectius*: modificada – pela EC 42/2003, ao afastar a possibilidade de cobrança do ICMS em relação às operações que destinem mercadorias para o exterior, redefiniu os limites da competência tributária estadual, reduzindo-a, com o evidente escopo de induzir, pela via da desoneração, as exportações brasileiras.
>
> Quero dar ênfase a esse ponto. O esforço de desoneração das exportações, em termos técnicos, ocorreu mediante alteração (leia-se: redução) dos limites da competência tributária estadual. Ou seja, deu-se em prejuízo de uma fonte de receitas públicas estaduais.
>
> Originariamente, os Estados e o Distrito Federal poderiam cobrar ICMS em relação às operações que destinassem ao exterior produtos primários. Agora, não mais.
>
> Então, se, de um lado, é certo que a modificação prestigia e incentiva as exportações, em prol de toda Federação, de outro, não é menos verdade que a nova regra afeta uma fonte de recursos dos Estados e haveria de trazer consequências severas especialmente para aqueles que se dedicam à atividade de exportação de produtos primários.
>
> Por isso, em contrapartida, para compensar a perda de arrecadação que naturalmente haveria de decorrer da desoneração das exportações imposta pela EC 42/2003, esta estabeleceu, no art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), uma fórmula de transferência constitucional obrigatória da União em favor dos Estados e do Distrito Federal.

Verifica-se que o art. 91 do ADCT exige que os Estados e Municípios sejam efetivamente compensados em razão das perdas de arrecadação sofridas como consequência

---

de 2002 para viger a partir de 2003 (LC 115) e o montante a ser distribuído é aquele constante na Lei de Meios Anual. É fato que a EC 42 convalidou esse sistema de entrega de recursos compensatórios aos Estados e seus Municípios, e ao Distrito Federal, até que nova lei complementar seja editada (art. 91, § 3º, do ADCT). *É verdade, também, que a norma está inserida nas disposições transitórias. Mas o legislador não definiu prazo para a institucionalização de nova partilha, e, em razão das condições macroeconômicas reais do País, entendo ser conveniente manter-se a regra de entrega de recursos pela compensação com base na fixação de coeficientes de participação individuais e nas dotações anualmente alocadas para tanto na Lei Orçamentária da União (artigo 31 e Anexo da LC 87/96 introduzido pela citada LC 115, de 2002).*" (BRASIL, 2014, grifos nossos).

[45] O relatório do Senador Flexa Ribeiro à PEC n. 83/07 também é elucidativo. Confira-se: "A desoneração total dos bens e serviços exportados, *extremamente prejudicial às finanças estaduais*, foi concebida e executada no *contexto do Plano Real*, numa fase em que, como forma de estabilização da moeda era extremamente necessário criar uma âncora cambial baseada na sobrevalorização da moeda nacional. A forma de compensar os Estados, chamada inicialmente de "seguro receita" funcionou razoavelmente por algum tempo. Todavia, de uma *compensação parcial que cobria cerca de sessenta por cento da perda de receita, chegou-se, ao final, a algo beirando os vinte e dois por cento*. Ou seja, *a política de exportação do Governo Central se assenta, em grande parte, no sacrifício das finanças estaduais.* A constitucionalização da desoneração total das exportações, operada pela Emenda 42, de 2003, deveria estar num contexto mais amplo de reforma do ICMS, o que não ocorreu, considerando que a promulgação fatiada transferiu o restante da reforma para outra PEC que, embora aprovada pelo Senado, não prosperou na Câmara dos Deputados. Também não produziu o efeito desejado a constitucionalização do ressarcimento, pela inclusão do artigo 91 do ADCT, pois o Poder Executivo negligencia na proposição da lei complementar que deveria regulamentar a matéria." (BRASIL, 2009, grifos nossos).

de uma política nacional que, possivelmente, não beneficiou a todos os entes federados em igual medida (se é que o fez para algum deles). O Ministro Gilmar Mendes, ilustrou exatamente o cenário das perdas experimentadas pelos Estados com a desoneração das exportações e a razão para o estabelecimento, na CRFB/88, de regras de compensação de perdas. A omissão constitucional, como deixou gizado o Ministro, "existe e já perdura por mais de uma década", portanto, "há omissão, há estado de inconstitucionalidade". Nesse compasso, o STF estabeleceu que, na hipótese de a nova lei não ser editada no prazo de 12 meses, cabe ao TCU fixar o valor das perdas e compensações dos Estados-Membros e do Distrito Federal.

O direito, por princípio, consagra a máxima de que aquele que causou prejuízo a outrem deve compensar o dano causado. O que o voto do Ministro Gilmar Mendes e a decisão final de julgamento evidenciaram é que foi a política da União que deu causa à sensível queda de arrecadação dos Estados exportadores de *commodities*. Quem causou o prejuízo aos Estados foi claramente a política (por certo atabalhoada e danosa) da União. Dúvidas não restam, portanto, no sentido de que deve a União repor as perdas pretéritas dos Estados. Evidentemente, se a União avançou por sobre a competência tributária estadual (nos termos do pacto constitucional) ao criar contribuições que se traduzem em um verdadeiro alargamento da base dos impostos sobre o consumo, por certo, deve restaurar o equilíbrio federativo e compensar os Estados pelas perdas sofridas com a desoneração da exportação dos produtos primários e semielaborados.

Além disso, reitera-se que o STF estipulou que, se decorrido o prazo de 1 (um) ano a partir da publicação da ata de julgamento (30/11/2016)[46] sem que o Congresso Nacional supra a lacuna, deverá o TCU atuar. A Corte de Contas, porém, é um órgão técnico e não legislativo, portanto, a determinação da Corte Constitucional é no sentido de que o vácuo reconhecido deve ser resolvido tecnicamente, ou seja, o Tribunal de Contas deve tão somente proceder ao cálculo do valor das perdas efetivamente sofridas pelos Estados e estabelecer um mecanismo que propicie a compensação adequada (efetiva) dos entes menores. Não cabe, no caso, decisão política que dosifique ou tempere a necessidade de compensação.

Na forma como foi desenhado pela CRFB/88, o Estado Democrático de Direito, de desiderato social, deve prover uma série de direitos sociais passíveis de serem exigidos judicialmente pelo cidadão, ou seja, deu aplicabilidade imediata aos direitos de saúde, educação etc., independentemente de intermediação legislativa. Os deveres prestacionais de cunho social de cada um dos entes federados não podem ficar na dependência de o legislador exercer a sua competência, por isso a CRFB/88 impõe um "dever de legislar" para assegurar a eficácia desses mesmos direitos sociais. Dessa forma, não faria sentido exigir dos entes menores a plena efetividade do atendimento de direitos fundamentais (como saúde, educação e segurança) sem garantir-lhes as fontes de recursos necessárias. Entendimento contrário significaria esvaziar a efetividade dos direitos sociais pela sua contraface (tributos e transferências). Em outras palavras, se a prestação de serviços públicos essenciais pode ser exigida judicialmente dos Estados e Municípios, como hoje a jurisprudência mais atualizada admite, não faria o menor sentido entender que a contraface desses direitos sociais (tributos e transferências) não pudesse ser da mesma forma reclamada. Portanto, se os Estados e

[46] Entendimento que foi referendado pela Advocacia-Geral da União (AGU) e reproduzido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional por meio da Nota PGFN/CAF/Nº 181/2017, em resposta a consulta jurídica do Ministério do Planejamento sobre a questão: "[i]mportante destacar que a Advocacia-Geral da União, no Parecer nº 00435/2016/GAB/SGCT/AGU, [...] asseverou que a decisão possui plena vigência e tem força executória a partir da publicação da ata da sessão de julgamento, a qual foi divulgada em 1º de dezembro de 2016."

Municípios sofreram perdas significativas de recursos financeiros por culpa da União, que não cumpriu seu "dever de legislar", as transferências não realizadas devem ser exigidas da mesma forma que podem ser reclamados os direitos sociais (imediatamente).

Os Estados são extremamente dependentes de sua arrecadação tributária e das transferências federais para a execução de políticas públicas; da mesma forma, são os responsáveis pelos maiores gastos com o funcionalismo público. A omissão relativa ao "dever de legislar" lesou os Estados e Municípios, ou seja, subtraiu recursos públicos dos Estados que são a contraface de direitos sociais passíveis de serem exigidos judicialmente dos entes menores.[47]

Não é possível cogitar que a CRFB/88 desenhe um rol de promessas vazias e inatingíveis, especialmente quando expressamente firma um "dever de legislar" (como no caso do art. 91 da ADCT). É dever do Estado maximizar o acesso aos direitos fundamentais e reduzir progressivamente os limites da "reserva do possível".[48] Assim, a fundamentalidade dos direitos sociais impõe ao legislador o "dever de legislar" no que se refere à matéria de conteúdo financeiro e orçamentário, mormente para regulamentar os preceitos constitucionais carentes de intervenção legislativa. Exatamente por isso é que a ideia de normas constitucionais programáticas está absolutamente superada.[49] No caso em tela, a União tinha o expresso "dever de legislar" e, não o fazendo, decotou capacidade prestacional dos Estados e Municípios, atentando, pela via financeira, contra direitos sociais passíveis de serem exigidos em juízo (aplicabilidade imediata). Como consequência, a omissão lesiva da União reclama um entendimento diverso do mais ortodoxo acerca da inconstitucionalidade por omissão, mais próximo da evolução jurisprudencial acerca do mandado de injunção.

O Supremo Tribunal Federal verdadeiramente inovou na ADO 25 e fez evoluir a interpretação constitucional no sentido de fazer efetivos os mandamentos constitucionais. A CRFB/88 não comporta mais manobras no sentido de fazer vazias suas determinações. A propósito, a declaração de inconstitucionalidade por omissão (pelo menos a que traduz uma omissão lesiva e deliberada específica a pessoas determinadas) não pode redundar em mera informação da Corte Superior ao legislador que se omitiu. Tal como no caso do mandado de injunção, é muito bem vida a evolução jurisprudencial, que busca dar efetividade máxima à Constituição.

Nesse sentido, o STF consignou que, caso a omissão persista, deve o TCU disciplinar a questão (frise-se). A razão do mandamento é clara: "[n]a realidade constitucional brasileira, atormenta-nos o risco de julgados do Supremo Tribunal Federal estarem se transformando em meros discursos lítero-poéticos" (BRASIL, 2016e, p. 30). Diversos projetos de lei complementar tramitaram, foram travados, trancados ou engavetados no

[47] Está evidente porque são os entes menores os mais endividados. Em 2016, três grandes Estados da Federação decretaram calamidade pública financeira: Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Minas Gerais. Também foram noticiados atrasos nos pagamentos de servidores públicos em diversas localidades do país. Cf. SERVIDORES... (2016)

[48] Cf. CALIENDO (2010, p. 177).

[49] No Brasil, no campo fático, eram comuns as omissões estatais e as prestações sociais insuficientes e inadequadas; no campo jurídico, predominava, na jurisprudência, no domínio dos direitos sociais, a "teoria das normas constitucionais de eficácia diferida", ou seja, as normas de direitos sociais, predominantemente, eram consideradas "normas programáticas", que postulavam, para sua realização, a intermediação do legislador democraticamente legitimado, em virtude da indeterminação de seu conteúdo e da dependência dos recursos financeiros e materiais. (SILVA, 1982, *passim*).

Congresso Nacional. O Tribunal, expressamente, percebendo a realidade, se antecipou e atribuiu ao TCU a tarefa de formatar os termos da compensação em caso de inação.

A constatação da probabilidade de o Congresso Nacional não regulamentar o art. 91 do ADCT decorre de o Poder Legislativo federal contar com legisladores que representam ao mesmo tempo a União (federais) e a nação. Com os mesmos trajes, as normas do ente maior são feitas pelos mesmos parlamentares que fazem as normas nacionais. O STF sabe da força do Governo Federal na feitura das leis; o julgador da magna Corte sabe da influência da tecnoburocracia da União e de seu esforço hercúleo para barrar ou acelerar a votação de determinadas matérias, sobretudo quando o que está em jogo são transferências de recursos que sairão dos cofres da União. Foi por isso que, por décadas, o dinheiro dos Estados e dos Municípios se manteve nas mãos do ente maior. Isso foi o que STF, como guardião do pacto federativo, por 11 X 0, expressamente, afastou.

Aliás, vale observar a omissão legislativa em tudo similar à do art. 91 da ADCT, em razão da qual o STF imputou à União o dever de ressarcir os cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência de portarias reservadas do Ministério da Aeronáutica. Isso porque o art. 8º, §3º do ADCT determinou que lei de iniciativa do Congresso Nacional deveria dispor sobre a forma dessa reparação financeira, a entrar em vigor no prazo de 12 (doze) meses a contar da promulgação da CRFB/88. O caso é interessante porque permite acompanhar o desenvolvimento do tratamento da inatividade legislativa pela Corte Constitucional.[50] Entretanto, a evolução jurisprudencial que resolve o problema dessa omissão legislativa de uma forma mais adequada se deu com o julgamento do MI 543, em 26 de outubro de 2000, quando o entendimento do STF sobre o caráter meramente declaratório da ação constitucional sofreu maiores alterações. A partir desse precedente, o STF entendeu desnecessário que os impetrantes pleiteassem reparação em ação de conhecimento perante instâncias inferiores: o procedimento caminharia por meio de ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação.[51]

A jurisprudência do STF evoluiu no sentido de dar efetividade aos mandamentos da CRFB/88[52] e passou a reconhecer o direito subjetivo do lesado ao objeto da prescrição

[50] Uma vez decorrido o prazo de 12 (doze) meses sem que o Congresso Nacional sequer propusesse projeto de lei para regulamentar o art. 8º, §3º do ADCT, foi proposto, em 15 de outubro de 1990, o Mandado de Injunção n.283 (MI 283), julgado, em 20 de março de 1991, pelo Tribunal Pleno do STF para declarar a mora legislativa e comunicar ao Congresso Nacional (o Ministro Marco Aurélio defendeu que deveriam ser fixados os limites da reparação pecuniária a partir dessa data). Apenas 8 (oito) meses após a referida decisão, o STF julgou o MI 284, que, igualmente, pleiteava o preenchimento da lacuna legislativa. Como já havia sido determinada a comunicação ao Congresso Nacional em julgamento anterior, o Plenário entendeu que o aspecto mandamental das decisões em MI já havia se exaurido e, por isso, reconheceu aos impetrantes, desde logo, a possibilidade de ajuizarem, imediatamente, nos termos do direito comum, a ação de reparação de natureza econômica.

[51] "Constitucional. Art. 8º, § 3º do ADCT. Anistia. Reparação econômica àqueles que foram impedidos de exercerem, na vida civil, atividade profissional. Portarias reservadas do Ministério da Aeronáutica. Mora do Congresso Nacional. Projetos de lei vetados pelo chefe do Poder Executivo. *Writ* pretende a mudança de orientação deste Tribunal, para que este fixe os limites da reparação e acompanhe a execução do acórdão. O Tribunal decidiu assegurar, de plano, o direito à indenização, sem constituir em mora o Congresso Nacional, para, mediante ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação, a fixar o valor de indenização.
Mandado de injunção deferido em parte" (BRASIL, 2000).

[52] A evolução não ficou restrita aos casos de direito subjetivo de natureza patrimonial. Nos julgamentos dos MI n. 670, 708 e 712, todos atinentes ao direito de greve do servidor público, assegurado no art. 37, inc. VII, ainda sem regulamentação, restou consignado que, para as situações de greve de servidores, deveria ser aplicada, no que coubesse, a Lei n. 7.783/89. Também nessas oportunidades o STF se afastou do entendimento ortodoxo de

normativa de cunho patrimonial, uma vez extrapolado o prazo razoável dado ao legislador nacional para cumprir seu "dever de legislar". No caso em tela, esse "dever de legislar" veio expresso no texto constitucional e a omissão lesiva foi deliberada e pilotada pela União, razão pela qual é garantida aos Estados, DF e Municípios a compensação de que trata o art. 91 do ADCT, independentemente da necessidade de ações ordinárias de cobrança. Por essa razão, mais uma vez, a liquidação deve ser feita pelo TCU, nos exatos termos decididos pelo STF.

No caso da omissão relativa à compensação das perdas com a Lei Kandir, a ausência de norma impediu que os pagamentos que foram realizados atendessem ao comando normativo constitucional, uma vez que foram desarrazoadamente insuficientes para compensar as perdas verificadas desde 1996. Mais do que isso, não é demais reforçar que a omissão ofendeu ao princípio federativo (cláusula pétrea da CRFB/88) na medida em que afetou gravemente o equilíbrio federativo.

Dessa forma, após décadas de inércia legislativa, que ilegitimamente (inconstitucionalmente) beneficiou a União Federal, os efeitos do julgamento da ADO 25 só podem mesmo ser *ex tunc* e os efeitos da decisão devem retroagir a 1996, ocasião em que o equilíbrio federativo foi gravemente prejudicado e que o princípio federativo foi severamente atingido. Em outras palavras, as perdas que se iniciaram em 1996 devem ser recompostas pela União Federal e uma sistemática de compensação efetiva aos Estados, DF e Municípios deve ser estabelecida para que o pacto federativo seja honrado.

5. A PROPOSTA DO ACERTO DE CONTAS

Consoante vem sendo noticiado, os Governos estaduais pleiteiam um encontro de contas entre os créditos que possuem relativos às perdas com a Lei Kandir e os débitos referentes à dívida com a União Federal.[53] A questão, que mereceu louvor do empresariado e da classe política, vem enfrentando, porém, severa resistência da tecnoburocracia federal.

No campo da arrecadação, estudo da Comissão Técnica Permanente do ICMS (COTEPE), que aprecia as proposições de convênios e demais atos a serem submetidos ao Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), estimou que, até dezembro de 2005, as perdas de arrecadação de todos os Estados e DF seriam superiores a R$ 69 bilhões (PELLEGRINI, 2006, p. 29). A Secretaria de Estado de Fazenda do Estado de Minas Gerais corrigiu esses valores pela taxa SELIC capitalizada (menor índice utilizado pela União para atualizar a dívida dos Estados) até 2015 e chegou ao montante de 135 bilhões de reais apenas para o Estado de Minas Gerais.[54] Cumpre frisar que a dívida de Minas Gerais para com a União Federal, corrigida pelo mesmo índice, gira em torno de 88 bilhões de reais.

Sem sombra de dúvidas, Minas Gerais, bem como diversos outros Estados, são, por igual, credores da União, já que houve reconhecimento tanto da "mora legislativa" como do "direito à compensação das perdas" decorrentes da desoneração de ICMS nas exportações.

---

que a sua atuação deveria se restringir à declaração da mora e comunicação ao ente responsável, tendo estabelecido uma regulamentação provisória. Para mais informações sobre a evolução da jurisprudência nos casos de omissão legislativa ver (MENDES, 2011, p. 187-188).

[53] Cf. MINAS... (2017); ENTENDA... (2017); PIMENTEL... (2017).

[54] Apesar de o FEX não possuir relação direta com a LC n. 87/96, as transferência de recursos realizadas em virtude desse auxílio foram consideradas no cálculo das perdas de arrecadação pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais.

O Governador mineiro buscou uma solução consensual para evitar a judicialização da matéria, na forma preconizada pela legislação processual brasileira.

É consabido que a crise financeira dos Estados se arrasta por anos e a relação com as perdas financeiras experimentadas pela Lei Kandir é direta, clara, evidente. Com a arrecadação perdida, Minas Gerais, por exemplo, estaria em condições de resolver todas as suas dívidas, em especial as existentes para com a própria União e poderia avançar; poderia proporcionar ao povo mineiro aquilo que se espera: mais educação, mais saúde, mais segurança.

Da mesma forma, é ressabido que os Municípios fazem jus a 25% (vinte e cinco por cento) da arrecadação perdida.[55] Tudo isso pode ser traduzido por uma fórmula simples: aquilo que Estados, DF e Municípios perderam de arrecadação (e que deveria ser compensado pela União) encheu as burras do Tesouro Nacional. O dinheiro que deveria vir para os entes menores ficou nos cofres da União. Todos os entes federativos menores (Estados, DF e Municípios) estão, com a omissão do legislador federal, perdendo bilhões de reais para o caixa da União.[56]

Os tecnoburocratas federais chegam a argumentar que o valor apresentado pelo Estado de Minas Gerais deixou de considerar os efeitos macroeconômicos positivos que a desoneração das exportações exerceu sobre setores da economia e, consequentemente, o crescimento da base de arrecadação dos tributos. O argumento, com a devida vênia, não tem o menor cabimento.[57] Como, afinal, poderia um Estado exportador (sobretudo de produtos primários e semielaborados), que viu suas exportações serem desoneradas, ter aumentada sua receita tributária em razão da desoneração de seu tributo? Como se não bastasse, é consabido que a desoneração das *commodities* promoveu um grave processo de desindustrialização que levou ao colapso a indústria mineira e a receita do ICMS.

[55] Art. 91, §1º, do ADCT: "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." (BRASIL. 1988).

[56] Como registrou o Ministro Fachin (BRASIL, 2016d, p. 11): "No campo da receita, há um acirramento dos conflitos acerca da distribuição da carga tributária, uma vez que no exercício financeiro de 2014 a Secretaria da Receita Federal noticia que a União deteve 68,47% da arrecadação, ao passo que os Estados ficaram com 25,35% e os Municípios, 6,19% do total (BRASIL. MINISTÉRIO DA FAZENDA. SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. Carga Tributária no Brasil – 2014: análise por tributo e bases de incidência. Brasília: Centro de Estudos Tributários e Aduaneiros, 2015, p. 5)."

[57] Verifica-se que a prometida geração colateral de receitas para os Estados e Municípios que se sustentam com a produção de bens primários não faz frente, sequer, aos custos do irreversível desgaste ambiental que condena o futuro dessas localidades (o minério, por exemplo, não permite duas safras). Recentemente, Minas Gerais foi o cenário do maior desastre ambiental causado por uma mineradora no país, o rompimento das barragens de Fundão e Santarém, operadas pela empresa Samarco no subdistrito de Bento Rodrigues, próximo ao Município de Mariana. Os rejeitos de mineração despejados destruíram 1.469 hectares, incluindo áreas de preservação permanente. Além disso, a bacia do Rio Doce foi afetada, o que fez com que os efeitos do acidente ultrapassassem os limites mineiros e chegassem ao Espírito Santo e ao sul da Bahia. O abastecimento de água nos Municípios atendidos pelo rio ficou comprometido, a produção de energia elétrica também restou prejudicada e houve alteração nos ciclos ecossistêmicos da região. Do ponto de vista econômico restou escancarada a dependência da arrecadação e de toda a estrutura comercial e de prestação de serviços das comunidades locais para com a Samarco. Vale conferir, BATISTA JÚNIOR; MAGALHÃES (2016). Por outro giro, a título de exemplo, verifica-se que os empregos diretos gerados pela indústria de extração mineral em Minas Gerais correspondem a apenas 1,2% do total do Estado (o setor de serviços gera 33% enquanto o comércio é responsável por 21%), conforme dados da Relação Anual de Informações Sociais do Ministério do Trabalho - RAIS/MTb – (BRASIL, 2016c).

Os técnicos federais entendem, ainda, que o "acerto de contas" não procede porque a União transferiu, desde 2004, além dos recursos previstos na Lei Kandir, os recursos do Auxílio Financeiro para Fomento das Exportações (FEX), conforme determinado por medidas provisórias (MP) periodicamente convertidas em lei. Nessa toada, afirmam, também, que o "acerto de contas" deve considerar os repasses do IPI-exportação aos Estados e DF.[58] Mais uma vez rogando vênia, pode-se afirmar que tais afirmativas não fazem o menor sentido.

O FEX foi instituído, em 2004, por meio da MP 193/2004, para "reduzir a vulnerabilidade externa da economia brasileira" e "estimular os entes federados a contribuírem com o esforço exportador".[59] Trata-se de transferência de recursos não vinculados da União para os Estados, DF e Municípios sem qualquer regulamentação legal permanente. Ano após ano, o valor a ser distribuído é incluído na Lei Orçamentária Anual e é editada uma Medida Provisória (MP) estabelecendo o montante de repasse que é dividido de acordo com estipulações do CONFAZ. Parece mesmo que, em virtude das absurdas distorções provocadas no pacto federativo, a União, com o perdão da expressão, criou uma espécie de "mesada" para os Estados. Não há qualquer garantia de que as transferências venham a ocorrer, tampouco há segurança quanto ao seu valor. Nos anos de 2013 e 2014, por exemplo, não houve previsão orçamentária do FEX, o que ocasionou atrasos e divergências nos valores relativos ao seu pagamento. Cumpre registrar, porém, que os cálculos apresentados pelos Estados ao Ministério da Fazenda, consideraram todos os repasses do FEX realizados desde 2004. Em outras palavras, para o "encontro de contas" os valores de FEX já foram considerados.

A tecnoburocracia federal tenta passar a imagem de que os Estados não teriam muito a receber em decorrência das transferências de 10% da arrecadação do IPI, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados. Salta aos olhos que não faz o menor sentido considerar os valores dos repasses constitucionais do art. 159, inc. II, da CRFB/88 como parte da compensação pela desoneração do ICMS. Os repasses do IPI estão previstos, desde 1988, no texto constitucional, portanto não possuem qualquer relação com a Lei Kandir, de 1996. As transferências do IPI dizem respeito apenas a produtos industrializados – beneficiados com a imunidade do ICMS pelo constituinte originário (e não pela Lei Kandir). O dispositivo constitucional reforça a ideia de que a União deve mitigar as perdas sofridas pelos entes menores em seu esforço exportador, tanto assim que previu repasses com relação aos produtos industrializados.

Está patente, assim, que a União dispõe de créditos com os Estados e possui uma dívida com relação às perdas acumuladas com a desoneração da Lei Kandir, que nunca foram devidamente compensadas (a propósito, o crédito para com a União deve ser corrigido pela SELIC capitalizada). O que ficou claro na decisão do STF é que a autonomia financeira e política dos Estados foi severamente prejudicada e o princípio federativo foi flagrantemente

[58] "Em audiência pública da comissão (nesta terça-feira), representante da Confederação Nacional dos Municípios estimou que as prefeituras perderam cerca de R$ 170 bilhões entre 2006 e 2015 com a Lei Kandir. O deputado Carlos Melles, do Democratas de Minas Gerais, que participou da reunião na Fazenda, alertou, no entanto, para o risco de uma 'falsa expectativa'. Eu vi no secretário-executivo Eduardo Guardia e na secretária (do Tesouro Nacional) Ana Paula Vescovi, enfim, todos do Ministério da Fazenda, uma explicação serena e segura de que estávamos discutindo uma coisa que não existia. Dadas as modificações que o Supremo já fez, dadas as reduções do IPI (10% da arrecadação do IPI integra o Fundo de Exportação) e dada uma análise mais cuidadosa parece que nós não temos muito o que receber não, nos nossos estados'" (ESTADOS E MUNICÍPIOS..., 2017).

[59] É o que se extrai da Exposição de Motivos da MP (BRASIL, 2004).

violado. Enfim, por maior que seja a resistência da tecnoburocracia federal, a democracia reclama que o equilíbrio federativo seja imediatamente restaurado.

6. CONCLUSÕES

Existem, atualmente, em trâmite no Congresso Nacional pelo menos 5 (cinco) Projetos de Lei Complementar para alterar a sistemática de compensação da LC n. 87/96, destacando-se, dentre eles, o PLP n. 62 apresentado pelo Deputado Reginaldo Lopes (PT/MG), que prevê o "acerto de contas" entre Estados, DF e União para quitar ou reduzir significativamente as parcelas referentes ao pagamento da dívida que os entes menores mantém com a União.

Na realidade, a compensação das perdas de arrecadação decorrentes da desoneração do ICMS representa uma oportunidade de os Estados, DF e Municípios, que em sua maioria enfrentam dificuldade financeira (quando não calamidade), voltarem a investir em atividades produtivas sustentáveis, o que é essencial em um contexto de crise.

A política da tecnoburocracia financeira da União vem desmantelando o pacto federativo, alongando seus poderes, restringindo competências estaduais e sacrificando os entes subnacionais. É evidente que a União, sistematicamente, federaliza ganhos e subnacionaliza custos. O federalismo canibal resultante, dia após dia, vem destruindo o Brasil.

É ressabido que os rumos do federalismo brasileiro estão a depender da solução que for dada para essa questão. Os problemas mais gritantes que afligem o povo brasileiro, como as condições dos hospitais, dos presídios etc., estão a depender de um justo encontro de contas.

Como já afirmou Carlos Leite (*In. Cidades Sustentáveis, Cidades Inteligentes*), o século XIX foi a "Era dos Impérios"; o Século XX, a "Era das Nações" e, ao que tudo indica, expurgados os desavisados espasmos nacionalistas, o Século XXI merece ser a "Era das Cidades". Por certo, a democracia reclama que o presente século seja a "Era dos Entes Federados menores" e não anos de políticas centralizadas, afastadas da realidade, insensíveis aos anseios da população.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. O projeto democrático-descentralizador da Constituição e o acerto de contas. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 27 jun. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jun-27/onofre-junior-projeto-democratico-descentralizador-constituicao>. Acesso em: 28 jun. 2017.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. Out of the mud. *Law, Justice and Development.* Washington, Mundial Bank, v.1, 2016.

BERCOVICI, Gilberto. Brasil continua com a política da acumulação primitiva de capitais. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 10 jul. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-10/estado-economiabrasil-continua-politica-acumulacao-primitiva-capitais>. Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Projeto de Constituição: Emendas oferecidas em Plenário ao Substitutivo do Relator - Volume IV (Emendas 31128 a 35111)*. Brasília, Centro Gráfico do Senado Federal, p. 2.497-3.472, set. 1987. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-239.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei Complementar n. 95, de 1996*. Brasília, 1996a. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C3B348723319BFAE49E7AF560C433D8C.proposicoesWebExterno2?codteor=368485&filename=Tramitacao-PLP+95/1996>. Acesso em: 6 jul. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 6 jul. 2017.

BRASIL. *Decreto nº 26, de 26 de outubro de 1999*. Brasília, 1999. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=214891&norma=227860>. Acesso: 21 jul. 2017.

BRASIL. Departamento Nacional de Produção Mineral. *Sumário Mineral – 2015*. Brasília, DNPM, 2016a. Disponível em: <http://www.dnpm.gov.br/dnpm/sumarios/sumario-mineral-2015>. Acesso em: 5 jun. 2017.

BRASIL. *Diário da Câmara dos Deputados*, ano LI. Brasília, Imprensa Oficial, 28 ago. 1996b.

BRASIL. *Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 6 jul. 2017.

BRASIL. *Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996*. Brasília, 1996c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp87.htm>. Acesso em: 6 jul. 2017.

BRASIL. *Medida Provisória n. 193, de 24 de junho de 2004*. Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Mpv/193.htm>. Acesso em: 6 jul. 2017.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal. *Carga Tributária no Brasil – 2015:* análise por tributo e bases de incidência. Brasília, 2016b. Disponível em <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/ctb-2015.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2017.

BRASIL. Ministério das Minas e Energia. *Plano Nacional de Mineração 2030 (PNM – 2030).* Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/documents/1138775/1732821/Book_PNM_2030_2.pdf/f7cc76c1-2d3b-4490-9d45-d725801c3522>. Acesso em: 9 dez. 2016.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Relação Anual de Informações Sociais – RAIS*. 2016c. Disponível em: <http://bi.mte.gov.br/bgcaged/login.php>. Acesso em 28 jun. 2017.

BRASIL. Senado Federal. *Relatório do Projeto de Lei do Senado n. 312, de 2013 (complementar)*. Relator Senador Delcídio do Amaral, Brasília, 2014. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113831>. Acesso em: 6 jul. 2017.

BRASIL. Senado Federal. *Relatório da Proposta de Emenda à Constituição n. 83, de 2007*. Relator Senador Flexa Ribeiro, Brasília, 2009. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/82257>. Acesso em 6 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 543***.** Impetrante: Renato Arantes Tinoco e outros. Impetrado: Congresso Nacional. Relator Ministro Octavio Gallotti. Brasília, 26 de outubro de 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81863>. Acesso em: 6 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto do Ministro Relator Edson Fachin no Mandado de Segurança n. 34.023*. Impetrante: Estado de Santa Catarina. Impetrado: Secretário do Tesouro Nacional. Brasília, 2016d. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/ms-dividas-estados-uniao-voto-fachin.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO n. 25*. Requerente: Governador do Estado do Pará. Interessado: Congresso Nacional. Brasília, 2016e. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4454964 >. Acesso em: 11 out. 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). *In: Direitos fundamentais:* orçamento e 'reserva do possível'. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 175-186.

CARRAZA, Roque Antônio. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. *Justitia*, São Paulo, v. 55, n. 163, p. 35-52, jul./set. 1993. Disponível em: <http://www.justitia.com.br/links/edicao.php?ID=163>. Acesso em: 6 jul. 2017.

CARVALHO, David Ferreira. ICMS: Desoneração das Exportações e Perdas de Arrecadação dos Estados da Região Norte do Brasil: 1996 - 1998. *Papers do Núcleo de Altos Estudos Amazônicos (NAEA)*, Universidade Federal do Pará, Belém, v. 140, p. 1-25, 2000.

CUNHA JR., Dirley. *Controle de constitucionalidade*: teoria e prática. 4.ed. rev., ampl. e atual. Bahia: JusPodivm, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Implicações do pacto federativo. *Direito Público: Revista da Procuradoria Geral do Estado de Minas Gerais*, v. 1, n. 1, p. 77-82, 1999.

DERZI, Misabel de 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*: _____. *Federalismo, justiça distributiva e royalties do petróleo*: três escritos sobre direito constitucional e o Estado federal brasileiro. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 1-37.

ENTENDA o acerto de contas entre Minas e a União. *Notícias da Assembleia Legislativa de Minas Gerais*. Belo Horizonte, 11 abr. 2017. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/acompanhe/noticias/infograficos/arquivos/2017/acerto-contas.html>. Acesso em: 20 jun. 2017.

ESTADOS e municípios podem não ter compensação esperada por perdas com Lei Kandir, admitem deputados. *Câmara Notícias*. Brasília, 13 jun. 2017. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/536316-ESTADOS-E-MUNICIPIOS-PODEM-NAO-TER-COMPENSACAO-ESPERADA-POR-PERDAS-COM-LEI-KANDIR,-ADMITEM-DEPUTADOS.html>. Acesso em: 19 jun. 2017.

GOVERNO já admite mexer na Lei Kandir. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 24 set. 1997. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc240919.htm>. Acesso em: 23 maio 2017.

MACHADO, Paulo Fernando. *Lei Kandir, os estados exportadores e a reforma tributária*: o caso do Pará. Belém, SECTAM, 2002.

MACHADO, Sérgio. *Histórico da Lei Nacional do ICMS/ Lei complementar n. 87, de 1996: memória da elaboração e das negociações do projeto de lei*. Parte I, Brasília, S.ed., 1997a.

MACHADO, Sérgio. *Histórico da Lei Nacional do ICMS/ Lei complementar n. 87, de 1996: memória da elaboração e das negociações do projeto de lei*. Parte II, Brasília, S. ed., 1997b.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*.

_____. O mandado de injunção e a necessidade de sua regulação legislativa. *Revista Jurídica da Presidência***.** Brasília, v. 13, n. 100, Jul./Set. 2011, p. 165 a 192.

MICHAELIS. *Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. [S.l.]: Melhoramentos, 2015. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=49Ez>. Acesso em: 20 dez. 2016.

MINAS GERAIS. Exporta Minas. *Panorama do comércio exterior de Minas Gerais*. Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <http://www.exportaminas.mg.gov.br/images/documentos/Panorama%20do%20Comercio%20Exterior%202016.pdf>. Acesso em: 26 dez. de 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. *Ementa de Parecer Prévio – Tribunal Pleno***.** Balanço Geral do Estado - Exercício de 2013. Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <http://tcjuris.tce.mg.gov.br/Nota/BuscarArquivo/709957>. Acesso em: 15 abr. 2017.

MINAS quer acerto de contas imediato com a União. *Hoje em Dia*, Belo Horizonte, 5 abr. 2017. Disponível em: <http://hojeemdia.com.br/primeiro-plano/minas-quer-acerto-de-contas-imediato-com-a-uni%C3%A3o-1.456279>. Acesso em: 20 jun. 2017.

MOURÃO, Licurgo. *Parecer do Auditor*: Prestação de Contas do Governador – 2011. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, 2012. Disponível em: <https://docs.wixstatic.com/ugd/797b93_615fcbbdd5144505a555dd9ee54114f0.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2017.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016. *E-book*.

PELLEGRINI, Josué Alfredo. *Dez Anos da Compensação Prevista na Lei Kandir: conflito insolúvel entre os entes federados?* Brasília: ESAF, 2006.

PIMENTEL pede a Temer acerto de contas entre União e Minas Gerais. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 23 fev. 2017. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/02/1861381-pimentel-pede-a-temer-acerto-de-contas-entre-uniao-e-minas-gerais.shtml>. Acesso em: 19 jun. 2017.

RIANI, Flávio; ALBUQUERQUE Célio Marcos Pontes de. Lei Kandir e a perda de receita do estado de Minas Gerais. *In Seminário sobre a Economia Mineira*, 13., 2008, Diamantina, MG. Disponível em: <http://www.cedeplar.ufmg.br/seminarios/seminario_diamantina/2008/D08A032.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2017.

SAES, Beatriz Macchione. *Comércio ecologicamente desigual no século XXI*: evidências a partir da inserção brasileira no mercado internacional de minério de ferro. Tese de doutoramento. Orientador: Ademar Ribeiro Romeiro. Universidade Estadual de Campinas, 2017. Disponível em: <http://www.reposip.unicamp.br/xmlui/handle/REPOSIP/321931>. Acesso em: 6 jul. 2017.

SCAFF, Fernando Facury. A desoneração das exportações e o fundo da Lei Kandir – Análise com foco no setor mineral. *R. Fórum Dir. fin. e Econômico – RFDFE.* Belo Horizonte, ano 1, n. 1, 2012, p. 39-56.

SERVIDORES de 576 cidades estão com salário atrasado. *Estadão*, São Paulo, 28 maio 2016. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,servidores-de-576-cidades-estao-com-salario-atrasado,10000053827>. Acesso em: 31 maio 2017.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

VARSANO, Ricardo. *Fazendo e desfazendo a Lei Kandir*. Textos para debate, Banco Interamericano de Desenvolvimento, Divisão de Gestão Fiscal e Municipal (IFD/FMM), Instituições para o Desenvolvimento. Ago. 2013. Disponível em: <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/5774/DMM%20DP%20Fazendo%20e%20desfazendo%20a%20Lei%20Kandir%20FINAL.pdf?sequence=1>. Acesso em: 6 jul. 2017.

WORLD BANK. OTTO, James *et al*. *Mining Royalties*: A Global Study of Their Impact on Investors, Government, and Civil Society**.** Washington, 2006. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTOGMC/Resources/336099-1156955107170/miningroyaltiespublication.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2017.

Referência:

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MARINHO, Marina Soares. As relações federativas e a Lei Kandir: em busca de um acerto de contas. *Direito Público*: *Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias*, Belo Horizonte, v.13, n.1, jan./dez., 2016. p. 77-104.

O TRIBUTO E SUAS ESPÉCIES SOB A CONSTITUIÇÃO DE 1988

SACHA CALMON NAVARRO COELHO

SUMÁRIO

1 A análise do fato gerador para determinar a natureza jurídica do tributo – proposta classificatória. 2 A especificidade das contribuições previdenciárias – diferenças entre elas e as contribuições especiais com natureza de impostos. 3 Esforços classificatórios, a importância do tema – a natureza jurídica específica das contribuições especiais referidas na Constituição. 4 Fato gerador, base de cálculo, causa e finalidade, confirmando a tese de que os tributos são ou não vinculados a uma atuação do Estado, invalidando a tese do "finalismo", velha de cem anos. 5 A contribuição de melhoria tipo custo na opção constitucional de 1988. 6 Taxas e preços - preços públicos e privados. 7 Custas e emolumentos são taxas? É possível distribuir o produto das custas? 8 Ligeiro escorço histórico sobre as custas.

Palavras-chave: Tributo; Fato gerador; Classificação; Contribuição de melhoria; Taxa; Custas e Emolumentos; Constituição, 1988.

1 A ANÁLISE DO FATO GERADOR PARA DETERMINAR A NATUREZA JURÍDICA DO TRIBUTO – PROPOSTA CLASSIFICATÓRIA

O que importa, de verdade, é saber se o fato gerador implica ou não uma atuação estatal referida ao contribuinte, de modo pessoal, mediata ou imediatamente.

Tributos finalísticos, o que são? Ultimamente tem-se falado e divulgado muito a noção de *tributos finalísticos*, ou seja, de tributos que se validam, legitimam-se pelo fim a que se destinam (validação finalística). Os adeptos da *teoria funcional* do Direito Tributário, mormente na Itália, colocam, com ênfase, a tese das finalidades da tributação, todo um esforço para compreender, justificar e conter o poder de tributar. No Brasil, alguns viram a tese como novidade. Entretanto, pretérito adentro, sempre se teve em mente que o destino da arrecadação do tributo, o fim em que é empregado o dinheiro arrecadado por meio da tributação é *irrelevante*, como prega o Código Tributário Nacional (CTN), no artigo 4º, *verbis*:

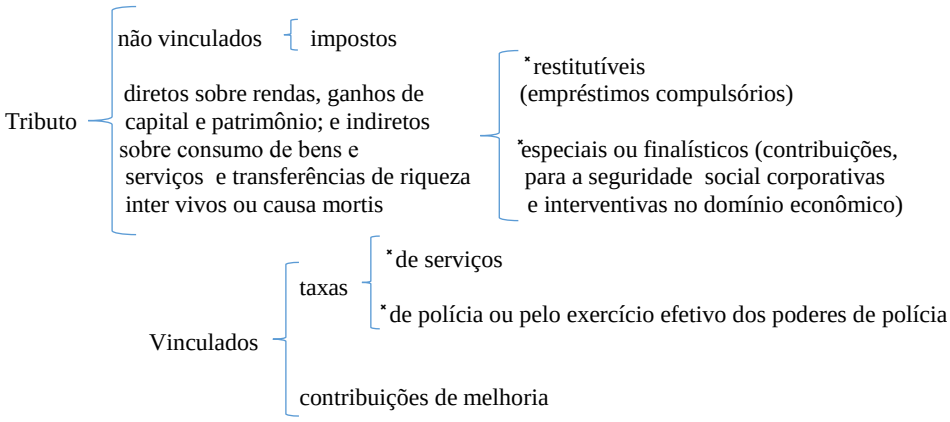
> Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:
> I – a denominação e demais características formais adotadas pela lei;

II – a destinação legal do produto da sua arrecadação.

A relevância da *validação finalística* é fundamental, agora sim, para *controlar o poder de tributar*.

O CTN está, no tangente à qualificação do *tributo*, rigorosamente certo. O que importa é analisar o fato gerador e a base de cálculo do tributo para verificar se o mesmo está ou não vinculado a uma atuação estatal, específica, relativa à pessoa do contribuinte, indiferentes o *nomen juris*, características jurídico-formais e o *destino da arrecadação*. Agora, se temos em mira não a natureza jurídica específica do tributo, mas o controle do Estado, do seu poder de tributar, o destino da arrecadação é importantíssimo. *O fim*, em si, não serve para definir a natureza jurídica específica do tributo. Tributos *afetados a finalidades específicas* sempre existiram. Dino Jarach noticia a preocupação da doutrina italiana com os *impostos especiais*, cuja arrecadação era predeterminada a certos fins queridos pelo legislador. No Brasil, vários impostos, dentre eles os de importação, exportação e o sobre operações financeiras, já foram destinados à formação de reservas cambiais ou de capital. O antigo Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), com o estranho nome de *Taxa Rodoviária Única*, era destinado, em parte, à conservação e manutenção de rodovias. A taxa judiciária, em Minas Gerais, destina parcelas de sua arrecadação para a seção local da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-MG), para a Associação dos Magistrados (AMAGIS), para a Associação dos Promotores, Oficiais de Justiça *et caterva*. A Constituição Federal de 1988 (CF/88), por motivos que logo explicaremos, só permite a instituição de empréstimos compulsórios (impostos restitutíveis) para fins específicos: guerra externa ou sua iminência, calamidade pública, baldo o tesouro de recursos para socorrer os flagelados, e investimentos urgentes, necessários, de relevância nacional (art. 148 da CF/88). Em 1996, para vigorar por um período de um ano (*tributo temporário e certus quando*), a partir de janeiro de 1997, criou-se um imposto com o nome de Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras (CPMF) para acudir as despesas do Ministério da Saúde.

GRÁFICO ILUSTRATIVO



2 A ESPECIFICIDADE DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS– DIFERENÇAS ENTRE ELAS E AS CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS COM NATUREZA DE IMPOSTOS

Dentre as sociais ressaltam as previdenciárias, pagas por todos os segurados proporcionalmente aos seus ganhos, para *garantirem serviços médicos, auxílios diversos e aposentadorias.* Estas são as verdadeiras contribuições que podem ser incluídas na espécie dos tributos vinculados a uma atuação específica do Estado relativamente à pessoa do contribuinte. Os fatos geradores são prestações do Estado, eventuais (auxílios diversos, serviços médicos a qualquer momento e, por último, aposentadoria e pensões *ad futuram*). Para obter tais prestações do Estado, específicas e pessoais, os segurados obrigatórios pagam contribuições compulsórias ao mesmo. A facultatividade aqui é mínima e residual. A contribuição é, v.g., obrigatória para *todos os empregados do setor privado e público* (os estados e municípios podem ter sistemas previdenciários próprios conforme o artigo 149, § 1º, da CF/88). Nas contribuições previdenciárias, o caráter sinalagmático da relação jurídica é irrecusável. Nas demais contribuições, inclusive outras sociais, este aspecto inexiste. São idênticas, estas últimas contribuições, aos impostos. São impostos afetados a fins determinados com o nome de contribuições. Examine-se o fato gerador de todas elas e sobressairá que são todas manifestações de capacidade contributiva e que, mesmo quando tal aspecto esteja obscurecido, como nas contribuições corporativas (sindicais ou associativas), inexistirá atuação do Estado direta, pessoal, especificamente relacionada à pessoa do contribuinte, senão vejamos:

a) nas sociais *lato sensu*, pagas de direito pelos empregadores (Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS), Programa de Integração Social (PIS) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), v.g.), mas repassadas aos consumidores, os fatos jurígenos são *lucro, receita bruta, pagamento de salários e receita de jogos*. São fatos do contribuinte. Inexiste atuação estatal a ele voltada. A receita deve ir para a *Caixa da Seguridade Geral* para atender às pessoas (generalizadamente);
b) nas de intervenção, v.g., paga-se porque houve *transporte* navio-porto-navio Adicional de Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM) ou porque vamos aos cines. Nos ingressos que compramos para irmos ao cinema Empresa Brasileira de Filmes (Embrafilme), uma parcela vai para o órgão estatal de fomento do cinema nacional. Ora, ir ao cinema e transporte portuário não são *fatos do Estado*. Inexiste em relação ao pagante atuação estatal especificamente voltada a ele. Impostos sim! Sobre a diversão de ver filmes e sobre o transporte portuário, para fins intervencionistas estranhos aos que pagam. É certo que algumas contribuições são pagas pelas classes beneficiadas supostamente pela intervenção, caso da antiga contribuição para o Instituto Brasileiro do Café (IBC) e da contribuição para o Instituto do Açúcar e do Álcool (IAA). Mas, nesse caso, era a classe e não o indivíduo o destinatário da política interventiva. Além disso, o retorno não era individualizado. Mas na Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE) não há sinalagma.
c) nas corporativas (sindicais e associativas) paga-se um *quantum* fixo *per capita* (um dia de salário, v.g., é do sindicato). O que se recebe em troca, de modo específico, pessoal, mediata ou imediatamente? Absolutamente nada. Supõe-se que os órgãos de classe zelem por seus filiados e lutem por seus interesses. O Estado empresta o seu poder de tributar em favor da manutenção desses órgãos, e é só o que faz. Os grupos pagam para obter a defesa de seus interesses, pelas corporações mas compulsoriamente (TRIBUTO).

Resta claro, assim, que a *finalidade*, nas contribuições, por si só, não as

autonomiza como espécie tributária. Para que haja uma contribuição especial verdadeira, como subespécie, diversa da contribuição de melhoria, outra subespécie, é necessário que a atuação estatal eleita como fato gerador seja um atuar mediato ou imediato do Poder Público, específico e relativo à pessoa do contribuinte. Esta atuação, de sobredobro, não pode ser obra pública (contribuição de melhoria), nem serviço de utilidade pública (taxa de serviço), nem ato do poder de polícia (taxa de polícia). A vinculação a fato do Estado dá-se precisamente para realçar o caráter sinalagmático da obrigação tributária nas taxas. A atuação do Estado se dá sempre especificamente, relativamente à pessoa do contribuinte. O sinalagma nas previdências estrito senso caracteriza-a em face das sociais finalísticas (contribuições com o cariz de impostos).

Os fins constitucionalmente predeterminados revelam uma diretriz constitucional. Nem o legislador, nem o administrador podem adestinar ou tredestinar o *produto da arrecadação das contribuições*, sob pena de crime de responsabilidade e nulidade do ato administrativo, ainda que normativo, no caso do Executivo. No caso do Legislativo, a lei será considerada inconstitucional, por ser contrária à Constituição. O constituinte sempre soube que as contribuições tinham natureza de imposto. Tanto que, para criar outra, além das que declinou no art. 195, exigiu o *rito jurídico* próprio dos impostos residuais (extensão da fórmula para criar imposto novo às contribuições sociais novas).

Estamos falando agora de contribuições sociais, as relevantes, as que pesam nos bolsos e recheiam os cofres do Estado.

Neste ponto, cabe fazer distinção fundamental entre os princípios que regem a seguridade social geral e os que regem os sistemas de aposentadoria dos empregados em geral e dos funcionários da União, dos Estados e Municípios, sustentados por contribuições retributivas e proporcionais. Sobre o tema já escrevemos, *verbis*:[1]

> A Constituição de 1988 trouxe alterações profundas às normas anteriores, disciplinadoras da matéria. Basta considerar que ela desvinculou a seguridade social do rol dos direitos trabalhistas e disciplinou-a sob a égide dos princípios da universalidade, da distributividade e da equidade.
> [...]
> A Constituição de 1988 não se conformou com o seguro social público. Foi mais além. As contribuições sociais (impostos) custeadoras da seguridade (arts. 203, 204) destinam-se a cobrir não só as prestações do seguro social obrigatório de todos aqueles filiados ao sistema previdenciário, mas a saúde e a assistência prestadas de forma universal e indiscriminada a todos os carentes – crianças, velhos, adolescentes, deficientes ou desempregados – que se encontrem em situação de necessidade, independentemente do pagamento de qualquer quota ou tributo específico. Ela deu assim à distributividade e à universalidade próprias do seguro público uma extensão muito maior, apenas conciliável com a ideia de seguridade.
> Por isso mesmo, impostos finalísticos com o nome de contribuições se fizeram necessários: COFINS, contribuição social sobre o lucro etc.
> Entretanto, é importante observar que, na Constituição de 1988, embora a saúde e a assistência social sejam universais, independam do pagamento de qualquer prêmio, sendo pois de acentuado caráter redistributivo, os direitos previdenciários enumerados no art. 201 somente são assegurados mediante contribuição correspondente, não se estendendo a todos os segurados, *verbis*:
>
> Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio

[1] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito tributário atual:* pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 304-307.

> financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:
> I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
> II – proteção à maternidade, especialmente à gestante;
> III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
> [...]
> Portanto, a universalidade e a solidariedade cessam em relação aos planos de previdência social, pois o acesso aos direitos previdenciários depende:
> a) dos termos da lei;
> b) do pagamento de contribuição equivalente;
> c) da equidade na forma de participação no custeio (art. 194, V);
> [...]

O princípio, agora, é o da *retributividade*. A universalidade e a redistributividade previstas na seguridade geral não se repetem nos sistemas previdenciários. No caso das contribuições previdenciárias, incidentes sobre a remuneração do empregado ou autônomo e por ele arcada, estamos em face de *verdadeira contribuição* (sinalagmática).

Por isso mesmo o artigo 5º do CTN está superado pela Constituição de 1988, pois só reconhece como contribuição a de melhoria.

À vista dessas considerações, impõe-se à doutrina uma nova sistematização das espécies tributárias que seja suficientemente hábil para explicar a Constituição sem cair no simplismo de uma classificação quatripartite ou quinquepartida das espécies tributárias, tentação fácil de ser seguida, mas paupérrima de conteúdo científico. A taxionomia em Direito deve atender a critérios úteis, práticos, servidos de insumos doutrinários sérios. O que se não pode abandonar é a teoria dos tributos vinculados e não vinculados, em troca de critérios estritamente formais, em barganha pobre.

Uns tributos possuem fatos geradores que são atuações do Estado (tributos vinculados a atuações estatais). A base de cálculo expressa essa atuação estatal.

Outros tributos possuem fatos geradores que são manifestações do contribuinte (ter renda, ter gastos, ter propriedades, ter investimentos etc.). Estes tributos não são vinculados a ações estatais, e, porque se ligam a fatos que são signos presuntivos de capacidade contributiva, as bases de cálculo deles medem a materialidade do fato gerador. Por exemplo, um imposto de renda que incida sobre remessas de pagamentos ao exterior, tendo por sujeito passivo o remetente, já não é imposto sobre a renda, mas sobre remessas ao exterior (imposto sobre gasto específico). Os tributos não vinculados mais relevantes são os impostos, pela forte capacidade arrecadatória. Basta ver a enorme força dos impostos sociais e finalísticos (contribuições sociais) afetados à seguridade social. São formidáveis cargas tributárias sobre o faturamento, os salários, o lucro das empresas e sobre as rendas lotéricas.

3 ESFORÇOS CLASSIFICATÓRIOS, A IMPORTÂNCIA DO TEMA – A NATUREZA JURÍDICA ESPECÍFICA DAS CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS REFERIDAS NA CONSTITUIÇÃO

Algumas observações merecem ser feitas para despertar juízos críticos. A esta altura, a classificação dos tributos do Direito brasileiro está a exigir que se repensem os

critérios classificatórios com dedicação e vontade. De ver o magistério de Ataliba:[2]

> Cabe indagar, portanto, em que medida esses princípios foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988. Não temos dúvida que, quanto aos impostos, é total a acolhida constitucional ao princípio da capacidade contributiva. Quanto às taxas, diríamos que foi com intensidade média que a Constituição acolheu o princípio da retributividade. Isto é: parece-nos nítido que os serviços públicos ou os atos de polícia (a que se refere o inciso II do art. 145 da Constituição) não são simples 'pretextos' ou ocasiões de tributação (meros pressupostos) mas, mais que isso: uma atuação atual e concreta do Estado é fundamento e, pois, parâmetro da tributação.
> Em termos singelos: a taxa, no direito positivo brasileiro, é um tributo remuneratório dos serviços, ou ressarcitório das despesas implicadas pelos atos de polícia individualizáveis. Isso parece resultar evidente não só da implícita encampação da noção financeira do tributo, como do próprio teor do inciso II do art. 145 da Constituição de 1988.
> Por último, quanto às contribuições – que não a de melhoria – diríamos que a intensidade com que se acolheu seu princípio informador foi mais tênue, exatamente porque a Constituição – não oferecendo os parâmetros estritos concernentes à hipótese de incidência, como o fez nos casos dos demais tributos e no caso da própria contribuição de melhoria – deu ao legislador uma liberdade realmente significativa (quanto à estruturação de sua hipótese de incidência, com as ressalvas que adiante serão expostas).
>
> *Daí entendermos que o legislador pode adotar hipótese de incidência tanto de verdadeira contribuição como de imposto, tendo-se por configurada a 'contribuição' – para efeitos do regime jurídico derrogador – com a invocação das finalidades constitucionalmente prestigiadas* (dizemos 'verdadeira' contribuição o tributo que, no plano ideal das categorias científicas, tem hipótese de incidência diferente do imposto e da taxa, no sentido de que a materialidade de sua hipótese de incidência consiste numa atuação estatal mediata ou indiretamente referida ao obrigado, posição nossa explicitamente acolhida por Gomes de Sousa (ob. cit., p. 54), por Sergio De La Garza (*Derecho Financiero Mexicano*, Porrúa, 8ª ed., 1970, pp. 323 e ss.), Hector Villegas (*Curso de Finanzas – Derecho Financiero y Tributario*, Depalma, Buenos Aires, 3ª ed., t. I, p. 77), Paulo de Barros Carvalho (*Teoria da Norma Tributária*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, 1981, pp. 109 a 113), Aires Barreto (*Base...* pp. 75 e ss.) e outros cientistas.
> Já foi visto que o *nomen iuris* é um rótulo que o legislador arbitrariamente apõe aos institutos que cria e modela. Nesse sentido, pode-se dizer que ele é livre para dar qualquer nome aos institutos e pode inclusive – como frequentemente acontece – equivocar-se, criando institutos a que atribui designações impróprias.
> Por isso, um tributo, designado contribuição, no Brasil (salvo a de melhoria), *pode ser efetivamente uma contribuição* – entendida como espécie de tributo vinculado, dotada de hipótese de incidência típica – *ou pode ser imposto; quer dizer: o que constitucionalmente é designado por contribuição, no Brasil, pode ser hipótese de incidência de verdadeira contribuição ou de imposto.* Neste último caso submete-se ao regime jurídico-constitucional do imposto, conjugado com o regime que expusemos em 79.3 e 86.5.
> Diz Wagner Balera: 'Lançando mão de um tributo cuja natureza é de imposto e não de contribuição social – o que faz, ao nosso ver, claramente, ao escolher o fato do lucro como hipótese de incidência de um tributo devido pelo empregador – o constituinte não está criando um ser de natureza dúplice. Apenas indica que o produto da arrecadação do imposto sobre o lucro terá destinação específica: o custeio da seguridade social' (*Seguridade Social na Constituição de 1988*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989, p. 57)" (grifos nossos).

A lição é longa, mas extremamente didática. Põe à calva a existência, no Brasil, de contribuições que são impostos finalísticos (COFINS, PIS *et caterva*) e de contribuições

[2] ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 172-173.

verdadeiras, como é o caso das contribuições dos empregados e dos servidores, proporcionais ao salário percebido, na miranda de mantê-lo ou tê-lo em determinada proporção no momento da aposentação, quando se apresentará a contraprestação do Estado (retribuição). As contribuições dos empregados, em geral, são retributivas e proporcionais aos seus ganhos; não podem sofrer tributação progressiva, pela sua própria natureza e pelas finalidades.

Ultrapassado o pensamento de Baleeiro sobre as contribuições especiais: imposto ou taxa (pelo caráter retributivo, quando assim fosse).

Outro que reduz qualquer espécie tributária a imposto ou taxa é Alfredo Augusto Becker:[3]

> A doutrina tem demonstrado que as 'contribuições parafiscais' não constituem uma natureza jurídica de tributo *sui generis*, nem tributo de natureza mista, porém, em determinados casos, são simples impostos com destinação determinada e, noutros, verdadeiras taxas.
> E a 'contribuição parafiscal' possui a referida natureza jurídica porque a destinação do tributo, a sua maior ou menor proporção (em relação à base de cálculo) e a posição do sujeito passivo em relação à hipótese de incidência do tributo não exercem qualquer influência sobre a natureza jurídica do tributo.

As opiniões de Becker e Baleeiro, no entanto, não são inteiramente satisfatórias.

Duas correntes podem ser apresentadas com presença na doutrina e na jurisprudência:

a) uma que subsume tanto os *empréstimos compulsórios* (tributos causais e restituíveis) quanto as *contribuições parafiscais ou especiais* (impostos afetados a finalidades específicas ou finalísticos) nas figuras do imposto ou da taxa (Alfredo Augusto Becker, Aliomar Baleeiro, entre outros); e

b) outra que vê as contribuições divididas em duas espécies: contribuições de melhoria e contribuições especiais (Geraldo Ataliba, parcialmente, e Carlos Mário da Silva Velloso, v.g.).

Geraldo Ataliba, na última edição de seu pequeno grande livro,[4] desenvolve interessante teorização, afastando-se da rígida dicotomia reducionista das contribuições parafiscais ou especiais a imposto ou taxa. Adotaremos a sua posição, dele:

> Pode-se dizer que – da noção financeira de contribuição – é universal o asserto no sentido de que se trata de tributo diferente do imposto e da taxa e que, por outro lado, de seus princípios informadores, fica sendo mais importante o que afasta, de um lado, a capacidade contributiva (salvo a adoção da h.i. típica e exclusiva de imposto) e, doutro, a estrita remunerabilidade ou comutatividade, relativamente à atuação estatal (traço típico da taxa).
> Outro traço essencial da figura da contribuição, que parece ser encampado – pela universalidade de seu reconhecimento e pela sua importância, na configuração da entidade – está na circunstância de relacionar-se com uma especial despesa, ou especial vantagem referidas aos seus sujeitos passivos (contribuintes). Daí as designações doutrinárias *special assessment*, *contributo speciale*, *tributo speciale* etc.
> Em outras palavras, *se o imposto é informado pelo princípio da capacidade*

[3] BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 330.
[4] ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 171.

> *contributiva* e a taxa informada pelo princípio da remuneração, *as contribuições serão informadas por princípio diverso*. Melhor se compreende isto, quando se considera que é da própria noção de contribuição – tal como universalmente entendida – que os sujeitos passivos serão pessoas cuja situação jurídica tenha relação, direta ou indireta, com uma despesa especial, a elas respeitante, ou alguém que *receba da ação estatal um reflexo que possa ser qualificado como 'especial'* (na preciosa obra *Las Contribuciones Especiales en España*, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, 1975, Madrid – a Dr.ª Manuela Varga H. arrola autores clássicos que sublinham o cunho especial dos tributos designados contribuições)" (grifos nossos).
> Pois bem, os tributos vinculados são na nossa dogmática constitucional:
> Taxas:
> - pelo exercício regular do poder de polícia;
> - pela prestação de serviços públicos específicos e divisíveis.
> - Contribuições:
> - de melhoria, pela realização de obras públicas que beneficiem imóveis de particulares, tendo por base de cálculo o custo;
> - especiais retributivas (previdenciárias).
> - finalísticas (cujas bases de cálculo são de impostos).

4 FATO GERADOR, BASE DE CÁLCULO, CAUSA E FINALIDADE, CONFIRMANDO A TESE DE QUE OS TRIBUTOS SÃO OU NÃO VINCULADOS A UMA ATUAÇÃO DO ESTADO, INVALIDANDO A TESE DO "FINALISMO", VELHA DE CEM ANOS

A Constituição Federal adotou a Teoria dos tributos vinculados ou não a uma atuação estatal para repartir entre os entes federados os impostos discriminados, as taxas, as contribuições de melhoria, as contribuições pessoais para o seguro social, os empréstimos compulsórios, as contribuições especiais e as sociais *lato sensu*. De igual modo adotou as teorias do sinalagma, da causa, e da finalidade, para regrar as contribuições corporativas sociais, interventivas e de melhoria, os empréstimos compulsórios, as taxas e as contribuições para o seguro social individual, deixando de fora apenas os impostos discriminados, residuais e extraordinários. Como pode se verificar, a atuação estatal, sua causa ou inexistência e a finalidade específica em prol do sujeito passivo ou de determinados grupos sociais e econômicos são elementos deônticos absolutamente necessários à compreensão do sistema tributário constitucional, bem como dos limites do poder de tributar explícitos e implícitos.

A adoção da competência exclusiva é um limite intrínseco que obsta possa outro ente da federação invadir a área reservada pela Constituição a dado ente que dela participe. A competência exclusiva abrange os impostos, os empréstimos compulsórios, as contribuições corporativas, interventivas e sociais gerais, exceto a previdenciária dos servidores públicos. As exigências constitucionais para a criação de impostos novos que não os discriminados e de contribuições sociais novas demonstram o querer constitucional de obstar a criação de impostos e contribuições sociais com espeque na competência residual na União Federal (artigos 154, I e 194, § 4º, da CF/88).

As exigências são:

- criação por lei complementar;
- ser a exação de feitio necessariamente não cumulativa;
- não ter base de cálculo e fato gerador idênticos a impostos de contribuições sociais já existentes;

- ter o seu produto, em caso de imposto ou contribuição nova, de ser repartido com Estados e Municípios.

As receitas das contribuições da seguridade devem necessariamente ser incluídas no orçamento desta (proibição de a-destinação ou tredestinação) a teor do art. 165, III, da CF/88, na parcela orçamental desta; é mais restrição ao poder de tributar. A seu turno, o art. 167, IV, da CF/88, em perfeita simetria, proíbe a vinculação dos impostos, ou melhor, do produto da sua arrecadação a órgão, fundo ou despesa, embora já existam muitas exceções a esta regra em impostos importantes Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) dos supérfluos para o fundo de combate à pobreza e adicional do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias (ICMS) para fundo dos Estados). Vale dizer, os impostos por serem não causais e a-finalísticos inadmitem afetação. Em contrapartida, os tributos causais, se finalísticos, são necessariamente afetados nas suas finalidades específicas, razão de ser da sua existência jurídica, sob pena de ilogicidade. Assim, a competência genérica do art. 149 da CF/88, c/c a do art. 195 da mesma, não pode ser considerada exceção ao princípio da não afetação do art. 167, IV, da Carta Constitucional, eis que as exceções ao princípio da não afetação estão nesse artigo dispostas em que pesem normas constitucionais de exceção noutros sítios, mas com remissões ao art. 167, IV, da Constituição (é o caso do IPI dos supérfluos dedicados à formação do fundo de combate à pobreza). Por outro lado, já no campo das contribuições de intervenção no domínio econômico, quis o Constituinte que somente em casos excepcionais poderiam ser instituídas para respaldar sua atuação em prol de setores necessitados de políticas públicas ou ajuda temporária. Dispõe a Constituição:

> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
> [...]
> § 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.
> [...]
> § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.
> [...]
> Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Não se vê, no Título VII da Constituição (Da Ordem Econômica e Financeira), nenhuma autorização interventiva, a não ser no art. 177, § 4º, que trata da CIDE dos combustíveis, donde se conclui que a instituição de contribuição de intervenção econômica é permissão excepcionalíssima, como, por exemplo, da contribuição a ser paga pelos operadores de energia elétrica, sem repasse para as tarifas, de um percentual para reestruturar o setor. As contribuições para o I.A.A. e o I.B.C., v.g., que comandavam as políticas cafeeira e sucroalcooleira, são exemplos típicos de contribuições interventivas autênticas porque sinalagmáticas: o grupo que pagava era que recebia a retribuição estatal em seu prol. Caso contrário – e aqui desponta o grande malefício da Teoria da validação finalística – se bastasse apenas uma finalidade para se instituir contribuições de intervenção, teríamos "N" impostos com finalidades específicas contra o artigo 167, IV, da Constituição, cujas exceções são expressas. É o caso da CIDE – Royalties que substituiu, em parte, o Imposto de Renda (IR) sobre remessas de divisas ao exterior. A clientela que paga é uma, a que aufere é outra. Na verdade trata-se de imposto afetado a uma finalidade específica, bastando conferir o seu fato

gerador, de resto incongruente com o art. 154, I, da Constituição. Adentrando as contribuições sociais, é de ver que o Constituinte fez questão de recepcionar o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e o salário-educação, e de expressamente permitir o *bis in idem* (lucro, faturamento, receita e folha) para justificá-las perante a Constituição. Seria ilógico admitir a instituição de contribuições interventivas a mancheia, sem indicativo constitucional. O PIS/COFINS na forma em que se encontram, sem observar o princípio constitucional da afetação, malferem a Constituição Federal. Grave, no entanto, é a sua não inserção no orçamento da seguridade social, ou seja, a sua desafetação do fim constitucionalmente predeterminado.

Em suma, a Teoria da validação finalística, na espécie, além de estar sendo desrespeitada, mostra-se capenga ao não exigir que o grupo pagante seja o recipiendário da atuação estatal, validando, assim, a Teoria dos impostos vinculados apenas a determinados fins (existentes na Europa, não, porém, entre nós), num afrouxamento dos limites postos pelo Constituinte ao Poder de Tributar. Com a Teoria da validação finalística, deu-se o esperado. Passou a servir os interesses tributantes do Poder Central. A noção de REFERIBILIDADE, ou seja, a atuação estatal há de referir-se necessariamente aos interesses do grupo que paga a contribuição, foi perdida, apesar de seus grandes corifeus (Becker, Ataliba, Amílcar de Araújo Falcão, Misabel Derzi, Paulo de Barros Carvalho, Roque Carrazza, Baleeiro *et al.*). Mais que isso, com dizer que a finalidade está inserta no prescritor da norma jurídica de tributação diz-se uma incorreção. Sem aderir totalmente à tese de que o Direito Tributário nasce com o fato gerador e termina com quaisquer das formas de extinção do crédito tributário, está mais do que evidente que a FINALIDADE não integra a norma de tributação, porque, se assim fosse, o contribuinte nos tributos sujeitos à homologação e o agente nos tributos de lançamento *ex officio* seriam agentes da execução orçamentária e gestores da despesa pública. O certo é dizer que o Direito Financeiro, tanto quanto o Tributário ocupa-se do tributo e de sua destinação e que o *Supremo Tribunal Federal* (STF) deve velar pela Constituição como um todo. A tredestinação do PIS/COFINS faz-se de maneira clara perante o beneplácito acomodatício do Poder Judiciário. Destinar os recursos não é próprio do Direito Tributário, mas do gestor dos recursos arrecadados, do ordenador de despesas. Não há como o contribuinte conferir o destino da arrecadação, que ocorre em momento lógico e cronológico após a extinção do crédito tributário, e ao nascimento da verba a ser alocada, conforme os orçamentos. Agora é óbvio que a instituição de uma contribuição que não vai ao exaurimento no fim constitucionalmente determinado torna-se desnecessária no exercício seguinte, na ocasião do orçamento.

Tributo	**Causa**	**Fim**	**Atuação Estatal**	**Competência Impositiva**
Impostos Discriminados	——	Orçamental e genérico (indeterminado mas determinável)	Nenhuma, relativamente à pessoa do obrigado	Exclusiva e privativa por ordem de governo (impostos federais, estaduais e municipais)
Impostos residuais	——	Idem	Idem	Exclusiva da União Federal (LC)

Taxas de polícia e de serviços	Atuação estatal (sobresforço ou em prol do obrigado)	Cobrir o custo da atividade estatal em prol do obrigado	Prestação de serviços públicos específicos e divisíveis e exercício do poder de polícia	Comum às três ordens de governo da federação
Empréstimos compulsórios	Guerra externa ou sua iminência e investimentos públicos relevantes	Financiar o esforço bélico e econômico relevante	Nenhuma, relativamente à pessoa do obrigado	Exclusiva da União Federal, com promessa de devolução
Imposto extraordinário de guerra	Guerra externa ou sua iminência	Financiar o esforço bélico	Nenhuma, relativamente à pessoa do obrigado	Exclusiva da União Federal
Contribuição pessoal do seguro social	Atender ao obrigado na doença, incapacidade laborativa e velhice	Financiar os gastos com a proteção do pagante	Benefícios (aposentadoria e pensão), específicos e pessoais, segundo cálculos atuariais em prol do obrigado)	Exclusiva da União Federal quanto aos segurados do regime geral
"Contribuições sociais"	Prestações da seguridade social	Financiar o sistema de seguridade (saúde, assistência social e previdência)	Nenhuma, relativamente à pessoa do obrigado	Exclusiva da União Federal
"Contribuição social residual"	Idem	Idem	Nenhuma, relativamente à pessoa do obrigado	Exclusiva da União Federal (LC)
Contribuição de melhoria	Atuação estatal de que decorra valorização em imóvel particular	Financiar o custo da obra proporcionalmente	Obra pública referida ao obrigado	Comum às três ordens de governo da federação
Contribuição previdenciária dos servidores públicos ativos e inativos	Proteção dos servidores públicos ativos e inativos, no infortúnio, perda da capacidade laborativa, aposentadoria e pensão	Financiar os sistemas de previdência e assistência aos servidores públicos	Prestações estatais específicas, retributivas e pessoais	Comum às três ordens de governo da federação
Contribuição corporativa	Manutenção dos órgãos de representação das categorias econômicas	Financiar o funcionamento dos órgãos de representação	Atuações genéricas em prol das categorias econômicas	Exclusiva da União Federal
Contribuição de intervenção no domínio econômico	Intervenção saneadora ou diretora em setores econômicos carentes	Equilibrar o funcionamento do setor sob intervenção	Ações propositivas e específias do Estado em prol do setor	Exclusiva da União Federal

"Contribuição de iluminação pública"	Manter às claras as vias e logradouros públicos	Financiar os municípios no seu mister de iluminar as cidades	Nenhuma, relativamente à pessoa do obrigado	Exclusiva dos Municípios
"Contribuições sociais"* lato sensu *(salário-educação, FGTS, sistema "S" etc.)	Prover indenizações e promover ações educativas em geral	Financiar as ações governamentais na área social em sentido lato	Nenhuma, relativamente à pessoa do obrigado	Exclusiva da União Federal

5 A CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA TIPO CUSTO NA OPÇÃO CONSTITUCIONAL DE 1988

A Constituição de 1988 optou pela contribuição de melhoria recuperadora, *a posteriori*, do custo de obra pública valorizadora, tendo por base de cálculo geral o custo total da obra, a ser repartido, no todo ou em parte, conforme a lei, entre os contribuintes. Estamos convencidos de que a contribuição recuperadora da *mais-valia* desapareceu do nosso Direito.

Que a Constituição permite esta interpretação não há dúvida. O art. 145, III, dispõe que a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios (competência comum) poderão instituir *contribuição de melhoria decorrente de obras públicas*. Nem se fala mais em "valorização".

Para comprovar que a Constituição tudo mudou em tema de contribuição de melhoria, analisemos os textos constitucionais no tempo.

Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, à Constituição de 1967:

> Art. 18. Além dos impostos previstos nesta Constituição, compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir:
>
> II – contribuição de melhoria, arrecadada dos proprietários de imóveis valorizados por obras públicas, que terá como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

Emenda Constitucional nº 23, de 01 de dezembro de 1983, à Constituição de 1967:

> Art. 1º Os dispositivos da Constituição federal abaixo enumerados passam a vigorar com as seguintes alterações:
> Art. 18.
>
> [...]
>
> II – contribuição de melhoria, arrecadada dos proprietários de imóveis beneficiados por obras públicas, que terá como limite total a despesa realizada.

Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988:

> Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
>
> III – contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

Esta evolução nada mudou? É preciso, com apuro crítico, refletir sobre o assunto.

6 TAXAS E PREÇOS - PREÇOS PÚBLICOS E PRIVADOS

Dizíamos que o Estado podia cobrar preços. A divisão entre taxas de serviço e taxas de polícia apresenta, ainda, serventia no encaminhamento de uma questão assaz importante, a da distinção entre *taxa e preço*. Isto porque somente a taxa pela prestação de serviços públicos específicos e divisíveis confronta os preços. Os atos do poder de polícia, *exceto os do tabelionato*, jamais poderiam ser exercidos por particulares. Só o Poder Público é titular do poder de polícia, indelegável e incompossível com a concessão do serviço público. As taxas de serviço, alfim, do *ponto de vista econômico, são remuneratórias dos serviços prestados*. Ora, a remuneração de serviços de utilidade pode ser feita também através de preços, pelo Poder Público, suas instrumentalidades, sob regime contratual. Este, pois, o enquadramento básico da *vexata quaestio*. Como se diferencia a taxa de serviço do preço pela prestação de serviços públicos?

Várias teorias tentaram estruturar a diferenciação, mas todas, aqui e acolá, deixaram abertos os flancos às críticas. Assim a que predica para os "serviços públicos próprios" a cobrança de taxas, nunca de preços, noção extremamente cambiante porquanto inexiste conceito jurídico positivado de serviço público próprio ou impróprio. O exemplo clássico de serviço público próprio é o da prestação jurisdicional. A realidade está em que os *serviços públicos de utilidade, específicos e divisíveis*, podem ser remunerados por preços (regime contratual) ou por taxas (regime de Direito Público). O dilema resolve-se pela opção do legislador. Se escolher o regime tributário das taxas, ganha a compulsoriedade do tributo, inclusive pela mera disponibilidade do serviço, se prevista a sua utilização compulsória (CTN, art. 79, I, "b"), mas fica manietado pelas regras de contenção do poder de tributar. A fixação e o aumento da taxa só podem ser feitos por lei e só têm eficácia para o ano seguinte. Se escolher o regime contratual, perde a compulsoriedade da paga pela mera disponibilidade do serviço, mas ganha elasticidade e imediatez na fixação das tarifas, sistema aceito previamente pelo usuário ao subscrever o contrato de adesão, liberando, assim, o controle congressual e a incidência das regras constitucionais de contenção ao poder de tributar. Ao jurista, cujo objeto primordial é o Direito posto, cabe distinguir a taxa do preço exatamente *pelo regime jurídico de cada qual*. O preço é contratualmente acordado. A taxa é unilateralmente imposta pela lei. O primeiro parte da autonomia da vontade. A segunda é heterônoma. O contrato de prestação de serviço público mediante a contraprestação em pecúnia pode ser rescindido, e só o fornecimento efetivo dá lugar ao pagamento. A prestação de serviços públicos pelo pagamento de taxas inadmite rescisão, e a só disponibilidade do serviço, quando legalmente compulsória a sua utilização, se específico e divisível, autoriza a tributação. Os regimes são diversos. O nome pouco importa na espécie e tampouco as parvoíces extrajurídicas. Certa feita Aliomar Baleeiro, quando ministro da Suprema Corte, averbou, com felicidade, que "preço compulsório" é taxa, e "taxa facultativa" é preço. Como sempre, importa surpreender a *essentialia* dos institutos e não o que é acidental; o que se não admite é a mescla. Algumas concessionárias de serviço de fornecimento de água querem as vantagens dos dois regimes sem as respectivas desvantagens. Caso interessante surgiu quando dois edifícios em Belo Horizonte instalaram poços artesianos e requereram da concessionária o desligamento da rede pública, ao argumento de que não mais lhes interessava o contrato de fornecimento, donde o pedido de rescisão. A concessionária, inobstante o regime contratual que presidia o fornecimento, alegou que continuaria a cobrar a "tarifa mínima básica" da região, dada a

compulsoriedade do serviço (nesse caso, o argumento só seria possível se o regime de fornecimento fosse de Direito Público, de taxa portanto). Sem razão a concessionária, que aliás praticava "tarifas progressivas" em razão da capacidade contributiva das pessoas, conforme a zona da cidade (bairros ricos, médios e pobres). Certo, se o regime é contratual, a rescisão é de se aceitar. Quanto à possibilidade de "tarifas sociais", menores para os mais pobres, não repugna, desde que o contratante as aceite ao firmar o contrato, ainda que adesivamente. A tese, de resto, foi aceita pelo eminente Desembargador e publicista mineiro José Fernandes Filho em brilhante voto. Não se pode perder de vista que as concessões de serviços públicos sofrem as implicações do fenômeno social e sujeitam-se aos princípios do Direito Administrativo.

Algo, porém, precisa ser dito, sem rebuços. Na teoria das taxas o divisor de águas entre elas e os preços públicos, como de resto antecipamos, é um verdadeiro sorvedouro de teses e critérios. Trata-se de uma das esquinas da tributarística, onde o estudioso fica perplexo sobre o caminho a seguir. É certo que o posicionamento do *regime legal adotado* resolve em parte a questão. Ao jurista cabe apenas indagar qual o regime jurídico que o legislador adotou. Se for o regime jurídico-tributário, temos taxas. Se for o regime contratual, temos preço público (contrato entre o Estado, suas instrumentalidades, e os usuários do serviço). Entretanto, a doutrina não se contenta com tão pouco. Há uma certa insistência em *predeterminar* e limitar o alvedrio legislativo. Muitos insistem em que, em determinadas circunstâncias, o legislador não tem liberdade de escolha. São, pois, posicionamentos apriorísticos.

Por isso mesmo, Bernardo Ribeiro de Moraes[5] pontifica que vários preços ou pagas consideradas preços são *taxas*. Exemplifica com certidões, vistorias, atestados, tarifas postais, telegráficas e as custas judiciais. No âmbito municipal remarca tarifas sobre serviços de cemitério, numeração de prédios urbanos, limpeza de lotes, extinção de formigueiros, desratização e construção de muros. No particular, o Judiciário tem especial apreço pelo critério. O Ministro Gonçalves de Oliveira[6] disse perante o STF que "a exploração do serviço de água e esgoto é serviço essencial do Estado, é uma atividade do Estado e, como tal, só pode ser cobrado como 'taxa'". A dificuldade desse critério, tão instável, tão movediço, consiste na precisa delimitação dos "serviços próprios e impróprios do Estado", como já notamos.

O Professor Edvaldo Brito, assim como o Professor Marco Aurélio Greco, apesar das dificuldades notórias de sabermos o que é serviço público indelegável, próprio, inerente ao Estado e dele inapartável, buscam com notável espírito sistemático abrir caminhos mais claros. O Professor Edvaldo Brito,[7] por exemplo, distingue *atividade econômica do Estado e serviços públicos* cometidos pela Constituição ao Estado. Em se tratando de serviço público, pouco importando que o Estado o preste diretamente ou por interposta pessoa, a contrapartida será sempre sob forma de taxa. Para o Professor Marco Aurélio Greco,[8] o que importa é o *regime jurídico*, mas regime este que não depende do legislador, e sim do sistema da Constituição.

[5] MORAES, Bernardo Ribeiro de. *A taxa no sistema tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. p. 62-65.
[6] RDA 75/125.
[7] BRITO, Edvaldo. Critérios para distinção entre taxa e preço. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Taxa e preço público*. São Paulo: Resenha Tributária, 1985. (Caderno de Pesquisas Tributárias, nº 10). p. 74-77.
[8] GRECO, Marco Aurélio. *Norma jurídica tributária*. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 76.

Na mesma linha, com nuanças, Celso Antônio Bandeira de Mello:[9]

> Restaria perguntar: pode o Estado qualificar – subentende-se, por via legislativa, como é óbvio – qualquer atividade que deseje como serviço público, assumindo-a e submetendo-a ao 'regime de direito público'? Ou é preciso que a atividade em tela possua uma natureza, uma substância íntima de serviço público?
> É realmente o Estado, por meio do Poder Legislativo que, a seu sabor, erige ou não em serviço público tal ou qual atividade, desde que respeite os limites constitucionais?

Em seguida o festejado publicista exemplifica com serviços públicos que a Constituição Federal de 1967 colocava sob reserva do Poder Público, a saber:

> Serviço postal e Correio Aéreo Nacional (art. 8º, XII), serviços de telecomunicações, serviços e instalações de energia elétrica de qualquer origem e natureza, navegação aérea, exploração de vias de transportes entre portos marítimos, fronteiras nacionais ou que transponham mais de um Estado ou território (art. 8º, XV, letras "a", "b", "c", "d"), assistência sanitária, médica e hospitalar, previdência social e seguro contra acidentes do trabalho (art. 165, XV, XVI), educação (art. 176 e §1º).

O nosso posicionamento já foi antecipado. A nós interessa o *regime jurídico* adotado pelo legislador com escora, é claro, constitucional. Apenas não nos convencemos de que a Constituição quer apenas taxa como contrapartida de serviço público. Assim:

a) quando o Estado exerce poder de polícia, é de taxa e só dela que se pode cogitar;
b) quando o Estado diretamente presta serviço público *stricto sensu*, o caso é, também, de taxa;
c) quando o Estado, porém, engendra instrumentalidades para, em regime de Direito Privado, embora sob concessão, prestar serviços de utilidade tais como fornecimento de gás, luz, transporte, energia, telefonia etc. (atividade econômica), admitimos em casos tais a adoção do regime de preços.

É possível conciliar a flexibilidade de tais prestações com a rigidez dos princípios da *legalidade e da anterioridade*? Vamos além. No "Estado de massas" a que alude o Professor da Bahia, Dr. Edvaldo Brito, está ocorrendo algo ainda não percebido pela maioria dos nossos juspublicistas. Explicar-nos-emos em poucas palavras. O importante é o controle jurídico e não a natureza da paga. De ver, em larga síntese, o preço público (espécie contratual) e a taxa (espécie tributária) ao lume do senso comum dos juristas segundo os "lugares" (*topos*) que assumem em suas manifestações teóricas.

> a) O preço decorreria do livre encontro das vontades (contrato). A taxa – espécie tributária – proviria da "vontade da lei" (tributo). O primeiro é autônomo, a segunda heterônoma.
> b) No preço predominaria a "*facultatividade*", na taxa – tributo –, a *"compulsoriedade"*.
> c) No preço de origem sempre contratual haveria a possibilidade do "desfazimento do pactuado", e, ainda, antes disso, a cobrança só é possível após a acordância do usuário. Na taxa, ao revés, predominaria a vontade da lei, e a obrigação, às vezes existindo apenas a simples disponibilidade do serviço, só seria elidível pela revogação da norma legal, irrelevante o querer do obrigado.

[9] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de serviços e administração indireta.* São Paulo: Revista dos Tribunais,1973. p. 20.

d) O preço seria *ex contractu*, por suposto, e a taxa – tributo –, *ex lege*.
e) Em consequência, o preço reger-se-ia pelos preceitos do Direito Privado, com influxos aqui e acolá do Direito Administrativo (preços públicos), e a taxa reger--se-ia pelas regras do Direito Público e, portanto, estaria sujeitada aos princípios constitucionais da legalidade, anterioridade ou da anualidade.
f) Os preços seriam do *jus gestionis*, e as taxas, *jus imperii*.
g) Os preços, por isso que contratuais, sinalagmáticos, não comportariam "extrafiscalidade", esta típica da ação governamental via tributos (inclusive taxas), tese de resto polêmica no respeitante às taxas, nos contrafortes do próprio Direito Tributário, em razão da natureza "contraprestacional" destas.
h) Os preços seriam adequados para remunerar atividades estatais delegáveis, impróprias, ao passo que as taxas seriam utilizáveis para remunerar serviços estatais "próprios", indelegáveis, tipo "polícia", "justiça", "fisco" etc.
i) Os preços estariam livres do controle congressual, possuindo maior elasticidade. As taxas, ao contrário, porque seriam tributos, estariam sujeitas ao controle do Legislativo, daí a maior rigidez do seu regime.

Ironicamente, o que pagamos a título de taxas é ínfimo ante o volume de pagamentos via preços. E, sobre os preços, a comunidade não tem praticamente acesso nem controle. Não será difícil identificar nas escrituras dos juristas a presença dos "lugares" ora mencionados. É a partir deles que são construídas as teorizações doutrinárias e as "razões de decidir" dos juízes. Ora, do ponto de vista dos cidadãos-contribuintes, no que concerne à segurança, à certeza e à razoabilidade, essas teorizações são inúteis. Em suma, mais que a *teoria da vontade*, importa trabalhar a *teoria das necessidades coletivas e os seus meios de satisfação*, os controles sociais. Só então estaremos adequando o Direito à realidade. Por isso mesmo, ressoam ultrapassadas – por esse ângulo de visão – as marcas divisórias acima debuxadas.

Ives Gandra da Silva Martins[10] colocou-se contra esta orientação, ao dizer que "as tarifas cobradas por órgãos da administração indireta ou concessionárias de serviços públicos, com mercado cativo e compulsório, não deixam área maior às negociações próprias do direito privado". Com dizer isto, Gandra descalvou a parte mais vulnerável da doutrina tradicional. A desproteção da sociedade no que diz respeito à fixação dos preços da água, da energia, da telefonia, é total.

Agora as razões pelas quais não estamos convencidos de que é impossível às pessoas políticas cobrarem preços públicos pelos serviços que prestem, através de instrumentalidades organizadas empresarialmente e, pois, sujeitadas ao Direito Privado (Direito Societário) e ao Direito do Trabalho, ainda que em regime de concessão de serviço público. No art. 150, § 3º, a CF/88, ao dispor sobre a não extensão da imunidade intergovernamental recíproca às empresas concessionárias de serviço público, depois de estendê-la às autarquias e empresas públicas, dispõe:

> Art. 150.
> [...]
> § 3º As vedações do inciso VI, 'a', e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exoneram o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao

[10] Conferência em São Paulo, 1994.

> bem imóvel.

É dizer, o Estado, ao tocar *atividades econômicas* exercíveis em lide concorrencial, pode, mediante instrumentalidades, prestar serviços públicos mediante contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelos usuários. Não fora assim, que sentido teria cuidar de *imunidade de impostos* entre pessoas políticas, suas instrumentalidades, predicando a exclusão daquelas que cobram preços ou tarifas? O art. 175 completa a ordenação da matéria:

> Art. 175.
> [...]
> Parágrafo único. A lei disporá sobre:
> I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
> II – os direitos dos usuários;
> III – *política tarifária;*
> IV – a obrigação de manter serviço adequado. (grifo nosso).

Ora, tarifa de serviço público é preço! Finalizamos com algumas lições do Ministro Carlos Velloso, Relator da ADIn nº 2.586-4/DF, citando outro voto seu, proferido na ADIn nº 447/DF:

> [...]
> Há quem sustente que, quando o Estado presta serviço público, se quiser que tais serviços sejam remunerados, somente poderá fazê-lo mediante taxas (Geraldo Ataliba, 'Sistema Tributário na Constituição', *Rev. de Dir. Trib.*, 51/140; Roque Carrazza, ob. cit., p. 247). Não vamos a tanto, não obstante reconhecermos que são poderosos e científicos os argumentos de Ataliba e de Carrazza. Ficamos na linha da lição de Sacha Calmon Navarro Coêlho, que entende ser possível a cobrança de preços pela prestação de serviço público. Sacha argumenta com o § 3º do art. 150 da Constituição, do qual deflui que 'o Estado, além das atividades econômicas exercíveis em lide concorrencial, pode, mediante instrumentalidade, prestar serviços públicos mediante contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelos usuários', conclusão que se completa da leitura do que está disposto no art. 175, parágrafo único, inciso III, da Lei Fundamental. Por isso, acrescenta o magistrado e professor, que 'só resta mesmo editar a lei requerida pela Constituição, necessária a uma segura política tarifária, em prol dos usuários' (Sacha Calmon Navarro Coêlho, *Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário*, Forense, 1990, pp. 56/57).
> [...]
> Concedo que há serviços públicos que somente podem ser remunerados mediante taxa. Do acórdão do RE nº 89.876-RJ, relatado pelo eminente Ministro Moreira Alves (RTJ 98/230) e da conferência que S. Exa. Proferiu no 'X Simpósio Nacional de Direito Tributário', subordinado ao tema: 'Taxa e Preço Público', realizado em São Paulo, em 19.10.85, cujo resumo, da lavra dos ilustres professores Vittorio Cassone e Carlos Toledo Abreu Filho, encontra-se publicado no Caderno de Pesquisas Tributárias, vol. XI, coedição Ed. Resenha Trib. e Centro de Estudos de extensão Universitária, São Paulo, 1986, penso que podemos extrair as seguintes conclusões, com pequenas alterações em relação ao pensamento do eminente Ministro Moreira Alves: os serviços públicos poderiam ser classificados assim: 1) serviços públicos propriamente estatais, em cuja prestação o Estado atue no exercício de sua soberania, visualizada esta sob o ponto de vista interno e externo: esses serviços são indelegáveis, porque somente o Estado pode prestá-los. São remunerados, por isso mesmo, mediante taxa, mas o particular pode, de regra, optar por sua utilização ou não. Exemplo: o serviço judiciário, o de emissão de passaportes. Esses serviços, não custa repetir, por sua natureza, são remunerados mediante taxa e a sua cobrança somente ocorrerá em razão da utilização do serviço, não sendo possível a cobrança pela mera potencialidade de sua utilização. Vale no

> ponto a lição de Geraldo Ataliba, no sentido de que não é possível instituir taxas por serviços não efetivamente prestados. O que acontece é que certos serviços podem ser tornados obrigatórios pela lei e é isto o que significa a locução 'posto à disposição do contribuinte'. É isto, aliás, o que resulta do disposto no art. 79, 1, 'b', CTN. 2) Serviços públicos essenciais ao interesse público: são serviços prestados no interesse da comunidade. São remunerados mediante taxa. E porque é essencial ao interesse público, porque essencial à comunidade ou à coletividade, a taxa incidirá sobre a utilização efetiva ou potencial do serviço. É necessário que a lei – para cuja edição será observado o princípio da razoabilidade, mesmo porque, como bem lembrou o Ministro Moreira Alves, citando Jàze,11 a noção de serviços essenciais é de certo modo relativa, porque varia de Estado para Estado e de época (RTJ 98/238) – estabeleça a cobrança sobre a prestação potencial, ou admita essa cobrança por razão de interesse público. Como exemplo, podemos mencionar o serviço de distribuição de água, de coleta de lixo, de esgoto, de sepultamento. No mencionado RE nº 89.876-RJ, o Supremo Tribunal decidiu que, 'sendo compulsória a utilização do serviço público de remoção de lixo – o que resulta, inclusive, de sua disciplina como serviço essencial à saúde pública –, a tarifa de lixo instituída pelo Decreto nº 196, de 12 de novembro de 1975, do Poder Executivo do Município do Rio de Janeiro, é, em verdade, taxa' (RTJ 98/230).12 3) Serviços públicos não essenciais e que, não utilizados, disso não resulta dano ou prejuízo para a comunidade ou para o interesse público. Esses serviços são, de regra, delegáveis, vale dizer, podem ser concedidos e podem ser remunerados mediante preço público. Exemplo: o serviço postal, os serviços telefônicos, telegráficos, de distribuição de energia elétrica, de gás etc.

7 CUSTAS E EMOLUMENTOS SÃO TAXAS? É POSSÍVEL DISTRIBUIR O PRODUTO DAS CUSTAS?

As taxas, o fato gerador delas é vinculado não à destinação do produto arrecadado.

Entronca com o assunto ora versado a natureza jurídica das custas e dos emolumentos cartorários. Neste ponto, o legislador constituinte rendeu-se a secular perplexidade e acabou por transportar para o texto constitucional as ambiguidades que marcam o tema. Num ponto, porém, acertou. O Poder Público pode destinar o produto de certas taxas a outros fins que não ao da sua estrita aplicação no serviço público que as gerou, *permissa venia*, das opiniões abalizadas em contrário. Vem à baila argumentar, na espécie ora tratada, com a participação das Caixas de Assistência dos Advogados – CAA, no produto da arrecadação das custas judiciais. As Caixas, como se sabe, são órgãos assistenciais. À guisa de fio condutor, de tomar o caso da CAA de Minas Gerais, que saiu incólume dos testes jurisdicionais, ainda no regime da Constituição de 1967. Anote-se, *ad cautelam*, que não estamos predicando a *distribuição do produto* da arrecadação dos tributos, especialmente das taxas *a la diable*, para fins não vinculados ao interesses público. Certamente, regras financeiras e orçamentárias regularão as despesas do Estado, o emprego delas, os fins possíveis. Estamos afirmando que o Direito Tributário e a Constituição não vedam a aplicação dos recursos obtidos através de taxas a fins outros, relevantes, diversos da sua aplicação no *órgão* ou *serviço* que cobrou ou ensejou a exação.

---

[11] Relembramos as importantes lições doutrinárias: "[...] *Il faut observer que la notion de tâche essentielle est tout à fait relative: elle varie d'aprés les pays et les époques. Les services... De santé publique sont-ils des tâches essentielles de l'État? Cela depend des pays et époque.*" (**Cour Elémentaire des Science Financiére Françoise.** Paris: Marcel Giard Librairie Editeur, 1931).

[12] Súmula Vinculante nº 19 do STF: "A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal".

8 LIGEIRO ESCORÇO HISTÓRICO SOBRE AS CUSTAS

Por mais que queiramos "racionalizar" as instituições e submeter o Direito aos silogismos da lógica deôntica, tarefa de resto meritória, sempre exsurgem – daí a Sociologia Jurídica – as marcas da experiência histórica enquanto formadora das leis, dos institutos e das instituições jurídicas. Assim, os parlamentos que hoje legislam sobre tudo e, em certos quadrantes do globo, governam, *só nasceram para consentir nos tributos*. Noutro giro, os primeiros parlamentos, ou melhor, o embrião deles, invariavelmente, decorreu de um desejo de conter o poder de tributar. Só mais tarde incorporaram novas atribuições, e muito tempo depois é que a razão jurídica culminou por conceber a teoria da separação dos Poderes Executivo e Legislativo. Um para fazer a lei, outro para aplicá-la. O mesmo ocorreu com o Judiciário, a princípio imbricado no Executivo. Sobre o tema dissertou Seabra Fagundes:[13]

> No Estado antigo, todas as funções se confundiam nas mãos do soberano, que ao mesmo tempo exprimia e realizava o direito, o qual não se distinguia da sua vontade. Os romanos, na expressão única *imperium*, abrangiam tanto a função jurisdicional como a administração (Esmeim, ob. cit., vol. I, pp. 32-3). Na Inglaterra, como na França, primeiro se manifesta a separação das funções do Estado em dois ramos (legislação e administração), sob o império das revoltas populares contra o absolutismo real, impondo a transferência, pelo menos em parte, da atribuição legislativa a assembleias do povo. Só mais tarde é que se configuraria um terceiro poder com função específica. Quando Montesquieu expende a teoria da divisão dos poderes, ainda as instituições inglesas da época, nas quais se inspirou, não continham, nitidamente, a tripartição dos poderes públicos. O que havia no direito inglês era apenas um processo evolutivo, que o publicista francês antecipava. Na Grã-Bretanha, o soberano, pouco a pouco, perdia praticamente, a função de distribuir justiça, que delegados seus (a princípio o *justiciar*, depois a *curia regis* e outros embrionários, até o *Act of Settlement*, em 1701) iam exercendo em seu nome, mas além da sua vontade (Francqueville, *Le Sistème Judiciaire de la Grand Bretagne*, vol. I, pp. 372-375). O senso político dos britânicos ia apreendendo a necessidade de pôr os juízes (funcionários do corpo administrativo) ao abrigo de influências imediatas, até colocá-los, gradativamente, numa posição excepcional de independência, acima da vontade livre da Coroa, com o *Act of Settlement* (Goodnow, ob. cit., pp. 26-7). A atribuição de executar as leis passava, assim, a se repartir por dois órgãos. A distribuição da justiça se tornou então autônoma e começou a existir a jurisdição como função do Estado, com papel distinto no processo executório do direito.

As custas judiciais – e por isso até hoje o legislador constituinte insiste em tratá-las à parte do tributo – trazem este tipo de datação histórica. E, de fato, algo existe nelas que as singulariza.

Vicente Greco Filho[14] relata que:

> Antes da petição de 1215, ao Rei era guardada a prerrogativa de conceder a coação estatal para a execução de devedores, por exemplo, somente mediante pagamento. Não se trata, como alguns querem interpretar, da existência das custas judiciais como hoje são entendidas. Era um verdadeiro pagamento para que o interessado pudesse ter os favores da coação oficial e que, no caso de recusa, determinava a não intervenção da autoridade real.

[13] FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953. p. 27.

[14] GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1981. v.1. p.40.

No medievo, quem fosse ferido no seu direito, dependendo do caso, fazia justiça com as próprias mãos, às vezes com a ajuda da família, ou levava a questão ao "Conselho" do lugar, ou recorria ao arbitramento, ou finalmente requeria a justiça do rei, *que nessa atividade tinha uma fonte de receita.* Incisivo, explica André Maurois:[15]

> A pouco e pouco o Rei tomou o hábito de convocar tais júris para decidir questões de fato em todos os casos criminais. Depois, alguns particulares pediram para servir do júri real. O Rei concedeu-lhes o direito, mas lhes fez pagar.

Assim, nasceram *as custas do processo*. Do próprio ventre da história...

Aliomar Baleeiro,[16] com sua imensa e agradável erudição – quanta falta ele nos faz –, sintetizou a possível origem das "custas" e dos "emolumentos":

> Era mais uma situação pessoal e patrimonial do monarca, que reservava a si a função de julgar, e cobrava. Quando ele ficou muito ocupado, criou funcionários, criados, a palavra 'ministro' significa criado, e a esses auxiliares, esses criados que faziam a justiça para ele, os juízes, passou a dar-lhes o gozo de uma renda. Era o sistema de paga na época.

Tal estado de coisas, tal estado de espírito, terá influído no texto da *Magna Charta*, imposta pelos barões a João-Sem-Terra em 1215?

"A ninguém venderemos (*to no one we will sell*) direito ou justiça..."

Os barões fizeram invectivas não à justiça paga, mas à justiça "comprada".

Em suma, as custas e emolumentos se originaram para financiar o aparato judicial e notarial. Foram e são ainda *estabelecidas em tabelas*, às vezes insuficientes, às vezes exorbitantes. E hoje, num acréscimo de segurança e legitimidade, *são fixadas em lei pelos representantes do povo*. Estima-se um *quantum* pela prestação dos bons serviços das serventias, oficializadas ou não. A prestação jurisdicional propriamente dita, a seu turno, justificaria a *taxa judiciária.*

Certamente, em atenção a este cariz, o constituinte, como vimos de ver, separou a competência da União e dos Estados para legislar (a) sobre tributos e (b) sobre custas judiciais, como que *denotando se tratar de matérias diversas*.

Isto posto, se se considera a custa judicial como um preço público devido ao Estado, por ser prestador direto ou por interposta pessoa de serviços administrativos da justiça, excluída a prestação jurisdicional em si mesma, tem-se que, na parte que lhe toca, pode o Estado-Membro dispor dessa receita em prol de atividades lícitas e nobres, como é o caso dos afazeres das Caixas de Assistência. A única exigência a fazer reside na *fixação por lei do quantum* das custas (receitas de serviços) e do montante da subvenção (despesa do Estado) para gáudio do princípio da legalidade administrativa.

Dizer que o preço público ou a taxa *deve apenas remunerar* o serviço em razão do qual é cobrado é um raciocínio sensato. Todavia, anote-se, *nenhuma lei obriga o Estado* a proceder assim... Em havendo receita, há que ser empregada, ou melhor, pode ser empregada

[15] MAUROIS, André. *História da Inglaterra*. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, [1959?]. p. 79.
[16] RTJ 67/360.

onde a lei determinar.

Referência:

COELHO, Sacha Calmon Navarro. O tributo e suas espécies sob a Constituição de 1988. *Direito Público*: *Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias*, Belo Horizonte, v.13, n.1, jan./dez., 2016. p. 105-125.

PARECERES, NOTAS JURÍDICAS E PEÇAS PROCESSUAIS

O Advogado-Geral do Estado, Dr. Onofre Alves Batista Júnior, proferiu no Parecer abaixo o seguinte Despacho:

"Aprovo. Em 09/03/2016."

PROCEDÊNCIA: Advocacia Geral da União

INTERESSADOS: Estado de Minas Gerais e outros

PARECER Nº: 15.613

DATA: 2 de março de 2016

EMENTA: ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE FUNDÃO, PERTENCENTE AO COMPLEXTO MINERÁRIO DE GERMANO, EM MARIANA/MG. DANOS AMBIENTAIS E SOCIOECONÔMICOS. NECESSIDADE DE REPARAÇÃO. AJUIZAMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 006758-61.2015.4.01.3400. PROPOSTA DE TRANSAÇÃO E AJUSTAMENTO DE CONDUTA. POSSIBILIDADE. VANTAGENS DA SOLUÇÃO NEGOCIADA SOBRE A PROFUSÃO DE AÇÕES JUDICIAIS. SOLUÇÃO GLOBAL/HOLÍSTICA, SEM PREJUÍZO DA POSSIBILIDADE DE ACORDOS OU AÇÕES PELOS IMPACTADOS. PREVISÃO DE PROGRAMAS SOCIOAMBIENTAIS E SOCIOECONÔMICOS. CONSTITUIÇÃO DE FUNDAÇÃO PRIVADA, SOB A SUPERVISÃO DE COMITÊ INTERFEDERATIVO E SOB A FISCALIZAÇÃO DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS ESTADUAIS. APORTES EM FAVOR DA FUNDAÇÃO PARA EXECUÇÃO DOS PROGRAMAS. RESSARCIMENTO DOS GASTOS EXTRAORDINÁRIOS DO GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS EM DECORRÊNCIA DO DESASTRE.

RELATÓRIO

Trata-se do **Parecer nº 11/2016/HAJ-JBT/DPP/PGU/AGU**, elaborado pela Advocacia Geral da União no NUP 00405.022832/2015-19, acerca de proposta de transação e de ajustamento de conduta, a ser assinada e submetida à homologação judicial no âmbito da Ação Civil Pública nº 0069758-61.2015.4.01.3400, ajuizada contra as empresas SAMARCO MINERAÇÃO S.A., VALE S.A. e BHP BILLITON BRASIL LTDA., em virtude do rompimento da barragem de Fundão, pertencente ao complexo minerário de Germano, em Mariana/MG, do qual decorreu a necessidade de reparação dos danos socioeconômicos e ambientais causados; da **Nota Técnica nº 001/2016** – sobre o Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta relativo ao rompimento da barragem de Fundão em Mariana/MG – **componente**: **programas socioambientais**; e da **Nota Técnica Conjunta**, **de 01 de março de 2016**.

O **Parecer nº 11/2016/HAJ-JBT/DPP/PGU/AGU** foi elaborado a partir de minuta encaminhada pelo Procurador-Geral Federal em 28.02.2016, cuja redação sofreu alterações posteriores, em virtude das tratativas levadas a efeito até a presente data. Da leitura do documento, é possível extrair, em suma: **a)** as vantagens da solução negociada, que, *"por*

ser global/holística, considera todas as comunidades, todos os Municípios, dá tratamento privilegiado à população afetada e em especial àquelas comunidades onde houve perdas humanas e materiais, e se volta à restauração da Bacia do Rio Doce como um todo, em benefício das presentes e futuras gerações"; **b)** que, nas considerações iniciais da minuta do acordo, foram colhidos os compromissos ambientais e socioeconômicos das empresas compromissárias; **c)** as razões de opção pela constituição de uma fundação privada (*"por ser a melhor solução operacional"* e *"por garantir a necessária fiscalização pela sociedade e pelo Ministério Público"*); **d)** que a minuta do acordo prevê a forma de aporte das contribuições pelas empresas compromissárias à Fundação, bem como os eixos temáticos e respectivos programas socioeconômicos e ambientais a serem elaborados, desenvolvidos e executados pela Fundação, além de cláusulas gerais aplicáveis a ambos; **e)** a necessidade de alteração da redação da Cláusula 143, para possibilitar o ressarcimento de todos os gastos suportados pelos entes públicos, especialmente a União e os Estados, com as medidas emergenciais já adotadas e que venham a ser realizadas; **f)** as vantagens da assinatura do acordo para a União.

A **Nota Técnica** – sobre o Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta relativo ao rompimento da barragem de Fundão em Mariana/MG – **componente**: **programas socioambientais** foi elaborada, conjuntamente, pelas seguintes autoridades: Presidente do IBAMA, Diretor de Uso Sustentável da Biodiversidade e Florestas do IBAMA, Secretária de Recursos Hídricos e Ambiente Urbano do MMA, Secretária de Biodiversidade e Florestas do MMA, pelo Presidente do ICMBio (substituto), Diretora de Criação e Manejo das Unidades de Conservação, Diretor-Presidente da Agência Nacional de Águas, pelo Diretor da Área de Hidrologia da ANA, Secretário de Estado de Meio Ambiente e Recursos Hídricos do Espírito Santo, Diretor-Presidente do Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos do Espírito Santo, Secretário de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável de Minas Gerais, Subsecretário de Gestão e Regularização Ambiental Integrada da SEMAD/MG, Presidente do Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio Doce e Secretário Adjunto do Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio Doce. O documento contém manifestação técnica acerca do termo de transação e de ajustamento de conduta, relativo ao rompimento da barragem de Fundão, em Mariana/MG, no que diz respeito ao processo de definição dos programas socioambientais. Para tanto, cuidou de apresentar os danos socioambientais decorrentes do rompimento da barragem e correlacioná-los tecnicamente aos programas socioambientais reparatórios e compensatórios estabelecidos na minuta do acordo. De sua leitura, verifica-se: **a)** que o objetivo das discussões do Grupo de Trabalho instituído pelo Ministério do Meio Ambiente (GT MMA) foi estabelecer um plano de ações que, no longo prazo, promovam a melhoria da qualidade da água de forma que os rios atingidos atendam aos padrões de qualidade da água para Classe 2; **b)** que, para atingir esse objetivo geral, e considerando os impactos já identificados, o GT MMA considerou que o Plano de Recuperação Ambiental deve atender aos seguintes objetivos específicos: b.1) gestão dos rejeitos, recuperação e melhoria da qualidade da água, b.2) restauração florestal e produção de água, b.3) conservação da biodiversidade, b.4) segurança hídrica e qualidade da água, b.5) educação, comunicação e informação, b.6) preservação e segurança ambiental, b.7) gestão e uso sustentável terra; **c)** que ações que propiciem o alcance dos objetivos elencados foram consideradas, pelo GT MMA, imprescindíveis para reparar os danos ambientais causados e possibilitar a aceleração da recuperação ambiental das áreas atingidas pelo desastre, tornando toda a bacia hidrográfica capaz de restaurar seus recursos bióticos e abióticos de maneira sustentável e permanente; **d)** que, a partir de proposta preliminar do Plano de Recuperação Ambiental proposto pelo MMA e órgãos vinculados, o GT MMA definiu 18 (dezoito) programas de ação relacionados aos objetivos elencados, classificando as ações como reparatórias ou compensatórias; **e)** que essa divisão foi embasada na premissa de que a

responsabilidade civil, em matéria ambiental, implica a reparação do dano para restabelecimento da situação anterior, ou seja, impõe verdadeira obrigação de fazer, consistente na recuperação do meio ambiente degradado, mas, para aqueles danos que não podem ser reparados, foram estabelecidas medidas compensatórias com o intuito de mitigá-los; **f)** a justificativa técnica, bem como os resultados esperados, de cada programa socioambiental; **g)** que o conjunto de programas socioambientais – que compõem a minuta do acordo e conformam um Plano de Recuperação Ambiental do Rio Doce e áreas estuarinas, costeiras e marinha atingidas – foi fruto de uma intensa discussão no âmbito do GT MMA, no qual ocorreram debates com especialistas, e está embasado em laudos técnicos sobre o desastre, produzidos pelas instituições ambientais, e em estudos disponíveis sobre a Bacia do Rio Doce; **h)** que, a partir dessas discussões, foi possível estipular, na minuta do acordo, um conjunto de ações reparatórias e compensatórias capazes de reduzir substancialmente os danos observados e proporcionar melhorias ambientais na escala da Bacia do Rio Doce; **i)** que, por reconhecer que os danos são dinâmicos e permanecem em expansão, estabeleceram-se estudos para conferir maior segurança à qualificação e à quantificação dos danos, que serão elaborados conforme os parâmetros técnicos e precisarão da análise/aprovação dos órgãos ambientais e de gestão de recursos hídricos; **j)** que foram previstos, ainda, programas de monitoramento e de gerenciamento que permitem acompanhar a evolução dos principais parâmetros ambientais e avaliar a efetividade das ações implantadas, as quais deverão ser corrigidas, caso se revelem insuficientes ou equivocadas.

A **Nota Técnica Conjunta**, **de 01 de março de 2016**, foi elaborada pelo Secretário-Executivo Adjunto e pelo Assessor Especial da Secretaria Executiva da Casa Civil da Presidência da República; pelo Secretário de Estado Adjunto e pelo Superintendente de Planejamento e Apoio ao Desenvolvimento Regional da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Regional, Política Urbana e Gestão Metropolitana de Minas Gerais; e pelo Secretário de Estado de Saneamento, Habitação e Desenvolvimento Urbano do Espírito Santo. O documento contém manifestação técnica acerca da proposta de transação e de ajustamento de conduta, relativa à recuperação dos impactos ambientais e socioeconômicos do rompimento da barragem de Fundão, em Mariana/MG, no que diz respeito ao processo de definição dos programas socioeconômicos e ao ressarcimento das despesas extraordinárias decorrentes do evento. De sua leitura, é possível observar, em resumo: **a)** o objetivo da proposta de transação, que não é a arrecadação de valores, mas, sim, a integral recuperação do meio ambiente e das condições socioeconômicas da região; **b)** as vantagens da autocomposição, forma mais célere e potencialmente efetiva para a resolução da controvérsia, e do modelo de governança proposto, que propicia a melhor forma de combinar celeridade na execução e garantia do cumprimento das responsabilidades da empresa (por meio da Fundação, de direito privado, instrumento para elaboração, execução e monitoramento das ações de recuperação e compensação), com preservação do interesse público (o Poder Público, por meio do Comitê Interfederativo, valida os atos da Fundação, sem prejuízo das competências dos órgãos competentes) e transparência e participação social (conforme previsão em inúmeros dispositivos da minuta do acordo, tais como, por exemplo, Conselho Consultivo, que conta com a participação dos atingidos etc.); **c)** que a proposta elenca programas socioeconômicos, que serão, posteriormente, detalhados, a partir de estudos técnicos e cadastro da população atingida e dos danos sofridos; **d)** que o processo de definição e detalhamento desse conjunto de programas envolveu diversos órgãos da Administração Direta e entidades da Administração Indireta do Governo Federal, sob coordenação da Casa Civil da Presidência da República, bem como representantes dos Governos do Estado de Minas Gerais (Secretaria de Estado de Desenvolvimento Regional, Política Urbana e Gestão Metropolitana) e do Espírito Santo (Secretaria de Estado de Saneamento, Habitação e Desenvolvimento Urbano); **e)** que o delineamento dos programas socioeconômicos partiu de

proposta inicial elaborada pelo Governo do Estado de Minas Gerais, por intermédio da SEDRU/MG, que estava em etapa avançada de conclusão de relatório sobre os efeitos e desdobramentos do rompimento da barragem de Fundão, cujos resultados foram publicados na internet, estando disponíveis para consulta[1]; **f)** que, das discussões governamentais, resultou o texto inicial apresentado às empresas, seguindo-se processo de negociação e validação da proposta; **g)** os elementos organizadores da proposta; **h)** os 22 (vinte e dois) programas socioeconômicos previstos na minuta de acordo e o respectivo objeto; **i)** que, não obstante, ao longo do processo de negociação com as empresas, tenham sido necessárias adaptações com relação à proposta inicial dos Governos, os princípios e as diretrizes iniciais mantiveram-se preservados, e que os termos em pactuação foram reencaminhados aos órgãos e entidades para validação; **j)** a consolidação dos gastos extraordinários do Governo Federal em decorrência do evento (R$ 8.318.056,74), bem como do Estado de Minas Gerais (R$ 12.691.378,79)[2] e do Estado do Espírito Santo (R$ 6.462.496,41).

É o relatório, no que interessa.

PARECER

De início, cumpre registrar que, logo após rompimento da barragem de Fundão, pertencente ao complexo minerário de Germano, em Mariana/MG, ocorrido em 05.11.2015, inúmeras medidas, judiciais e extrajudiciais, foram tomadas contra as empresas responsáveis, incluindo termos de compromisso preliminares, termos de ajustamento de conduta e ações civis públicas.

O último passo foi dado pelos representantes da União, do Estado de Minas Gerais e do Estado do Espírito Santo, ao lado de entidades federais e estaduais, que ajuizaram a Ação Civil Pública nº 0069758-61.2015.4.01.3400.

Da leitura da petição inicial da referida Ação Civil Pública, redistribuída para 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, observa-se que os Autores pleitearam, em apertada síntese: a condenação das Rés a apresentarem um plano global de recuperação socioambiental da Bacia do Rio Doce e de toda a área degradada e um plano global de recuperação socioeconômica para atendimento das populações atingidas pelo desastre, a serem executados às suas expensas; e a constituição de provisão de um capital para a integral reparação dos danos socioambientais e socioeconômicos causados, sendo os valores, inicialmente estimados em R$ 20.000.000.000,00 (vinte bilhões de reais), destinados uma fundação de direito privado, a ser criada e mantida pelas Rés.

As Rés foram citadas e intimadas para cumprimento da medida liminar deferida.

Consoante narrado no **Parecer nº 11/2016/HAJ-JBT/DPP/PGU/AGU**, foram iniciadas tratativas entre os entes públicos e as empresas, com vistas a obtenção de um acordo, de execução de longo prazo, capaz de pôr fim à lide e, ao mesmo tempo de produzir soluções socioeconômicas e ambientais à população e ao meio ambiente atingidos pelo rompimento da barragem de Fundão, que redundaram em uma série de minutas, debatidas entre as partes e outros interessados.

1 Disponível em: http://www.urbano.mg.gov.br/images/NOTICIAS/2016/relatorio_final.pdf. Acesso em: 01.03.2016.

2 Elaborada pela SEDRU/MG (Secretaria de Estado de Desenvolvimento Regional, Política Urbana e Gestão Metropolitana de Minas Gerais).

Alinhavada estratégia conjunta de atuação entre a União, o Estado de Minas Gerais, o Estado do Espírito Santo e as entidades federais e estaduais, entendeu-se ser necessário encontrar uma solução global/holística, com o fim de garantir a integral recuperação, mitigação, remediação, reparação, inclusive indenização, dos danos sofridos nos âmbitos socioambiental e socioeconômico, decorrentes do desastre, e, nos casos em que não houver possibilidade reparação, a sua compensação.

Nesse sentido, Onofre Alves Batista Júnior e Tarcísio Diniz Magalhães afirmam[3]:

> Como se pode perceber, há hoje em curso uma multiplicidade de ações tratando do mesmo tema, cada uma ao seu modo, mas todas buscando o ressarcimento dos prejuízos causados à coletividade. **Ninguém há de duvidar que a existência de tantas ações judiciais, muitas com pedidos liminares, pode colocar em xeque a satisfação de todos os pedidos formulados contra os mesmos réus, em prejuízo da proteção dos bens jurídicos em questão**. É, ademais, completamente desarrazoado supor que todos os magistrados acionados poderão chegar, de forma harmoniosa, às mesmas conclusões, o que, no final das contas, significa dizer que há claro risco de sentenças conflitantes.
>
> Tal cenário de tumulto processual é característico de desastres ambientais desse jaez, pois uma infinidade de agentes acaba sendo atingida, com repercussões diretas em várias esferas de interesse, que transcendem os prejuízos imediatamente apuráveis. Situação muito semelhante se deu em 20 de abril de 2010, com a explosão, no Golfo do México, da plataforma Deepwater Horizon, pertencente à Transocean e operada pela British Petroleum (BP). O incidente foi um dos piores já experimentados pelos Estados Unidos.
>
> [...]
>
> Tal qual se sucedeu no caso do Golfo do México, **as causas envolvendo a Samarco e suas controladoras, tendo em vista a defesa de interesses coletivos, também demandam uma análise holística, de modo a permitir um melhor aproveitamento dos do rito processual e esgotamento dos meios de prova, evitando-se, dessa maneira, a fragmentação da solução final, que poderia ser pulverizada pela prolatação de decisões dissonantes**. Prestigiando os princípios da efetividade, economicidade, uniformização e fim útil do processo na tutela coletiva, à luz do imperativo da segurança jurídica e da igualdade de tratamento, é natural que a reunião de todas as ações coletivas em um único juízo — seja por reconhecimento de litispendência, conexão ou continência — se apresente como a solução mais adequada à otimização dos atos processuais, e com melhores efeitos práticos, na busca pela verdade real. A excepcionalidade do caso exige do poder judiciário uma atuação dinâmica e eficaz.
>
> O raciocínio jurídico deve se inspirar (por analogia) naquele que

3 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. *Pulverização de ações contra a Samarco requer reunião em juízo único.* Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-dez-08/pulverizacao-acoes-samarco-requer-reuniao-juizo-unico. Acesso em: 02.03.2016.

> fundamenta a universalidade, indivisibilidade e unidade do juiz falimentar (artigo 3º combinado com artigo 76, caput, Lei 11.101/05), cuja justificativa está na necessidade de uma melhor condução processual de algo tão complexo como é a falência de uma empresa, por envolver uma infinidade de pessoas, bens e direitos.
>
> Aliás, é também seguindo essa mesma linha que o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) estabeleceu mecanismos inovadores no trato da litigiosidade repetitiva e de massa. Já no § 3º de seu artigo 55, dispôs que "serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles." Tal dispositivo se funda no princípio da igualdade, adotando de forma expressa a chamada teoria materialista da conexão, com o nítido propósito de impedir a configuração de situações contraditórias e a atribuição de tratamento anti-isonômico em relação a julgados que dizem respeito à mesma temática. E para aprimorar ainda mais a resolução de problemas análogos, criou o chamado "incidente de resolução de demandas repetitivas" (IRDR), com previsão no Capítulo VIII do Título I do Livro III (artigos 976 e seguintes), por meio do qual poderá ser definido um "padrão-decisório" ou "decisão-modelo", quanto à matéria de direito, a ser aplicado a casos idênticos.
>
> **A questão que se coloca, por derradeiro, é que, como a última ação intentada tem escopo mais amplo, abarcando vários entes da federação, em especial a União Federal, é de se concluir que os juízes estaduais que vieram a receber ações coletivas versando sobre o rompimento das barragens deverão declinar de suas competências, em favor da Justiça Federal**. Caberá, então, ao juiz federal ao qual foi distribuída a ação civil pública manejada pelos governos federal e estaduais promover a agregação dos feitos e adotar as medidas necessárias para o processamento e julgamento conjunto de todas essas demandas.
>
> **Ora, não é possível a reparação integral dos vários danos causados sem um plano global coerente, amplo e responsável, tampouco sem uma linha única de ação ajustada com todos os responsáveis. Termos de ajustamento de conduta isolados e ações retalhadas lançadas pelos diversos legitimados só podem dar ensejo a uma "colcha de retalhos", incapaz de abrigar sequer os pés dos que tanto necessitam de amparo neste momento**. (grifo nosso)

Nesse cenário, chegou-se à conclusão pela vantajosidade de uma solução negociada, que fosse global, para buscar a integral recuperação do meio ambiente e das condições socioeconômicas da região, considerando os interesses de todos os atingidos, todas as comunidades e todos Municípios, e, ao mesmo tempo, célere, já que não se pode deixar o meio ambiente e a própria população impactada à espera de uma definição quanto à completa extensão dos danos, sobretudo em razão do seu aspecto dinâmico – o que justifica, inclusive, o grau de abstração não só dos pedidos formulados na ação judicial, mas também das

obrigações estipuladas na minuta do acordo.

Nos termos do **Parecer nº 11/2016/HAJ-JBT/DPP/PGU/AGU**, a solução negociada, por agregar voluntariedade à conduta das empresas envolvidas (Samarco, Vale e BHP), facilita os objetivos buscados na Ação Civil Pública, por eliminar a necessidade de constantes pedidos judiciais e de realização de perícias (o que demandaria enorme gasto de tempo e de dinheiro), colocando fim à fase de conhecimento da Ação Civil Pública.

Explica-se. Não obstante a evolução do direito ambiental, especialmente no que se refere à consolidação da teoria da responsabilidade civil objetiva, a fase probatória da ACP seria extremamente complexa e controvertida, fazendo com que o processo se arrastasse durante anos, sem um julgamento definitivo. Isso sem falar que a solução negociada tem a grande vantagem de reduzir consideravelmente a necessidade de perícias, que teriam de ser realizadas, obrigando os entes públicos a arcar com os respectivos custos quando fossem sucumbentes. Por outro lado, o comprometimento tanto da Samarco, quando da Vale e da BHP, quanto ao cumprimento do acordo a ser celebrado, elide, desde já, discussões que poderiam se estender aos tribunais superiores, acerca da aplicação ao caso da teoria do risco integral e da solidariedade quanto aos poluidores diretos e indiretos.

A minuta do acordo prevê eixos temáticos e respectivos programas socioeconômicos e socioambientais, inclusive de natureza compensatória, estabelecendo diretrizes e normas para a elaboração desses programas, a serem desenvolvidos e executados pela Fundação, o que, provavelmente, será levado a efeito bem mais rápido do que se se esperasse a prolação de uma sentença na ACP, após longa instrução probatória. Mormente porque a minuta impõe prazos para constituição da Fundação e início de seu funcionamento, bem como para elaboração e início da execução dos programas, sob pena da aplicação de multa.

Ademais, a solução global evita o risco de prolação de decisões judiciais contraditórias, capazes dispersar os recursos das empresas Rés e incapazes de reparar holisticamente os danos sofridos, socioambientais e socioeconômicos.

De todo modo, a solução negociada não elimina a participação do Poder Judiciário, tendo em vista que os incidentes surgidos na execução do acordo que não puderem ser resolvidos pelas partes signatárias e as divergências de interpretação dele decorrentes serão submetidas à apreciação do Juízo da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais.

Diante do exposto, reitera-se, nesta oportunidade, o teor do **Parecer nº 11/2016/HAJ-JBT/DPP/PGU/AGU**, especialmente o seu relatório e os seguintes itens: tratativas com as empresas envolvidas; solução negociada: vantagens; e vantajosidade para a União, cuja fundamentação também se aplica ao Estado de Minas Gerais.

De igual forma, esta Advocacia Geral do Estado está de acordo com as ponderações feitas no **Parecer nº 11/2016/HAJ-JBT/DPP/PGU/AGU** em relação a outros itens (objetivos e cláusulas gerais, razões de opção de constituição da Fundação; outras cláusulas; comitê interfederativo; imprescindibilidade das licenças ambientais e não afastamento das competências administrativas e fiscalizatórias).

Com efeito, a constituição de fundação privada para elaborar, desenvolver e executar os programas socioeconômicos e socioambientais previstos na minuta do acordo, além de garantir a fiscalização pelos Ministérios Públicos do Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo, revelou-se como a melhor solução operacional, pelos motivos expendidos no aludido Parecer, valendo frisar que: não há envolvimento de dinheiro público; por ser a Fundação administrada por um Conselho de Curadores, composto majoritariamente por

membros indicados pelas empresas, existirá o interesse na aplicação dos recursos da forma mais eficiente possível; o objetivo primordial é recuperar integralmente o meio ambiente e as condições socioeconômicas anteriores ao desastre, independentemente dos valores inicialmente previstos na minuta do acordo; a execução das atividades ficará a cargo de uma Diretoria Executiva, composta por membros com notória experiência profissional no mercado; a Fundação será fiscalizada internamente por um Conselho Fiscal, composto por membros indicados pelas empresas e pelos entes públicos; será composta, ainda, por um Conselho Consultivo, ao qual cabe ouvir das comunidades atingidas; etc.

Além disso, consoante bem lembrado na **Nota Técnica Conjunta, de 01 de março de 2016**, o modelo de governança propicia a melhor forma de combinar celeridade na execução e garantia do cumprimento das responsabilidades da empresa com preservação do interesse público (o Poder Público, por meio do Comitê Interfederativo, valida os atos da Fundação) e transparência/participação social (conforme previsão em inúmeros dispositivos da minuta do acordo).

A minuta do acordo determina a constituição de um Comitê Interfederativo, como instância externa e independente da Fundação, formado, exclusivamente, por representantes do Poder Público, que funcionará como última instância de interlocução permanente da Fundação, acompanhando, monitorando e fiscalizando os seus resultados, sem prejuízo das atribuições legais dos órgãos competentes. Há, inclusive, previsão expressa no sentido de que cabe ao aludido Comitê validar os planos, programas e projetos apresentados pela Fundação, além de indicar a necessidade de correção das ações desempenhadas no âmbito de execução dos programas socioambientais e socioeconômicos, sendo que, surgindo divergência entre o Comitê e a Fundação, as partes podem buscar a solução por meio de consulta ao Painel Consultivo de Especialistas, que dará sua opinião técnica, e, persistindo a divergência, esta poderá ser submetida ao Poder Judiciário.

Acrescente-se, ainda, que existem cláusulas que estabelecem a formação do patrimônio da Fundação, por meio de aportes anuais a serem realizados pela empresa Samarco (ou, subsidiariamente, pela Vale e pela BHP, na proporção de 50% por cada uma), cujos valores já foram previamente determinados para os exercícios de 2016, 2017 e 2018; para os exercícios de 2019, 2020 e 2021, foram fixados um valor mínimo e um valor máximo, entre os quais podem variar os aportes anuais, em função da necessidade decorrente dos projetos a serem executados; e, a partir de então, o valor dos aportes anuais será definido em valor suficiente e compatível com a execução dos projetos previstos para o exercício.

Ainda sobre o *"funding"*, há disposição expressa de destinação de R$ 240.000.000,00 (duzentos e quarenta milhões de reais) por ano, durante um período de 15 (quinze) anos, dentro dos respectivos orçamentos anuais, para a execução de projetos e medidas de natureza compensatória no âmbito dos programas, e da disponibilização da quantia de R$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais) para o programa de coleta e tratamento de esgoto e destinação de resíduos sólidos.

Ou seja, verifica-se que a minuta do acordo define limites para o fluxo de caixa e para as medidas compensatórias, o que não exclui a necessidade de integral reparação dos danos causados pelo desastre, para a qual não há imposição de limites. O montante a ser gasto pela Fundação com os programas reparatórios dependerá da exigência dos projetos e medidas a serem executados.

Nesse sentido, dispõe o § 2º da Cláusula 203 da minuta do acordo: *"a revisão das medidas reparatórias não se submete a qualquer teto, as quais deverão ser estabelecidas no montante necessário à plena reparação dos impactos socioambientais e socioeconômicos descritos, conforme os PRINCÍPIOS e demais cláusulas deste Acordo"* (grifo nosso).

Importante, ainda, sublinhar que as despesas finalísticas da Fundação foram segregadas das despesas administrativas, para as quais a Samarco terá de efetuar aportes separados (vide Cláusulas 238 a 240).

Consoante bem pontuado no **Parecer nº 11/2016/HAJ-JBT/DPP/PGU/AGU**: o grau de satisfatoriedade dos valores estipulados não é suscetível de análise jurídica, de forma que não se pode aquilatar a correção/suficiência ou não das quantias constantes na proposta de acordo; trata-se de decisão governamental, que foi tomada em conjunto pelos Governos Federal e Estaduais, sendo subsidiada por elementos técnicos fornecidos por órgãos e entidades envolvidos; de qualquer forma, até o presente momento, nenhuma outra instituição apresentou estimativa de valores capaz de infirmar o levantamento feito, ao longo das tratativas, que levou em consideração também a viabilidade financeira à luz do fluxo de caixa das próprias empresas instituidoras da fundação. Mesmo porque não se poderia, de maneira alguma, *"aguardar certeza científica absoluta para que se iniciem as medidas socioeconômicas e ambientais de reparação e/ou compensação e indenização pelo rompimento das barragens"*.

Noutro giro, os eixos temáticos e respectivos programas socioeconômicos estão previstos na Cláusula 08, sendo individualizados a partir da Cláusula 18 até a Cláusula 144; enquanto os eixos temáticos e respectivos programas socioambientais estão listados na Cláusula 15, sendo especificados a partir da Cláusula 145 até a Cláusula 184.

Neste ponto, ressalte-se que todos os programas inseridos na minuta do acordo foram objeto de ampla discussão nas reuniões realizadas em Brasília/DF e em Belo Horizonte/MG, das quais participaram representantes do Governo Federal, do Governo do Estado de Minas Gerais, do Governo do Estado do Espírito Santo, do Ministério Público Federal, do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, do Ministério Público do Estado do Espírito Santo e das empresas envolvidas.

Consoante bem salientado na **Nota Técnica Conjunta**, **de 01 de março de 2016**, o processo de definição e detalhamento do conjunto de programas socioeconômicos envolveu diversos órgãos da Administração Direta e entidades da Administração Indireta do Governo Federal, sob coordenação da Casa Civil da Presidência da República, bem como representantes dos Governos do Estado de Minas Gerais (Secretaria de Estado de Desenvolvimento Regional, Política Urbana e Gestão Metropolitana) e do Espírito Santo (Secretaria de Estado de Saneamento, Habitação e Desenvolvimento Urbano). O delineamento dos programas socioeconômicos partiu de proposta inicial elaborada pelo Governo do Estado de Minas Gerais, por intermédio da SEDRU/MG, que estava em etapa avançada de conclusão do Relatório de Avaliação dos Efeitos e Desdobramentos do Rompimento da Barragem de Fundão em Mariana/MG, cujos resultados foram publicados na internet[4] e tiveram o condão de orientar os debates, a definição dos programas e a própria redação de suas cláusulas. Das discussões governamentais, resultou o texto inicial apresentado às empresas, seguindo-se processo de negociação da proposta. Conquanto, ao longo do processo, tenha sido necessário fazer adaptações com relação à proposta inicial dos Governos, os princípio e as diretrizes iniciais mantiveram-se preservados, e os textos finais foram reencaminhados aos órgãos e entidades para validação.

A **Nota Técnica Componente**: **Programas Socioambientais** também deixou claro que, a partir de proposta preliminar do Plano de Recuperação Ambiental proposto pelo MMA e órgãos vinculados, o Grupo de Trabalho definiu 18 (dezoito) programas de ação

4 Disponível em: http://www.urbano.mg.gov.br/images/NOTICIAS/2016/relatorio_final.pdf. Acesso em 01.03.2016.

relacionados aos objetivos elencados, classificando as ações como reparatórias ou compensatórias. O conjunto de programas socioambientais – que compõem a minuta do acordo e conformam um Plano de Recuperação Ambiental do Rio Doce e áreas estuarinas, costeiras e marinha atingidas – foi fruto de uma intensa discussão no âmbito do GT MMA, no qual ocorreram debates com especialistas, e está embasado em laudos técnicos sobre o desastre, produzidos pelas instituições ambientais, e em estudos disponíveis sobre a Bacia do Rio Doce. A partir dessas discussões, foi possível estipular, na minuta do acordo, um conjunto de ações reparatórias e compensatórias capazes de reduzir substancialmente os danos observados e proporcionar melhorias ambientais na Bacia do Rio Doce. Foram estabelecidos estudos para conferir maior segurança à qualificação e à quantificação dos danos, que serão elaborados conforme os parâmetros técnicos e precisarão da análise/aprovação dos órgãos ambientais e de gestão de recursos hídricos, bem como programas de monitoramento e de gerenciamento que permitem acompanhar a evolução dos principais parâmetros ambientais e avaliar a efetividade das ações implantadas, que deverão ser corrigidas, caso se revelem insuficientes ou equivocadas.

A minuta do acordo assegura, em todas as suas cláusulas, a efetivação dos princípios da reparação ambiental e do poluidor-pagador, com a integral reparação do dano ambiental. Como medidas restauradoras, determina, por exemplo, o manejo dos rejeitos decorrentes do rompimento da barragem de Fundão; a revegetação de 2800 ha; a recuperação de 40.000 ha em APP's degradadas; e a recuperação e a conservação da fauna aquática da Bacia do Rio Doce. Prevê, também, programas de caráter compensatório: recuperação de 5.000 (cinco mil) nascentes, a serem definidas pelo Comitê de Bacia Hidrográfica do Doce (CBH-Doce); construção e aparelhamento de 2 (dois) Centros de Triagem e Reabilitação de Animais Silvestres (CETAS); e disponibilização de R$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais), aos municípios da ÁREA AMBIENTAL 2, para custeio da elaboração de planos básicos de saneamento básico, da elaboração de projetos de sistema de esgotamento sanitário, da implementação de obras de coleta e tratamento de esgotos, da erradicação de lixões e da implantação de aterros sanitários regionais.

Percebe-se, portanto, que a definição dos programas e a redação das cláusulas mencionadas foi subsidiada por informações técnicas prestadas pelos órgãos e entidades federais e estaduais envolvidos, entre os quais se destacam, a título exemplificativo, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) e a Secretaria de Estado de Desenvolvimento Regional, Política Urbana e Gestão Metropolitana de Minas Gerais (SEDRU/MG), que se fizeram presentes nas tratativas.

Frise-se, por oportuno, que os representantes do MPF e do MPES se fizeram presentes em grande parte das reuniões, acompanhando o processo das tratativas, participando das discussões e fazendo algumas sugestões, tais como a necessidade de contratação de auditoria externa independente e o estabelecimento de cláusulas com obrigações genéricas, a serem detalhadas quando da execução. Houve, ainda, reunião específica com o Promotor de Justiça da Comarca de Mariana/MG e com representantes dos atingidos, da qual resultou, a título exemplificativo, a inclusão, no Conselho Consultivo, de cinco representantes das comunidades impactadas.

Dessa forma, esta Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais se abstém de opinar sobre o mérito das cláusulas socioeconômicas e socioambientais da minuta do acordo, cabendo, tão somente, consignar que não se vislumbram ilegalidades quanto aos aludidos programas.

Observa-se, também, que a minuta de acordo permite a possibilidade de contratação, pela Fundação, de *experts* para a elaboração e a execução dos programas, cujas

diretrizes já foram traçadas; prescreve normas de planejamento e fiscalização dos programas; sujeita todas as atividades desenvolvidas pela Fundação à auditoria externa independente etc.

Isso sem falar que condiciona a retomada das operações da Samarco ao cumprimento dos procedimentos legais apropriados, deixando claro que as obrigações estabelecidas por meio do acordo *"não limitam ou substituem as prerrogativas legalmente atribuídas aos órgãos e entidades do PODER PÚBLICO e aos órgãos e entidades competentes para a fiscalização, licenciamento e autorização das atividades das SAMARCO"*,bem como que a atuação do Comitê Interfederativo *"não afasta a necessidade obtenção de licenças ambientais junto ao órgão ambiental competente, nem substitui a competência legalmente prevista dos órgãos licenciadores e demais órgãos públicos"*.

Por fim, destaca-se o programa de ressarcimento dos gastos públicos extraordinários dos Compromitentes[5], previsto nas Cláusulas 141, 142 e 143 da minuta do acordo[6].

É que, segundo a Cláusula 141, a Fundação deverá ressarcir os Compromitentes pelos gastos públicos extraordinários decorrentes do desastre, devidamente comprovados por meio de documentos oficiais, conforme Anexo, no valor de R$ 27.463.793,00 (vinte e sete milhões, quatrocentos e sessenta e três mil, setecentos e noventa e três reais), atualizado pelo IPCA, desde a data da despesa até o efetivo pagamento.

Por sua vez, o *caput* da Cláusula 143 dispõe que, mediante a realização do ressarcimento previsto na Cláusula 141, consideram-se plenamente quitados pelos Compromitentes os prejuízos financeiros decorrentes do evento, enquanto o parágrafo único da Cláusula 143 ressalva a possibilidade de ressarcimento, nos termos do programa, dos demais gastos públicos extraordinários decorrentes do evento, de mesma natureza daqueles previstos no Anexo referido na Cláusula 141, incorridos pelos Compromitentes a partir da data do acordo.

Embora o Anexo mencionado na Cláusula 141 não tenha sido enviado, juntamente com a minuta do acordo, para análise por esta Advocacia Geral do Estado, da leitura da **Nota Técnica Conjunta**, **de 01 de março de 2016**, extrai-se a consolidação dos gastos extraordinários, em decorrência do evento, dos Governos Federal (R$ 8.318.056,74), do Estado de Minas Gerais (R$ 12.691.378,79) e do Estado do Espírito Santo (R$ 6.462.496,41).

---

[5] São compromitentes: União, IBAMA, ICMBio, ANA, DMPM, FUNAI, Estado de Minas Gerais, IEF, IGAM, FEAM, Estado do Espírito Santo, IEMA e AGERH.

[6] "SUBSEÇÃO VI.7: Programa de Ressarcimento dos gastos públicos extraordinários dos COMPROMITENTES

CLÁUSULA 141: A FUNDAÇÃO deverá ressarcir os COMPROMITENTES pelos gastos públicos extraordinários decorrentes do EVENTO, devidamente comprovados por meio de documentos oficiais, dentre os quais notas de empenho de despesas e declaração de autoridade competente, conforme ANEXO, no valor de R$ 27.463.793,00 (vinte e sete milhões, quatrocentos e sessenta e três mil e setecentos e noventa e três reais), devidamente atualizado pelo IPCA, desde a data da despesa até o efetivo pagamento, observada a política de *compliance* da FUNDAÇÃO.

PARÁGRAFO ÚNICO: Os demais PROGRAMAS objeto deste Acordo precedem o ressarcimento das despesas extraordinárias dos COMPROMITENTES previstas no caput.

CLÁUSULA 142: A FUNDAÇÃO discutirá com os Municípios impactados quanto ao ressarcimento pelos gastos públicos extraordinários decorrentes do EVENTO.

CLÁUSULA 143: Mediante a realização do ressarcimento previsto na CLÁUSULA 141, considerar-se-ão plenamente quitados pelos COMPROMITENTES os prejuízos financeiros destes decorrentes do EVENTO.

PARÁGRAFO ÚNICO: Demais gastos públicos extraordinários decorrentes do EVENTO, de mesma natureza daqueles previstos no ANEXO referido no caput da CLÁUSULA 141, incorridos pelos COMPROMITENTES a partir da data deste Acordo, serão objeto de ressarcimento nos termos deste PROGRAMA".

Assim, ao que tudo indica, os gastos extraordinários suportados por órgãos e entidades do Governo do Estado de Minas Gerais, que, segundo apuração levada a efeito pela Secretaria de Estado de Desenvolvimento Regional, Política Urbana e Gestão Metropolitana (SEDRU/MG), somariam o montante de R$ 12.691.378,79 (doze milhões, seiscentos e noventa e um mil, trezentos e setenta e oito reais, e setenta e nove centavos)[7], haveriam sido contemplados na Cláusula 141, que obriga a Fundação a ressarcir os Compromitentes pelos gastos públicos extraordinários incorridos para a execução de despesas emergenciais decorrentes do desastre.

De qualquer forma, como a Cláusula 143 dispõe que, mediante a realização dos ressarcimento previsto na Cláusula 141, consideram-se plenamente quitados os prejuízos financeiros decorrentes do evento, ressalvando a possibilidade de ressarcimento dos demais gastos públicos extraordinários, incorridos pelos Compromitentes a partir da data do acordo, cabe alertar os gestores públicos para a necessidade de verificarem se todas as despesas emergenciais surgidas até a data da assinatura do acordo foram devidamente apuradas e computadas no Anexo mencionado no *caput* da Cláusula 141.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, ressalve-se, na mesma linha do **Parecer nº 11/2016/HAJ-JBT/DPP/PGU/AGU**, que o presente Parecer não aprecia questões de mérito administrativo, nem a viabilidade de assinatura do termo de transação e de ajustamento de conduta do ponto de vista técnico-social, técnico-econômico e técnico-ambiental.

Anuindo ao referido Parecer, limita-se a consignar que não se vislumbram ilegalidades quanto à proposta final de transação e de ajustamento de conduta – cuja minuta foi enviada, sem os respectivos Anexos[8], para análise desta Consultoria Jurídica/AGE, nesta data –, tampouco quanto à possibilidade de instituição de Fundação, de direito privado, para elaborar, desenvolver e executar os programas socioeconômicos e socioambientais previstos no acordo, com o fim de alcançar a integral recuperação, mitigação, remediação, reparação, inclusive indenização, dos danos ambientais e socioeconômicos sofridos em virtude do desastre, e, nos casos em que não houver possibilidade reparação, a sua compensação.

A minuta do acordo contempla, na sua essência, os pedidos formulados na Ação Civil Pública nº 0069758-61.2015.4.01.3400, ajuizada contra as empresas SAMARCO MINERAÇÃO S.A., VALE S.A. e BHP BILLITON BRASIL LTDA., que, consoante já salientado, possuem determinado grau de abstração, em virtude do caráter dinâmico do meio ambiente, o que impossibilita delimitar, de início, a completa extensão dos danos e definir o exato alcance das medidas a serem adotadas. Em razão disso, cuidou-se, na minuta do acordo, de estabelecer os programas socioeconômicos e socioambientais, que serão elaborados, desenvolvidos e executados pela Fundação, traçando, desde já, os parâmetros e diretrizes gerais para tanto.

Enfatize-se, mais uma vez, que, com as tratativas levadas à efeito, buscou-se

7 Vide fls. 46/47, 137 e 262, bem como o Anexo IV (fls. 280/283), do Relatório de Avaliação dos Efeitos e Desdobramentos do Rompimento da Barragem de Fundão em Mariana/MG, disponível em: http://www.urbano.mg.gov.br/images/NOTICIAS/2016/relatorio_final.pdf. Acesso em: 02.03.2016.

8 À exceção daquele mencionado na Cláusula 03. Com relação à possibilidade de o acordo a ser celebrado, em razão de sua magnitude, acarretar a extinção de outras ações judiciais por perda de objeto, é óbvio que a extinção dependerá de correta análise do objeto de cada ação judicial, seguida de homologação judicial pelo Juízo competente.

obter uma solução negociada, que fosse global/holística, capaz de assegurar a integral recuperação do meio ambiente e das condições socioeconômicas da região, e que considerasse os interesses de todos os atingidos, todas as comunidades e todos Municípios, sem prejuízo: da possibilidade de acordos e ações, individuais ou coletivos, pelos impactados; da fiscalização pelos Ministérios Públicos; e da participação do Poder Judiciário, especialmente quanto aos incidentes surgidos na execução do acordo que não puderem ser resolvidos pelas partes signatárias e às divergências de interpretação dele decorrentes (que serão submetidas à apreciação do Juízo da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais).

Por fim, repise-se que houve previsão, na minuta do acordo, de programa específico para o ressarcimento dos gastos extraordinários dos entes públicos, incorridos com as despesas emergenciais oriundas do desastre, cabendo aos gestores públicos responsáveis, do Estado de Minas Gerais, verificar se todas as despesas surgidas até a data da assinatura do acordo foram devidamente apuradas pela SEDRU/MG e computadas no Anexo mencionado no *caput* da Cláusula 141, ao qual não tivemos acesso.

Belo Horizonte, 2 de março de 2016.

TATIANA MERCÊDO MOREIRA BRANCO
Procuradora do Estado

DANILO ANTONIO DE SOUZA CASTRO
Procurador-chefe da Consultoria Jurídica

CRISTINA GROSSI DE MORAIS
Procuradora do Estado

ALEXANDRE DINIZ GUIMARÃES
Procurador do Estado

LYSSANDRO NORTON SIQUEIRA
Procurador-chefe da Procuradoria do
Patrimônio Imobiliário e do Meio Ambiente

SÉRGIO PESSOA DE PAULA CASTRO
Advogado-Geral Adjunto

Referência:

MINAS GERAIS. Advocacia-Geral do Estado. Parecer 15.613, de 2 de março de 2016. Procuradores Tatiana Mercedo Moreira Branco, Cristina Grossi de Morais e Alexandre Diniz Guimarães. *Direito Público*: *Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias*, Belo Horizonte, v.13, n.1, jan./dez., 2016. p. 129-141.

O Advogado-Geral do Estado, Dr. Onofre Alves Batista Júnior, proferiu no Parecer abaixo o seguinte Despacho:

"Aprovo. Em 16/04/2016."

PROCEDÊNCIA: SECRETARIA DE ESTADO DE GOVERNO

INTERESSADA: SECRETARIA DE ESTADO DE GOVERNO

NÚMERO: 15.649

DATA: 7 DE ABRIL DE 2016

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. PARCERIAS COM ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL. LEI Nº 13.019, DE 2014, JÁ EM VIGOR, QUE INSTITUIU O MARCO REGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL – MROSC. AVALIAÇÃO DO INSTRUMENTO A SER ADOTADO DORAVANTE PARA ACORDOS DE MÚTUA COOPERAÇÃO COM SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS E SINDICATOS, ATÉ ENTÃO FORMALIZADOS POR MEIO DE CONVÊNIOS.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Procurador do Estado de Minas Gerais Coordenador-Geral do Núcleo de Assessoramento Jurídico – AGE, Dr. Robson Lucas da Silva, encaminha a esta Consultoria Jurídica questionamento da Secretaria de Estado de Governo acerca do instrumento a ser utilizado doravante para celebração de acordos de mútua cooperação entre o Estado de Minas Gerais e serviços sociais autônomos e sindicatos.

A dúvida advém da entrada em vigor da Lei nº 13.019, de 31 de junho de 2014, para os Estados 540 dias após a publicação (redação do art. 88, dada pela Lei nº 13.204, de 2015).

Por meio do OF. SCCP n. 02/16 da Subsecretaria de Assuntos Municipais da SEGOV, são apontadas as seguintes diretrizes: a) usualmente os acordos de mútua cooperação com os serviços sociais autônomos e com sindicatos eram firmados por meio de convênios; b) a Lei Federal nº 13.019, de 2014, instituiu normas gerais para parcerias entre a Administração Pública e Organizações da Sociedade Civil, em regime de mútua cooperação, para consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; c) o art. 3º, X, da Lei nº 13.019, de 2014, incluído pela Lei nº 13.204, de 2015, *exclui expressamente do seu âmbito de aplicação os serviços sociais autônomos*; d) até então, a redação original do art. 33, parágrafo único, expressamente admitia a parceria com tais entidades, dispensando-as de atender à exigência estatutária do inciso III; e) não obstante, os serviços sociais autônomos *não foram incluídos na norma do art. 84, parágrafo único*, da Lei nº 13.019, de 2014, que ressalva avenças que são mantidas sob a forma de convênio, nos termos do art. 116 da Lei nº 8.666, de 1993; f) portanto, subsiste hoje aparente lacuna, já que os serviços sociais autônomos foram expressamente excluídos do regime das parcerias do novo Diploma, não podem ser

qualificadas como organização social, nos termos da Lei nº 9.637, de 1998, nem como organização da sociedade civil de interesse público, nos termos da Lei nº 14.870, de 2003; g) conforme a jurisprudência do STF (RE 789.874), os serviços sociais autônomos são pessoas jurídicas de direito privado, não integram a Administração Pública, mas possuem características do setor público, entre as quais serem mantidas com dotações orçamentárias ou contribuições parafiscais, devendo, consequentemente, prestar contas ao Tribunal de Contas; h) "considerando as característica híbridas dos serviços sociais autônomos com o setor público e, ainda, o fato de que os instrumentos jurídicos previstos no MROSC não se aplicam aos serviços sociais autônomos e que essas entidades não estão incluídas nas hipóteses passíveis de celebração de convênios, resta a dúvida sobre qual o instrumento jurídico a ser utilizado para parcerias de mútua colaboração com os serviços sociais autônomos"; i) quanto aos sindicados, o questionamento deve-se à ausência de dispositivo expresso sobre a aplicabilidade da Lei nº 13.019, de 2014, a parcerias com associações profissionais, sindicatos patronais ou profissionais e associações sindicais de grau superior; j) o conceito de organização da sociedade civil do art. 2º da referida Lei engloba diversos tipos de pessoas jurídicas de direito privado de que trata o art. 44 do Código Civil: sociedades (sociedades cooperativas), associações, fundações e organizações religiosas; k) considerando que os sindicatos podem ser entendidos como associações de empregados ou empregadores que não distribuem resultados e que aplicam eventuais saldos integralmente em seu objeto social, em primeira análise associações profissionais, sindicatos patronais ou profissionais e associações sindicais de grau superior estariam englobados no conceito de organização da sociedade civil para os fins da Lei nº 13.019, de 2014; l) conforme o Parecer AGE nº 15.493, de 1º de setembro de 2015, tais entidades podem ter interesses convergentes com os interesses públicos geridos pelo Estado, motivando a celebração de convênios com referidas entidades; entretanto, elas não podem ser qualificadas como Organizações Sociais em razão do objeto imediato, nem como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, neste caso por vedação legal expressa.

Ao final da consulta, foram apresentados os seguintes questionamentos:

> "a) Considerando o disposto no inciso X do art. 3º e nos arts. 84 e 84-A da Lei Federal n. 13.019, de 2014, e demais normativos, bem como a natureza e as características híbridas dos serviços sociais autônomos com o setor público, qual o instrumento jurídico mais adequado para celebrar parceria com essas entidades, em regime de mútua cooperação para a execução de objeto de interesse recíproco?
>
> b) Tendo em vista a natureza dos sindicatos e o conceito de organizações da sociedade civil previsto no art. 2º da Lei Federal n. 13.019, de 2014, podemos utilizar termos de fomento, termos de colaboração e acordos de cooperação para celebração de parcerias em regime de mútua cooperação com associações profissionais, sindicatos patronais ou profissionais e associações sindicais de grau superior?

Foi anexada ao expediente a relação de convênios com entidades em relação às quais versa a consulta, celebrados desde 2007.

A consulta foi objeto de manifestação jurídica prévia, no âmbito do NAJ, por meio da Nota Jurídica nº 444/2016, que se pronunciou sobre a necessidade de estabelecer imediata regulamentação dos ajustes com os serviços sociais autônomos, no intuito de

conceder segurança jurídica às parcerias existentes (mediante adequação de seus termos às novas disposições) ou que vierem a ser realizadas, evitando-se assim eventuais questionamentos por parte dos órgãos de controle.

Quanto às entidades sindicais, partindo do art. 8º da Constituição de 1988, a Nota Jurídica prévia fixa a premissa de que se trata de entidade sem fins lucrativos. Conclui que embora não exista regulamento sobre a matéria, o conceito amplo de organizações da sociedade civil adotado pelo legislador na Lei n. 13.019, de 2014, permite que nele se enquadrem as entidades sindicais.

A Nota Jurídica ressalva, mas não indica, posicionamento divergente acerca do enquadramento legal dos sindicatos, mas conclui ser inegável que a definição dada pelo art. 2º, I, a, do MROSC os abarca, ao menos no que concerne à celebração de ajustes de mútua cooperação com a Administração.

Após análise do caso, opino.

PARECER

Os questionamentos objeto da consulta externam matéria de elevada complexidade considerando que, como aponta a própria Consulente, estamos diante de novo paradigma jurídico-positivo para as relações entre a Administração Pública e o denominado terceiro setor, integrado por entidades da sociedade civil sem fins lucrativos e voltadas para a consecução de interesses da coletividade.

Corroborando as dificuldades em torno da aplicação do novo regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para consecução de finalidades de interesse público e recíproco, por meio de atividades ou projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação, constata-se que a Lei n. 13.019, de 31 de janeiro de 2014, originalmente estabeleceu em seu art. 88 vigência 90 dias após a publicação, vindo referido prazo a ser ampliado para 360 dias pela Lei n. 13.102, de 2015, e posteriormente para 540 dias, pela Lei n. 13.204, de 2015.

Desde já ressaltamos que o Parecer nº 15.493, de 2015, citado na Nota Jurídica prévia, que tratou *em tese* da possibilidade de celebração de convênios com entidades sindicais, foi emitido antes da vigência da Lei n. 13.019, de 2015. E, conforme pontua a própria Consulente, suas conclusões exigem reavaliação da matéria, dada a existência de novos paradigmas jurídico-positivos para a matéria.

Este estudo será dividido em três partes. Na primeira traçaremos a premissas do regramento das parcerias. Na segunda trataremos da situação dos serviços sociais autônomos. E, ao final, abordaremos a situação das entidades sindicais.

Os pressupostos fáticos que, devidamente valorados, ensejaram a edição da Lei nº 13.019, de 2014, foram assim expostos por Mariana Bueno Resende, em perspectiva histórica, em artigo publicado na *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte*:

> "A reforma da administração pública implementada com o Plano Diretor da Reforma do Estado, elaborado pelo Ministério da

Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE) em 1995 buscava a transição da administração pública burocrática, rígida e ineficiente, que surgiu com o Estado liberal, por uma administração gerencial e flexível, baseada em conceitos atuais de administração e eficiência, voltada para o controle dos resultados e descentralizada para poder alcançar o cidadão.

Nesse cenário, a administração necessitou buscar a eficiência por meio de fenômenos de privatização e da colaboração com a sociedade civil (ESTORNINHO, 1999. p. 354). Os modos de prestar os serviços públicos foram diversificados "observando-se, nas últimas décadas, o surgimento de novos tipos de ajuste, decorrentes de consenso, acordo, cooperação, emergindo o termo 'parceria'" (ROTTI, 2011, p. 185).

A nova forma de se relacionar com os particulares que eram meros destinatários do ato administrativo e agora passam a atuar em colaboração com a administração na tomada de decisões e na sua execução, pode ser notada tanto nos relacionamentos com o setor privado, por meio de concessões e parcerias público-privadas, quanto na atuação conjunta com entidades sem finalidades lucrativas, que visam a consecução de interesses públicos.

Dessa forma, o Estado busca a cooperação com a sociedade, que possibilite um "melhor aproveitamento dos recursos públicos a partir da potencialização de esforços da sociedade organizada, chamada a contribuir ao desenvolvimento das atividades públicas não-estatais" (VALLE, 2008, p. 28).

Embora já existissem entidades sem finalidade lucrativa que objetivavam atender a finalidades públicas, foi com a edição do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado que surgiu a expressão "Terceiro Setor"2 e sua atuação foi incentivada com a edição da Lei nº 9.790/99 que disciplina os termos de parceria com as organizações qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e Lei nº 9.637/98 que disciplina os contratos de gestão com as entidades qualificadas como Organizações Sociais (OS), fazendo com que essas entidades crescessem expressivamente nos últimos anos.3

No entanto, considerando os diversos problemas que ainda subsistiam, rotineiramente noticiados, e a necessidade de garantir maior transparência e isonomia na escolha das entidades colaboradoras, bem como que sua atuação fosse efetivamente destinada à execução dos interesses públicos, o que justificaria um maior rigor no acompanhamento na execução dos ajustes, editou-se um novo marco regulatório das parcerias com entidades privadas.

O novo marco regulatório das parcerias com a sociedade civil, Lei nº 13.019/14, trouxe para o campo desses ajustes instrumento de administração consensual já adotado no âmbito das parcerias público-

> privadas e concessões de serviços públicos, que permite a participação privada na formulação dos projetos a serem executados pela administração.
>
> ...
>
> A Lei nº 13.019/14 foi proposta, nos dizeres da justificativa do projeto de lei que a originou, em razão do "vazio legislativo no que se refere à regulamentação, de uma forma ampla" (FERREIRA, 2011, p. 46) em âmbito nacional dos acordos entre a administração e as entidades privadas sem fins lucrativos para realização de interesses públicos." (http://www.bidforum.com.br/Default.aspx)

Na sequência, a autora aborda discussão em torno da constitucionalidade da Lei nº 13.019, de 2014, apontando entendimentos divergentes sobre a matéria. Entretanto, à luz do princípio da presunção de constitucionalidade das leis (não se tendo notícia de que a referida Lei já tenha sido objeto de questionamento por meio de ADI); e considerando elementos outros, como o fato do STF já ter se pronunciado sobre a constitucionalidade da Lei nº 8.666, de 1993 (ADI 927/RS), afastando dispositivos pontuais ou lhes dando interpretação conforme a constituição, mas mantendo íntegra a redação do art. 116, que trata dos convênios, não se considera, pelo menos por ora e dados os limites da consulta, a hipótese de inconstitucionalidade do novo marco regulatório das parcerias.

Vejamos o que expôs a autora citada acerca das divergências em torno da constitucionalidade da Lei nº 13.019, de 2014:

> Insta observar que a constitucionalidade da Lei nº 13.019/14 é discutida, uma vez que a competência da União para editar normas gerais sobre o tema, aplicáveis aos Estados, Distrito Federal e Municípios é questionada.
>
> ...
>
> Há quem entenda que as parcerias celebradas pelos entes estatais e entidades do terceiro setor, por se tratarem de avenças celebradas mediante colaboração mútua para atender a um interesse público, constituem espécie distinta do contrato, com regime jurídico próprio. Por não se tratarem de contratos, não caberia à União legislar sobre normas aplicáveis em âmbito nacional. Nesse sentido:
>
> A Lei nº 13.019/2014, ao dispor sobre parcerias entre a Administração Pública e as entidades privadas sem fins lucrativos, refere-se, portanto, aos convênios, ainda que a norma tenha utilizado outras expressões (Termo de colaboração e Termo de fomento). [...]
>
> A partir da premissa de que os contratos e os convênios são instrumentos jurídicos diversos, é forçoso concluir que a Constituição apenas estabelece a competência da União para elaborar normas gerais sobre contratos, na forma do art. 22, XXVII da CRFB, inexistindo

idêntica autorização em relação aos convênios (REZENDE OLIVEIRA, 2014, p. 11-12).

Em contrapartida, por entender que o termo "contratação" tem sentido amplo abarcando tanto os contratos em sentido estrito, negócios jurídicos representados por interesses contrapostos entre as partes, quanto os ajustes de associação de vontades, em que os interesses entre as partes são comuns, José dos Santos Carvalho Filho aduz que:

É nesta última categoria que estão as várias formas de parceria, firmadas com entidades privadas ou públicas, nas quais os objetivos se desenvolvem pela conjugação de esforços e pela mútua cooperação. Infere-se, pois, que, com fundamento no art. 22, XXVII, da CF, pode a União legislar sobre normas gerais a respeito de parcerias, tendo em vista que estas, apesar de suas singularidades, se integram na noção geral de contratação (2014, p. 26).

Atualmente, as parcerias entre a administração e o terceiro setor são reguladas em normas diversas. Em âmbito federal, os convênios de natureza financeira são regulamentados no Decreto nº 6.170/2007 e na Portaria Interministerial MP/MF/CGU 507/2011. A Lei nº 9.790/99 e o Decreto Federal nº 3.100/9 disciplinam os termos de parceria com as organizações qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) na órbita federal e a Lei nº 9.637/98 prevê os contratos de gestão com as entidades qualificadas como Organizações Sociais (OS).

A Lei nº 8.666/93, editada pela União com base no artigo 22, inciso XXVII, da CF/88, que conforme já citado assegura à União a competência para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos, no seu artigo 116 trata dos "convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração" determinando a aplicação dos seus ditames a essa sorte de avenças, "no que couber". O dispositivo dirige-se aos convênios financeiros, nos quais há o repasse de verbas.

De modo geral, as avenças entre o poder público e o terceiro setor foram pautadas por regramentos insuficientes e inseguranças jurídicas.

A proliferação desses convênios e as altas quantias repassadas pelo poder público fizeram com que se despertasse para a necessidade de regramento dessas parcerias, possibilitando a colaboração da sociedade civil e resguardando que a atuação seja transparente, isonômica e eficiente.

Ademais, em que pese essas entidades se tratarem de pessoas jurídicas de direito privado, por receberem recursos públicos, há a necessidade de que parte do regime jurídico administrativo incida sobre essas avenças.

> Foi com base nessa ideia de que os acordos entre a administração e as entidades privadas sem fins lucrativos para realização de interesses públicos precisavam de um regramento e que a Lei nº 8.666/1993 não era adequada para essas situações que o novo regramento foi disciplinado (FERREIRA, 2011, p. 47). Nesse sentido:
>
> O Congresso Nacional, na mesma esteira do reconhecimento da participação social como direito do cidadão e do fortalecimento das OSCs como dever do Estado, aprovou a Lei nº 13.019/2014, que traz em seus princípios e diretrizes a participação social, a gestão pública democrática e o fortalecimento da sociedade civil e respeito a sua autonomia. A nova lei busca prover uma regulação mais adequada às parcerias com o Estado e dá mais clareza aos processos de planejamento, seleção, execução, monitoramento, avaliação e prestação de contas das parcerias. As novas relações de parceria que serão inauguradas com a lei racionalizam a gestão pública e permitem maior equilíbrio entre as partes, construindo uma arquitetura institucional onde as OSCs e o Estado possam ser co-responsáveis pela boa aplicação dos recursos e pelos seus resultados, demonstrando isso a sociedade (LOPES, 2014, p. 40).

No que se refere aos aspectos subjetivos e à classificação dos destinatários das normas, o art. 2º da Lei n. 13.019, de 2014, assim define as organizações da sociedade civil:

> Art. 2º - Para os fins desta Lei, considera-se:
>
> I - organização da sociedade civil: (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)
>
> a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)
>
> b) as sociedades cooperativas previstas na Lei no 9.867, de 10 de novembro de 1999; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)
>
> c) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas

> a fins exclusivamente religiosos; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

Dúvidas não existiam acerca do enquadramento ***dos serviços sociais autônomos*** no conceito de organização da sociedade civil, o que, aliás, era corroborado pelo art. 33, parágrafo único, e pelo art. 39, § 3º, da Lei:

> Art. 33. Para celebrar as parcerias previstas nesta Lei, as organizações da sociedade civil deverão ser regidas por normas de organização interna que prevejam, expressamente:
> ...
> Parágrafo único. Serão dispensados do atendimento ao disposto no inciso III do caput os serviços sociais autônomos destinatários de contribuições dos empregadores incidentes sobre a folha de salários.
> ...
> Art. 39. Ficará impedida de celebrar qualquer modalidade de parceria prevista nesta Lei a organização da sociedade civil que:
> ...
> § 3º - A vedação prevista no inciso III do *caput* deste artigo, no que tange a ter como dirigente agente político de Poder, não se aplica aos serviços sociais autônomos destinatários de contribuições dos empregadores incidentes sobre a folha de salários.

Entretanto, por meio da Lei n. 13.204, de 2015, os serviços sociais autônomos foram expressamente excluídos no âmbito de aplicação da Lei n. 13.019, de 2014, nos termos do inciso X incluído no art. 3º:

> Art. 3º - Não se aplicam as exigências desta Lei:
> ...
> X - às parcerias entre a administração pública e os serviços sociais autônomos. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

Importante ressaltar que o inciso X, *supra*, expressa duas normas: a) *admite a existência de parcerias entre a administração pública e os serviços sociais autônomos*; b) e exclui referidas parcerias das exigências da Lei que estabelece o novo marco regulatório. Frisa-se, o legislador não disse que são vedadas parcerias entre a administração pública e tais entidades. Reconhece que elas existem, mas, ao contrário da redação original, as deixa fora das novas regras para as ações de fomento mediante parceria com organizações da sociedade civil.

A atuação de tais entidades desenvolvendo ações de interesse público e a possibilidade de parceria com o Estado foi admitida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 784974,

> RE 789874 / DF - DISTRITO FEDERAL
> RECURSO EXTRAORDINÁRIO
> Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI
> Julgamento: 17/09/2014 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO
REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-227 DIVULG 18-11-2014 PUBLIC 19-11-2014
RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
RECDO.(A/S) : SERVIÇO SOCIAL DO TRANSPORTE - SEST
ADV.(A/S): JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.: SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM DO COOPERATIVISMO - SESCOOP

...

Ementa: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS VINCULADOS A ENTIDADES SINDICAIS. SISTEMA "S". AUTONOMIA ADMINISTRATIVA. RECRUTAMENTO DE PESSOAL. REGIME JURÍDICO DEFINIDO NA LEGISLAÇÃO INSTITUIDORA. SERVIÇO SOCIAL DO TRANSPORTE. NÃO SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II, DA CF). 1. Os serviços sociais autônomos integrantes do denominado Sistema "S", vinculados a entidades patronais de grau superior e patrocinados basicamente por recursos recolhidos do próprio setor produtivo beneficiado, ostentam natureza de pessoa jurídica de direito privado e não integram a Administração Pública, ***embora colaborem com ela na execução de atividades de relevante significado social***. Tanto a Constituição Federal de 1988, como a correspondente legislação de regência (como a Lei 8.706/93, que criou o Serviço Social do Trabalho – SEST) asseguram autonomia administrativa a essas entidades, sujeitas, formalmente, apenas ao controle finalístico, pelo Tribunal de Contas, da aplicação dos recursos recebidos. Presentes essas características, não estão submetidas à exigência de concurso público para a contratação de pessoal, nos moldes do art. 37, II, da Constituição Federal. Precedente: ADI 1864, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 2/5/2008. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Do voto condutor do acórdão se extrai:

Presente esse quadro normativo, pode-se afirmar que os serviços sociais do Sistema "S", vinculados às entidades patronais de grau superior e patrocinados, basicamente, por recursos recolhidos do próprio setor produtivo beneficiado, receberam, tanto da Constituição Federal de 1988, como das legislações que os criaram, inegável autonomia administrativa, limitada, formalmente, apenas ao controle finalístico, pelo Tribunal de Contas, de aplicação dos recursos recebidos.

As características gerais básicas desses entes autônomos podem ser assim enunciadas: (a) ***dedicam-se a atividades privadas de interesse coletivo cuja execução não é atribuída de maneira privativa ao***

> ***Estado***; (b) ***atuam em regime de mera colaboração com o poder público***; (c) possuem patrimônio e receita próprios, constituídos, majoritariamente, pelo produto das contribuições compulsórias que a própria lei de criação institui em seu favor; e (d) possuem a prerrogativa de autogerir seus recursos, inclusive no que se refere à elaboração de seus orçamentos, ao estabelecimento de prioridades e à definição de seus quadros de cargos e salários, segundo orientação política própria.

Fossem apenas estes os elementos a ser considerados, a conclusão a que se poderia de imediato chegar é que as parcerias com os serviços sociais autônomos, uma vez excluídas dos termos da Lei n. 13.019, de 2014, permaneceriam regidas pelo art. 116 da Lei n. 8.666, de 1993.

Entretanto, os artigos 84 e 84-A da Lei n. 13.019, de 2014, redação dada pela Lei n. 13.204, de 2015, assim prescreve:

> Art. 84. Não se aplica às parcerias regidas por esta Lei o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)
> Parágrafo único. ***São regidos pelo art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, convênios:***
> ***I - entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)***
> ***II - decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV do art. 3º. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)***
>
> Art. 84-A. A partir da vigência desta Lei, ***somente serão celebrados convênios nas hipóteses do parágrafo único do art. 84***. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

Portanto, resta clara a existência de uma aparente lacuna no ordenamento jurídico, considerando que os serviços sociais autônomos são admitidos como parceiros da administração pública, mas por não constarem do rol do parágrafo único do art. 84, não podem firmar convênios, à luz do art. 84-A.

Em face do princípio da hermenêutica segundo o qual não cabe ao intérprete inserir exceção aonde o legislador assim não o fez, não se pode deduzir, com substancial margem de segurança jurídica, a aplicação do regime jurídico dos convênios, na forma do art. 116 da Lei n. 8.666, de 1993, às parcerias entre o Estado e os serviços sociais autônomos.

Entretanto, na busca por interpretação autêntica, destacamos que constou expressamente da complementação de voto no parecer da Comissão Mista que analisou a Medida Provisória nº 684, de 21 de junho de 2015, convertida na Lei n. 13.204, de 2015:

> Em relação ao aspecto mais polêmico da medida provisória em análise, o campo de abrangência do marco legal das parcerias entre a administração pública e as entidades sem fins lucrativos, cabe esclarecer que a premissa adotada na nova versão buscou a necessária conciliação com os pontos de vista que divergiam da postura

> inicialmente sustentada pelo relator. Ao invés de se excluir do alcance da lei abrangida pela medida provisória os seguimentos que fizerem essa reivindicação, entendeu-se de melhor alvitre enquadrá-los de forma alternativa no arcabouço jurídico em análise.
>
> A partir dessa perspectiva, foram integralmente preservados os regime de parceria entre a administração pública e as organizações da sociedade civil que o relator conseguiu identificar ao longo da extenuante análise feita acerca da matéria. ***Em relação ao extenso elenco do art. 3º que se propõe para a lei abordada, ficará ao alvedrio de cada administrador selecionar o regime que melhor atende o interesse público na celebração de parcerias com o terceiro setor.*** **(**Documento na íntegra em anexo. Fonte: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1405452&filename=Tramitacao-PAR+89+MPV68415+%3D%3E+MPV+ 684/2015)

Do que foi exposto pode-se concluir que, mediante interpretação literal da Lei n. 13.019, de 2014, observados, especialmente, seus artigos 84 e 84-A, não é mais possível o Estado celebrar convênios, nos termos do art. 116 da Lei n. 8.666, de 1993, com serviços sociais autônomos.

Todavia, em interpretação sistêmica com o art. 3º, X, reforçada por elementos de interpretação autêntica da vontade do legislador acima transcritos (mas que evidentemente não podem ser considerados elementos normativos), a conclusão a que se chega é que doravante caberá ao Estado dispor em seu ordenamento, por lei, acerca do regime de parcerias com tais entidades, desde que não contrarie as normas gerais editadas pela União. Não poderá, por exemplo, adotar a figura do convênio, por expressa vedação legal.

Ressalta-se que, conforme as planilhas anexadas à consulta, os últimos convênios firmados com serviços sociais autônomos foram 1 (um) em 2012, com o SEBRAE/MG, "Projeto Minas Veste Minas – Minas Veste o Brasil"; e 1 (um) em 2013, também com o SEBRAE/MG, "Tecnologia de Alimentos de Viçosa e Região".

Ambos os convênios constam da planilha com término em 2014. De toda forma, importante destacar que o art. 83 da Lei n. 13.019, de 2014, assim dispôs:

> Art. 83. As parcerias existentes no momento da entrada em vigor desta Lei permanecerão regidas pela legislação vigente ao tempo de sua celebração, sem prejuízo da aplicação subsidiária desta Lei, naquilo em que for cabível, desde que em benefício do alcance do objeto da parceria.
> § 1º - As parcerias de que trata o caput poderão ser prorrogadas de ofício, no caso de atraso na liberação de recursos por parte da administração pública, por período equivalente ao atraso. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)
> § 2º - As parcerias firmadas por prazo indeterminado antes da data de entrada em vigor desta Lei, ou prorrogáveis por período superior ao inicialmente estabelecido, no prazo de até um ano após a data da entrada em vigor desta Lei, serão, alternativamente: (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)
> I - substituídas pelos instrumentos previstos nos arts. 16 ou 17, conforme o caso; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

II - objeto de rescisão unilateral pela administração pública.

Não foi apontada, em concreto, nenhuma nova avença a ser firmada com serviços sociais autônomos.

Assim, considerando a novidade em torno da matéria, a ausência de doutrina e jurisprudência específica (visto que a Lei nº 13.204, é de 14 de dezembro de 2015), a solução que se considera, por ora, com maior segurança jurídica, é a regulamentação de parcerias desta natureza no ordenamento legislativo estadual, desde que não conflite com as normas gerais editadas pela União.

Sabe-se que é atribuição constitucional desta Advocacia Geral do Estado, nos termos do art. 132 da Constituição Federal (espelhado na Carta Estadual), a consultoria jurídica do Estado de Minas Gerais. Em coordenação e esperada coerência, as orientações consultivas, amparadas como devem ser no ordenamento jurídico, ensejam a defesa contenciosa da juridicidade dos atos.

A partir desta premissa, somada ao já apontado ineditismo do tema, poder-se-ia admitir como solução outra a ser considerada pelo administrador público a utilização da figura do convênio, sob o fundamento de que o rol do art. 84, parágrafo único, da Lei n. 13.019, de 2014, não é taxativo e aplicado juntamente com o art. 3º, X, permitiria a extensão do convênio aos serviços sociais autônomos. Mas a tese é fragilizada pela literalidade do art. 84-A.

Ademais, no caso em exame o risco não seria apenas de defesa da legalidade dos ajustes, já que a Lei n. 13.019, em seus artigos 77 a 78-A, altera a Lei n. 8.429, de 1992, estabelecendo novas hipóteses de improbidade administrativa.

Por todas estas implicações, outra solução jurídica que poderá ser considerada pelas autoridades administrativas, no caso concreto, é a formulação de consulta ao Tribunal de Contas do Estado, buscando conhecer de antemão possível entendimento daquele Órgão Constitucional de controle externo acerca da matéria.

Por fim, resta-nos avaliar a segunda questão posta, no que se refere aos sindicatos.

Tal como apontado na primeira parte deste estudo, no Parecer nº 15.493, de 2015, da autoria do Procurador que a este também subscreve, foi admitida, *em tese*, a celebração de convênios com entidades sindicais.

Da fundamentação do referido Parecer transcrevem-se os seguintes trechos, que elucidam a conclusão:

> *O art. 38 da Lei Estadual nº 21.447, de 2014, estabelece que "não poderão ser destinados recursos para atender às despesas com: I – sindicato, associação ou clube de servidores públicos;".*
>
> *Já o art. 3º, III, do Decreto Estadual nº46.319, de 2013, em vigor desde 1º/08/2014, dispõe que "é vedada a celebração de convênio de saída com: [...] III – sindicato, associação ou clube de servidores, excetuadas as destinações de recursos que tenham sido objeto de autorização legal;".*

A redação do art. 10, I, do revogado Decreto Estadual nº 43.635, de 2003, estipulava ser "vedada a destinação de recursos de qualquer espécie: I – para sindicatos de servidores públicos, associações ou clubes de servidores públicos, ***excetuadas*** *as destinações de recursos que tenham sido objeto de autorização legal;".*

Por força da divergência entre a redação do Decreto atual e daquele revogado, conclui a Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Governo que:

"... resta claro que, no Decreto anteriormente vigente, a vedação para celebração de convênios, dentre outras, se estendia para sindicatos, porém, apenas de servidores públicos. Assim, a contrário senso, a princípio, pela redação do texto, era possível a celebração de convênios com sindicatos de demais categorias.

Neste passo, no que concerne às vedações de destinações de recursos de qualquer espécie, sobretudo, por meio do instrumento de Convênio, tendo havido notória alteração no texto do vigente Decreto nº 46.319/2013, o qual, conforme acima transcrito, não especificou para quais sindicatos se estende a aludida vedação, promovemos a presente consulta a este Núcleo de Assessoramento Jurídico com o objetivo de se definir qual a adequada interpretação que deve ser dada ao inciso III, art. 3º, do Decreto supramencionado, bem como ao inciso I, art. 38, da Lei nº 21.447/2014."

A matéria foi objeto de Nota Técnica DCNO/SCCP Nº 02/2015, no âmbito da SEGOV, que pela precisão e clareza ao abordar o tema, com ênfase no plano da interpretação gramatical e teleológica, merece transcrição literal (as notas de rodapé foram inseridas no texto, entre parênteses, no intuito de facilitar a localização, não se confundindo com notas a este estudo):

Inicialmente, é importante apresentar o histórico de alteração da redação do dispositivo questionado.

No Decreto n° 43.635, de 20 de outubro de 2003, que regulamenta os convênios de saída celebrados entre 20 de outubro de 2003 e 31 de julho de 2014, constava dispositivo semelhante ao inciso examinado:

Art. 10. É vedada a destinação de recursos de qualquer espécie:

I - para ***sindicatos de servidores públicos, associações ou clubes de servidores públicos****, excetuadas as destinações de recursos que tenham sido objeto de autorização legal; (grifo nosso)*

A mesma redação do dispositivo constante do Decreto nº 43.635, de 2003, foi inserida na minuta de decreto elaborada por grupo de

trabalho encarregado da revisão da legislação estadual sobre convênios de saída (O Grupo de Trabalho era formado por representantes da Secretaria de Estado de Governo (SEGOV), da Secretaria de Estado de Saúde e da Secretaria de Estado de Casa Civil e de Relações Institucionais (SECCRI)) em 2012. No expediente, enviado para a Assessoria Técnico-Legislativa da Secretaria de Estado de Casa Civil e de Relações Institucionais (ATL/SECCRI) em 7 de dezembro de 2012 contava o seguinte artigo:

Art. 3º É vedada a celebração de convênio de saída com:

I - pessoas físicas;

II - entidades privadas com fins lucrativos;

III - entidades públicas ou privadas que não disponham de condições técnicas para executá-lo;

*IV - **sindicatos de servidores públicos, associações ou clubes de servidores públicos,** excetuadas as destinações de recursos que tenham sido objeto de autorização legal;*

V - órgãos ou entidades de outra esfera governamental e de qualquer dos Poderes instituídos, que descumprirem os limites previstos na Lei Complementar Federal nº 101, de 2000;

VI - convenente que não atenda às exigências do art. 25 da Lei Complementar Federal nº 101, de 2000;

VII - convenente que não atenda às determinações da lei estadual anual de diretrizes orçamentárias;

VIII - outros órgãos e entidades da Administração Pública Estadual do Poder Executivo, caso em que deverá ser observada a legislação específica;

IX - caixas escolares, regidas pela Lei nº 12.303, de 23 de setembro de 1996, e pelo Decreto nº 45.085, de 8 de abril de 2009; e

X - transferências fundo a fundo quando previsto na legislação específica procedimento próprio de repasse. (grifo nosso)

Por opção de técnica legislativa, a redação do inciso foi alterada pela ATL/SECCRI com vistas a excluir a expressão "de servidores públicos" que estava em duplicidade e os termos foram colocados no singular, conforme consta na minuta retornada por essa Assessoria para esta SEGOV em 28 de dezembro de 2012:

Art. 3º - É vedada a celebração de convênio de saída com:

*IV – **sindicato, associação ou clube de servidores públicos**, excetuadas as destinações de recursos que tenham sido objeto de autorização legal; (grifo nosso)*

Dando continuidade à revisão da legislação estadual, esta SEGOV enviou nova minuta de decreto para a ATL/SECCRI, em 18 de setembro de 2013, mantendo a redação do inciso sugerida pela Assessoria em dezembro do ano anterior. Essa escrita é mesma constante no Decreto nº 46.319, de 2003, publicado em 28 de setembro de 2015.

Entendido o histórico da redação do inciso III do art. 3º do Decreto nº 46.319, de 2013, passa-se à análise gramatical do dispositivo.

Como ensina a Professora Daniela Moreira Drumond, especialista em linguística, como está determinado "sindicato, clubes e associações de servidores", e a locução adjetiva consta após todos os substantivos, todos os substantivos são referentes aos "servidores públicos". Trata-se de concordância nominal com mais de um substantivo. Se o adjetivo ou locução adjetiva vier posposto, ele/ela pode concordar no masculino plural ou com o substantivo mais próximo. Porém, semanticamente refere-se a todos os substantivos (Norma Culta. Gramática Online da Língua Portuguesa. Disponível em <http://www.normaculta.com.br/concordancia-nominal/>. Acesso em: (04 de ago. 2015).

Em outras palavras, se a adjetivação "de servidores públicos" fosse referente somente ao termo "clube", a expressão deveria vir primeiro:

Art. 3º É vedada a celebração de convênio de saída com:

III - clube de servidores públicos, associação e sindicato, excetuadas as destinações de recursos que tenham sido objeto de autorização legal.

Por outro lado, se fosse para a adjetivação "de servidores públicos" ser referente somente ao termo "associação ou clube", a expressão deveria vir primeiro:

Art. 3º É vedada a celebração de convênio de saída com:

III – associação ou clube de servidores públicos e sindicatos, excetuadas as destinações de recursos que tenham sido objeto de autorização legal.

Conforme aponta Santos (SANTOS, Alberto Marques dos. ***Regras científicas da hermenêutica****. Disponível em: <https://albertodossantos.wordpress.com/artigos-juridicos/regras-da-hermeneutica/&gt>. Acesso em: (04 de ago. 2015).), "a hermenêutica jurídica é a ciência que tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos que tornam a interpretação do Direito mais fácil e eficiente", possibilitando a compreensão clara, exata e completa da norma e, por conseguinte, a aplicação da legislação abstrata no caso concreto.*

Ao mesmo tempo, o autor aponta que, considerando um:

[...] eventual conflito entre os resultados interpretativos apurados pela interpretação teleológica e qualquer outro método interpretativo (gramatical, histórico, lógico, sistemático), a primeira é que prevalece, porque, dentre todos os métodos, foi o único consagrado expressamente pela lei.

Além da interpretação gramatical, seguindo regras da hermenêutica jurídica, é imprescindível a interpretação teleológica, ou seja, a compreensão da norma depende da identificação do valor que ela visa proteger.

Quando o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) dispõe que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum", o atendimento dos fins sociais também deve ser buscado pela interpretação do Direito.

Para parte da doutrina, o valor a ser protegido pela norma consiste na vontade do legislador. Seguindo esse entendimento e considerando o histórico relatado acima de que a minuta originalmente enviada à ATL/SECCRI manteve a redação do Decreto nº 43.635, de 2003, a vontade do legislador não era de excluir do rol de possíveis convenentes todo e qualquer sindicato, mas somente sindicatos de servidores públicos tal como no regulamento anteriormente vigente.

Apesar disso, atualmente predomina o entendimento de que deve ser buscada a vontade da lei, um anseio independente da vontade de seu criador. "A lei, uma vez promulgada, projeta vida autônoma, liberta-se do seu criador, e passa a valer por si só." (BEVILÁQUA, Clóvis. ***Teoria Geral do Direito Civil****. Edição histórica fac-similar. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.) A vontade da lei deve ser identificada de acordo com o conjunto normativo.*

Na busca pela vontade autônoma da norma, algumas regras de hermenêutica se destacam para a interpretação do inciso III do art. 3º do Decreto nº 46.319, de 2013:

a) A lei não contém frase ou palavra inútil, supérflua ou sem efeito.

Como todas as palavras contidas na lei possuem força obrigatória e são importantes, a exclusão do termo "de servidores" da proposta original por estar "repetida" ocasionou a presente divergência interpretativa.

b) Quando a lei é obscura, interpretar-se-á restritivamente.

Se a redação do texto legal é falha, ou contém erros que lhe prejudicam a compreensão, ou é redigida em termos dúbios ou subjetivos, essa norma deve ser interpretada restritivamente, para englobar apenas os casos indiscutivelmente nela previstos. Assim sendo, seguindo a interpretação restritiva, a vedação alcança somente os sindicatos de servidores e não todos os sindicatos.

c) Prevalece a interpretação que melhor atenda à tradição do Direito.

Em questões controversas, adota-se a interpretação que está em conformidade com a tradição do Direito, utilizando o método histórico de interpretação.

O volume de 207 convênios de saída celebrados de 2007 a 2015 pelos órgãos e entidades estaduais com sindicatos e registrados no Sistema de Gestão de Convênios, Portarias e Contratos do Estado de Minas Gerais – SIGCON-MG – Módulo Saída (Relatório extraído do Armazém de Informações do SIGCON-MG – Módulo Saída extraído em 04/08/2015 considerando os convênios com status cadastrado e não bloqueados em 03/08/2015.) demonstra a tradição no Estado de Minas Gerais na celebração de ajustes de mútua cooperação e interesse recíproco com essas entidades.

O fato de não terem sido localizados convênios celebrados com sindicatos a partir de 1º de agosto de 2014, data da entrada em vigor do Decreto nº 46.319, de 2013, poderia ser percebido pela corrente que defende a interpretação ampla do termo "sindicatos" como um reforço para esse posicionamento. Contudo, esse entendimento não é pertinente, pois foram identificados convênios celebrados desde 2007 e a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) daquele ano, assim como as LDOs dos anos seguintes, inclusive de 2015, contêm dispositivo com redação semelhante à contida no Decreto nº 46.319, de 2013:

Lei nº 16.314, de 10 de agosto de 2006

Art. 27 - Não poderão ser destinados recursos para atender a despesas com:

I - sindicato, associação ou clube de servidores públicos;

Lei nº 21.447, de 1º de agosto de 2014

Art. 38. Não poderão ser destinados recursos para atender às despesas com:
I - sindicato, associação ou clube de servidores públicos;

Dessa forma, historicamente, a vedação prevista nas LDOs de destinação de recursos para "sindicato, associação ou clube de servidores públicos" foi interpretada como restrita a sindicatos de servidores públicos e não a qualquer sindicato. Portanto, essa interpretação também deve prevalecer para a vedação prevista no Decreto nº 46.319, de 2003.

Acreditamos que a interpretação restritiva da vedação para "sindicatos de servidores públicos" é mais condizente com os fins sociais, conforme art. 5º da LINDB, pois possibilita a celebração do convênio de saída desde que tais entidades possuam capacidade técnica e operacional e experiência para executar o objeto de interesse recíproco e para alcançar a finalidade pública buscada com o instrumento.

CONCLUSÕES

Diante do exposto, considerando o histórico de revisão da legislação e os métodos de interpretação gramatical e teleológico de apuração da vontade do legislador e da vontade autônoma da norma, conclui-se que o inciso III do art. 3º do Decreto nº 46.319, de 26 de setembro de 2013, vedada a celebração de convênio de saída com sindicato de servidores públicos e não com qualquer sindicato patronal e profissional.

Não obstante, ***para a celebração de convênio de saída com sindicato ou qualquer outro tipo de convenente, é imprescindível a análise no caso concreto da afinidade de atribuições institucionais dos partícipes e do interesse público recíproco a ser buscado pelos partícipes no convênio de saída.***

Corroborando as conclusões da referida Nota Técnica, registramos que, mediante pesquisa textual ao sítio eletrônico do Tribunal de Contas da União, detectamos diversos processos envolvendo convênios firmados com entidades sindicais, dos quais não consta, em preliminar, nulidade absoluta da avença em razão da natureza jurídica da entidade convenente.

Exemplificativamente cita-se o AC-0682-03/15-1, Primeira Câmara, Sessão de 10/02/2015, Relator Ministro Augusto Sherman, cujo objeto era o seguinte:

> *"...tomada de contas especial instaurada pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação em desfavor do Sr. Ivan Pereira da Cunha, Presidente do Sindicato dos Trabalhadores da Agricultura Familiar de Acaraú - CE (gestão 2006-2008),* ***em razão da não consecução do objetivo proposto no Convênio 828023/2006*** *- Siafi 579408, firmado entre o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE e o referido Sindicato, que teve por objeto atender ao Programa Brasil Alfabetizado – BRALF".*

A par da dificuldade em encontrar precedentes jurisprudenciais específicos sobre a matéria (uma das possíveis razões da própria consulta), mediante pesquisa textual também encontramos decisão do Tribunal Federal Regional da 1ª Região no qual se discute decisão do TCU em prestação de contas de convênio firmado com entidade sindical, mas também aqui não se parte da premissa da impossibilidade jurídica de celebração de convênios com sindicatos, tão somente pela em face da natureza jurídica da entidade. Vejamos:

> *AC - APELAÇÃO CIVEL - 00195307120004013800*
> *Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS*
> *Órgão julgador QUINTA TURMA*
> *Fonte e-DJF1 DATA:29/01/2010 PAGINA:202*
> *Ementa: ADMINISTRATIVO. RECURSOS FEDERAIS. CONVÊNIO ENTRE ENTIDADE SINDICAL E MINISTÉRIO DA AGRICULTURA. ACÓRDÃO DO TCU. REJEIÇÃO DAS CONTAS PRESTADAS PELO EX-PRESIDENTE DE SINDICATO. REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. ÔNUS PROBATÓRIO.*
> *1. As provas requeridas são insuscetíveis de provar os fatos da causa, os quais somente podem ser provados documentalmente, por se tratar de matéria relativa à prestação de contas referente a recursos públicos, cujas despesas, de forma impostergável, têm de ser limpidamente demonstradas.*
>
> *2. A revisão judicial das decisões do Tribunal de Contas da União - TCU não é irrestrita, devendo-se limitar ao exame de eventuais irregularidades formais ou manifestas ilegalidades. Excepcionalmente, adentra-se à questão substancial atinente à prestação de contas (REsp 80.419/MG, Relator Min. Pádua Ribeiro). 3. O Recorrente não se desincumbiu do seu ônus de provar que o acórdão do TCU padece de ilegalidade, e, bem assim, a correta aplicação dos recursos aos fins a que se destinavam (CPC, art. 333, I). 4. Caso em que a decisão da Corte de Contas traz motivação suficiente e ampara-se em regular procedimento administrativo - tomada de contas especial -, no qual foi assegurada a ampla defesa ao ex-Presidente de entidade sindical, o qual, porém, não obteve êxito em afastar a irregularidade constatada na prestação de contas. 5. Apelação do Autor desprovida.*
> *Data da Decisão: 16/12/2009*
> *Data da Publicação: 29/01/2010*

Na mesma linha de fundamentação da Nota Técnica DCNO/SCCP Nº 02/2015, compreende-se que a finalidade imediata vislumbrada na vedação à celebração de convênios com sindicatos, associações ou clubes de servidores públicos, seria impedir ingerências indevidas de agentes públicos em benefício de tais entidades, às quais eventualmente podem integrar ou ter interesses na sua atuação.

De toda forma, mesmo na redação do Decreto Estadual nº 46.319, de 2013, e da Lei Estadual nº 21.447, de 2014, a vedação não é absoluta. O parágrafo único do art. 38 desta Lei ressalva:

> *Art. 38. Não poderão ser destinados recursos para atender às despesas com:*
> *I – sindicato, associação ou clube de servidores públicos;*
> *...*
> *Parágrafo único. Excetuam-se do disposto neste artigo* ***as destinações de recursos que tenham sido objeto de autorização legal*** *e as dirigidas a creches e escolas de atendimento pré-escolar.*

Fixada esta primeira premissa, caminhamos, pois a solução à consulta não pode se restringir aos dispositivos já citados. Ainda em interpretação sistêmica, entende-se necessário transitar pelo cotejo entre os requisitos legais para a celebração de convênios em geral e o regramento normativo das entidades sindicais.

A Constituição de 1988 em seu art. 8º dispõe sobre tais entidades (sendo que o art. 37, VI, garante o direito à associação sindical aos servidores públicos civis):

> *Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:*
> *...*
> *III -* ***ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas****;*
> *...*

É da essência de todo Sindicato, ainda que constituído como entidade sem fins lucrativos, a atuação voltada a interesses particulares específicos de uma dada coletividade, integrada pelos trabalhadores da sua base. Entretanto, no plano infraconstitucional a própria legislação prevê que as entidades sindicais podem exercer munus público, podem atuar em colaboração ao Estado relativamente à promoção do pleno emprego, como se infere, exemplificativamente, do art. 513 da Consolidação das Leis do Trabalho:

> *Art. 513. São prerrogativas dos sindicatos:*
> *a) representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida;*
> *b) celebrar contratos coletivos de trabalho;*

> *c) eleger ou designar os representantes da respectiva categoria ou profissão liberal;*
> *d)* ***colaborar com o Estado, como órgãos técnicos e consultivos, na estudo e solução dos problemas que se relacionam com a respectiva categoria ou profissão liberal****;*
> *e) impor contribuições a todos aqueles que participam das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas.*
> *Parágrafo Único.* ***Os sindicatos de empregados terão, outrossim, a prerrogativa de fundar e manter agências de colocação****.*

Por este prisma, é possível vislumbrar a existência de interesses imediatamente públicos convergentes entre o Estado e entidades sindicais. Ainda assim, a forma de associação deve observar as possibilidades e limitações fixadas no ordenamento jurídico.

Exemplificativamente, não há falar na possibilidade de sindicato se qualificar como organizações sociais, por não estar seu objetivo imediato relacionado no art. 1º da Lei nº 9.367, de 1998: "Art. 1º - O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei."

Já a Lei nº 9.790, de 1999, veda expressamente a possibilidade de entidades sindicais serem qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, ex vi: "Art. 2º - Não são passíveis de qualificação como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, ainda que se dediquem de qualquer forma às atividades descritas no art. 3o desta Lei: ...II - os sindicatos, as associações de classe ou de representação de categoria profissional;"

Assim, observadas as restrições legais, para constatação, em cada caso concreto, da possibilidade de convergência entre interesses do Estado e de entidades sindicais, é imprescindível avaliar e demonstrar, de maneira objetiva, a adequação do objeto e da proposta de plano de trabalho às exigências da legislação especial aplicável aos convênios, destacando-se o art. 116 da Lei nº 8.666, de 1993; o Decreto Estadual nº 46.319, de 2013 (em vigor desde agosto de 2014); e as disposições legais de diretrizes orçamentárias e execução do orçamento.

Além disto, na hipótese de convênios para capacitação de trabalhadores é imprescindível que o interesse público imediato seja claramente vislumbrado no objeto, que também deverá espelhar os princípios da Administração Pública, entre os quais a moralidade administrativa e a impessoalidade.

No ordenamento jurídico há instrumentos específicos à consecução de políticas públicas de qualificação de trabalhadores, a exemplo das normas que tratam da destinação e aplicação de recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT:

RESOLUÇÃO Nº 679, DE 29 DE SETEMBRO DE 2011 Estabelece diretrizes e critérios para transferências de recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, aos estados, municípios, organizações governamentais, não governamentais ou intergovernamentais, com vistas à execução do Plano Nacional de Qualificação – PNQ, como parte integrada do Sistema Nacional de Emprego – SINE, no âmbito do Programa do Seguro-Desemprego. O Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador – CODEFAT, no uso das atribuições que lhe confere o inciso V, do artigo 19, da Lei n° 7.998, de 11 de janeiro de 1990, resolve:
Art. 1º O Plano Nacional de Qualificação – PNQ, como parte integrada do Sistema Nacional de Emprego - SINE, será financiado com recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, cujas transferências aos estados, Distrito Federal, municípios, organizações governamentais, intergovernamentais, entidades sindicais e entidades privadas sem fins lucrativos dar-se-ão por meio de convênios plurianuais e outros instrumentos firmados com o Ministério do Trabalho e Emprego - MTE, por meio da Secretaria de Políticas Públicas de Emprego – SPPE, com interveniência do Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador - CODEFAT, nos termos da legislação vigente, da presente Resolução e demais orientações emanadas deste Conselho.

Mas ainda nestas hipóteses, é importante frisar que a legislação traça diretrizes para a apuração do interesse público imediato a ser atendido, como indicação do público alvo prioritário, em condições de vulnerabilidade, desemprego ou preparação para inserção no mercado de trabalho. Cautelas adicionais são exigidas, desde a concepção do projeto de trabalho, para impedir situações de possível questionamento posterior, como custeio de qualificação voltada a interesses imediatamente particulares – como empregados da iniciativa privada e/ou empresários do setor, configurando forma indevida de intervenção do Estado no domínio econômico, em benefício desarrazoado de determinado(s) grupo(s) ou segmento(s) do mercado.

Conclusão

Diante do exposto, responde-se à consulta no sentido de que inexiste vedação geral e absoluta no ordenamento jurídico à celebração de convênios entre o Estado e entidades sindicais em geral.

Quanto a sindicatos de servidores públicos (também associações e clubes), observar-se-á a vedação como regra, havendo exceções nas hipóteses admitidas pelo legislador, a exemplo do art. 38, parágrafo único da Lei Estadual nº 21.447, de 2014 (texto transcrito na fundamentação acima).

Mas a celebração de convênios entre o Estado e entidades sindicais nas hipóteses não vedadas pelo ordenamento jurídico pressupõe a

> *demonstração objetiva, em cada caso concreto, da existência dos requisitos legais e regulamentares, entre os quais a convergência de interesse público imediato e a adequação aos princípios da Administração Pública. Em avaliação devidamente motivada, sob as penas da lei, caberá ao Estado certificar de antemão o atendimento a tais requisitos ao analisar a proposta de plano de trabalho.*
>
> *Pelas diretrizes apresentadas na consulta, aparentemente a hipótese é de avaliação do cabimento do convênio no âmbito das políticas de promoção do trabalho, v. g., com recursos do FAT, se atendidos os requisitos específicos para tanto (especialmente quanto ao público alvo da qualificação).*
>
> *Por fim, registra-se que esta manifestação não externa análise concreta e conclusiva pela avença pretendida com o Sindicato dos Jornalistas Profissionais do Estado de Minas Gerais, considerando que nem mesmo o objeto do convênio pretendido foi transcrito na íntegra na consulta.*

Conforme aponta a própria consulente, a vigência da Lei n. 13.019, de 2014, com alterações posteriores, tem implicações nas possíveis parcerias entre a administração pública e entidades sindicais. Salvo melhor juízo, as premissas fixadas no Parecer acima transcrito persistem no que se refere à possibilidade de existência, em tese, de interesses coletivos convergentes entre eles, mas que devem ser apurados em cada caso concreto.

Entretanto, a partir da vigência da Lei n. 13.019, de 2014, com alterações posteriores, as mesmas restrições acima apontadas no que se refere aos serviços sociais autônomos aplicam-se às entidades sindicais, especialmente por força dos artigos 84 e 84-A, que interpretados em conjunto restringiram a aplicação do convênio da Lei n. 8.666, de 1993, aos casos que mencionam.

Embora o legislador tenha expressamente excluído do novo marco das parcerias os serviços sociais autônomos, nada dispôs acerca das entidades sindicais. Os sindicatos ou entidades sindicais não são mencionados em nenhum dispositivo.

O art. 2º da Lei n. 13.019, de 2014, não adotou lista taxativa de organizações da sociedade civil. Limitou-se a fixar os pressupostos para entidades privadas assim serem consideradas doravante, para os seus fins. Vejamos novamente os termos da Lei:

> Art. 2º - Para os fins desta Lei, considera-se:
> I - organização da sociedade civil: (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)
> a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por

> meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)
> b) as sociedades cooperativas previstas na Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)
> c) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

Tal como considera a Consulente e também restou admitido na Nota Jurídica prévia do NAJ, a abrangência da alínea *"a"* permite considerar que nela se incluem as entidades sindicais que preencherem todos os seus requisitos.

O art. 44 do Código Civil dispõe sobre as pessoas jurídicas de direito privado, nos seguintes termos:

> Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:
> I - as associações;
> II - as sociedades;
> III - as fundações.
> IV - as organizações religiosas; (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)
> V - os partidos políticos. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)
> VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011) (Vigência)

Especificamente quanto às associações, o art. 53 do mesmo Código assim estabelece quanto a seu substrato:

> Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.
> Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.

> A Constituição Federal, em seu artigo 5º, XVII e XVIII, tratou das associações:
> XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;
> XVIII – a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

O art. 8º da Carta de 1988, já mencionado no Parecer n. 15.493, de 2015, por sua vez tratou das entidades sindicais, destacando-se para o fim da consulta:

> Art. 8º - É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:
> I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

Embora tratados de forma apartada no Capítulo II do Título II, dedicado aos direitos fundamentais sociais, o constituinte fixa a forma associativa, na classificação do direito civil, ao estabelecer que a constituição de sindicato dar-se-á pela *associação profissional ou sindical*.

O STF firmou entendimento de que, por força do princípio da unicidade sindical, é imprescindível que o sindicato proceda seu registro perante o Ministério do Trabalho e Emprego, como se infere do seguinte julgado:

> AI 861931 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL
> AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
> Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI
> Julgamento: 30/06/2015 Órgão Julgador: Segunda Turma
> Publicação PROCESSO ELETRÔNICO DJe-160 DIVULG 14-08-2015 PUBLIC 17-08-2015
> AGTE.(S): SINDICATO DOS ESTABELECIMENTOS DAS MANTENEDORAS DE INSTITUIÇÕES PARTICULARES DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DO ESTADO DE SANTA CATARINA - SIMPES/SC
> ADV.(A/S): RICARDO ADOLPHO BORGES DE ALBUQUERQUE E OUTRO(A/S)
> AGDO.(A/S): UNIÃO
> PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
> AGDO.(A/S): SINDICATO DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
> ADV.(A/S): LINO JOÃO VIEIRA JÚNIOR
> EMENTA: Agravo regimental no agravo de instrumento. Prequestionamento. Ausência. Sindicato. Registro. Ministério do Trabalho e Emprego. Procedimento. Matéria de índole infraconstitucional. Incidência da Súmula nº 677/STF. Precedentes.
> 1. Não se admite o recurso extraordinário quando os dispositivos constitucionais que nele se alega violados não estão devidamente prequestionados. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356/STF.
> 2. A jurisprudência da Corte é no sentido de que a Constituição Federal exige o registro sindical no órgão competente com a finalidade de proteger o princípio da unicidade sindical. Contudo, a forma como deve ocorrer o registro e o procedimento necessário a sua regular constituição são questões sujeitas a regulação pela legislação infraconstitucional. 3. Inteligência da Súmula nº 677/STF, a qual dispõe que "[a]té que lei venha a dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade".
> 4. Agravo regimental não provido.

O Ministério do Trabalho e Emprego, por sua vez, exige o registro em cartório dos atos constitutivos das entidades sindicais, como se infere do art. 42 da Portaria n. 326, de 1º de março de 2013:

> Art. 42 Os documentos relacionados nesta Portaria serão apresentados em originais, cópias autenticadas ou cópias simples, estas últimas serão apresentadas juntamente com os originais para conferência e visto do servidor, exceção feita aos comprovantes de pagamento da GRU, relativo ao custo das publicações no DOU, que deverão ser apresentados em original.
>
> § 1º - ***Os estatutos sociais e as atas deverão, ainda, estar registrados no cartório da comarca da sede da entidade requerente.***

A norma está em conformidade com o Decreto-lei n. 1.402, de 5 de julho de 1939, que regula a associação em sindicato, destacando-se do seu texto:

> Art. 1º - É lícita a associação, para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses profissionais, de todos os que, como empregadores, empregados ou trabalhadores por conta própria, intelectuais, técnicos ou manuais, exerçam a mesma profissão, ou profissões similares ou conexas.
> Art. 2º - Somente as associações profissionais constituídas para os fins do artigo anterior e registradas de acordo com o art. 48 poderão ser reconhecidas como sindicatos e investidas nas prerrogativas definidas nesta lei.
> ...
> Art. 8º - O pedido de reconhecimento será dirigido ao Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, instruído com exemplar ou cópia autenticada dos estatutos da associação.
> § 1º - Os estatutos deverão conter:
> a) a denominação e a sede da associação;
> ...
> b) a afirmação de que a associação agirá como órgão de colaboração com os poderes públicos e as demais associações no sentido da solidariedade das profissões e da sua subordinação aos interesses nacionais;

A alínea "c" do § 1º do art. 8º acima transcrito ratifica a premissa de que as entidades sindicais, a par da defesa dos interesses imediatos da categoria que representa, exercem *menus* público.

Diante destas premissas, é possível concluir, com maior grau de segurança, que as parcerias entre o Estado e entidades sindicais, desde a vigência da Lei n. 13.019, de 2014, com alterações posteriores, sujeitam-se ao regramento nela contido. Entre as implicações desta conclusão está o fato de que a discricionariedade administrativa para celebração de ajustes resta substancialmente limitada, exigindo-se, por exemplo, chamamento público como regra.

Corroborando a conclusão, registra-se que constou do relatório da Consulta Pública elaborada pelo Governo Federal para regulamentação da norma do art. 2º da Lei n. 13.019, de 2014, com alterações posteriores:

> Comentários gerais: Definição de Organização da Sociedade Civil: - No caso das parcerias com organizações do Sistema S, o objeto da parceria possui natureza singular, levando o Administrador Público dispensar a realização do chamamento público, em razão da inexigibilidade dos serviços sociais autônomos. - Cooperativas de viés solidário: cumprem importante missão de fortalecimento do movimento social e contribuem com processos de superação da miséria e afirmação da cidadania de milhares de pessoas no Brasil. Ao contrário das cooperativas de viés empresarial capitalista, estas cooperativas solidárias buscam o benefício dos seus integrantes e contribuem com processos de justiça social.
>
> Sugestão de redação: Consideram-se entidades da sociedade civil: I - as associações civis II - as fundações privadas III - as cooperativas de trabalho, regidas pela Lei 12.690/2012 IV - as redes de associações, fundações e cooperativas V - as OSCIPS, regidas pela Lei nº 9790/99 e ***VII - os sindicatos***. Parágrafo único. Ficam excluídas da hipótese prevista no inciso II deste artigo as fundações criadas ou mantidas por Partidos Políticos. Justificativa: O objetivo de detalhar as entidades da sociedade civil é enfrentar um problema da lei que é a possibilidade de incorporação das cooperativas na vedação legal. Ocorre que muitas cooperativas, além de não possuírem finalidades lucrativas, são essenciais no desenvolvimento de muitas políticas públicas, especialmente no campo da coleta seletiva de materiais recicláveis e da economia solidária. Como a gestão de resíduos é uma atividade de competência local, é necessário fortalecer as cooperativas de catadores. Fonte: http://www.secretariageral.gov.br/iniciativas/mrosc/consultas/consulta_15dezembro.pdf

Entretanto, tal como apontado relativamente aos serviços sociais autônomos, também aqui é preciso frisar que por se tratar de matéria nova em nosso direito, subsiste risco dos órgãos de controle adotarem entendimento em sentido contrário.

CONCLUSÃO

Em face de todo o exposto, responde-se à consulta nos seguintes termos:

a) quanto aos serviços sociais autônomos, responde-se à consulta no sentido de que a eles não se aplica, por expressa exclusão do art. 3º, X, da Lei n. 13.019, de 2014, redação dada pela Lei n. 12.304, de 2015, o regime de parcerias nela estabelecido. Na busca por interpretação autêntica e considerando o parecer da Comissão Mista que analisou a Medida Provisória convertida na Lei n. 12.304, de 2014, entende-se como solução jurídica com maior segurança para o caso o estabelecimento no ordenamento legislativo estadual de regramento aplicável a tais avenças, desde que não conflite com as normas gerais editadas pela União.

Embora afastada a hipótese na primeira parte deste estudo, caso o Governo do Estado cogite questionar a inconstitucionalidade da Lei n. 13.019, de 2014, com alterações posteriores, ou sua interpretação conforme a Constituição, sugere-se novo encaminhamento do caso a esta AGE, para esta finalidade específica.

Por todas implicações apontadas, outra solução jurídica que poderá ser considerada pelas autoridades administrativas, no caso concreto, é a formulação de consulta ao Tribunal de Contas do Estado, buscando conhecer de antemão possível entendimento daquele Órgão Constitucional de controle externo acerca da matéria.

b) quanto aos sindicatos, há diversos elementos em nosso ordenamento jurídico que permitem a conclusão no sentido de que se enquadram no conceito de organização da sociedade civil do art. 2º da Lei n. 13.019, de 2014, com alterações posteriores. Consequentemente, as avenças firmadas com tais entidades doravante se sujeitam ao regramento nela estabelecido, por exemplo, no que se refere ao chamamento público.

Entretanto, também aqui outra solução jurídica que poderá ser considerada pelas autoridades administrativas, no caso concreto, é a formulação de consulta ao Tribunal de Contas do Estado, também buscando conhecer de antemão possível entendimento daquele Órgão Constitucional de controle externo acerca da matéria.

É o nosso parecer, em 34 (trinta e quatro) laudas, todas rubricadas. À consideração superior.

Belo Horizonte, 23 de março de 2016.

Alessandro Henrique Soares Castelo Branco
Procurador do Estado

"Aprovado em: 16/04/2016."
Danilo Antônio Castro de Souza
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica

Referência:

MINAS GERAIS. Advocacia-Geral do Estado. Parecer 15.649, de 7 de abril de 2016. Procurador Alessandro Henrique Soares Castelo Branco. *Direito Público*: *Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias*, Belo Horizonte, v.13, n.1, jan./dez., 2016. p. 143-170.

O Advogado-Geral do Estado, Dr. Onofre Alves Batista Júnior, proferiu no Parecer abaixo o seguinte Despacho:

"Aprovo. Em 30/09/2016."

PROCEDÊNCIA: Estado-Maior da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais - PMMG

INTERESSADOS: Diretoria de Meio Ambiente e Trânsito da PMMG

NÚMERO: 15.761

DATA: 03 de outubro de 2016

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E PENAL. CRIME AMBIENTAL. FISCALIZAÇÃO ORIENTADORA. ART. 29-A DO DECRETO ESTADUAL Nº 44.844/08. REPERCUSSÃO NA ESFERA PENAL. ART. 60 DA LEI Nº 9.605/98. DIREITO PENAL MÍNIMO. SUBSIDIARIEDADE. FRAGMENTARIEDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DELIBERAÇÃO NORMATIVA Nº 74/2004. ENQUADRAMENTO DOS EMPREENDIMENTOS. POTENCIAL POLUIDOR. CLASSES 1 E 2. AAF E LICENCIAMENTO SIMPLIFICADO. LEI ESTADUAL Nº 21.972/2016.

A orientação doutrinária e jurisprudencial atual se posiciona no sentido de que o direito penal deve ser a *ultima ratio*, ou seja, tem caráter subsidiário, reclamando a intervenção mínima, somente para condutas que produzam resultados naturalísticos ou de perigo (resultado de perigo), cujo desvalor represente lesão significativa ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Dessa compreensão decorre o princípio da insignificância que, embora haja divergência sobre sua aplicação ao Direito Penal Ambiental, prevalece o entendimento de que deve incidir, sendo sua aplicação avaliada à vista de certos vetores, como (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

O art. 225, § 3º, da CR/88 consagra o regime da tríplice responsabilidade por conduta ou atividade considerada lesiva ao meio ambiente, sendo induvidosa a independência das instâncias. Entretanto, não está vedado ao Estado adotar política criminal que privilegie o Direito Penal Mínimo, notadamente quando há regras fixando sanções administrativas para a mesma conduta e há fiscalização tempestiva e suficiente para a prevenção e reparação de danos ambientais.

A concessão de prazo à pessoa física ou jurídica, nos termos do art. 29-A do Decreto nº 44.844/08, na esfera administrativa, não afasta,

por si só, a adoção das medidas de caráter penal pela PMMG, diante do que determina o art. 225, § 3º, da Constituição Federal, aliado ao princípio da independência de instâncias, administrativa, civil e penal.

Entretanto, cabe ao Estado avaliar a política criminal a ser adotada, que respeite, ao máximo, os direitos fundamentais e considere a necessidade das medidas penais, evitando-se o movimento das máquinas administrativa e judiciária em ações que podem restar inócuas. Posicionamentos jurisprudenciais indicam esse risco ao considerar, por exemplo, a hipótese de o infrator vir a dar início ao processo de regularização no prazo de vinte dias (art. 29-C do Decreto nº 44.844/08 e art. 60 da Lei 9.605/98), o que, em tese, afastará o dolo. Além disso, nos termos do art. 29-C, § 3º, deverá ser firmado Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, com condições e prazos para instalação e funcionamento, que envolverá, certamente, medidas protetivas, com vistas à prevenção de dano, o que atrai, também, posições contraditórias quanto à necessidade de imediatas providências na esfera penal.

Com efeito, considerando que se trata, o tipo do art. 60 da Lei nº 9.605/98, de crime permanente, não há risco nenhum em se aguardar o decurso do lapso temporal previsto no art. 29-C para iniciar a persecução penal conjuntamente com as medidas previstas no art. 29-D, desde que se mostre efetiva a atuação do Estado ordenador na seara administrativa, ao lado da certeza de ausência de dano ambiental já causado pelo empreendimento. Não se afasta, pois, em tese, o dever de providências quanto ao crime tipificado no art. 60 da Lei nº 9.605/98, mas orienta-se a considerar os fundamentos postos, devendo estabelecer-se a posição do Estado quanto à política criminal a ser adotada na hipótese.

Os empreendimentos classificados em classes 1 e 2 se enquadram, em tese, como potencialmente poluidores para os fins do art. 60 da Lei nº 9.605/98, conforme fundamentação no corpo do parecer.

Parece-nos recomendável o estabelecimento de orientação interna à PMMG sobre a política criminal a ser adotada na espécie, que envolva risco concreto de dano, mas que seja inexpressiva a potencial lesão ao meio ambiente, privilegiando-se o caráter subsidiário do sistema penal, o que exige, de outro lado, cautela quanto à efetividade da fiscalização administrativa, de modo a prevenir a ocorrência de dano não admitido para o empreendimento.

RELATÓRIO

1. O Chefe do Estado Maior da PMMG, por meio do Ofício nº 655.1/2016 – DMAT encaminha consulta ao Advogado Geral-Adjunto do Estado, pedindo orientação jurídica para as seguintes indagações:

a) A concessão de um prazo à pessoa física ou jurídica nos termos do artigo 29-A do Decreto nº 44.844/08 na esfera administrativa, o que adia ou até mesmo evita a lavratura do auto de infração ambiental, transmite algum efeito à esfera criminal? Assim poderá a pessoa física/representante da pessoa jurídica ao ser notificado para regularizar sua atividade/empreendimento receber concomitantemente voz de prisão em flagrante, por estar incursa no artigo 60 da Lei 9.605/98, com a adoção das demais medidas criminais desde então? Ou somente após expirado o prazo que ela recebeu para se regularizar, não o tendo feito, poderá receber voz de prisão em flagrante sendo adotadas as demais providências afetas a essa área pelo Policial Militar?
b) Os empreendimentos de classes 1 e 2, embora definidos pela DN 74/2004 como de impacto ambiental não significativo, se enquadram como "potencialmente poluidores" para os fins do artigo 60 da Lei 9.605/98, ou são somente os de classes 3, 4, 5 e 6 cujo funcionamento sem estará amparado pela devida licença ambiental acarreta o enquadramento no referido artigo?

2. O Consulente, para apresentar os questionamentos, trouxe as dúvidas dos Militares que se situam entre a doutrina do Direito Penal Mínimo e do próprio "amoldamento perfeito do fato à norma".

3. Esse é o teor da consulta.

PARECER

4. O consulente busca resposta sobre se, (1) diante do teor do art. 29-A do Decreto Estadual n. 44.844/08, poderão ser adotadas as medidas de ordem penal concomitantemente à fiscalização ou se, somente se não houver a regularização por parte do empreendedor, serão tomadas as providências afetas à seara penal, bem como (2) se a classificação dos empreendimentos em potencial poluidor 1 e 2 se enquadram como potencialmente poluidores para o fim do art. 60 da Lei n. 9.605/98.

5. O art. 60 da Lei nº 9.605/98 tipifica como crime as seguintes condutas:

> Art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes:
>
> Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

6. Ao seu turno, o art. 29-A do Decreto Estadual nº 44.844/08 autoriza ao Estado realizar uma fiscalização de natureza orientadora em algumas hipóteses:

> Art. 29-A. A fiscalização terá sempre natureza orientadora e, desde que não seja constatado dano ambiental, será cabível a notificação para regularização de situação, nos seguintes casos:
> I - entidade sem fins lucrativos;
> II - microempresa ou empresa de pequeno porte;
> III - microempreendedor individual;
> IV - agricultor familiar;
> V - proprietário ou possuidor de imóvel rural de até quatro módulos fiscais;
> VI - praticante de pesca amadora;
> VII - pessoa física de baixo poder aquisitivo e baixo grau de instrução.
> (...)
> § 2º A ausência de dano ambiental será certificada em formulário próprio pelo agente responsável por sua lavratura.

7. A dúvida do Consulente é se a concessão de prazo para regularização na esfera administrativa repercute na esfera penal. Se se tomam as medidas penais no momento da fiscalização orientadora ou se se aguarda o decurso do prazo para regularização e, somente na hipótese de não o fazer, sujeita-se o infrator às providências afetas à área penal.

8. A resposta à indagação demanda análise preliminar de alguns aspectos.

9. O primeiro desses aspectos é que, de fato, é prevista a fiscalização orientadora, nas hipóteses específicas do art. 29-A do Decreto 44.844/08, o que impede a lavratura do auto de infração, mas somente quando não houver ainda ocorrido dano ambiental, devendo essa circunstância, inclusive, ser certificada.

10. O segundo diz com a induvidosa independência de instâncias, administrativa e penal, o que não elide algumas posições sobre a relação entre as esferas de sanção administrativa e penal, com destaque para o caráter subsidiário do Direito Penal, determinando que a interpretação das suas normas deve levar sempre em consideração o princípio da intervenção mínima, segundo o qual o Direito Penal só deve cuidar das condutas de maior gravidade e que representam um perigo para a paz social, não tutelando todas as condutas ilícitas e sim apenas aquelas que não podem ser suficientemente repreendidas por outras espécies de sanção - civil, administrativa, entre outras.

11. O terceiro tem a ver com a penalidade mesma aplicável. Se, no âmbito administrativo, naquelas hipóteses elencadas no art. 29-A do Decreto nº 44.844/08, sequer se lavra imediatamente o auto de infração, preferindo-se uma fiscalização orientadora e com finalidade de regularização da conduta, estaria autorizada a imediata persecução criminal? A análise desse ponto envolve, também, considerações acerca de teorias adotadas pela doutrina e pela jurisprudência da natureza subsidiária do Direito Penal, da fragmentariedade, além da possibilidade de incidir o princípio da insignificância no Direito Penal Ambiental.

12. No que se refere ao primeiro ponto, impende atentar para que, na seara administrativa, o objetivo é que o empreendedor regularize sua situação, buscando a obtenção da licença para funcionamento, sendo requisito para conceder-se o prazo ao empreendedor que ainda não tenha ocorrido dano ambiental. A licença ambiental visa exatamente a averiguar a viabilidade do empreendimento e, caso positivo, quais as medidas preventivas, mitigadoras e compensatórias de danos ambientais deverão ser adotadas.

13. Admite-se, inclusive, de modo geral, a obtenção de licença corretiva, o que não desobriga os empreendimentos e atividades considerados efetiva ou potencialmente poluidores, bem como os que possam causar degradação ambiental, de obterem o prévio licenciamento ambiental, nem impede a aplicação de penalidades pela instalação ou operação sem a licença competente, exceto nos casos e condições previstas no § 2º do art. 9º e no caput do art. 15 (art. 14, § 4º do Decreto nº 44.844/08).

14. O art. 76 do Decreto 44.844/08 determina a penalidade de suspensão de atividade nas hipóteses em que o infrator estiver exercendo atividade sem a licença ou a autorização ambiental, admitindo, se não houver viabilidade técnica para a imediata suspensão das atividades, o estabelecimento de cronograma para cumprimento da penalidade, mediante celebração de Termo de Ajustamento de Conduta. Aqui, também, está autorizada a suspensão da aplicação da penalidade.

15. O Anexo II do mesmo Decreto 44.844/08 prevê penalidade – Código da Infração 106 – para quem instalar, construir, testar, operar ou ampliar atividade efetiva ou potencialmente poluidora ou degradadora do meio ambiente sem as licenças de instalação ou de operação, desde que não amparado por termo de ajustamento de conduta com o órgão ou entidade ambiental competente, se não constatada a existência de poluição ou degradação ambiental, com previsão de multa simples; ou multa simples e suspensão de atividades no caso de empreendimento ou atividade em operação ou em instalação. Se constatada poluição ou degradação, multa e outras cominações.

16. O que significa que há sanções administrativas previstas que atingem ao objeto primordial de proteção do bem jurídico: o ambiente.

17. Essas considerações reafirmam o caráter subsidiário do Direito Penal, que decorre da intervenção mínima. Na verdade, a fragmentariedade do Direito Penal, como última ratio é uma consequência da adoção de três princípios: da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social.

18. Na hipótese específica sob exame, tem-se que, embora não unânime, há posições doutrinária e jurisprudencial sobre a natureza do crime previsto no art. 60 da Lei nº 9.605/98. Julgado do Superior Tribunal de Justiça traz posição a respeito, além de admitir a incidência do princípio da insignificância a crime ambiental, em exame conecto a "postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal":

> CONSTITUCIONAL E PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME AMBIENTAL. POSSIBILIDADE.ANÁLISE DO CASO CONCRETO. CRIME DO ART. 56 DA LEI 9605/1998. FORMAL, DE PERIGO ABSTRATO E PLURIDIMENSIONAL. PROTEÇÃO À SAÚDE PÚBLICA E AO MEIO AMBIENTE. PERICULOSIDADE SOCIAL OBSERVADA. CONDUTA MATERIALMENTE TÍPICA. RECURSO DESPROVIDO.
>
> 1. O "princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter

material. [...] Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público." (HC n. 84.412-0/SP, STF, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, DJU 19.11.2004.)

2. Predomina nesta Corte entendimento da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais, devendo ser analisadas as circunstâncias específicas do caso concreto para aferir, com cautela, o grau de reprovabilidade, a relevância da periculosidade social, bem como a ofensividade da conduta, haja vista a fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado às presentes e futuras gerações, consoante princípio da equidade intergeracional.

3. O art. 56 da Lei 9.605/1998 descreve crime ambiental formal de perigo abstrato, ante a presunção absoluta do legislador de perigo na realização da conduta típica e a prescindibilidade de resultado naturalístico, e pluridimensional, pois, além de proteger o meio ambiente em si, tutela diretamente a saúde pública, haja vista a periclitância de seus objetos, altamente nocivos e prejudiciais, com alta capacidade ofensiva. Não há falar, portanto, em ausência de periculosidade social da ação, porquanto lhe é inerente.

4. Recurso desprovido. (RHC 64.039/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 03/06/2016).

PENAL E PROCESSUAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. POLUIÇÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE LAUDO TÉCNICO OFICIAL.CRIME FORMAL E DE PERIGO ABSTRATO. DOCUMENTOS SUFICIENTES. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. REPARAÇÃO DO DANO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

(...)2. De acordo com o entendimento deste Tribunal, a Lei de Crimes Ambientais deve ser interpretada à luz dos princípios do desenvolvimento sustentável e da prevenção, indicando o acerto da análise que a doutrina e a jurisprudência têm conferido à parte inicial do art. 54 da Lei n. 9.605/1998, de que a mera possibilidade de causar dano à saúde humana é idônea a configurar o crime de poluição,

> evidenciada sua natureza formal ou, ainda, de perigo abstrato 3. O delito de poluição ambiental em questão dispensa resultado naturalístico e a potencialidade de dano da atividade descrita na denúncia é suficiente para caracterizar o crime de poluição ambiental, independentemente de laudo específico na empresa, inexistindo, no caso, qualquer das hipóteses excepcionais, de forma que o exame da alegada ausência de justa causa para a instauração da ação penal demanda incursão no acervo fático-probatório, o que é inviável na via estreita. (...)
>
> (RHC 62.119/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2015, DJe 05/02/2016)

19. Há pronunciamento do TJMG também:

> APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0471.13.018215-0/001.CRIMINAL. HC. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE.
>
> (...) Tratando-se de delito de mera conduta, o simples fato de não terem sido adotados os procedimentos de cautela tendentes a evitar o possível dano configura, em princípio, o crime, mormente se demonstrado que a resistência da denunciada em tomar as devidas atitudes somente vem agravando o problema e ampliando o prejuízo ambiental (...) (HC 58604 / SP HABEAS CORPUS 2006/0096468-8. Rel. Min. Gilson Dipp. P. Dj 23/10/2006)
>
> (...)
>
> Outro não é o ensinamento do insigne professor Guilherme de Souza Nucci:
>
> "(...) é crime comum, de mera conduta, que independe da ocorrência de resultado naturalístico, consistente na efetiva produção de poluição, bem como não exige o elemento subjetivo do tipo específico, bastando a vontade do agente em construir, reformar, instalar ou fazer funcionar estabelecimento, obra ou serviços potencialmente poluidor, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes (...)" (NUCCI, Guilherme de Souza, *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3.ed., São Paulo, RT, 2008)

20. Vê-se que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento acima citado, entende o art. 56 da Lei 9.605/1998 como crime ambiental formal de perigo abstrato, ante a presunção absoluta do legislador de perigo na realização da conduta típica, cuja periculosidade lhe é inerente. O que justificaria a imediata adoção de medidas tendentes a iniciar a persecução penal.

21. De outra banda, Luiz Regis Prado classifica o crime do art. 60 da Lei n. 9.605/98, bem como o do art. 56, como de perigo concreto, com o tipo subjetivo integrado pelo dolo. Portanto, de forma diversa do STJ, quanto ao crime do art. 56, com as mesmas características do delito do art. 60. O autor trabalha a ideia de lesão e de perigo de lesão a determinado bem jurídico em face dos delitos de mera atividade e de resultado material. Explicita que a

doutrina majoritária consagra os crimes ambientais como delitos de perigo, especialmente de perigo abstrato. E adverte que, nos delitos de perigo concreto,

> "a exigência do perigo faz parte do tipo, integra-o como elemento normativo, de sorte que o delito só se consuma com a real ocorrência do perigo para o bem jurídico. A realização do tipo objetivo obriga à comprovação do perigo concreto para o bem jurídico, independentemente da ação. É, portanto, um delito de resultado de perigo. (...) Todavia, nos primeiros (perigo concreto), é preciso ser comprovada pelo juiz a efetiva ou real colocação em perigo do bem jurídico".[1]

22. Nessa esteira de pensamento, Regis Prado liga a ideia de delito de mera atividade à de perigo abstrato, exaurindo-se com a própria ação ou omissão, independentemente de resultado material, inclusive de perigo (crime de resultado de perigo), o que o distingue do crime de perigo concreto.

23. O Ministério Público de São Paulo defende a tese de que o crime tipificado no art. 60 da Lei nº 9.605/98 é de perigo abstrato ou presumido, bastando, para sua caracterização, que o agente pratique a atividade potencialmente poluidora sem a licença ambiental, não havendo necessidade de comprovação do perigo concreto.

24. O Superior Tribunal de Justiça, em outro julgamento, exige, para a configuração do delito, a comprovação da potencialidade efetiva de dano:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. ART. 60, DA LEI Nº 9.605/1998. ATIVIDADE POTENCIALMENTE POLUIDORA. PRESUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DANO EFETIVO NÃO COMPROVADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
> 1. A configuração do delito previsto no art. 60, da Lei nº 9.605/98, exige o desenvolvimento de atividade potencialmente poluidora sem a correspondente licença ambiental. O fato de ser exigida a licença ambiental não pode gerar a presunção de que a atividade desenvolvida pelo acusado seja potencialmente poluidora.
> 2. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no REsp 1411354/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 26/08/2014)

25. O Tribunal Regional Federal da 2ª Região faz uma boa análise da matéria:

> "DIREITO PENAL AMBIENTAL – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – Rejeição da denúncia. Suposta prática dos delitos dos artigos 60 e 67 da Lei nº 9.605-98, em razão do funcionamento das unidades I e II do centro nuclear Almirante Álvaro Alberto (angra I e angra II) sem licença ambiental do órgão competente, bem como pelo crime descrito do artigo 56 da Lei nº 9.605. 98, em interpretação conjunta com o § 2º do mesmo artigo, tendo em vista a ausência de

1 PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente***.** 5.ed. rev.,atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 127 e 130.

> licenciamento ambiental específico para os "depósitos intermediários" para rejeitos radioativos das citadas usinas e a constatação de que as características de sua construção e operação estão em desacordo com as normas da comissão nacional de energia nuclear. Cnen. (...) VIII. Não comete crime ambiental, por ausência de ilicitude, o empreendedor que explore, sem a devida licença ambiental, atividade potencialmente poluidora, mas que busca a efetiva regularização de sua situação junto ao órgão competente. Por não comportar a modalidade culposa, a denúncia pela suposta prática do tipo do artigo 60 da Lei nº 9.605-98 deve demonstrar o dolo direto ou eventual do agente na instalação, reforma ou funcionamento de empreendimento poluidor sem licenciamento ambiental válido, ou seja, não vencido. (...)
>
> IX. Sem ignorar a independência das esferas administrativa, civil e penal, assim como a possibilidade de responsabilização cumulativa do agente nessas três esferas quanto às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, a formalização do termo de ajustamento de conduta. TAC importa em esvaziamento da real necessidade da persecução criminal. Ao estabelecer condicionantes técnicas e cronogramas para execução de determinadas obrigações, aquele instrumento, em consonância com o ideal de desenvolvimento sustentável endossado expressamente na Constituição de 1988 (inciso VI do artigo 170), permite a efetiva conciliação entre a proteção ambiental e o exercício da atividade econômica.(...) No que se refere à ausência ou irregularidade dos licenciamentos dos mencionados depósitos intermediários e das próprias instalações nucleares o princípio da precaução foi observado na medida em que se está buscando a efetiva regularização. XII - Provimento parcial do recurso em sentido estrito. (TRF 2ª R. – RSE 2001.51.11.000031-8 – 2ª T.Esp. – Rel. Des. Fed. André Fontes – DJU 07.12.2006 – p. 376) Destacamos

26. Colhendo alguns entendimentos jurisprudenciais, podemos perceber a relação feita entre fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal e o princípio da insignificância à vista da natureza do crime previsto no art. 60 da Lei nº 9.605/98:

> PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. AÇÃO PENAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ASSINATURA DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO CONFIGURADA. ILICITUDE DA CONDUTA APONTADA COMO DELITUOSA NÃO AFASTADA.
>
> 1. A assinatura do termo de ajustamento de conduta, firmado na esfera administrativa, entre o Ministério Público estadual e o suposto autor de crime ambiental, não impede a instauração da ação penal, diante da independência das instâncias, devendo ser considerado seu eventual cumprimento, quando muito, para fins de redução do quantum das penas a serem impostas.

> 2. A assinatura do termo de ajustamento, *in casu*, não revela ausência de justa causa para a ação penal e, por ausência de previsão legal nesse sentido, não constitui causa de extinção da ilicitude da conduta potencialmente configuradora de crime ambiental.
>
> 3. O trancamento da ação penal por falta de justa causa constitui medida de exceção, somente cabível quando, pela mera exposição dos fatos verifique-se, de plano, a atipicidade da conduta, a inexistência de prova da materialidade do delito ou ausência de uma das condições de procedibilidade do feito. 4. Recurso especial provido.
>
> (REsp 1294980/MG, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 18/12/2012) - destacamos.

27. O e. TJMG segue essa linha de entendimento:

> EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME AMBIENTAL - LEI Nº 9.605/98 - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - INCONFORMISMO MINISTERIAL - TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA - CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO IMPEDE A PROPOSITURA DE AÇÃO PENAL - INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL - SENTENÇA DESCONSTITUÍDA - PROSSEGUIMENTO DO FEITO. - A celebração de Termo de Ajustamento de Conduta não tem o condão de impedir a deflagração da ação penal, na medida em que, segundo o disposto no §3º do art. 225 da Constituição da República, as esferas cível, penal e administrativa são distintas e independentes. - "Eventual celebração de termo de ajustamento de conduta não impede a persecução criminal, repercutindo apenas na dosimetria da eventual pena a ser cominada ao autor do ilícito ambiental. Precedentes" (Superior Tribunal de Justiça, HC n. 160.525/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 5 de março de 2013). (TJMG - Apelação Criminal 1.0471.11.011389-4/001, Relator(a): Des.(a) Wanderley Paiva, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 29/09/2015, publicação da súmula em 09/10/2015) - destacamos.
>
> EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES - CRIME AMBIENTAL - EXISTÊNCIA DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA - NÃO EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL - ESFERAS DISTINTAS E INDEPENDENTES - RECEBIMENTO DA DENÚNCIA QUE SE IMPÕE - EMBARGOS REJEITADOS. - Como é cediço, as responsabilidades administrativa e penal são distintas e não se excluem, nada impedindo, portanto, que, pactuado um acordo no âmbito administrativo, a fim de reparar o dano ocasionado pela conduta ilícita, seja a agente responsabilizada no âmbito penal, que não se restringe à função reparadora. (TJMG - Emb Infring e de Nulidade 1.0183.09.172736-6/002, Relator(a): Des.(a)

> Eduardo Machado, 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 03/12/2013, publicação da súmula em 10/12/2013) - destacamos.
>
> (...) É que, em regra, os delitos previstos pela Lei nº 9.605/98, possuem natureza formal, de modo que a mera potencialidade de dano ao meio ambiente é suficiente para que reste configurado, sendo prescindível, assim, o resultado naturalístico.
>
> Isso porque, no meu modesto sentir, a norma penal que se relaciona à proteção do Meio Ambiente tem vocação direcionada essencialmente, à prevenção do dano ecológico. Privilegia-se, desta forma, o "Direito Penal de riscos" em detrimento de um "Direito Penal de danos". Certo é que, em se tratando de danos ambientais - que poderão atingir de forma ferrenha gerações futuras - o Direito Ambiental moderno vem se norteando pelo princípio da precaução, reverenciando, assim, a figura do perigo abstrato. Certo é que a antecipação do momento consumativo do crime - não esperando pela ocorrência do resultado - sem dúvidas, desestimula a prática de atos danosos ao ambiente, bem como garante a efetiva aplicação da Lei Penal, pois o dano ambiental, dada a sua complexidade, é de dificultosa constatação e reparação, isso, quando não completamente irreparável.
>
> Neste sentido, Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Christiany Pegorari Conte, sustentam que "(...) os dispositivos da Lei Ambiental que tratam delitos relacionados à poluição configuram crimes de perigo bastando, portanto, a mera possibilidade de ocorrência do dano. No caso do art. 54 essa característica se traduz na expressão '... possam resultar dano à saúde humana, mortandade de animais ou destruição significativa da flora' (...)". (Crimes Ambientais. São Paulo: Saraiva. 2012, p.176).
>
> Apelação Criminal 1.0471.13.018215-0/001 0182150-03.2013.8.13.0471 (1)
>
> (...)
> - Tendo por base a independência entre as esferas do direito assegurada pelo art. 225, §3º, da CF, a assinatura do Termo de Ajustamento de Conduta, firmado em âmbito administrativo, entre o Ministério Público e o suposto autor de crime ambiental, não obsta a instauração da persecução penal.
>
> Voto vencido.

28. Constata-se, portanto, que há muita divergência na matéria, inclusive sobre a força de medidas suspensivas ou substitutivas, como o TAC, similar à previsão do art. 29-A, que concede prazo ao infrator para regularização, relativamente à persecução penal. Isso, em razão da independência de esferas assegurada no art. 225, $ 3º, da CR/88. Portanto, sob essa ótica somente, não está afastada a possibilidade de a PMMG tomar, juntamente com a medida orientadora, aquelas próprias à seara penal.

Potencial poluidor e classificação do empreendimento em 1 e 2 pela Deliberação Normativa COPAM nº 74/04

29. Quanto ao segundo questionamento, a dúvida diz respeito à classificação dos empreendimentos em 1 e 2, se, embora definidos pela DN 74/2004 como de impacto ambiental não significativo, se enquadram como "potencialmente poluidores" para os fins do artigo 60 da Lei 9.605/98, ou se são somente os de classes 3, 4, 5 e 6, cujo funcionamento sem estar amparado pela devida licença ambiental acarreta o enquadramento no referido artigo.

Quanto a esse ponto, inicialmente salienta-se que a AAF (Autorização Ambiental de Funcionamento) é, na verdade, uma licença simplificada para empreendimentos de menor potencial ofensivo, cuja dúvida resta sanada com o disposto na Lei Estadual n. 21.972/2016:

> Art. 16. A construção, a instalação, a ampliação e o funcionamento de atividades e empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento ambiental.
> Parágrafo único. Considera-se licenciamento ambiental o procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental.
>
> Art. 17. Constituem modalidades de licenciamento ambiental:
> I – Licenciamento Ambiental Trifásico;
> II – Licenciamento Ambiental Concomitante;
> III – Licenciamento Ambiental Simplificado.
> (...)
> Art. 20. O Licenciamento Ambiental Simplificado poderá ser realizado eletronicamente, em uma única fase, por meio de cadastro ou da apresentação do Relatório Ambiental Simplificado pelo empreendedor, segundo critérios e pré-condições estabelecidos pelo órgão ambiental competente, resultando na concessão de uma Licença Ambiental Simplificada – LAS.
> (...)
> Art. 38. O Poder Executivo poderá editar decretos contendo normas de transição para garantir a segurança jurídica e a eficiência das atividades exercidas no âmbito do Sisema, até que as regras e estruturas definidas por esta Lei sejam implementadas.
> § 1º As Autorizações Ambientais de Funcionamento – AAF – emitidas antes da vigência desta Lei serão convertidas em Licenças Ambientais Simplificadas – LAS.
> § 2º Até a implementação desta Lei, fica o Poder Executivo autorizado a emitir AAF que serão, posteriormente, convertidas em LAS, nas condições e prazos estipulados por decreto. (Destaquei)

31. Os Decretos nº 46.953/2016 e nº 46.967/2016, respectivamente, confirmam:

> Art. 28. Até a implementação dos procedimentos relativos à emissão da Licença Ambiental Simplificada, as SUPRAMs emitirão Autorização Ambiental de Funcionamento, nos termos do § 2º do art. 38 da Lei 21.972, de 2016.
> (...)
> Art. 2º Até que sejam adotadas as medidas dispostas na Lei nº 21.972, de 2016, compete transitoriamente às Superintendências Regionais de Meio Ambiente – SUPRAMs –, no âmbito de suas respectivas circunscrições territoriais:
> I – decidir sobre processos de licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos:
> a) de pequeno porte e grande potencial poluidor;
> b) de médio porte e médio potencial poluidor;
> c) de grande porte e pequeno potencial poluidor;
> II – conceder autorização ambiental de funcionamento para atividades e empreendimentos localizados dentro de sua área de circunscrição territorial, conforme a legislação em vigor, até a definição e implementação dos procedimentos relativos à emissão da Licença Ambiental Simplificada;
> III – analisar e decidir sobre os processos de intervenção ambiental, inclusive de supressão de cobertura vegetal nativa, ressalvadas as competências das URCs dispostas no art. 1º e as competências municipais;

32. O art. 5º, § 1º, do Decreto nº 44.844/08 reforça esse entendimento, ao dispor que fica facultada aos empreendimentos ou atividades dispensados dos instrumentos de Licença Ambiental ou AAF, a obtenção de Certidão de Dispensa emitida pelo órgão ambiental estadual competente, sendo admitida a emissão por meio de autenticação eletrônica, mesmo sendo passível de licenciamento ambiental junto ao município.

33. O que também encaminha a constatação de que todos os empreendimentos enquadrados nas classes 1 e 2 têm potencial poluidor. Caso contrário, seria a hipótese de disporem de certidão de dispensa.

34. A hipótese da consulta envolve empreendimento de pequeno porte e pequeno ou médio potencial poluidor (1) e de médio porte e pequeno potencial poluidor (2). Ou seja, os empreendimentos enquadrados nas classes 1 e 2 têm potencial poluidor e a intensidade do potencial poluidor – pequeno, médio ou grande - não é elementar do tipo do art. 60.

35. Entretanto, caberia indagar sobre a pequena lesividade da conduta ao bem ambiental a atrair a incidência do princípio da insignificância, o que nos parece muito complexo de se examinar em tese, de forma genérica, para todo e qualquer empreendimento enquadrado nas classes 1 e 2, restando temerário proferir orientação jurídica concludente quanto a tomar, ou não, as medidas de persecução penal.

36. O Superior Tribunal de Justiça tem admitido a aplicação do princípio da insignificância ao Direito Penal Ambiental quando demonstrada, a partir do exame do caso concreto, a ínfima

lesividade ao bem ambiental tutelado pela norma. (AgRg no REsp 1591408/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 17/06/2016)

37. No mesmo sentido:

> PROCESSO PENAL E PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRANSPORTE DE PEIXES PROVENIENTES DE PESCA PROIBIDA. 7 QUILOS DE PEIXES DIVERSOS. NÃO APREENSÃO DE INSTRUMENTOS DE PESCA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE RELEVANTE. RECURSO IMPROVIDO.
>
> Orienta-se a jurisprudência no sentido de que o trancamento da ação penal é medida de exceção, o que se verifica na hipótese.
>
> A atipicidade material, no plano da insignificância, pressupõe a concomitância de mínima ofensividade da conduta, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada.
>
> É entendimento desta corte que somente haverá lesão ambiental irrelevante no sentido penal quando a avaliação dos índices de desvalor da ação e de desvalor do resultado indicar que é ínfimo o grau da lesividade da conduta praticada contra o bem ambiental tutelado, isto porque não deve-se considerar apenas questões jurídicas ou a dimensão econômica da conduta, mas deve-se levar em conta o equilíbrio ecológico que faz possíveis as condições de vida no planeta. Precedente.
>
> Em que pese a ausência de apreensão de redes ou outros instrumentos, é significativo o desvalor da conduta do recorrente, porquanto a quantidade apreendida (7 kg de peixes) não pode ser considerada ínfima.
>
> Recurso em habeas corpus improvido.
>
> (RHC 60.419/GO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 19/08/2016)
>
> PESCA EM LOCAL PROIBIDO. UNIDADE DE CONSERVAÇÃO. CRIME AMBIENTAL. MÍNIMA OFENSIVIDADE AO BEM JURÍDICO TUTELADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA.
>
> 1. Consoante entendimento jurisprudencial, o "princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentaridade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material.

> (...) Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público." (HC nº 84.412-0/SP, STF, Min. Celso de Mello, DJU 19.11.2004) 2.
>
> Caso concreto que se adequa a esses vetores, possibilitando a aplicação do princípio da insignificância, com reconhecimento da atipicidade material da conduta, consubstanciada em pescar em local proibido (unidade de conservação), porquanto não apreendido um único peixe com os recorrentes, o que denota ausência de ofensividade ao bem jurídico tutelado.
>
> Recurso provido para reconhecendo a atipicidade material da conduta, trancar a Ação Penal.
>
> (RHC 71.380/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 30/06/2016)

38. Para o Estado deixar de tomar as medidas de cunho penal em atenção a esse princípio, terá de constatar, *ex ante*, que o dano potencial do empreendimento se caracterizará como de ínfima lesividade, o que torna necessária uma avaliação criteriosa, caso a caso.

39. Resta, por fim, um elemento a se considerar: o dolo, pois, se, no prazo dado ao infrator para regularização, ele toma providências para iniciar o processo de licenciamento, afasta-se o dolo. E, de regra, é o que a jurisprudência considera, no ponto.

CONCLUSÃO

40. Diante do que foi exposto, opinamos no seguinte sentido:

41. Primeiro: A concessão de prazo à pessoa física ou jurídica, nos termos do art. 29-A do Decreto nº 44.844/08, na esfera administrativa, não afasta, por si só, a persecução penal, diante do que determina o art. 225, § 3º, da Constituição Federal.

42. 1º.1. Entretanto, como demonstrado no corpo do parecer, há posicionamentos que indicam o risco de inocuidade dessa atuação, considerando a hipótese de o infrator vir a dar início ao processo de regularização no prazo de vinte dias (art. 29-C do Decreto nº 44.844/08), o que, em tese, afastará o dolo. Além disso, nos termos do art. 29-C, § 3º, deverá ser firmado Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, com condições e prazos para instalação e funcionamento, que envolverá, certamente, medidas protetivas, com vistas à prevenção de dano, o que atrai, também, posições contraditórias quanto à necessidade de imediatas providências na seara penal.

43. 1º.2. Com efeito, considerando que se trata, o tipo do art. 60 da Lei nº 9.605/98, de crime permanente, não há risco nenhum em se aguardar o decurso desse lapso temporal para iniciar a persecução penal, desde que haja efetividade na atuação do Estado ordenador na seara administrativa, ao lado da certeza de ausência de dano ambiental já causado pelo empreendimento.

44. 1º.3.Não se afasta, pois, em tese, o dever de providências quanto ao crime tipificado no art. 60 da Lei n. 9.605/98, devendo estabelecer-se a posição do Estado quanto à política criminal a ser adotada na espécie.

45. Segundo: Os empreendimentos classificados em classes 1 e 2 se enquadram, em tese, como potencialmente poluidores para os fins do art. 60 da Lei nº 9.605/98, conforme fundamentação no corpo do parecer.

46. 2º.1. Parece-nos recomendável que o Estado estabeleça orientação interna sobre a política criminal a ser adotada na hipótese de casos que envolvam risco concreto de dano, mas que seja inexpressiva a potencial lesão ao meio ambiente, privilegiando o caráter subsidiário do sistema penal, o que exige, de outro lado, efetividade da fiscalização administrativa, de modo a prevenir a ocorrência de dano não admitido para o empreendimento.

À consideração superior.
Belo Horizonte, aos 29 de setembro de 2016.

Nilza Aparecida Ramos Nogueira
Procuradora do Estado

"Aprovado em: 30/09/2016."
Danilo Antônio de Souza Castro
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica

Palavra-chave: Meio ambiente; Fiscalização; Poder de polícia; Crime Ambiental; Dano; Dolo; Polícia ambiental; Auto de Infração; Prisão; Legislação ambiental. Infração administrativa, Ato administrativo; Licenciamento ambiental; Legislação.

Referência:

MINAS GERAIS. Advocacia-Geral do Estado. Parecer 15.761, de 3 de outubro de 2016. Procuradora Nilza Aparecida Ramos Nogueira. *Direito Público*: *Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias*, Belo Horizonte, v.13, n.1, jan./dez., 2016. p. 171-186.

O Advogado-Geral Adjunto do Estado, Dr. Sérgio Pessoa de Paula Castro, proferiu no Parecer abaixo o seguinte Despacho:

"Aprovo. Em 06/12/2016."

PROCEDÊNCIA: Secretaria de Estado de Governo
INTERESSADO: Secretaria de Estado de Governo
PARECER Nº: 15.806
DATA: 7 de dezembro de 2016
EMENTA: ADMINISTRATIVO. PARCERIAS. 'MROSC'. MINUTA DE DECRETO QUE REGULAMENTA, NO ÂMBITO DO ESTADO, A LEI FEDERAL Nº 13.019/2014. RECOMENDAÇÕES PARA FINS DE PUBLICAÇÃO.

RELATÓRIO

1. Veio a esta Consultoria Jurídica, para análise e parecer, minuta de decreto que visa a regulamentar, no âmbito do Estado de Minas Gerais, a Lei federal n° 13.019, de 31 de julho de 2014, que estabelece o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação.

2. Uma primeira versão da minuta do decreto havia sido encaminhada, anteriormente, pela Secretaria de Estado de Governo – SEGOV –, por meio do OF.GAB/SUBSEAM nº 1604/2016, sendo objeto de análise prévia pela Procuradora do Estado Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo, que participou do grupo de trabalho criado para elaboração e discussão do regulamento estadual das parcerias. A nobre colega, examinando atentamente a legislação e sem perder de vista as impressões deixadas no decorrer das reuniões do grupo de trabalho, apresentou apontamentos e sugestões – na forma de estudo, não se tratando de parecer conclusivo, frisa-se – que foram levados à discussão com a Secretaria consulente no intuito precípuo de conformação da minuta, considerando questões mais sensíveis, que envolviam, inclusive, a análise de conveniência e oportunidade do Administrador, e outras passíveis de ensejar futuros questionamentos.

3. Sobre as questões aventadas, a SEGOV manifestou-se na Nota Técnica DCNO/SCCP n° 01/2016, que integra a presente consulta.

4. Importa, ainda, destacar que a minuta do decreto estadual foi submetida a duas consultas públicas, sendo recebidas, apenas na última, 573 contribuições, que foram examinadas pela SEGOV, conforme salienta a Superintendente Central de Convênios e Parcerias em sua Nota Técnica.

5. É o que se tem a relatar.

PARECER

6. A Lei federal 13.019, de 2014, inaugurou um conjunto de regras gerais a ser aplicado às parcerias entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil – OSC. Este regramento ficou conhecido como Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – MROSC.1

7. Com o regime jurídico busca-se estabelecer um novo paradigma jurídico-positivo às parcerias firmadas entre a Administração Pública e o Terceiro Setor, destacando-se, dentre vários aspectos, a maior participação, assinalada pela oportunidade de sugestão de projetos e pela necessidade de processo seletivo de escolha (chamamento público), que, além de impedir que as parcerias sejam sempre firmadas com as mesmas entidades, assegura maior transparência aos ajustes.

8. Por se tratar de diploma normativo recente, não raras vezes, necessário esforço do intérprete no sentido de descobrir o alcance visado pelo legislador federal, seja por conta de regras não tão claras, seja por conta de lacunas, algumas delas, inclusive, deixadas em decorrência de sucessivas alterações de texto que a Lei sofreu desde que editada, como bem alertado no estudo prévio desenvolvido por esta Casa.

9. Certo é que a Lei federal nº 13.019, de 2014, é polêmica e alvo, desde sua edição, de muita discussão e críticas, ocasionando insegurança por parte dos gestores públicos, em especial dos estados e municípios, quanto à sua aplicação.

10. Diante disso, mostra-se de grande relevância a edição do Decreto federal nº 8.726, de 27 de abril de 2016, pois, malgrado regulamentar a Lei federal nº 13.019, de 2014, para fins de sua aplicação no âmbito federal, fato é que alguns pontos obscuros da Lei puderam ser esclarecidos, facilitando, a partir daí, a tarefa do intérprete quanto aos procedimentos e regras do novo regime de parcerias. No entanto, ainda assim, cumpre ressaltar, alguns pontos específicos permanecem sem pronta definição, cabendo a esta Casa, nestes casos, apontá-los para avaliação do administrador público quanto aos riscos de se adotar uma ou outra posição.

I - Contextualização - MROSC

11. É incontestável o papel desempenhado pelas OSC's e sua relevância na complementação e efetivação de políticas públicas no país, por meio de parcerias com o poder público. Essas parcerias, entretanto, eram firmadas de acordo com legislação esparsa, de cada esfera da Administração, o que além de acarretar entraves para a OSC, trazia um ambiente de insegurança jurídica com consequências negativas tanto para o poder público, quanto para as entidades. Além disso, a não existência de regime único dificultava as ações fiscalizatórias, tanto pelos órgãos de controle quanto pela própria administração.

[1] Ressalte-se que a Lei não criou uma nova espécie de pessoa jurídica, a OSC possui natureza jurídica de associação ou de fundação, espécies de pessoa jurídica de direito privado sem finalidade lucrativa.

12. Aliado a esses aspectos, o crescente número de entidades sem fins lucrativos aptas a celebrar parcerias com o poder público fez surgir a necessidade de se estabelecer mecanismos para permitir a concorrência entre elas e a igualdade de oportunidades.

13. Esse contexto encontra-se descrito na justificativa do Projeto de Lei do Senado nº 649, que iniciou sua tramitação em 24.11.2011, e que resultou na edição da Lei federal nº 13.019, de 2014, *in verbis*:

> O presente projeto parte do pressuposto de que as entidades do "Terceiro Setor" têm muito a contribuir para o bem-estar da sociedade brasileira. Trata-se, portanto, de normatizar como será a relação entre o Poder Público e as entidades de direito privado sem fins lucrativos.
>
> É patente a importância dos acordos e parcerias entre o Estado e as entidades do "Terceiro Setor", sendo certo que até mesmo são executadas políticas públicas por meio dessas entidades.
>
> O objetivo geral desta proposição é tornar transparentes, eficientes e eficazes as relações entre o Estado e as entidades privadas sem fins lucrativos no tocante às parcerias para desenvolvimento de ações de interesse comum, visando ao melhor atendimento das demandas sociais. [...]
>
> Foram consideradas as recomendações do Tribunal de Contas da União (TCU), decorrentes de vários processos, bem como as propostas e sugestões formuladas pelos Senhores Senadores e Senhoras Senadoras membros da CPI das ONGs, pela Controladoria-Geral da União, por representantes do Ministério Público e do Poder Executivo, ouvidos por essa Comissão. Também foram consideradas propostas formuladas por representantes de entidades privadas sem fins lucrativos, por associações representativas do "Terceiro Setor", por consultores e servidores do Senado Federal, por acadêmicos e por diversas outras personalidades e especialistas, inclusive participantes do Fórum sobre o "Terceiro Setor", realizado em 2006 pelo Senado Federal. [...]
>
> O fundamento constitucional da lei que se pretende criar é o art. 22, XXVII, da Constituição Federal, que estabelece competência privativa da União para legislar a respeito de normas gerais em todas as modalidades de contratação para a Administração Pública em todos os níveis (União, Estado, Distrito Federal, Municípios), incluindo entidades da administração indireta. Esse dispositivo constitucional, é bom frisar, também é o fundamento da Lei nº 8.666, de 1993, bem como de seu já mencionado art. 116.
>
> Exatamente porque os acordos nos quais os interesses das partes são coincidentes ("convênios", em um sentido amplo) se diferenciam essencialmente dos acordos em que os interesse das partes são antagônicos ("contratos", em um sentido estrito), entendemos que esses temas devem ser tratados em leis distintas. [...]
>
> A proposição não trata de todas as modalidades de parceria: trata apenas das parcerias entre o Estado e o "Terceiro Setor", em sentido amplo (entidades privadas sem fins lucrativos), uma vez que as parcerias (convênios) realizadas entre unidades federativas têm características diferentes e devem ser regidas por outras normas. [...]
>
> Na administração burocrática tradicional, há controle sobre os meios de utilização do patrimônio, mediante adoção de procedimentos com alto grau de formalidade, de modo a se ter maior controle quanto à utilização do patrimônio público e maior segurança e efetividade quanto às decisões tomadas. Contudo, a administração burocrática revelou-se insuficiente para promover com qualidade e eficiência os serviços públicos oferecidos pelo Estado.
>
> Por tal razão, no modelo de administração gerencial a situação é distinta: há ênfase nos resultados que devem ser obtidos na prestação dos serviços públicos, mediante prévia definição dos objetivos que o prestador do serviço deverá atingir, sem que se ponha de lado o cumprimento das regras de controle da aplicação dos recursos

> públicos. Na administração gerencial, concede-se maior autonomia ao prestador de serviços (que pode ser um administrador público ou não) na utilização dos recursos, que deverá buscar, da maneira que lhe parecer mais adequada, os objetivos estabelecidos. O controle, na administração gerencial, é focado nos resultados obtidos – serviços públicos eficientes e de qualidade, e mas exige maior nível de responsabilidade e de comprometimento com o cumprimento de metas. [...]

14. Essa digressão faz-se relevante a fim de auxiliar na interpretação do conteúdo da Lei federal nº 13.019, de 2014, e a verificar a natureza de suas normas.

II - Normas gerais e competência concorrente suplementar

15. A Lei federal nº 13.019, de 2014, foi editada com o objetivo primordial de se estabelecer um regime único, em todo país, para a celebração de parcerias com as organizações da sociedade civil.

16. Trata-se, portanto, de uma lei nacional que institui regras gerais para além da esfera federal, de observância obrigatória pelos demais entes federados, ficando reservado a cada qual o direito de regulamentá-la no seu âmbito de atribuição.

17. Contudo, não trouxe a Lei disciplina exaustiva sobre a matéria, de modo que compete ao Estado, de acordo com seu poder regulamentar, suplementá-la para atender às peculiaridades locais, não podendo, evidentemente, ingressar na disciplina própria da lei nacional ou dela divergir.

18. Por se tratar de norma nacional, abre-se a eterna discussão quanto aos limites da competência legislativa concorrente e a dificuldade de se determinar um conceito apriorístico do que vem a ser norma geral. A definição do que pode ser considerado norma geral ou norma suplementar, para fins de repartição de competência, é questão tormentosa. Marçal Justen Filho, ao discorrer sobre a abrangência das normas gerais pontua que a fórmula usada pela Constituição "não permite uma interpretação de natureza *'aritmética'* ", entendendo tratar-se de conceito jurídico indeterminado cujo núcleo de certeza positiva *compreende os princípios e as regras destinadas a assegurar um regime único uniforme [...] em todas as órbitas federativas*. O autor acrescenta que "não se admite que a União ultrapasse o conceito de 'norma geral', de modo a tornar inexistente o campo reservado às normas específicas". Por fim, conclui ele:

> É muito problemático produzir uma definição abstrata de normas gerais, especificamente em vista da complexidade dos temas envolvidos. A única solução reside em examinar cada tema e cada norma jurídica questionada para verificar a sua pertinência com um interesse comum padronizado ou com um interesse local específico. [2]

19. Logo, não há consenso sobre o que sejam normas gerais, uníssono, porém, o entendimento no sentido de que não podem elas violar a autonomia dos Estados, ou seja, devem ser respeitados o princípio federativo e a reserva de competência local. Essa posição encontra-se avalizada por jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a citar:

[2] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13.ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 14-17.

> Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO DE REMOÇÃO PARA OUTORGA DO 6º CARTÓRIO DE PROTESTOS DE CURITIBA. CRITÉRIO PARA DESEMPATE DO CERTAME. LEI FEDERAL Nº 10.741/03. ESTATUTO DO IDOSO. NORMA GERAL. CRITÉRIO DE DESEMPATE ETÁRIO. NÃO APLICABILIDADE. LEI FEDERAL Nº 8.935/94 E LEI ESTADUAL Nº 14.594/2004. NORMAS ESPECÍFICAS. CRITÉRIO DE DESEMPATE. TEMPO DE SERVIÇO. APLICABILIDADE. ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO ACÓRDÃO IMPUGNADO. SEGURANÇA DENEGADA. 1. **O princípio federativo brasileiro reclama, na sua ótica contemporânea, o abandono de qualquer leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União (sejam privativas, sejam concorrentes), bem como a descoberta de novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos Estados, Municípios e pelo Distrito Federal, tudo isso em conformidade com o pluralismo político, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CRFB, art. 1º, V)** 2. A competência da União para legislar sobre registros públicos (CRFB, art. 22, XXV) alcança apenas as atividades-fim dos notários e registradores, correspondendo ao poder de "criar e extinguir requisitos de validade dos atos jurídicos de criação, preservação, modificação, transferência e extinção de direitos e obrigações" (Precedente do STF: ADI nº 2.415, rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. 22/09/2011, DJe-028 de 08-02-2012). 3. Cabe aos Estados-membros editar as normas e fixar os critérios para o concurso de remoção para outorga de serventia extrajudicial (*ex vi* do art. 25, §1º, CRFB), como, a rigor, já reconhecido pela legislação federal sobre o tema (Lei nº 8.935/1994 - art. 18. A legislação estadual disporá sobre as normas e os critérios para o concurso de remoção). 4. O Estado do Paraná, no exercício de sua competência legislativa, editou a Lei nº 14.594/2004, que estabeleceu as normas e critérios para concursos de remoção nos serviços notariais e de registro. 5. A Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso) cuida apenas da admissão em concurso público em termos gerais, de modo que, quando em referência concurso de remoção, não deve ser seguida, ante a existência de lei especial (*lex specialis derogat legi generali*). 6. *In casu*, o acórdão impugnado do Conselho Nacional de Justiça, ao negar a aplicação da Lei n° 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), privilegiando o que estabelece a Lei Estadual n° 14.594/2004, agiu acertadamente, resolvendo o conflito aparente de normas segundo a boa técnica jurídica. 7. O tempo anterior na titularidade do serviço para o qual se realiza o concurso público não pode ser utilizado como critério de desempate por violar o princípio da razoabilidade, segundo a jurisprudência do STF (Precedente: ADI nº 3.522, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 24/11/2005, DJ 12.05.2006). 8. Destarte, na forma da Lei estadual nº 14.594/2004, deve-se adotar o critério de maior tempo de serviço público para desempatar o concurso de remoção para a outorga do 6º Cartório de Protestos da Capital, exatamente nos termos em que proferido o acórdão impugnado do Conselho Nacional de Justiça. 9. Segurança denegada. (MS 33046, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 10/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 15-05-2015 PUBLIC 18-05-2015). (Grifo nosso)

20. Nessa toada, o exame em comento da minuta do decreto será realizado sob a perspectiva do poder regulamentar do Estado diante das regras gerais, não se ocupando de comentar um a um os dispositivos, até mesmo devido à extensão do regramento (116 artigos), e porque muitos deles correspondem à reprodução de normas já dispostas na lei federal, tampouco imiscuir-se-á nos aspectos de técnica legislativa e de redação, os quais são de competência da Assessoria Técnico-Legislativa da Secretaria de Estado de Casa Civil e de Relações Institucionais.

21. Feitas estas considerações iniciais, passemos a examinar a legalidade da minuta do decreto estadual, ora encaminhada a esta Consultoria Jurídica, com ênfase nos dispositivos,

a nosso ver, mais delicados e que podem acarretar maior insegurança e dificuldades na aplicação.

III - Análise da minuta do decreto

A) Das definições (art. 2º)

22. O primeiro ponto a ser discutido diz respeito à figura do interveniente, definido no inciso III do artigo 2º como sendo "*órgão ou entidade da Administração Pública, ou consórcio público, ou ainda, pessoa jurídica de direito privado que participa da parceria para manifestar consentimento ou assumir obrigações em nome próprio*". A matéria é novamente abordada na Seção V do Capítulo III, da qual se extrai como pontos mais relevantes para melhor entendimento acerca do alcance da interveniência pretendida, em síntese: i) a possibilidade de o interveniente alocar recursos financeiros ou não para execução do objeto; ii) a impossibilidade de transferência para ele da execução das ações objeto da parceria e de ser imposta por ele condição ou encargo para sua participação; e iii) que órgãos ou entidades estaduais poderão intervir na parceria com vistas a assumir a responsabilidade pela análise técnica ou jurídica para a celebração do ajuste, bem como para o acompanhamento, a fiscalização e análise da prestação de contas.

23. A SEGOV ressalta que a inclusão da interveniência visa a contribuir para intersetoriedade e a permitir maior transparência e controle, consoante trecho abaixo extraído da Nota Técnica:

> A positivação da interveniência contribui para a "intersetorialidade", ou seja, a formação de parcerias, alianças e intercâmbios entre os três setores sociais (Setor Público, Setor Privado e o Terceiro Setor). [...]
>
> Assim sendo, considerando as reflexões atuais sobre responsabilidade socioambiental das empresas e a importância de alianças intersetoriais, é razoável pensar na possibilidade fática de que uma pessoa jurídica de direito privado com finalidade lucrativa queira unir esforços como Estado e o Terceiro Setor para o alcance de um interesse público. Essa contribuição do interveniente pode se dar, por exemplo, com a cessão uso de propriedade imóvel ou mesmo repasse de valores.
>
> Ainda que essa união de esforços possa ser também uma estratégia de marketing, se a contribuição dessa pessoa jurídica for importante para o alcance do interesse público recíproco que motivou a celebração da parceria entre a Administração e a organização da sociedade civil (OSC) é mais prudente incluir essa pessoa jurídica formalmente na parceria que deixá-la agir de modo "paralelo" ao ajuste. Ao formalizar sua inclusão como partícipe no instrumento, assegura-se maior transparência e controle à sua atuação.[...]
>
> De fato, é necessária cautela para mitigar o risco de favorecimento de empresas privadas. Nessa perspectiva, os §§ 6º e 7º do artigo 43 da minuta de decreto buscam assegurar a demonstração do interesse público pelo órgão ou entidade estadual parceiro no caso de aporte de recursos pelo interveniente e a análise, no caso concreto, pela AGE da constitucionalidade, legalidade e juridicidade do instrumento.

24. A Superintendente Central de Convênios e Parcerias asseverou, outrossim, que a figura do interveniente está positivada no Decreto nº 46.319, de 26 de setembro de 2013, o qual, até a entrada em vigor da Lei federal nº 13.019, de 2014, regia os convênios entre órgãos e entidades públicos e também com entidades privadas sem fins lucrativos, sem que o

dispositivo específico da interveniência houvesse recebido qualquer questionamento por parte de órgãos de controle.

25. Nessa seara, de se destacar que a preexistência da interveniência, por si, não conduz à aceitação de sua manutenção no novo regulamento, pois fato é que antes da edição da Lei federal nº 13.019, de 2014, o Estado exercia competência legislativa plena acerca da matéria, inexistindo norma geral – salvo artigo 116 da Lei federal nº 8.666, de 1993, que dispunha de modo superficial sobre convênio.

26. A figura da interveniência não consta da Lei federal nº 13.019, de 2014, tampouco do Decreto federal nº 8.726, de 27 de abril de 2016. Entretanto, a Lei federal autoriza eventual apoio técnico de terceiros para o monitoramento e a avaliação do cumprimento do objeto da parceria. Vejamos:

> Art. 58. A administração pública promoverá **o monitoramento e a avaliação** do cumprimento do objeto da parceria. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)
> § 1º Para a implementação do disposto no *caput*, **a administração pública poderá valer-se do apoio técnico de terceiros, delegar competência ou firmar parcerias com órgãos ou entidades** que se situem próximos ao local de aplicação dos recursos. (grifo nosso)

27. Analisando o dispositivo, entende-se possível defender a interveniência por parte de órgãos e entidades da Administração Pública com o fim de auxiliar não apenas o monitoramento e a fiscalização, como também a análise técnica ou jurídica para a celebração e a prestação de contas, tal como consta do artigo 43, § 5º, da minuta. A um, porque a própria Lei permite o estabelecimento de parceria entre órgãos para exercer o monitoramento e a fiscalização, o que conduz ao entendimento que, primando pela eficiência e economia procedimental, o ajuste pode ser feito no próprio termo de fomento, colaboração ou cooperação. A dois, porque o monitoramento, entendido em sentido amplo, suplica análises técnica e jurídica e tem seu início na celebração e persiste até a prestação de contas. E a três, porque se é permitido à OSC's atuar em rede, mais plausível ainda que possa o Poder Executivo estadual valer-se do *know how* de sua estrutura administrativo-organizacional. Faz-se aqui um parêntese para esclarecer o conceito de Administração Pública, que sob o aspecto organizacional, nos dizeres de Odete Medauar, representa "o conjunto de órgãos e entes estatais que produzem serviços, bens e utilidades para população, coadjuvando as instituições políticas de cúpula no exercício das funções de governo."[3]

28. Raquel Melo Urbano de Carvalho aborda o conceito da expressão administração pública em seu sentido subjetivo e objeto, esclarecendo que no sentido subjetivo a expressão é grafada com iniciais em maiúsculo e "corresponde ao conjunto de órgãos entidades administrativas que exercem a função administrativa", já no sentido objetivo, "a expressão é grafada com letras minúsculas e corresponde ao desempenho das tarefas administrativas". [4]

[3] MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno.* 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista do Tribunais, 2004. p. 48
[4] CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo:* parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração. Bahia: JusPodivm, 2008. p. 616-617.

29. Por conseguinte, no sentido subjetivo, formal, organizacional ou orgânico, como se queira denominar, a Administração Pública engloba os órgãos, as entidades públicas (autarquias e fundações), assim como as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

30. Tal conceito mostra-se relevante para se demonstrar que a Administração Pública do Poder Executivo estadual é una, não podendo a sua subdivisão organizacional gerar para ela obstáculos, posto que a finalidade almejada é justamente possibilitar e facilitar o efetivo exercício da função ou atividade administrativa, que, conforme esclarece Dirley da Cunha Júnior, não se resume à prestação de serviços públicos, ela compreende, hodiernamente, também o exercício do poder de polícia administrativa, a atividade de fomento e a atividade de intervenção.5

31. Quanto à questão de se permitir ao interveniente Administração Pública estadual aportar recurso à parceria, num primeiro momento (sem aprofundar o estudo), não nos parece haver empecilho, já que, na verdade, estar-se-á diante de uma parceria com mais de um concedente, não obstante a nomenclatura. Ressalta-se que o conceito de administração pública dado pela Lei 13.019, de 2014, abrange não apenas a União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias, fundações, como também as respectivas empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, e suas subsidiárias, alcançadas pelo disposto no § 9º do artigo 37 da Constituição Federal.

32. Outra, porém, é a situação das pessoas jurídicas de direito privado não pertencentes à Administração Pública. Cediço que o legislador restringe a aplicação do MROSC a parcerias formalizadas entre a Administração Pública e a Organização de Sociedade Civil – OSC, que se unem em prol de um interesse público comum, sem que haja qualquer possibilidade de ganho econômico, tanto é que exige-se seja a parceira uma entidade de cunho social, sem fins lucrativos.

33. Diante disso, causou estranheza permitir a interveniência de outras pessoas jurídicas de direito privado, sabendo-se que, via de regra, almejam firmar acordos que podem lhes trazer algum retorno, ainda que não seja diretamente financeiro (a exemplo do retorno em publicidade expressamente previsto no § 3º do artigo 43), o que foi suscitado inicialmente por esta Casa.

34. Sabido que os projetos desenvolvidos por entidades não lucrativas dependem de recursos não apenas do Estado, como também, e essencialmente, de recursos angariados perante empresas privadas.

35. Nessa esteira, não se pode olvidar que permitir a interveniência dessas pessoas jurídicas de direito privado poderia, tal como defendido pela Superintendência de Convênios da SEGOV, trazer maior transparência quanto à execução da parceria, especialmente no que diz respeito ao aspecto contábil. Porém, a inclusão de interveniente pessoa jurídica de direito privado que não integra a Administração trata-se de hipótese, a nosso ver, indiscutivelmente inovadora ante a Lei federal nº 13.019, de 2014, a ela não podendo se aplicar a argumentação acima para a defesa do interveniente órgão ou entidade da Administração Pública, cabendo,

[5] CUNHA JÚNIOR. Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 10.ed. Bahia: JusPodvm, 2011. p. 29.

inclusive, a discussão se não estaria o Estado extrapolando seu poder legiferante suplementar ou mesmo infringindo a norma federal. Ademais, não é possível prever como a questão seria encarada por órgãos de controle, haja vista seu ineditismo, pois, conforme informação obtida perante a SEGOV, mesmo na vigência do Decreto nº 46.319, de 2014, não foram firmados convênios com esse tipo de interveniência.

36. Por essa razão, sugerimos a adequação da redação dos dispositivos que cuidam da interveniência, mormente sua definição apresentada no artigo 3º da minuta, para consignar que somente poderão ser intervenientes na parceria os órgãos, as autarquias e as fundações públicas, as empresas públicas e a sociedade de economia mista da Administração Pública.

37. Contudo, se mantida a figura da interveniência com pessoas jurídicas de direito privado não integrantes da Administração, o que frise-se, não se aconselha, deverá ser adotado rigor na análise da parceria a fim de verificar se a inclusão daquela, no caso concreto, atende ao interesse público, impondo, igualmente, respeito aos princípios que regem a atuação administrativa. Nesse sentido, não descurando a possibilidade de a interveniência acarretar algum retorno para o interveniente, a exemplo de ações de marketing, aconselhável que, ao examinar os casos concretos, seja verificada a possibilidade de competição, e se for o caso, sejam estabelecidos mecanismos que permitam, antes de firmado o ajuste, que interessados em participar da parceria na qualidade de intervenientes possam se habilitar, com o cuidado de não desnaturar o objeto do ajuste e a união de esforços que deve pautar o instrumento.

B) Casos de não aplicação do MROSC (art. 3º):

38. O artigo 3º da minuta cuidou de transcrever e detalhar os casos não submetidos ao regime jurídico das parcerias de que dispõe a Lei federal nº 13.019, de 2014, com vistas a se afastar eventual dúvida quanto ao regramento aplicável. No intento, foram inseridas também hipóteses que, apesar de, à evidência, não se enquadrarem nos ditames da Lei, nela não foram relacionadas. Destacam-se os seguintes incisos excepcionados da aplicação das disposições do Decreto:

i) Inciso I, a) aos convênios firmados entre a própria Administração Pública (regidos por norma específica, Decreto nº 46.319, de 2014), b) aos convênios celebrados com consórcio público, constituído nos termos da Lei federal nº 11.107, de 6 de abril de 2005 (por integrarem a Administração Indireta), e (c) com entidades de classe (consideradas autarquias especiais, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal) e com a OAB (considerada entidade *sui generis* que presta serviço público independente, segundo o STF).6

ii) Inciso X: às parcerias com serviços sociais autônomos. Embora a Lei federal nº 13.019, de 2014, tenha excluído, expressamente, do regime jurídico das parcerias, os ajustes com serviços sociais autônomos, ela não os arrolou dentre os casos mantidos sob a regência de convênios (artigo 84), deixando uma lacuna que dificulta a tarefa do intérprete. O Decreto federal nº 8.726, de 2016, por sua vez,

[6] ADI 1.717, Rel. Ministro Sydney Sanches, DJU 28.03.2003; RE 611.947, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 06.09.2011; AI791.759, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe de 02.08.2011; RE 539.224, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 18.6.2012).

não esclareceu a questão. Sobre o tema, esta Consultoria Jurídica manifestou-se, nos termos do Parecer AGE nº 15.649/2016, pela necessidade de se estabelecer regramento aplicável a tais avenças, desde que não conflite com as normas gerais editadas pela União.

iii) Inciso XI: aos ajustes decorrentes de leis de incentivo fiscal. A Lei federal nº 13.019, de 2014, não faz menção ao regime jurídico aplicável aos ajustes decorrentes de leis de incentivos fiscais. A questão foi objeto de abordagem por esta Consultoria Jurídica na Nota Jurídica nº 4.554, de 05/05/2016, cuja leitura ao inteiro teor se remete;

iv) Inciso XII: aos repasses para caixas escolares das redes públicas estadual e municipais de ensino, nos termos do Decreto nº 45.085, de 8 de abril de 2009. As caixas escolares são pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que receberam do Estado tratamento diferenciado. Desconhece-se a existência de figura com características semelhantes na União ou em outros entes federados. Na linha preconizada no Parecer nº 14.843, de 16 de abril de 2008, as caixas escolares submetem-se ao controle indireto do Estado de Minas Gerais, pois dependentes do recebimento de recursos preponderantemente públicos. Confira-se, a este teor, a regência que lhe confere o Decreto nº 45.085, de 8 de abril de 2009. A questão foi examinada em mais de uma oportunidade pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que reconheceu ser diferenciada a situação das caixas escolares, chegando a dizer serem elas *células de execução de comandos advindos na maior parte do Poder Público*, obrigando, inclusive, a sua submissão à Lei federal n° 8.666, de 1993.7 Essa peculiar caracterização, a impor a tais entidades restrições e controles

7 EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - APELAÇÃO CÍVEL - LICITAÇÃO - OBRAS EM ESCOLA ESTADUAL - IMPLEMENTAÇÃO DO CERTAME POR SOCIEDADE CIVIL DENOMINADA "CAIXA ESCOLAR" - FISCALIZAÇÃO DO ESTADO, ATRAVÉS DA SUPERINTENDÊNCIA REGIONAL DE ENSINO - CABIMENTO - ANULAÇÃO DO CERTAME LICITATÓRIO - AFERIMENTO DE VULNERAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, BEM COMO DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, IGUALDADE ENTRE OS CONCORRENTES E VINCULAÇÃO AO EDITAL, BEM COMO RAZÕES DE CONVENIÊNCIA ADMINISTRATIVA - PODER DE AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO - SÚMULA 473, DO STF - CABIMENTO - AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE OU ILEGALIDADE DO ATO INDIGITADO COATOR - RECURSO NEGADO - SENTENÇA MANTIDA. 1 - As "Caixas Escolares" são sociedades civis, sem fins lucrativos, que, apesar de terem capacidade para receber e administrar recursos públicos e privados, destinados às escolas públicas, com a finalidade de coadjuvar na consecução das finalidades do ensino público, estão sujeitas à fiscalização da Administração, através da respectiva Superintendência Regional de Ensino. 2- Pautada a anulação do certame licitatório, implementado por caixa escolar, pelo órgão administrativo fiscalizador competente, por razões de vulneração da legalidade e conveniência administrativa, não se verifica qualquer abusividade ou ilegalidade no ato indigitado coator. Poder de autotutela da Administração. Súmula 473, do col. STF. 3- Apelação negada. Sentença mantida. (TJMG - Apelação Cível 1.0105.13.027324-3/001, Relator(a): Des.(a) Sandra Fonseca, 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30.06.2015, publicação da súmula em 10.07.2015)

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PRELIMINAR DE NULIDADE - REJEIÇÃO - INTERVENÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS - NECESSIDADE - CAIXAS ESCOLARES DO MUNICÍPIO DE PARACATU - AQUISIÇÃO DE MERENDA ESCOLAR - SUBMISSÃO A PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - NECESSIDADE - ARTIGO 119 DA LEI Nº. 8.666/93 - ENTIDADES CONTROLADAS DIRETA OU INDIRETAMENTE PELOS ENTES PÚBLICOS - REGULAMENTOS PRÓPRIOS - LEGALIDADE - RESOLUÇÃO SEE Nº. 2245/2012 - AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS ATRAVÉS DE CARTA CONVITE E TOMADA DE PREÇOS - ADEQUAÇÃO À ESTRUTURA EDUCACIONAL DOS MUNICÍPIOS - SENTENÇA REFORMADA.

típicos das entidades públicas, como a submissão a procedimento licitatório, também pode ensejar a não aplicação a elas do MROSC, pois, do contrário, estaria embaraçada e, quiçá, inviabilizada a atuação das entidades em questão, conforme apontado na Nota Técnica da SEGOV. Não obstante inovadora diante da Lei federal, trata-se de situação peculiar do Estado, que reclama, por essa razão, tratamento diferenciado e regulamentação supletiva.

v) Inciso XIII: às relações contraprestacionais com OSC's, que permanecem regidas pela Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, inclusive patrocínios realizados para apoio financeiro concedido a projetos de iniciativa de terceiros com o objetivo de divulgar atuação, agregar valor à marca, gerar conhecimento ou ampliar relacionamento do patrocinador com seus públicos de interesse, nos termos do Decreto nº 45.141, de 20 de julho de 2009. No que tange à exclusão dos patrocínios do MROSC, cumpre destacar o Parecer AGE nº 15.183/2012 e a Nota Jurídica AGE nº 4.257/2016, oportunidades em que esta Casa ressaltou a exigência de licitação para sua concessão; soma-se a isso previsão idêntica do artigo 87 do Decreto federal nº 8.726, de 2016, segundo o qual "não constituem parceria, para fins do disposto neste decreto, os patrocínios realizados para apoio financeiro concedido a projetos de iniciativa de terceiros com o objetivo de divulgar atuação, agregar valor à marca, gerar reconhecimento ou ampliar relacionamento do patrocinador com seus públicos de interesse".

C) Vedações à realização de parceria

39. Dentre as vedações previstas no artigo 4º da minuta do decreto estadual, atenta-se para aquela relacionada no inciso III, que impede a realização de parceria com sindicato de servidores públicos, associação de servidores ou clube de servidores públicos, ressalvada a

---

Inegável o interesse direto do Estado de Minas Gerais na lide instaurada, bem assim a obrigatoriedade de sua participação no feito, quando a sentença repercute em todo o sistema educacional sob gerência de sua Secretaria de Educação, devendo ser garantido o acesso processual, na forma constitucional, autorizando o efetivo posicionamento na ação, com todos os direitos de parte litisconsorcial, segundo princípio de necessidade.

É desnecessária a anulação do feito, porquanto o Ente Público exerceu o seu direito de manifestação ampla, com discussão pertinente a todos os temas que teria a apresentar ao juízo de 1º grau, em situação que foi submetida ao duplo grau de jurisdição que na sua essência foi apreciada pelo Juiz prolator da decisão.

A Caixa Escolar é "uma sociedade civil com personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, com capacidade para receber e administrar recursos, públicos e privados, destinados às escolas públicas, visando coadjuvar no atendimento aos preceitos do ensino, segundo a LDB". É, pois uma célula de execução de comandos advindos na maior parte do Poder Público, segundo os moldes federativos. O princípio maior de busca da autonomia da escola, com participação geral, para fins pedagógicos, administrativos e financeiros.

A teor do artigo 119 da Lei nº. 8.666/93, a aquisição de bens e serviços pelas entidades controladas direta ou indiretamente pelos Entes Públicos pode ocorrer através de regulamentação própria, devidamente publicada.

A Resolução SEE n° 2245, de 28.12.2012, especificou as modalidades de licitação a serem observadas pelas Caixas Escolares: a) a Carta Convite e, b) tomada de preços, esta em função do valor dos bens, serviços e obras a serem contratados, segundo os fundamentos dos artigos 22 e 23, da Lei n.º 8666/93, adequando-se a nomenclatura à Lei 8666/93, eis que o procedimento mostra-se análogo ao da licitação, e perfeitamente regular, assim atendendo aos princípios da Administração Pública insculpidos no artigo 37 da CR/88. (TJMG - Apelação Cível 1.0470.10.001557-2/004, Relator(a): Des.(a) Afrânio Vilela, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 18.09.2013, publicação da súmula em 27.09.2013). (Grifo nosso).

destinação de recursos objeto de autorização legal. O dispositivo está de acordo com posicionamento anterior desta Casa, objeto do Parecer AGE nº 15.649/2016.

40. Observa-se, também, o § 1º do mesmo artigo, que excepciona a vedação de realização de parcerias com OSC's que, pela sua própria natureza, sejam constituídas pelas autoridades previstas no inciso III do artigo 39 da Lei federal nº 13.019, de 2014, incluindo, aqui, a OSC de que trata o Decreto nº 6.477, de 22 de janeiro de 1962.

41. Embora o artigo 39, inciso III, da Lei federal nº 13.019, de 2014, vede a realização de parceria com OSC que *tenha como dirigente membro de Poder ou do Ministério Público, ou dirigente de órgão ou entidade da administração pública da mesma esfera governamental na qual será celebrado o termo de colaboração ou de fomento, estendendo-se aos respectivos cônjuges ou companheiros, bem como parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o segundo grau*, o § 5º do referido dispositivo legal excepciona a regra para permitir a realização de parceria *com entidades que, pela sua própria natureza, sejam constituídas pelas autoridades referidas naquele inciso, sendo vedado que a mesma pessoa figure no termo de colaboração, no termo de fomento ou no acordo de cooperação simultaneamente como dirigente e administrador público*.

42. Notadamente as associações de municípios incluem-se na exceção prevista no § 5º do artigo 39, já que, por sua própria natureza, são necessariamente constituídas por membros de Poder, mais especificamente, pelos Chefes do Poder Executivo das municipalidades associadas.

43. Por seu turno, a OSC de que cuida o Decreto nº 6.477, de 1962, Serviço Voluntário de Assistência Social – SERVAS –, é uma associação sem finalidade lucrativa de natureza privada que é dirigida, preferencialmente, pela esposa do Governador do Estado de Minas Gerais por força de Estatuto. O SERVAS, conforme assinalado na Nota Técnica da SEGOV, sofre controle indireto do Estado em razão de disposições estatutárias e da própria legislação estadual, a lhe conferir tratamento especial, a saber, é destinatário preferencial de material antieconômico, irrecuperável ou inservível da Administração Pública estadual, nos termos do artigo 69 e do artigo 71, § 2º, do Decreto nº 45.242, de 11 de dezembro de 2009, bem como destinatário de presentes recebidos por autoridades e servidores estaduais, a partir de determinado valor8. Em razão disso, a SEGOV defende que a peculiaridade de tratamento dada ao SERVAS pela legislação estadual, tal como as caixas escolares, igualmente, pode ensejar a aplicação da exceção prevista no MROSC, sob pena de inviabilizar a execução de políticas públicas essenciais, especialmente na área de assistência social. Corroborando a posição da SEGOV, cediço que o SERVAS possui atuação inegável junto ao Estado na execução de políticas públicas, com o qual sempre firmou parcerias para recebimento de repasses financeiros, mesmo na vigência dos Decretos anteriores que regiam convênios com entidades sem finalidade lucrativa.

D) Movimentação de servidores para OSC's

[8] *Vide* Lei 15.297, de 6 de agosto de 2004.

44. O artigo 5º da minuta veda a celebração de parceria para fins, exclusivamente, de (1) disposição, cessão ou adjunção de servidor para OSC's e (2) para doação de bens, comodato ou qualquer forma de compartilhamento de recurso patrimonial previsto em lei. Se por qualquer razão de interesse público a Administração pretender movimentar servidores ou apenas efetivar uma doação de bens ou comodato, deverá fazê-lo nos termos de legislação específica, não se prestando para tais fins a parceria de que trata a minuta do decreto.

45. Ressalte-se que o parágrafo único do referido artigo 5º admite a realização de parceria que envolva a disposição, a cessão ou adjunção de servidor para OSC's, desde que autorizada em lei.

46. A Lei federal nº 13.019, de 2014, não trata especificamente da movimentação de servidores para OSC's, apenas proíbe a OSC de, nos termos do inciso II do artigo 45, "pagar, a qualquer título, servidor ou empregado público com recursos vinculados à parceria, salvo nas hipóteses previstas em lei específica e na lei de diretrizes orçamentárias". A regra visa a evitar que o servidor receba, por via transversa, algo que não poderia receber diretamente do ente federado, conforme vedação do inciso X do artigo 167 da Constituição Federal. Em suma, o servidor público não pode receber qualquer outra verba pública, além de seus vencimentos, ainda que eventualmente atue em projeto público objeto de parceria, por força de autorização legislativa.

47. Com efeito, a movimentação de servidores para OSC's não deve ser admitida, a menos que haja autorização legal expressa, caso em que não poderá receber, a qualquer título, pagamentos com recursos vinculados à parceria.

48. No que toca à realização de parceria que envolva doação de bens ou qualquer compartilhamento patrimonial, tem-se que a Lei federal nº 13.019, de 2014, prevê tal possibilidade, porém exige o chamamento público, ainda que se trate de acordo de cooperação (artigo 29).

49. Por força do exposto, foi sugerida, pela representante da AGE no grupo de trabalho voltado à confecção do regulamento, a alteração da redação do § 1º e inclusão dos § 2º e § 3º ao artigo 5º, nos seguintes termos:

> *"§1º - É vedada a disposição, cessão ou adjunção de servidores para OSC's, salvo previsão em legislação específica.*
> *§2º - A parceria que envolva disposição, cessão ou adjunção de servidores, nos termos do § 1º, sujeitar-se-á às regras do presente Decreto, aplicando-se o disposto na Seção I do Capítulo III, vedada a realização de pagamento aos servidores, a qualquer título, com recursos vinculados à parceria, nos termos do inciso II do artigo 45 da Lei Federal nº 13.019/2014;*
> *§3º - A parceria que envolva doação de bens, comodato ou qualquer forma de compartilhamento de recurso patrimonial previsto em lei, sujeitar-se-á às regras do presente decreto, exigindo-se a realização do chamamento público, ainda que se trate de acordo de cooperação".*

50. A SEGOV acatou as sugestões, promovendo apenas alteração de ordem técnica na parte final do § 3º, à qual não nos opomos, para deixar clara a aplicação de toda a Seção I do Capítulo III, que cuida do Chamamento Público, conforme esclarecido em sua Nota.

E) Transparência

51. Restou consignado no artigo 9º da minuta a garantia ao sigilo de informações nas parcerias referentes a programas de proteção e pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança. A previsão decorre da Lei federal nº 13.019, de 2014, que afasta desses programas as exigências de transparência e publicidade.

52. Chama-se atenção, todavia, para o disposto no parágrafo único do mencionado dispositivo, que remete para Resolução Conjunta dos Secretários de Estado de Governo e de Direitos Humanos e Participação Social e Cidadania e do Advogado-Geral do Estado "disciplinar" as parcerias celebradas no âmbito dos programas de que trata o *caput*, "inclusive no tocante a transparência e prestação de contas". Necessária a avaliação por esta Casa da pertinência em ser signatária da mencionada resolução, haja vista já estar incutida em suas atribuições a competência para exame quanto à juridicidade de quaisquer atos normativos editados pelo Poder Executivo. Outro ponto, refere-se à dubiedade de redação, pois a expressão "disciplinar as parcerias" dá uma conotação, salvo engano, mais ampla do que se pretende, já que mesmo as parcerias firmadas no âmbito dos programas de proteção são regidas pelo MROSC, ficando apenas excepcionadas em relação a elas regras alusivas à publicidade e à transparência, em razão de seu objeto e da legislação especial que rege tais programas. Questionável, também, a inclusão da regulamentação acerca da prestação de contas, pois não há na Lei federal nº 13.019, de 2014, exceção ou ressalva a esse respeito. Tem-se, na verdade, que as exigências de transparência e publicidade, mesmo na etapa de prestação de contas, naquilo que for necessário, poderão ser excepcionadas. *Vide* o disposto no artigo 87 da Lei federal:

> Art. 87. As exigências de transparência e publicidade previstas em todas as etapas que envolvam a parceria, desde a fase preparatória até o fim da prestação de contas, naquilo que for necessário, serão excepcionadas quando se tratar de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança, na forma do regulamento.

53. Recomenda-se, portanto, a revisão do dispositivo (parágrafo único, art. 9º).

F) CONFOCO

54. O artigo 14 dispõe sobre a composição do Conselho Estadual de Fomento e Colaboração, cuja paridade deve ser respeitada nos termos do artigo 15 da Lei Federal nº 13.019, de 2014.

55. Considerando que a escolha dos órgãos ou entidades que farão parte do Conselho decorre da avaliação do Chefe do Poder Executivo, observada a conveniência e oportunidade, optou-se por incluir cinco representantes titulares e cinco suplentes do Poder Executivo estadual, ficando o mesmo quantitativo reservado para representantes de OSC's com atuação no Estado.

56. Além desses, foram inseridos representantes convidados, quais sejam, a Defensoria Pública, o Centro de Apoio das Promotorias de Justiça de Velamento de Fundações e Entidades de Interesse Social do Ministério Público de Minas Gerais – CAOTS – e a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Minas Gerais, os quais não terão direito a voto nas deliberações do conselho (§ 5º). A inclusão desses convidados de forma permanente não

obsta que sejam convidadas outras pessoas para reuniões e atividades do CONFOCO, em conformidade com § 7º do artigo 14 da minuta do decreto.

57. A participação no Conselho é considerada prestação de serviço público relevante e não remunerado.

58. Não obstante a ausência de remuneração, exigiu-se a observância do disposto no Decreto nº 46.933, de 20 de janeiro de 2016, em relação aos representantes das OSC's. Tal exigência, *s.m.j.*, também se aplica aos representantes convidados que constam do inciso III, pois, por exercerem mandato (§ 6º), inserem-se igualmente no conceito de agente público trazido pelo artigo 2º, inciso II, do aludido Decreto, observa-se:

> II - agente público: 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 nos órgãos e entidades da Administração Pública do Poder Executivo Estadual.

59. A respeito das designações, sugere-se que seja revista a redação dos dispositivos que delas cuidam. Isso porque, primeiro, observa-se que a competência para designar membros de conselhos estaduais é do Governador do Estado, podendo ser delegada. Todavia, consta do § 1º que os membros representantes governamentais seriam designados pela presidência do CONFOCO, o que conduziria à situação de o membro representante da SEGOV, que pode não ser o seu titular, proceder a sua própria designação, o que configuraria uma inadequação técnica. Segundo, a redação do § 4º que cuida da designação dos membros convidados permanentes também não se mostra clara. Seria o titular da entidade ou órgão representado que indicaria seu representante e ele próprio (dirigente máximo) que procederia à designação?

60. Na esteira das considerações trazidas, cite-se o § 4º do artigo 84 do Decreto federal nº 8.726, de 2016, que estabelece que os membros do CONFOCO, no âmbito federal, serão designados em ato do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão.

61. Desse modo, recomenda-se seja revista a redação dos dispositivos ora tratados, de modo a incluir a observância ao Decreto nº 46.933, de 2016, também para representantes convidados, e a definir a forma correta de designação dos membros do CONFOCO, fixando-se a competência para o ato administrativo, mormente se se mantiver a delegação.

G) Procedimento de manifestação de interesse social

62. Os artigos 15 e 16 referem-se ao Procedimento de Manifestação de Interesse Social – PMI's, estando, pois, em conformidade com o disposto na Seção VI do Capítulo II da Lei federal nº 13.019, de 2014, que, frisa-se, delegou para cada ente federado estabelecer, em regulamento, os prazos e as regras do procedimento. Aos conselhos estaduais foi permitida a apresentação de proposta, considerando serem instâncias de deliberação incumbidas, de modo geral, da formulação, supervisão e avaliação das políticas públicas, e compostos por representantes da sociedade e dos segmentos ligados à sua área de atuação.

H) Chamamento Público

63. O § 10 do artigo 18 da minuta prevê a realização de chamamento público nos casos de celebração de parcerias executadas com recursos de fundos específicos alimentados por renúncia fiscal, para fins de aprovação de propostas de captação de recursos pela OSC, o que poderá ser realizado pelos respectivos conselhos gestores, conforme legislação específica (§ 8º do artigo 22). Neste sentido, também dispõe o Decreto federal nº 8.726, de 2016 (artigo 8º, § 2º).

I) Da Proposta de Plano do Trabalho

64. Ao tratar da possibilidade de se flexibilizar a apresentação de documentos ao tempo do plano de trabalho, admitindo-se a entrega em momento posterior, o § 2º do artigo 27 da minuta dá a entender que qualquer dos documentos dispostos no Anexo I poderá ser dispensado contemporaneamente à celebração. Contudo, tal disposição deve ser interpretada à luz do § 2º do artigo 35 da Lei federal nº 13.019, de 2014, de sorte que somente poderá ser postergada ou dispensada a apresentação de documento que não se mostre essencial tanto para análise técnica, quanto para a análise jurídica.

65. No que tange à comprovação de compatibilidade dos custos previstos no plano de trabalho com os valores de mercado, em que pese o Decreto Federal nº 8.726/2016 admitir que a comprovação do valor de bens e serviços se dê considerando "valores previstos em outras parcerias de mesma natureza, cotações, tabelas de preços de associações profissionais, publicações especializadas e outras fontes de informações disponíveis ao público", atenta-se para o fato de que a dispensa de orçamentos, prevista no § 3º do artigo 31 da minuta do decreto estadual, acaba por imputar à própria Administração a tarefa de comprovar os valores de mercado, inclusive com responsabilidade do ordenador de despesas, o que pode não ser conveniente. A Administração acaba por chamar para si responsabilidade que, em princípio, seria da OSC, o que deve ser avaliado.

J) Pagamento de despesas de pessoal com recursos da parceria

66. O legislador federal, no exercício da competência para ditar normas gerais sobre o tema, flexibilizou a utilização de recursos da parceria no pagamento de despesas de pessoal, sem exigir a comprovação do incremento de pessoal. Neste particular, a Lei federal nº 13.019, de 2014, embora, num primeiro momento, exija, para fins de celebração de parceria, que a OSC possua "instalações, condições materiais e capacidade técnica e operacional para o desenvolvimento das atividades ou projetos na parceria e o cumprimento das metas estabelecidas", (artigo 33, inciso V, "c"), admite, em seu artigo 46, I, o pagamento de despesas com "remuneração da equipe encarregada da execução do plano de trabalho, inclusive de pessoal próprio da organização de sociedade civil, durante a vigência da parceria, compreendendo as despesas com pagamentos de impostos, contribuições sociais, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, férias, décimo terceiro salário, salários proporcionais, verbas rescisórias e demais encargos sociais e trabalhistas."

67. O Decreto federal nº 8.726, de 2016, por sua vez, ao regulamentar o pagamento de pessoal com recursos da parceria no âmbito federal, prevê, no artigo 26, § 1º, que "a

capacidade técnica e operacional da organização da sociedade civil independe da capacidade já instalada, admitida a contratação de profissionais, a aquisição de bens e equipamentos ou a realização de serviços de adequação de espaço físico para o cumprimento do objeto da parceria".

68. E, mais, nos termos do artigo 41, *caput*, do regulamento federal, "considera-se equipe de trabalho o pessoal necessário à execução do objeto da parceria, que poderá incluir pessoas pertencentes ao quadro da organização da sociedade civil ou que vierem a ser contratadas, inclusive os dirigentes, desde que exerçam ação prevista no plano de trabalho aprovado nos termos da legislação cível e trabalhista".

69. Considerando, pois, a flexibilização das regras para pagamento de pessoal perpetrada pela Lei federal nº 13.019, de 2014, e respectivo regulamento, é que a minuta do decreto estadual, em seu artigo 33, adotou a mesma lógica, não exigindo, para fins do referido pagamento, qualquer comprovação do incremento de pessoal. Nessa perspectiva, é importante considerar que a OSC pode ter outras parcerias firmadas no âmbito de outros entes da federação, e, assim, a regra do "pagamento proporcional ao tempo efetivamente dedicado à parceria" (§ 6º do artigo 33) torna-se de extrema relevância.

70. Há de se destacar a parte final do § 1º do artigo 33, que abrange no pagamento de pessoal o *provisionamento para demais direitos trabalhistas, como auxílios maternidade, paternidade, auxílio doença, auxílio acidente de trabalho, bem como períodos de estabilidade*. Tal disposição não se encontra inserida na Lei federal nº 13.019, de 2014, razão pela qual recomendamos a sua exclusão, devendo a redação do Decreto limitar-se aos exatos termos do inciso I do artigo 46 da Lei, uma vez que tal dispositivo engendra norma geral de cunho taxativo, sem deixar margem para ampliações por parte dos entes federados. Destarte, não se pode olvidar a possibilidade de tais direitos integrarem os cálculos dos encargos.

71. Em relação ao § 5º do artigo 33, que trata do pagamento de direitos trabalhistas, encargos sociais e de verbas rescisórias após o término de vigência da parceria, referentes ao tempo de atuação do profissional na execução do plano de trabalho, vê-se que a Administração estadual optou por adotar a lógica da legislação federal, que assim admite (artigo 46, *caput*, da Lei federal nº 13.019, de 2014, e artigo 40 do Decreto federal nº 8.726, de 2016). Ressalte-se, neste ponto, que a OSC deverá comprovar o provisionamento de recursos mediante a apresentação de planilha detalhada, extrato da conta específica, inclusive com os rendimentos, declaração de quitação, sem prejuízo de a Administração requisitar outro meio de comprovação ou esclarecimentos.

72. Por fim, comunga-se da advertência feita pela Procuradora do Estado Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo quanto ao risco de tamanha flexibilização ensejar o custeio da folha de pagamento de OSC's pelo Estado. *Neste cenário de regras tão flexíveis, a Administração Pública Estadual deverá exercer rígido controle sobre a "planilha de detalhamento de despesas de pessoal" apresentada pela OSC, que inclui, dentre vários itens, o controle sobre as ações atribuídas aos empregados da OSC, sobre a qualificação técnica dos empregados da OSC (se compatível com aquela exigida na parceria), sobre o tempo de efetiva dedicação à parceria por cada empregado considerado individualmente, o que poderá, pelo menos, minimizar os riscos de o Estado passar a custear a folha de pagamento*

do terceiro setor, desnaturando-se o que se deve compreender por "união de esforços em prol de um interesse público comum".

K) Formalização

73. A Lei federal nº 13.019, de 2014, não fixa prazo máximo de vigência das parcerias. Por sua vez, o Estado, no artigo 40, § 7º, veda a realização de parceria com prazo indeterminado e, à semelhança do que prevê o Decreto federal nº 8.726, de 2016, optou-se por adotar o prazo máximo de vigência, incluindo prorrogações, como sendo de sessenta meses. Tal disposição, salvo entendimento contrário, insere-se dentro da autonomia do ente federado, podendo por ele ser regulamentada.

74.

L) Utilização de recursos

75. O artigo 54 da minuta ampara-se no artigo 46, inciso III, da Lei federal nº 13.019, de 2014, para admitir o pagamento de custos indiretos. O Decreto federal nº 8.726, de 2016, inclusive, arrola um rol exemplificativo de despesas com custos indiretos em seu artigo 39, a saber, despesas com internet, transporte, aluguel, telefone, consumo de água e luz, remuneração de serviços contábeis e de assessoria. De todo modo, não custa alertar à Administração quanto ao dever de admitir o pagamento de tais despesas atenta à proporcionalidade, sob o risco de o Estado responsabilizar-se pela própria estrutura da OSC parceira, o que, repise-se, não deve ser o propósito da parceria, considerada que é uma "união de esforços".

76. Além da proporcionalidade, exige-se, também, que cada custo indireto seja especificado no plano de trabalho, e que ocorra mediante prévia justificativa da OSC parceira, devidamente aprovada pelo ordenador de contas (artigo 54, § 2º).

M) Atuação em rede

77. A execução de parceria em rede representa novidade trazida pela Lei federal nº 13.019, de 2014 (artigo 35-A), havendo o Decreto estadual acompanhado, em seus artigos 62 a 66, a normatização inserida no Capítulo V do Decreto federal nº 8.726, de 2016.

N) Alteração da parceria

78. O artigo 67 da minuta do decreto estadual trata das hipóteses de alteração da parceria. Nesse ponto, atenta-se para a viabilidade jurídica de modificação do objeto desde que mantido o núcleo de finalidade da parceria, considerada a "*essência da parceria relacionada ao interesse público recíproco buscado no instrumento*", o que demandará análise técnica e jurídica criteriosa.

79. Em complementação, o artigo 68 prevê a prorrogação de ofício da vigência da parceria em decorrência de atrasos na liberação dos recursos pela Administração. Embora a

Lei federal nº 13.019, de 2014, prenuncie que a prorrogação será limitada ao período de atraso verificado, o Estado optou por permitir a prorrogação pelo prazo necessário à liberação de recursos, para fins de evitar sucessivas prorrogações de ofício por atraso na liberação de recursos, em prol do princípio da eficiência, todavia há de se aplicar a disposição com o cuidado e o rigor necessários.

O) Prestação de contas

80. Sabe-se que a legislação federal optou por adotar procedimento de prestação de contas voltada para apuração de resultados e alcance das metas estabelecidas no Plano de Trabalho, conforme justificativa apresentada no PL que lhe deu origem, tendo como "premissas a simplificação e a racionalização dos procedimentos" (artigo 63, § 1º, da Lei federal nº 13.019, de 2014), submetendo ao regulamento a tarefa de definir "procedimentos simplificados na prestação de contas" (artigo 63, § 2º, da Lei federal nº 13.019, de 2014).

81. Neste contexto, note-se que a minuta estadual arrola, no artigo 77, o conteúdo do relatório de execução, na mesma lógica do artigo 55 do Decreto federal nº 8.726, de 2016. Quanto à análise do relatório de execução financeira, também segue a lógica da Lei federal nº 13.019, de 2014, adotando, inclusive, na alínea "b" do inciso II do artigo 76, a análise de prestação de contas de parcerias selecionadas por amostragem, seguindo, sob este aspecto, o disposto no regulamento federal (artigo 60).

82. O inciso II do artigo 76 da minuta, prevê, entre as hipóteses de apresentação de relatório de execução financeira pela OSC, "parceria selecionada por amostra, via sorteio anual, de vinte por cento das parcerias celebradas pelo órgão ou entidade estadual parceiro no exercício anterior" (alínea "b"). Ressalte-se que o percentual de 20% foi fixado no exercício da discricionariedade pelo Administrador, ao que tudo indica com aval da Controladoria Geral do Estado, não cabendo a esta Casa fazer qualquer juízo acerca da porcentagem adotada.

83. A minuta do decreto estadual também prevê a possibilidade de eventual ressarcimento ao erário ocorrer por meio de ações compensatórias de interesse público, nos termos do § 2º do artigo 72 da Lei federal nº 13.019, de 2014, quer dizer, "desde que não tenha havido dolo ou fraude ou não seja o caso de restituição integral dos recursos".

84. O artigo 86 da minuta do decreto permite a liberação de novas transferências de recursos em casos de inadimplência, "quando o atual representante legal da OSC não for o responsável pela causa da não aprovação da prestação de contas ou por sua omissão", desde que "a OSC ajuíze medida judicial visando o ressarcimento e punição dos responsáveis e que o Estado instaure tomada de contas especial e inscreva o responsável em conta de controle 'Diversos Responsáveis em Apuração".

85. Todavia, entende-se que o mencionado dispositivo encontra-se em desconformidade com regras de prestação de contas dispostas na Lei federal nº 13.019, de 2014, que, a nosso ver, são de cunho geral, a saber:

> Art. 39. Ficará impedida de celebrar qualquer modalidade de parceria prevista nesta Lei a organização da sociedade civil que:[...]

> § 1º Nas hipóteses deste artigo, é igualmente vedada a transferência de novos recursos no âmbito de parcerias em execução, excetuando-se os casos de serviços essenciais que não podem ser adiados sob pena de prejuízo ao erário ou à população, desde que precedida de expressa e fundamentada autorização do dirigente máximo do órgão ou entidade da administração pública, sob pena de responsabilidade solidária.
> § 2º Em qualquer das hipóteses previstas no *caput*, persiste o impedimento para celebrar parceria enquanto não houver o ressarcimento do dano ao erário, pelo qual seja responsável a organização da sociedade civil ou seu dirigente.
>
> § 3º Revogado
>
> § 4º Para os fins do disposto na alínea a do inciso IV e no § 2º, não serão considerados débitos que decorram de atrasos na liberação de repasses pela administração pública ou que tenham sido objeto de parcelamento, se a organização da sociedade civil estiver em situação regular no parcelamento.

86. Dessa forma, se o dano ao erário não for ressarcido ou não estiver vigente parcelamento do qual a entidade se encontre em situação regular, as demais medidas não se prestarão a liberar a OSC para receber novas transferências.

87. Outra questão refere-se ao fato de que o decreto estadual permite ao ordenador de despesas autorizar novas transferências às OSC's nessas situações, o que, conforme o § 1º supratranscrito, está em contradição com a Lei, pois esta assevera que somente o dirigente máximo do órgão ou entidade poderá fazê-lo – abra-se um parêntese aqui para reflexão do Administrador quanto aos demais atos dispostos na minuta do decreto para os quais foi, supostamente, delegada competência ao ordenador de despesas, mormente nos pontos em que a Lei confere competência ao administrador público, cujo conceito encontra-se estabelecido no inciso V do artigo 2º, a fim de se proceder à consequente revisão, se for o caso. 9

88. Pelo exposto, faz-se mister a alteração do dispositivo em comento, de forma a adequá-lo às exigências da Lei.

89. Nesse diapasão, importa observar que constitui ato de improbidade administrativa, nos termos do inciso XX, artigo 10, da Lei federal nº 8.429, de 2 de junho de 1992, liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular.

90. Último ponto relativo a este tópico que merece ser avaliado diz respeito à inscrição no Sistema Integrado da Administração Financeira - SIAFI. Chama-se a atenção para a jurisprudência que tem predominado no tribunais pátrios, inclusive na Suprema Corte10, no sentido de somente admitir a regularidade de inclusões em cadastros restritivos se respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa. Com espeque nesse entendimento é que se recomenda que a inclusão de OSC no SIAFI somente se dê após a adoção de medidas que assegurem a ela o direito de se manifestar e de comprovar suas alegações, em conformidade com o devido processo legal.

---

[9] "administrador público: agente público revestido de competência para assinar termo de colaboração, termo de fomento ou acordo de cooperação com organização da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, ainda que delegue essa competência a terceiros;"

[10] ACO 2506, AgR, rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.10.2016; AC 2692 MC-AgR, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 40.06.2015; ACO 2661 MC-Ref, rel. Min. Celso de Mello, DJ 09.06.2015.

P) Prescrição

91. Nos termos do artigo 78-A da Lei federal nº 13.019, de 2014, as ações destinadas a levar a efeito as sanções por atos de improbidade previstos na Lei federal nº 8.429, de 1992, podem ser propostas até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final. Trata-se, aqui, da prescrição punitiva, já reconhecida no âmbito do Tribunal de Contas do Estado, e, agora, prevista expressamente em lei. Neste contexto, pois, dispõe o § 6º do artigo 100 da minuta do decreto estadual.

92. Ora, crucial ressaltar que o reconhecimento da prescrição punitiva no caso concreto não dispensa a Administração de buscar a verdade material para fins de viabilizar eventual ressarcimento por danos ao erário, nos termos do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal. O alcance do referido dispositivo constitucional, quanto à imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, encontra-se pendente de análise no Supremo Tribunal Federal, razão ainda maior para que esta Casa se preocupe com a coleta de provas, especialmente nos casos em que há omissão no dever de prestar contas. Assim, não é porque a ação punitiva prescreve em cinco anos, que a Administração está dispensada de colher provas de eventual ilícito para fins de se permitir futuro ressarcimento ao erário (artigo 100, § 8º).

Q) Da autenticação de documentos

93. O artigo 103 da minuta do decreto estabelece que a autenticação de documentos poderá ser realizada por pessoas investidas em cargo ou emprego público, desde que com a aprovação da SEGOV (necessária a correção da remissão à "Resolução Conjunta").

94. Empiricamente, sabe-se que o pedido de autenticação de documentos, malgrado ser praxe da Administração, ocasiona para as OSC's entraves, bem como morosidade no processamento dos ajustes. Nessa linha, observa-se que tanto a Lei quanto o decreto federal não impuseram tal requisito para aceitação dos documentos solicitados, o que pode gerar questionamentos quanto à sua exigência pelo Estado.

95. Acerca da interpretação das normas e a intenção do legislador, importante trazer à baila os ensinamentos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

> [...] quando queremos examinar uma norma em sua inteireza, não devemos cingir a investigação à sua eficácia, validade e outras características técnicas usuais, mas prossegui-la também na sua dimensão de legitimidade. Resulta daí que não basta examiná-las apenas em suas relações estritamente jurídicas, mas estender a perquirição ao próprio sistema juspolítico que lhe deu vida e, presumidamente, suporte. [11]

96. Dessa forma, considerando o fim buscado pela norma nacional, qual seja, a simplificação do procedimento, com o afastamento de requisitos burocráticos-formais, primando pela lógica do resultado e da eficiência, sem perder de vista, logicamente, o controle

11 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de informação legislativa*, v. 25, n.100, p. 127-162, out./dez. 1988. P. 150. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181992. Acesso em: 11.11.2016

que deve haver, conforme assinalado na justificativa do PLS que deu origem à Lei nº 13.019, de 2014, sugere-se, como solução alternativa, a apresentação de declaração de autenticidade dos documentos pelo representante legal da OSC sob pena de responsabilidade pessoal, reservado o direito de a Administração requerer, a qualquer tempo, os originais em havendo dúvidas sobre a autenticidade das cópias apresentadas. Essa alternativa há muito é aplicada no âmbito processual.

97.

R) Conciliação e solução administrativa de conflitos

98. A Lei federal nº 13.019, de 2014, impôs a obrigatoriedade de prévia tentativa de solução administrava para dirimir dúvidas decorrentes da execução da parceria, com a participação de órgão encarregado de assessoramento jurídico integrante da estrutura da administração pública (artigo 42, XVII).

99. A regra vem replicada na minuta do decreto no inciso XXI do artigo 40. Contudo, a exemplo do Decreto federal nº 8.726, de 2016, recomenda-se a inclusão de dispositivo específico no Capítulo IX, que cuida das disposições gerais, para estabelecer que a prévia tentativa de conciliação e solução administrativa sujeita-se à coordenação e supervisão da Advocacia Geral do Estado, podendo o Advogado-Geral disciplinar a forma e os procedimentos por meio de ato próprio, conforme redação a seguir:

> Art. xx. No âmbito dos órgãos, autarquias e fundações públicas estaduais, a prévia tentativa de conciliação e solução administrativa de dúvidas de natureza eminentemente jurídica relacionada à execução da parceria, prevista no inciso XVII do *caput* do art. 42 da Lei nº 13.019, de 2014, será realizada sob a coordenação e supervisão da Advocacia Geral do Estado.
> § 1º É assegurada a prerrogativa de a organização da sociedade civil se fazer representar por advogado perante a administração pública, especialmente em procedimento voltado à conciliação e à solução administrativa de dúvidas decorrentes da execução da parceria.
> § 2º Ato do Advogado-Geral do Estado disciplinará o disposto neste artigo.

S) Regras de transição

100. No que tange à transição em relação aos convênios atualmente em vigor, o artigo 83 da Lei federal nº 13.019, de 2014, determina que estes seguem vigentes, tendo como base legal a legislação anterior até o término de seu prazo, permitida a prorrogação no caso de atraso na liberação de recursos por parte da Administração Pública, por período equivalente ao atraso (§ 1º). O mesmo artigo permite, também, sejam aproveitados os novos mecanismos para execução dos antigos convênios, desde de que em benefício dos objetivos da parceria. Já o § 2º estabelece que as parcerias firmadas por prazo indeterminado ou prorrogáveis por período superior ao inicialmente estabelecido, no prazo de até um ano após a entrada em vigor da lei federal – quer dizer, até 23.01.2017 – serão, alternadamente, substituídas pelo termo de fomento, de colaboração, conforme o caso, ou objeto de rescisão unilateral pela administração pública.

101. Observa-se que a redação dada pela Lei federal nº 13.019, de 2014, ao dispositivo que cuida das regras de transição não se mostra clara, impondo ao exegeta a obrigação de interpretá-la em conformidade com as regras de hermenêutica jurídica e de forma a melhor atender o interesse público.

102. O intérprete, na labuta de buscar o alcance da norma, deve examinar os aspectos gramaticais (a literalidade do texto), sistêmicos (a relação com outras normas), teleológicos (a finalidade) e históricos (aspectos do processo de criação) que a circundam.

103. Nessa toada, conforme ressaltado no início deste trabalho, a Lei federal foi editada com o fim de se instituir um regime único para regular as parcerias com o terceiro setor, primando pela simplificação, pela desburocratização, pela lógica do resultado, sem descurar, contudo, da segurança que deve cercar o ajuste e o gasto de recursos públicos. A finalidade da norma não nos esclarece o teor das regras de transição, porém evidencia que não foi a intenção do legislador romper parcerias existentes, impondo, como se punição fosse, o término dos ajustes, sem possibilitar a conclusão daqueles ainda pendentes e cujo prazo inicial de vigência não tenha se mostrado suficiente. Outra conclusão poderia configurar inclusive afronta ao Pacto Federativo e à autonomia administrativa, na medida em que interviria em relações jurídicas consolidadas, firmadas com amparo em legislação precedente, voltadas à consecução do interesse público.

104. Corroborando o entendimento, colhe-se da tramitação legislativa da Medida Provisória nº 684, de 2015, que a Comissão Mista adotou o Parecer nº 89, de 2015-CN, de relatoria do Deputado Eduardo Barbosa, o qual, ao concluir nos termos do Projeto de Lei de Conversão nº 21, de 2015, que deu origem à Lei nº 13.204, de 2015, asseverou, em relação ao ponto debatido, que:

> **Como regra geral, entende-se que seja aplicado à legislação em apreço o axioma geral do direito, em que se determina que o tempo rege o ato**. A partir dessa ponderação, sugere-se, no projeto de lei de conversão, que **a lei somente tenha alcance sobre relações jurídicas estabelecidas após a sua entrada em vigor, admitindo-se, contudo, duas exceções**.
>
> A primeira delas diz respeito a prorrogações. Em princípio, regras de prorrogação ajustadas entre as partes enquanto a lei de que se cuida não tinha vigência devem seguir prevalecendo, mas não há como deixar de contemplar as organizações da sociedade civil que já tenham celebrado parceria com o sensato mecanismo da "prorrogação de ofício" prevista no artigo 55 da lei que estabelece o marco regulatório em apreciação. (...)
>
> A adaptação de parcerias celebradas nos termos de legislação anterior, outra exceção ao princípio geral seguido no PLV, constitui aspecto que merece abordagem distinta da adotada na MP sobre a qual se emite parecer. (...)
>
> Entende-se que a questão merece duas abordagens distintas, conforme a data em que os respectivos acordos tenham sido firmados. Se a parceria por prazo indeterminado se consolidou antes da promulgação da lei, só poderá ser rompida nos termos em que tenha sido ajustada ou naqueles previstos na legislação atinente à sua celebração.
>
> Outro tratamento merecem as parcerias por prazo indeterminado celebradas após a edição do diploma de que se cuida. Nesse caso, não era desconhecido nem para a administração nem para a organização da sociedade civil o fato de que entraria em vigor arcabouço jurídico contrário a ajustes dessa natureza. (...)" (grifamos)

105. Luís Roberto Barroso leciona que "no elenco de elementos de intepretação, os de caráter objeto, como os sistemático e o teleológico, têm preferência sobre os de índole subjetiva, como o histórico". Para ele, os trabalhos legislativos e a intenção do legislador não

são decisivos na fixação do sentido das normas jurídicas, podendo, no entanto, assumir relevância maior em situações específicas12, tal como a em apreço.

106. Tratando-se de novel diploma normativo, tem-se como plausível a adoção do aspecto histórico para se delimitar o conteúdo da norma, sobremodo diante de lacunas e na ausência de doutrina que discorra sobre a matéria.

107. Noutro giro, sob o aspecto sistêmico, consoante apontado no parecer da comissão mista, em matéria processual vige o princípio *tempus regit actum*, ou seja, o tempo rege o ato. O princípio geral foi adotado pelo *caput* do artigo 83 da Lei federal nº 13.019, de 2014, ao dispor que as parcerias existentes à data da publicação da lei continuarão regidas pela legislação vigente ao tempo de sua celebração, permitindo a aplicação subsidiária das novas regras desde que em benefício do alcance do objeto da parceria. Seguindo o raciocínio, tem-se que os parágrafos 1º e 2º representam exceções a esta regra, de modo que se permite a retroação da prorrogação de ofício por representar avanço em prol da parceria e das OSC's, não obstante, em âmbito estadual, tal regra já constasse da legislação, conforme aponta a Nota Técnica da SEGOV. Já em relação às parcerias por prazo indeterminado firmadas antes da entrada em vigor da lei, ou prorrogáveis por período superior ao inicialmente estabelecido (§ 2º), buscou-se impedir que se eternizasse a aplicação da antiga legislação, tendo em vista a longevidade desse tipo de ajuste.

108. A linha de entendimento adotada pela minuta de decreto estadual não é outra. Conforme aponta a Superintendente de Central de Convênios e Parcerias da SEGOV, diante da ausência de clareza da lei e das lacunas existentes, optou-se prudentemente pela adoção, na minuta do decreto estadual, de redação semelhante à do Decreto federal nº 8.726, de 2016, efetuando-se apenas ajustes para facilitar a interpretação do dispositivo pelo aplicador estadual.

109. Em sendo assim, o *caput* e § 1º do artigo 107 seguem as regras do artigo 83, *caput* e § 1º, da Lei federal nº 13.019, de 2014, e do *caput* e § 1º do artigo 91 do Decreto federal, apenas delimitando a data exata de entrada em vigor da Lei, qual seja, 23 de janeiro de 2016.

110. O § 2º do artigo 107 da minuta de decreto, por sua vez, apresenta texto parelho ao § 3º do artigo 91 do Decreto, permitindo a celebração de termos aditivos de convênios ou instrumentos congêneres prorrogáveis por período igual ou inferior ao inicialmente estabelecido, cujo objeto seja a execução de projeto, observada a legislação vigente ao tempo de sua celebração original e a aplicação subsidiária da Lei federal e do Decreto. Sobre este ponto, a Consulente argumenta:

> Nessa perspectiva, o § 3º do art. 91 do Decreto Federal completa o sentido do *caput* em relação aos convênios com prazo determinado para a execução de projeto (conceito do inciso III-B do art. 2º). A esses convênios deve ser aplicada a legislação de convênios (vigente ao tempo da celebração), inclusive no tocante a alterações e prorrogação de vigência. Nessa perspectiva, em benefício da conclusão do objeto do convênio e com vistas a assegurar o atingimento do interesse recíproco que motivou a celebração do ajuste original, em caso de eventual atraso na execução física, o

[12] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 293 e 294.

> convênio poderia ter sua vigência prorrogada, inclusive por prazo superior a 23 de janeiro de 2017.
> Corrobora essa interpretação o fato de que são frequentes os atrasos na execução de convênios de projetos (especialmente de reformas ou obras). A extinção do convênio sem eventual prorrogação acarretaria a não conclusão do objeto, gerando maior prejuízo ao interesse público que sua prorrogação pelo tempo necessário à sua conclusão. Em relatório extraído do Armazém de Informações do SIGCON-MG Módulo Saída em 26/10/2016, considerando os registros dos órgãos e entidades estaduais até o dia anterior, verificamos 1505 convênios celebrados com entidades a vencer, de modo que seria prejudicial que 1505 objetos de convênio não fossem cumpridos devido ao esgotamento do prazo de vigência dos ajustes. Esse número elevado também demonstra que é inviável devido elevado custo administrativo a substituição desses ajustes pelas parcerias, sendo que são instrumentos jurídicos limitados no tempo, que naturalmente se encerrarão com o cumprimento do objeto.

111. Impõe-se destacar que se a entidade convenente não conseguiu entregar o produto no prazo firmado, está inadimplente e deverá sofrer as consequências previstas no instrumento, sob pena inclusive de o gestor público responder por eventual omissão. Por outro lado, não se pode descartar hipótese em que a Administração se depara com atrasos na realização do objeto do convênio que são alheios à vontade da parceira privada ou casos em que, na véspera da extinção da vigência, o projeto está prestes a ser concluído, demandando prazo ínfimo para conclusão. Em tese, se a parceira não praticou nenhuma outra irregularidade grave, dependendo da razão do atraso, a extinção do convênio poderá gerar prejuízo muito maior ao interesse público do que prorrogá-lo por tempo necessário à sua conclusão. Perfilhamos o entendimento apresentado pela SEGOV no sentido de que a prorrogação nesses casos vai ao encontro da regra disciplinada na parte final do artigo 83 da Lei federal nº 13.019, de 2014, uma vez que visa ao alcance da execução do objeto da parceria. Nesse caso, incumbe ao Administrador comprovar que a dilação do prazo de vigência é necessária à conclusão do objeto da parceria, bem como, no caso específico, deverá também atestar que o atraso não ocorreu por dolo ou culpa exclusiva da entidade parceira, situação em que caberá à Administração, se previsto no instrumento, assumir a execução do objeto, tudo em conformidade com interesse público.

112. Desse modo, a questão deve ser examinada caso a caso, à luz do princípio da razoabilidade, permitindo-se, desde que preenchidos os requisitos, a prorrogação do convênio pelo período necessário à conclusão da execução do objeto, com base na legislação vigente ao tempo de sua celebração, sendo recomendável que o aditamento tenha por prazo limite (máximo) o período igual à vigência inicial, normalmente fixada em 12 (doze) meses.

113. Já o § 3º do artigo 107 cuida dos convênios firmados com prazo indeterminado ou prorrogáveis por prazo superior ao inicialmente estabelecido, explicitando serem estes últimos ajustes que visam à prestação de uma atividade de natureza continuada, quer dizer, aqueles que embora possuam prazo determinado, podem ser prolongados no tempo dada a necessidade contínua da Administração. Nestas situações, a Administração deve, até 23.01.2017, substituí-los por termos de fomento, termo de colaboração ou por acordo de cooperação, conforme o caso, ou rescindi-los, conforme regra disposta no § 2º do artigo 83 da Lei. Em ambas as situações, mostra-se imprescindível a notificação prévia da OSC, sendo que no caso de rescisão, em especial, deve ser respeitado o prazo de antecedência mínima disposto no instrumento. Além disso, para a substituição, deverá a Administração exigir a apresentação

dos documentos para fins de cumprimento dos artigos 33, 34 e 39 da Lei federal nº 13.019, de 2014 (§ 4º). Recomenda-se ainda que, mesmo se a Administração optar por substituir os convênios nos termos do inciso I do § 3º do artigo 107, dê início aos procedimentos para o chamamento público, de sorte a privilegiar, na sua inteireza, as novas regras da Lei e a se evitar eventuais questionamentos.

114. Replicando o § 5º do artigo 91 do Decreto federal, o § 5º do artigo 107 estabelece que a prestação de contas das parcerias substituídas na forma do inciso I do § 3º observará o disposto na Lei federal e no decreto, inclusive no tocante à execução física e financeira anterior à substituição. Segundo justificativa apresentava pela SEGOV, a disposição tem por finalidade a unidade de tratamento e a impedir "que parcela da prestação seja analisada com fundamento no antigo normativo e parcela com base na nova legislação de parcerias".

115. Por fim, ainda seguindo a linha do Decreto federal nº 8.726, de 2016 (artigo 91, § 6º), o § 6º do artigo 107 da minuta do decreto permitiu a prorrogação de prazo dos convênios firmados para execução de atividade de natureza continuada, desde que limitada a 23.01.2017. Ao que tudo indica a regra foi inserida com vistas a impedir a solução de continuidade das parcerias que se encerrariam antes de 23.01.2017, observado o exíguo prazo para regulamentação da Lei e para se instituir os procedimentos com base no novo regramento (chamamento público). Sendo assim, a imposição do termo da vigência foi introduzida a fim de não esbarrar na regra de substituição, não impedindo, porém, que o convênio seja substituído pelo termo de fomento ou de colaboração.

116. Diante da fundamentação aduzida, mostra-se defensável, sob a ótica do princípio do federalismo e da reserva de competência local, aplicando-se também o princípio da razoabilidade, que o Estado, dentro de sua autonomia administrativa, disponha sobre a prorrogação dos ajustes existentes, de modo excepcional, visando a impedir prejuízos ao interesse público decorrentes da paralização de atividades e de projetos em execução, que não possam ser concluídos até 23.01.2017. Entretanto, por não ser o direito uma ciência exata e, mormente, por se tratar de legislação recente pouco abordada pela doutrina e ainda não objeto de análise pelos Tribunais de Contas ou pelo Judiciário, adverte-se quanto ao risco de ser questionada tal disposição ao argumento de que a prorrogação extrapolaria as normas gerais estabelecidas pela União Federal ou mesmo de ser, posteriormente, assentada interpretação da regra de transição diversa da aqui defendida.

CONCLUSÃO

117. Em face do exposto, desde que atendidas as recomendações constantes deste Parecer, opina-se pela regularidade jurídica da minuta do decreto que regulamenta, no âmbito do Estado de Minas Gerais, as parcerias entre a Administração Pública e Organizações da Sociedade Civil.

118. Repise-se que a presente análise ficou adstrita aos aspectos de legalidade da minuta, não adentrando em questões atinentes à redação e técnica legislativa, a cargo da ATL, tendo em vista a competência legal. Diante disso, se após a análise da minuta pela ATL

mostra-se necessário novo exame, ante eventuais modificações, poderá o expediente retornar a esta Consultoria Jurídica.

À consideração superior.

Belo Horizonte, 16 de novembro de 2016.

Carolina Borges Monteiro
Procuradora do Estado

Aprovado em: 06/02/2016.
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica
Danilo Antônio de Souza Castro

Palavras-Chave: Administração Pública. Parceria. Organizações da Sociedade Civil. Cooperação. Colaboração. Regulamento. Marco Regulatório. Ato administrativo. Ato normativo.

Referência:

MINAS GERAIS. Advocacia-Geral do Estado. Parecer 15.806, de 7 de dezembro de 2016. Procuradora Carolina Borges Monteiro. *Direito Público*: *Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias*, Belo Horizonte, v.13, n.1, jan./dez., 2016. p. 187-213.

O Advogado-Geral do Estado, Dr. Onofre Alves Batista Júnior, proferiu no Parecer abaixo o seguinte Despacho:

"Aprovo. Em: 08/02/2017."

PROCEDÊNCIA: Procuradoria Administrativa (PA/AGE)

INTERESSADOS: Procuradoria Administrativa, Órgãos da Administração e servidores que receberam remuneração em desconformidade com o teto constitucional

NÚMERO: 15.844

DATA: 9 de fevereiro de 2017.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REMUNERAÇÃO RECEBIDA EM DESCONFORMIDADE COM O TETO CONSTITUCIONAL. RESTITUIÇÃO AO ERÁRIO. CABIMENTO, EM DETERMINADOS CASOS. CRITÉRIOS PARA CONFIGURAÇÃO DA BOA-FÉ. RESSARCIMENTO MEDIANTE DESCONTO EM FOLHA. PRÉVIO PROCESSO ADMINISTRATIVO, OBSERVADA A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO, DISPENSADA A ANUÊNCIA DO INTERESSADO. Decidido pelo STF que todas as vantagens devem ser computadas para aferição da observância do teto remuneratório, surge, para a Administração o direito/dever de perseguir o ressarcimento dos valores recebidos em desconformidade com tal entendimento, sendo necessária, em cada caso, a análise da configuração da boa-fé. A devolução deverá ser efetuada mediante desconto em folha, precedido do respectivo processo administrativo, observadas as garantias da ampla defesa e contraditório, dispensada a anuência do servidor interessado.

RELATÓRIO

1. Cuida-se de consulta oriunda da Procuradoria Administrativa da AGE (MEMO nº 249 PA/AGE, firmado pela Sra. Procuradora-Chefe), no bojo da qual é solicitada orientação acerca dos procedimentos a serem adotados para a obtenção, na via administrativa, do ressarcimento dos valores recebidos acima do teto remuneratório por servidores públicos estaduais.

2. Para tanto, se esclarece que a citada Procuradoria vem acompanhando diversas ações, nas quais é discutida a incidência do teto à vista da sistemática estabelecida pela Emenda Constitucional n. 41/2003.

3. A questão foi decidida de modo definitivo pelo Supremo Tribunal Federal em novembro de 2015, sendo que, a partir de então, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais passou a determinar a observância do teto nos termos da citada Emenda Constitucional.

4. Do expediente consta que, para fins de cumprimento da determinação exarada pelo STF, será necessária a atuação da Administração, razão pela qual relevante a definição do momento a partir do qual é devido, pelos servidores, o ressarcimento dos valores recebidos acima do teto. Isso porque a decisão proferida pelo STF menciona a data de 18/11/2015, contudo, estaria o ressarcimento condicionado à boa-fé do servidor. Questiona se referida data seria absoluta ou se há a possibilidade de definição de outros marcos, sendo relevante refletir se, para os servidores que vinham recebendo acima do teto, notadamente por força de decisões precárias, estaria configurada a boa-fé.
5. Pergunta-se, ainda, de que forma poderia ser obtida a restituição, já que normalmente a discussão acerca da incidência do teto é veiculada através de mandado de segurança. Diante disso, considerando que o ressarcimento poderá ser perseguido na via administrativa, solicita orientação dirigida aos órgãos envolvidos, explicitando quais os procedimentos devem ser adotados para tal mister.
6. O expediente veio instruído com promoção elaborada pela Procuradora Dra. Patrícia Motta Vilan, acompanhada de acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no bojo dos quais foi determinada a observância do teto remuneratório, não havendo, contudo, uniformidade de entendimento acerca da restituição dos valores recebidos indevidamente.
7. É o relatório.

PARECER

8. A questão atinente à incidência do teto remuneratório sobre valores relativos a vantagens pessoais adquiridas antes da EC nº41/2003 foi amplamente discutida no âmbito do Poder Judiciário, tendo sido, ao longo do tempo, adotado entendimentos diversos, notadamente em razão da garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos.
9. A ausência de consenso a respeito do tema ensejou a prolação de decisões judiciais relativizando a eficácia do instituto, o que justificou a percepção pelos servidores que ajuizaram ação versando sobre o tema, por longos períodos, de valores acima do teto, em cumprimento a provimentos muitas vezes fundados apenas em cognição sumária.
10. Colocando fim à polêmica, o STF, em 18/11/2015, julgou o Recurso Extraordinário n. 606358/SP (Relatora Ministra Rosa Weber), tendo proferido acórdão cuja ementa é a seguinte:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIDORES PÚBLICOS. REMUNERAÇÃO. INCIDÊNCIA DO TETO DE RETRIBUIÇÃO. VANTAGENS PESSOAIS. VALORES PERCEBIDOS ANTES DO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003. INCLUSÃO. ART. 37, XI e XV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.
>
> 1. Computam-se para efeito de observância do teto remuneratório do art. 37, XI, da Constituição da República também os valores percebidos anteriormente à vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003 a título de vantagens pessoais pelo servidor público, dispensada a restituição dos valores recebidos em excesso de boa-fé até o dia 18 de novembro de 2015.
> 2. O âmbito de incidência da garantia de irredutibilidade de

> vencimentos (art. 37, XV, da Lei Maior) não alcança valores excedentes do limite definido no art. 37, XI, da Constituição da República.
> 3. Traduz afronta direta ao art. 37, XI e XV, da Constituição da República a exclusão, da base de incidência do teto remuneratório, de valores percebidos, ainda que antes do advento da Emenda Constitucional nº 41/2003, a título de vantagens pessoais.
> 4. Recurso extraordinário conhecido e provido.

11. A partir desse julgamento, restou cristalizado o posicionamento segundo o qual todas as vantagens pessoais devem ser computadas para aferição da compatibilidade da remuneração percebida pelo servidor com o teto, à vista do disposto no artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 41, de 2003.
12. Contudo, tal entendimento, no sentido da inadmissibilidade da percepção de valores devidos a título de vantagem pessoal em desconformidade com o teto, traz consigo a discussão acerca de qual o tratamento deve ser dado às parcelas recebidas indevidamente. Isso porque, com a intensa judicialização do tema, inúmeros servidores obtiveram decisões que ampararam o recebimento de remuneração acima do teto.
13. Desse modo, ainda que neste momento não mais subsista o pagamento a maior (à vista do cumprimento de decisão de improcedência do pedido/denegação da segurança), resta saber como proceder em relação aos valores pretéritos, recebidos por inúmeros servidores com respaldo em decisão que, ao final do processo, veio a ser reformada.
14. No ponto, cumpre mencionar que constou do acórdão proferido pelo STF (RE 606.358/SP) o seguinte:

> Computam-se, para efeito de observância do teto remuneratório do artigo 37, XI, da Constituição da República, também os valores percebidos anteriormente à vigência da Emenda Constitucional 41/2003, a título de vantagens pessoais pelo servidor público, **dispensada a restituição dos valores recebidos em excesso de boa-fé até o dia 18 de novembro de 2015**. (grifei)

15. Diante do exposto, não resta dúvida que o STF afasta a possibilidade de restituição de valores recebidos **de boa-fé, até 18/11/2015**.
16. Assim, a Administração não poderá perseguir a devolução dos valores recebidos somente se presentes, de modo cumulativo, dois requisitos: recebimento a maior antes de 18/11/2015 + boa-fé. Nesses termos é que valores recebidos após 18/11/2015 devem ser devolvidos. Do mesmo modo, é possível concluir que valores recebidos antes de 18/11/2015, porém **ausente a boa-fé**, também são passíveis de devolução.
17. Não é demais frisar que os casos apresentados na consulta dizem respeito a situações em que o pagamento de remuneração em valor acima do teto decorre de determinação judicial, não cuidando, portanto, de comportamento administrativo espontâneo.
18. Tratando-se de comportamento imposto à Administração, o pagamento a maior pode gerar o direito ao ressarcimento. Não há que se falar em boa-fé (condicionante estabelecida pelo STF para que se afaste a possibilidade de devolução) quando o recebimento lastreia-se em decisão precária que, por definição, é passível de reforma e, em razão disso, não é hábil a gerar expectativa de definitividade.
19. Não é possível, portanto, presumir a boa-fé do servidor nos casos em que o

recebimento em desconformidade com o teto decorre de determinação judicial. Diferentemente das situações em que a Administração efetua pagamento a maior por vontade própria ou simplesmente por erro - sem qualquer participação do prejudicado -, judicializada a questão, o servidor tem ciência de que pode ou não ter sua pretensão acolhida e, ainda, que eventual decisão liminar que respalda o pagamento a maior pode ser revista a qualquer tempo.

20. Tendo em vista o longo tempo durante o qual a discussão se estendeu, o que justifica a existência de ações judiciais nas mais variadas fases processuais, podem surgir dúvidas quanto à caracterização da boa-fé e consequente possibilidade de se exigir do servidor beneficiado a devolução dos valores recebidos a maior.

21. O cabimento da devolução deve ser definido caso a caso, sendo imperiosa a verificação da fase em que se encontra a ação ajuizada pelo servidor atingido pela decisão do STF.

22. À vista do exposto, para uma orientação mais segura acerca do tema, valiosa a análise das decisões que vem sendo proferidas em hipóteses análogas.

23. O entendimento predominante nos Tribunais Superiores é no sentido de que **inexiste boa-fé** nos casos em que o pagamento a maior funda-se em decisão precária, posteriormente reformada. Dessa forma, se o servidor obtém liminar que determina o pagamento em desconformidade com o teto e sobrevém decisão revogando a liminar ou sentença de improcedência/denegação de segurança, ausente a boa-fé, sendo legítimo postular a devolução dos valores recebidos a maior.

24. No ponto, cumpre perceber que o STF, ao julgar o RE 606.358, não chegou a tratar de modo minucioso acerca das situações em que se configuraria a boa-fé visto que, no caso, aparentemente não houve recebimento a maior lastreado em decisão precária. Isso porque o pedido foi julgado improcedente e somente com o provimento do recurso de apelação é que foi afastada a incidência do teto. Diante disso, o que se verifica é que o acórdão mencionou de forma genérica que, *"considerada a boa-fé"*, estaria dispensada a restituição de valores recebidos a maior antes de 18/11/2015. Contudo, não houve sequer debate acerca de como deveria ser aferida a presença ou não de boa-fé.

25. Não é demais observar que a Senhora Relatora, inclusive, consignou que: *"como houve juízo de improcedência em primeiro grau, juízo esse de improcedência reformado em sede de apelação, e a Ministra Ellen concedeu efeito suspensivo ao recurso extraordinário, parece-me que os valores não foram pagos. Se o foram, o foram em um pequeno momento, com excesso."*

26. O entendimento adotado no julgamento foi claro no sentido de que está dispensada a restituição se demonstrada a boa-fé, o que, na hipótese em tela, deve ser analisado à vista das peculiaridades de cada caso concreto.

27. Vale acrescentar que, o STJ, ao apreciar questão similar, assentou, no julgamento do Resp 1.401.560/MT, o entendimento segundo o qual *"a reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos."*

28. No citado recurso, do voto vencedor constou o seguinte:

> O grande número de ações, e a demora que disso resultou para a prestação jurisdicional, levou o legislador a antecipar a tutela judicial naqueles casos em que, desde logo, houvesse, a partir dos fatos conhecidos, uma grande verossimilhança no direito alegado pelo autor. **O pressuposto básico do instituto é a reversibilidade da**

> **decisão judicial.** Havendo perigo de irreversibilidade, não há tutela antecipada (CPC, art. 273, § 2º). **Por isso, quando o juiz antecipa a tutela, está anunciando que seu *decisum* não é irreversível. Mal sucedida a demanda, o autor da ação responde pelo recebeu indevidamente**. O argumento de que ele confiou no juiz ignora o fato de que a parte, no processo, está representada por advogado, o qual sabe que a antecipação de tutela tem natureza precária.
> Para essa solução, há ainda o reforço do direito material. **Um dos princípios gerais do direito é o de que não pode haver enriquecimento sem causa. Sendo um princípio geral, ele se aplica ao direito público, e com maior razão neste caso porque o lesado é o patrimônio público.**
> (...) (grifei - Relator para o acórdão Ministro Ari Pargendler - Julgamento em 12/02/2014)

29. No mesmo sentido:

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. **VERBA RECEBIDA POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL PRECÁRIA, POSTERIORMENTE REFORMADA. DEVOLUÇÃO. NECESSIDADE.**
>
> 1. Extrai-se dos autos que os servidores, amparados por liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança n. 0009079-54.2006.8.06.0000/5, tiveram excluídos do cômputo do teto remuneratório constitucional valores relativos a vantagem pessoal. Sobreveio acórdão do Tribunal de origem, que cassou a medida, denegando a ordem pleiteada.
> 2. **Não se cuida, portanto, de erro ou errônea interpretação de lei pela Administração. O caso, isto sim, é de importância recebida por força de liminar.**
> **3. Desse modo, o acórdão de origem está conforme o entendimento desta Corte Superior, no sentido de que se faz necessária a devolução ao erário de verba recebida por servidor por meio de decisão judicial posteriormente cassada, desde que respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa e o limite máximo de desconto previsto em lei.**
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (grifei - AgRg no RMS 48450 / CE – Relator Ministro Og Fernandes – Publicação em 12/08/2015)

30. Diante disso, uma interpretação possível para o acórdão proferido pelo STF no julgamento do RE 606358/SP é justamente a de que, afastada a boa-fé, seria cabível perseguir a restituição de valores recebidos a maior, mesmo antes de 18/11/2015. Isso porque, frise-se, somente a presença de boa-fé torna indevida a devolução de quantias percebidas antes de 18/11/2015.

31. Dentro desse contexto, conclui-se que, se o servidor recebeu remuneração em desacordo com o teto, com fulcro em decisão liminar posteriormente revogada (por outra decisão interlocutória ou sentença de improcedência), não há que se falar em boa-fé, razão

pela qual deve ressarcir aos cofres públicos os valores percebidos em excesso, observada a prescrição quinquenal.

32. O mesmo entendimento vem sendo adotado nos casos em que a reforma é levada a efeito no âmbito dos Tribunais. Assim, se a improcedência/denegação de segurança decorre de reforma da sentença, também não há que se falar em boa-fé. Senão vejamos:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDORA PÚBLICA. VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL PRECÁRIA, POSTERIORMENTE REFORMADA. RESTITUIÇÃO AO ERÁRIO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
> I. Nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte, "tendo a servidora recebido os referidos valores amparada por uma decisão judicial precária, não há como se admitir a existência de boa-fé, pois a Administração em momento nenhum gerou-lhe uma falsa expectativa de definitividade quanto ao direito pleiteado. A adoção de entendimento diverso importaria, dessa forma, no desvirtuamento do próprio instituto da antecipação dos efeitos da tutela, haja vista que um dos requisitos legais para sua concessão reside justamente na inexistência de perigo de irreversibilidade, a teor do art. 273, §§ 2º e 4º, do CPC" (STJ, EREsp 1.335.962/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 02/08/2013).
> No mesmo sentido: STJ, EDcl no REsp 1.387.306/PB, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 27/03/2015; AgRg no REsp 1.474.964/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/11/2014; AgRg no REsp 1263480/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 09/09/2011.
> II. A previsão da devolução dos valores recebidos em decorrência de decisão judicial de natureza precária ou não definitiva, no § 3º do art. 46 da Lei 8.112/90, veio tão somente explicitar, no âmbito do Regime Jurídico Único, tal hipótese, bem como consignar, expressamente, a necessidade de sua devida atualização monetária.
> III. Agravo Regimental improvido.
>
> (...)
> "Tratam os autos de ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada por Walewska Riva de Quesado Miranda Bezerra, devidamente qualificada nos autos, em face da União Federal.
> **Aduz a Autora ser servidora pública federal, tendo ajuizado mandado de segurança em novembro de 1994, no qual requereu a não incidência de descontos de "abate-teto" sobre valores considerados como vantagens pessoais. A segurança lhe foi concedida em primeira instância, mas a sentença foi reformada por decisão transitada em julgado do TRF da 5ª Região.**
>
> (negrito no original – grifo nosso - STJ - AgRg no AREsp 348196 / CE – Relatora Ministra Assussete Magalhães – Publicação em 09/03/2016)

33. De outro lado, se a reforma ocorre apenas quando do julgamento de recursos excepcionais, deve ser reconhecida a boa-fé, restando afastada a possibilidade de cobrança dos valores recebidos a maior. Isso porque a prolação de sentença e acórdão acolhendo a pretensão da parte autora é hábil a gerar a confiança na estabilidade da decisão, inviabilizando o pleito de ressarcimento. Nesse sentido, vale citar o entendimento esposado no julgamento do AgRg no AgRg no REsp 1473789 / PE:

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. **SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO. VALORES DE ÍNDOLE ALIMENTAR RECEBIDOS EM RAZÃO DE SENTENÇA JUDICIAL DE MÉRITO, CONFIRMADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ACÓRDÃO DE 2º GRAU REFORMADO, DEZ ANOS DEPOIS DO INÍCIO DO RECEBIMENTO DOS VALORES, EM JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ. IMPOSSIBILIDADE. DUPLA CONFORMIDADE ENTRE A SENTENÇA E O ACÓRDÃO DE 2º GRAU**. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
> (...)
> II. Na forma da jurisprudência desta Corte, não se desconhece o entendimento segundo o qual "é legítima a restituição ao Erário de valores pagos em virtude de cumprimento de decisão judicial precária, que venha a ser posteriormente cassada" (STJ, AgRg no REsp 1.381.837/PE, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/02/2016).
> (...)
> IV. A Corte Especial do STJ, em hipótese análoga à dos autos, **entendeu descabida a restituição de valores de índole alimentar, recebidos de boa-fé, por força de sentença de mérito, confirmada em 2º Grau e posteriormente alterada, em sede de Recurso Especial. Isso porque "a dupla conformidade entre a sentença e o acórdão gera a estabilização da decisão de primeira instância, de sorte que, de um lado, limita a possibilidade de recurso do vencido, tornando estável a relação jurídica submetida a julgamento; e, de outro, cria no vencedor a legítima expectativa de que é titular do direito reconhecido na sentença e confirmado pelo Tribunal de segunda instância. Essa expectativa legítima de titularidade do direito, advinda de ordem judicial com força definitiva, é suficiente para caracterizar a boa-fé exigida de quem recebe a verba de natureza alimentar posteriormente cassada, porque, no mínimo, confia - e, de fato, deve confiar - no acerto do duplo julgamento**. E essa confiança, porque não se confunde com o mero estado psicológico de ignorância sobre os fatos ou sobre o direito, é o que caracteriza a boa-fé objetiva" (STJ, EREsp 1.086.154/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, DJe de 19/03/2014). No mesmo sentido: STJ, AgRg no AREsp 405.924/CE, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 14/12/2015. Com igual compreensão, em decisão monocrática: STJ, REsp 1.421.530/CE, Rel. Ministro

MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 28/04/2014.

34. Considerando que, segundo entendimento citado, a dupla conformidade entre acórdão e sentença é hábil a gerar confiança legítima na imutabilidade da decisão, possível concluir que nos casos em que, acolhida a pretensão da parte autora, foi interposto recurso excepcional, suspenso em virtude do reconhecimento da repercussão geral do tema, e, em juízo de retratação, houve reforma da sentença para o fim de julgar improcedente o pedido/denegar a segurança, está configurada a boa-fé, afastando-se, por consequência, a possibilidade de ressarcimento.

35. Por fim, cumpre acrescentar que o STJ vem manifestando entendimento no sentido de que também está presente a boa-fé nos casos em que a reforma é obtida em sede de ação rescisória. Senão vejamos:

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. VALORES RECEBIDOS POR SERVIDOR PÚBLICO EM DECORRÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA POR MEIO DE AÇÃO RESCISÓRIA. DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO Nº 1.401.560/MT. INAPLICABILIDADE.
> 1. **"A jurisprudência do STJ firmou o entendimento no sentido de que, em virtude da natureza alimentar, não é devida a restituição dos valores que, por força de decisão transitada em julgado, foram recebidos de boa-fé, ainda que posteriormente tal decisão tenha sido desconstituída em ação rescisória."** (AgRg no AREsp 2.447/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 04/05/2012)
> 2. **O entendimento consolidado pela Primeira Seção do STJ no julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.410.560/MT, segundo o qual é legítimo o desconto de valores pagos em razão do cumprimento de decisão judicial precária, posteriormente revogada, não tem aplicação no caso dos autos, pois na hipótese o pagamento decorreu de sentença judicial definitiva, desconstituída em ação rescisória.**
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (grifei - AgRg no AREsp 463279 / RJ – Relator Ministro Sérgio Kukina – Publicação em 08/09/2014)

36. Assim, à vista dos entendimentos jurisprudenciais colacionados, em síntese, forçoso concluir que o ressarcimento é cabível em relação a valores recebidos depois de 18/11/2015 e, antes disso, é defensável somente se ausente a boa-fé, o que ocorreria nas situações em que o servidor recebeu acima do teto: 1) por força de decisão liminar posteriormente reformada por outra decisão interlocutória ou por sentença de improcedência/denegação da segurança; 2) por força de decisão liminar confirmada em sentença, mas reformada em sede de recurso de apelação/reexame necessário. Nesses casos, deve ser observada a prescrição quinquenal.

37. Verificada a viabilidade jurídica de se pleitear junto ao servidor a devolução de valores recebidos a maior, nas hipóteses citadas, necessário analisar de que modo deve proceder a Administração para o ressarcimento de tais quantias.

38. Conforme relatado no expediente submetido à análise, normalmente a questão atinente ao teto é levada ao Poder Judiciário através de mandados de segurança, no bojo dos quais não se admite ordinariamente a veiculação de pretensão de cobrança.

39. Não obstante isso, a fim de extirpar qualquer dúvida acerca do cabimento da devolução dos valores recebidos indevidamente, sobrevindo acórdão/sentença em que não haja determinação de ressarcimento, poderia ser pleiteado o aclaramento da decisão, via embargos de declaração, requerendo manifestação do órgão julgador acerca da existência, para o servidor, do dever de devolver ao Estado quantias recebidas em excesso. Há que se dar especial relevo às situações em que, nos moldes deste parecer, não se configura a boa-fé, a fim de que haja menção expressa acerca da obrigatoriedade da devolução, notadamente dos valores percebidos antes de 18/11/2015.

40. Caso o acórdão seja omisso e não havendo mais oportunidade para pedido de integração do mesmo, ainda assim, nas hipóteses já relacionadas, é possível o ressarcimento, como decorrência lógica da reforma da decisão precária e em cumprimento ao entendimento esposado pelo STF, devendo a Administração adotar, de modo célere, as providências para tanto.

41. Apesar de ter sido demonstrado que em determinadas situações é incontroverso o direito/dever de a Administração postular os valores recebidos em desconformidade com o teto, não é possível que o órgão a que o servidor se encontra vinculado apure o débito unilateralmente e passe a proceder aos descontos em folha, sob pena de caracterização de cerceamento de defesa.

42. Diante disso, não se discute que, em razão do princípio da autotutela, é cabível o ressarcimento na via administrativa. Contudo, para tanto, deve ser instaurado prévio processo administrativo, no bojo do qual se garanta ao servidor a observância da ampla defesa e do contraditório.

43. No ponto, há que se perceber que, por se tratar de cumprimento de decisão judicial, o processo administrativo não se destina a aferir a obrigatoriedade do ressarcimento. Essa, observadas as balizas delineadas neste parecer, já decorre da decisão.

44. Conforme cediço, em regra, o cumprimento de decisões judiciais pela Administração não depende da instauração de procedimento administrativo. Contudo, o caso em tela apresenta peculiaridades que justificam tal instauração. Isso porque o cumprimento aqui tratado acarretará interferência direta na esfera patrimonial do servidor, já que o ressarcimento será feito mediante descontos na remuneração do agente público, razão pela qual o mesmo deverá ser comunicado, sendo-lhe oportunizada manifestação.

45. Assim é que, frise-se, na hipótese em tela, o processo administrativo não discute se é cabível o ressarcimento. É instrumento através do qual o servidor é informado sobre a existência do débito, mediante memória de cálculo pormenorizada, que demonstre como se chegou ao valor apurado. Devem ser apresentadas as condições para pagamento, o que pode ser objeto de negociação, observada a razoabilidade do prazo, à vista do valor a ser devolvido.

46. A quantia a ser ressarcida pelo servidor deve ser apurada pela Administração e acrescida da respectiva atualização, nos termos do disposto no Decreto n. 46.668/2014, do qual se colhe que:

> Art. 50. Os créditos do Estado, decorrentes de quaisquer das hipóteses que possam, ou não, vir a compor a dívida ativa não tributária do Estado, nos termos do art. 39, § 2º, da Lei Federal nº 4.320, de 1964,

> terão a correção monetária e os juros de mora calculados **com base na Taxa SELIC** ou em outro critério que vier a ser adotado para cobrança dos débitos fiscais federais." (grifei)

47. Ainda que se cogitasse a inaplicabilidade de tal norma à hipótese, a incidência do disposto no artigo 406 do Código Civil também conduz à aplicação da Taxa Selic, senão vejamos:

> Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

48. Diante disso, sugere-se que os valores a serem devolvidos sejam atualizados de acordo com a SELIC (que abrange juros e correção monetária), desde quando o recebimento em desconformidade com o teto se tornou indevido.

49. A fim de que possam ser iniciados os procedimentos relativos à persecução do ressarcimento na via administrativa, sugere-se que a PA/AGE oficie os órgãos (prioritariamente a Secretaria de Estado de Fazenda) que possuam servidores que ajuizaram ações questionando a incidência do teto. Deve ser encaminhada cópia deste parecer, com a orientação de que se apure, com a maior brevidade possível, quais servidores receberam remuneração superior ao teto por força de decisão posteriormente reformada, e que se enquadram nas situações passíveis de ressarcimento. Tal procedimento deve ser adotado também para as ações que venham a ser julgadas futuramente (à medida em que haja a comunicação para cumprimento).

50. Paralelamente, deve ser instaurado, com a maior celeridade possível, o respectivo processo administrativo, com imediata notificação do servidor, para que possa se valer dos instrumentos inerentes à ampla defesa e ao contraditório, notadamente quanto ao valor do débito e as condições de parcelamento, observada a razoabilidade do prazo em relação ao valor apurado.

51. Finalizado o processo administrativo, restará cristalizado o valor devido e a forma de pagamento, de modo de que, a partir daí, a Administração poderá dar início aos descontos em folha, até que se proceda ao ressarcimento integral.

52. Cumpre deixar claro que o ressarcimento independe da anuência do servidor.

53. A respeito da questão, relevante trazer à tona as considerações feitas pela Procuradora do Estado Dra. Raquel Melo Urbano de Carvalho, no Parecer 15.732, de 01/08/2016, do qual se colhe que:

> Se o ordenamento mineiro autoriza na Lei Estadual nº 19.490/11 e no Decreto Estadual nº 46.278/13 que se realizem descontos consignados em folha pagamento do servidor militar ou civil e a Administração Pública, em regular procedimento administrativo em que são garantidos o contraditório e a ampla defesa, apura os pressupostos da responsabilidade subjetiva do servidor perante o Estado e fixa a indenização devida, é legítima a autoexecutoriedade que materializa o dever ressarcitório na via administrativa, sem a necessidade prévia de se recorrer ao Judiciário, nem de obter a concordância expressa do agente público.

54. Para melhor compreensão do excerto, vale citar o prescrito na Lei nº 19.490/11, que ao dispor sobre *"consignação em folha de pagamento de servidor público ativo ou inativo e de pensionista do Estado e dá outras providências"*, estabeleceu:

> Art. 2º - Considera-se consignação em folha de pagamento o desconto efetuado na remuneração, provento ou pensão do servidor público ativo ou inativo e de pensionista da administração direta, autárquica e fundacional dos Poderes e órgão do Estado, tendo por objeto o adimplemento de obrigações de sua titularidade assumidas junto às entidades enumeradas nesta lei.
> (...)
> Art. 4º - São consideradas consignações compulsórias para fins do disposto nesta Lei:
> (...)
> V - reposição e indenização de valores ao erário;
> (...)
> VII - cumprimento de decisão judicial ou administrativa;
> (...).

55. No mesmo sentido o Decreto Estadual nº 46.278/2013, que regulamentou a citada Lei. Senão vejamos:

> Art. 2º - Consignação compulsória é o desconto incidente sobre a remuneração, efetuado por força de lei ou decisão judicial, compreendendo:
> (...)
> V – reposição e indenização de valores ao erário;
> (...)
> VII – cumprimento de decisão judicial ou administrativa;

56. Assim, como assentado no citado parecer, *"é legítimo o desconto, desde que tal comportamento autoexecutório seja previsto em lei e subsequente a um regular procedimento administrativo, o que pressupõe observância regular de ampla defesa e contraditório."*

57. Tendo em vista que há norma estadual autorizando a consignação compulsória para fins de cumprimento de decisão judicial e reposição de valores ao erário, imperioso concluir pela viabilidade de se proceder ao desconto em folha, dispensada a anuência do servidor, desde que precedido de processo administrativo, observada a ampla defesa e contraditório.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, opina-se pela viabilidade do ressarcimento, pelo servidor, de valores recebidos em desconformidade com o teto remuneratório, ainda que em momento anterior a 18/11/2015, observada a prescrição quinquenal, desde que não configurada a boa-fé, observadas as balizas traçadas no corpo deste parecer.

A devolução de tais valores deve ser levada a efeito mediante desconto em folha, precedido do respectivo processo administrativo, observadas as garantias do contraditório e ampla

defesa, dispensada a anuência do servidor.

À consideração superior.

Belo Horizonte, 17 de janeiro de 2017.

Denise Soares Belém
Procuradora do Estado

"Aprovado em: 08/02/2017."
Danilo Antônio Castro de Souza
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica

Palavra Chave: Servidor Público. Remuneração. Teto Constitucional. Ressarcimento.

Referência:

MINAS GERAIS. Advocacia-Geral do Estado. Parecer 15.844, de 9 de fevereiro de 2017. Procuradora Denise Soares Belém. *Direito Público*: *Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias*, Belo Horizonte, v.13, n.1, jan./dez., 2016. p. 215-226.

O Advogado-Geral do Estado, Dr. Onofre Alves Batista Júnior, proferiu no Parecer abaixo o seguinte Despacho:

"Aprovo. Em 05/05/2017."

PROCEDÊNCIA: Núcleo de Assessoramento Jurídico (NAJ-AGE)/Coordenação de Licitações e Contratos (CLC)

INTERESSADA: NAJ-AGE/Coordenação de Licitações e Contratos (CLC)

NÚMERO: 15.874

DATA: 23 de maio de 2017

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO. LICITAÇÃO EXCLUSIVA PARA MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE. (RE)INTERPRETAÇÃO DO ART. 48, I, DA LC Nº 123/06 NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUOS. DIVERGÊNCIA ENTRE ACÓRDÃO Nº 1.932/16 DO PLENÁRIO DO TCU E A NOTA JURÍDICA Nº 3.492/13 DA AGE. DEFENSÁVEL NOVA TESE DO TCU. Defensável a tese de que a interpretação a ser dada ao inciso I do art. 48 da Lei Complementar 123/2006, para os casos de serviços de natureza continuada, é no sentido de que o valor de R$ 80.000,00 nele previsto se refere ao período de um ano, devendo, para contratos com períodos diversos, ser considerada sua proporcionalidade. Posição no mesmo sentido do Acórdão nº 1932/16 – Plenário – TCU.

RELATÓRIO

1. Trata-se de consulta oriunda da Coordenação de Licitações e Contratos do Núcleo de Assessoramento Jurídico da AGE (NAJ/AGE), encaminhada por meio do Memorando SEPLAG/CSC/NAJ nº 100/2017, em que é ponderado o entendimento adotado pelo TCU no acórdão nº 1932/16 que restou assim ementado:

> SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. DATAPREV. PREGÃO. CONTRATAÇÃO DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. DISCUSSÃO ACERCA DA INTERPRETAÇÃO A SER EMPRESTADA AO ART. 48, INCISO I, DA LEI COMPLEMENTAR 123, DE 2006, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI COMPLEMENTAR 147, DE 2014. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. CIÊNCIA.
>
> A interpretação a ser dada ao inciso I do art. 48 da Lei Complementar 12/2006, para os casos de serviços de natureza continuada, é no sentido de que o valor de R$ 80.000,00 nele previsto se refere ao período de um ano, devendo, para contratos com períodos diversos, ser considerada sua proporcionalidade.

2. Ocorre que a nova orientação do TCU conflita com o posicionamento até então adotado pela Consultoria Jurídica da Advocacia-Geral do Estado consubstanciado na Nota Jurídica nº 3492 de 2013.

3. Diante da divergência de entendimento, o expediente veio instruído com a Nota Jurídica nº 52/2017, elaborada pela Coordenação de Licitações e Contratos, para fins de provocar a Consultoria Jurídica a reafirmar ou alterar a posição inicialmente exarada na Nota Jurídica nº 3492/2013.

4. Feito o relatório, passa-se a opinar.

PARECER

I) Perspectiva constitucional e legal sobre a matéria

5. Inicialmente convém fazer um apanhado da legislação em vigor sobre a matéria, de modo a possibilitar uma interpretação sistêmica dos comandos legais e, partir de então, buscar a interpretação do art. 48, I, da LC 123/2006 que mais se aproxima dos valores sociais e da justiça.

6. Por certo, o ponto de partida deve ser a Constituição Federal, pois detém supremacia formal e material no ordenamento jurídico, apresentando-se como fonte de validade e de sentido (decorrente do inevitável caráter axiológico que possui) de todo o sistema. É, pois, força motriz e força normativa[1] de interpretação capaz de gerar um verdadeiro efeito irradiador em toda legislação pátria.

7. Neste sentido, a Constituição Federal ao tratar dos princípios norteadores da atividade econômica estabelece explicitamente em seu art. 170, inciso IX c/c art. 179 a necessidade de um tratamento jurídico diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, de modo a criar condições de efetivo desenvolvimento e fomento do setor[2]. Assim:

> *Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*
> *IX - **tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras** e que tenham sua sede e administração no País.*
> *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)*
> *Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.*

8. A diretriz constitucional foi então regulamentada **LC nº 123/2006** que estabeleceu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e, entre outros aspectos, com as alterações promovidas pela **LC nº 147/2014**, criou a obrigatoriedade de licitações destinadas exclusivamente à microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), na forma do seu artigo 48, I:

---

[1] HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1997. 2002.

[2] Setor este que representa 99% das empresas formalmente estabelecidas no país; gera mais de 52% dos empregos formais; representa cerca de 25% do PIB; 70% das novas vagas geradas por mês e 40% da massa salarial, conforme levantamento de 2013 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão em *Caderno de Logística nº 4 – Comprando das Micro e Pequenas Empresas*, disponível em: <http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/sustentabilidade/comprando-das-micro-e-pequenas-empresas-revisado.pdf/view.>. Acesso em 17/03/17.

> *Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:*
>
> ***I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R$ 80.000,00*** *(oitenta mil reais);*

9. Ao criar tratamento privilegiado às microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas percebe-se que a Lei Complementar nº 123/16 evidencia o poder de compra do Estado como instrumento para fomentar o desenvolvimento e reduzir as desigualdades regionais, em verdadeiro reconhecimento da função social das contratações públicas e o desenvolvimento nacional sustentável. Conforme posto pela pregoeira Erika Hitomi Moriguti, em resposta à impugnação nº 1 do pregão eletrônico nº 011/2015 do Conselho Regional de Enfermagem de São Paulo[3]:

> "Há de se considerar que as compras públicas devem ser consideradas, não apenas como meio de suprir as necessidades de bens e serviços para o correto funcionamento da Administração, mas como um **instrumento de alocação de recursos públicos que os aplica de forma a estimular grupos ou segmentos da sociedade vulneráveis ou estratégicos** para a redução de desigualdades e fomento do desenvolvimento."

10. Na mesma toada, destaca-se a posição de Daniel Ferreira e Justen Filho, respectivamente:

> *"**A função social da contratação administrativa passou por uma modificação bastante significativa, de forma a transcender a concepção tradicional arguida acerca da socialização das aquisições públicas** e, nos dias atuais, inserir cada vez mais a visão macroeconômica das contratações públicas".*[4]
>
> *"Segundo a concepção tradicional, as contratações públicas seriam destinadas exclusivamente a prover os entes estatais dos bens, serviços e obras necessários ou dar um destino aos bens de que os entes administrativos não necessitassem. Sob esse enfoque, as contratações públicas era destinadas a promover a satisfação direta e imediata das necessidades estatais. Na dimensão macroeconômica, é inquestionável que a contratação pública apresenta uma relação socioeconômica. **A atividade contratual do Estado não pode ser concebida como um simples instrumento para atender necessidades administrativas. A afirmação de um estado intervencionista acarretou uma função promocional de satisfação de direitos. O Estado assumiu o dever de satisfazer uma ampla gama de necessidades coletivas e individuais. Isso significa que o Estado necessita realizar contratações frequentes, que envolvem valores muito elevados.** O estado, individualmente considerado, torna-se o maior contratante na economia. Isso significa que o setor privado acaba sendo modelado para atender às necessidades estatais. Se o estado cessasse repentinamente de promover contratações, o resultado seria o caos – não apenas colapso dos serviços estatais, mas também pela ociosidade do setor produtivo."*[5]

11. E veja que esta preocupação quanto a função social das contratações públicas não é exclusiva de *terrae brasilis*, tendo a LC 123/2006 se inspirado em experiências

---

[3] O inteiro teor da resposta à impugnação pode ser consultado no endereço eletrônico: <http://portal.coren-sp.gov.br/sites/default/files/Impugna%C3%A7%C3%A3o%20-%20Resposta_1.pdf.>

[4] FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal:* a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 39.

5 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14.ed. São Paulo: Dialética, 2010. p.746.

internacionais como a dos Estados Unidos[6], Israel e África do Sul para utilizar do poder de compra estatal para geração de emprego e renda e, consequentemente, equalizar a vulnerabilidade e a desvantagem competitiva das ME´s e EPP´s.

12. Explica Jonas Lima[7] que a ideia de se criar normas diferenciadas para licitações voltadas às pequenas empresas ("Small business") remonta da falta de competitividade nos EUA, durante a Segunda Guerra Mundial, entre a grande indústria e as pequenas fábricas de material bélico:

> "Nos Estados Unidos, durante Segunda Guerra Mundial (1939-1945), as pequenas empresas ficaram sem chances de competir com as grandes indústrias, que se voltavam para a guerra. Para resolver a situação e inserir as pequenas no mercado da guerra, foi criada em 1942 a *"Corporação de Pequenas Fábricas de Material Bélico"* (*"Smaller War Plants Corporation – SWPC"*), que já tratava da obtenção de contratos governamentais pelas pequenas empresas. Com o fim da guerra, foi extinta a*SWPC*, sendo criado o *"Escritório da Pequena Empresa"* (*"Office of Small Business – OSB"*), do Departamento de Comércio. Logo em seguida, diante da Guerra da Coréia (1950-1953), foi criada a *"Administração de Pequenas Fábricas Ligadas à Defesa"* (*"Small Defense Plants Administration - SDPA"*), que também incluía atividades relacionadas a contratos governamentais com as pequenas empresas. Enfim, eis que o Presidente Eisenhower decide propor a criação de uma agência independente para as pequenas empresas, como uma nova instituição, o que foi **aprovado pelo Congresso em 30 de julho de 1953, com a *"Lei de Apoio às Pequenas Empresas"* (*"Small Business Act - Public Law 83-163, 67 Stat. 232"*), nascendo assim a*"Administração de Pequenas Empresas dos Estados Unidos"* (*"The U.S. Small Business Administration - SBA"*). Essa é a norma legal vigente até hoje, ainda que com alterações sofridas ao longo dos anos.**

13. Assim, com um atraso de pelo menos cinquenta anos, o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (LC 123/06) traz para o Brasil mecanismos do chamado "Ato das Pequenas Empresas", editado pelos Estados Unidos em 1953, que desde então já previa: 1ª) a *"meta"* (com feição de patamar mínimo) de 23% dos contratos governamentais serem destinados às pequenas empresas; 2ª) o incentivo à participação das pequenas empresas como contratantes principais ou subcontratadas, inclusive fornecedoras; 3ª) a inserção de pequenas empresas nas oportunidades de contratações governamentais das agências na máxima extensão praticável; 4ª) a estruturação das exigências dos contratantes de modo a facilitar competição *"por e entre"* pequenas empresas, procurando eliminar obstáculos à participação delas; 5ª) o cuidado para evitar exigências desnecessárias e injustificadas para os contratos, que pudessem impedir a participação das pequenas empresas; 6ª) a possibilidade de separação ou divisão de contratações para dar oportunidade a mais de uma empresa; 7ª) a recomendação a todas as agências federais para que fosse assegurada uma participação em proporção justa das pequenas empresas nas compras e serviços do governo; 8ª) a pesquisa de mercado para se estabelecer exigências necessárias e justificadas nas licitações; 9ª) a avaliação das pequenas empresas subcontratadas; 10ª) a previsão de metas percentuais adicionais de licitações destinadas a empresas de veteranos de guerra (incluindo inválidos), indivíduos economicamente desfavorecidos e mulheres; 11ª) a realização de licitações destinadas exclusivamente à participação das pequenas empresas para contratos de bens e serviços com valor acima de U$ 2.500 (dois mil e quinhentos dólares), porque abaixo disso

6 As compras governamentais nos EUA com pequenas empresas têm como princípio intrínseco o uso do poder de compra do Estado e está baseado em três programas: Buy American Act, Balance of Payment Program e Small Business Act.

7 LIMA, Jonas. Licitações para pequenas empresas ***Jus Navigandi***, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1364, 27 mar. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9655>. Acesso em: 17 mar. 17.

as *"micro-compras"* são feitas diretamente, e não superior a U$ 100.000 (cem mil dólares), a menos que não possam ser obtidas 2 (duas) ou mais ofertas de pequenas empresas com preços competitivos com os de mercado, qualidade e entrega dos bens ou serviços; 12ª) a obrigação de apresentação de relatório anual sobre a aplicação da lei à Câmara dos Representantes e ao Senado; 13ª) o estabelecimento de pena de multa de até U$ 500.000 (quinhentos mil dólares) e prisão de até 10 (dez) anos, ou ambos, além da perda dos contratos vigentes e impedimento de novos contratos por até 3 (três) anos, para quem falsear a verdade sobre o estado da empresa, pretendendo enquadrá-la dissimuladamente como *"pequena empresa"*, visando obter contratos do governo; 14ª) a determinação de que todas as pequenas empresas recebam certificação da agência independente, *"The U.S. Small Business Administration"*, com efeito de uma pré-qualificação antecipada e permanente, para que possam usufruir os benefícios da lei, evitando complicações ou delongas sobre documentos durante a licitação; 15ª) a criação de uma *"Ouvidoria"* (*"Ombudsman"*), semelhante a um *"Fórum Permanente"*, para promover discussões pelo País quanto à aplicação da Lei, à necessidade de sua atualização, além de receber reclamações de desvios; e 16ª) o estabelecimento de preferência, como se fosse uma espécie de critério de*"desempate"*, nas licitações abertas a todas as empresas, pelo preço ofertado pela pequena empresa que não exceda 10% (dez) por cento do preço ofertado por outra empresa não beneficiada pela lei, ressalvadas situações especificadas.[8]

14. Não foram todas essas benesses incorporadas à legislação brasileira, mas não se pode olvidar que o **artigo 47, da LC 123/06** incorpora a ideia de ser dado tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

15. A tônica sem dúvida é o fomento deste importante setor na economia, cujo próprio governo brasileiro reconhece sua relevância[9]:

> "A partir do estudo dessas experiências internacionais e da própria natureza e relevância das compras públicas, **consolida-se o entendimento de que o fomento às MPEs é instrumento eficaz para o desenvolvimento econômico, geração de emprego e renda, eliminação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais, e que adquire especial relevância no Brasil, tendo em vista a imensa informalidade do setor**, de modo que as novas formas de incentivo ao setor por meio das compras governamentais passam a ter como objetivos a formalização e legalização das MPEs, o acesso a mercados, a transferência tecnológica, a formação de arranjos produtivos locais e a capacitação para a competição no mercado interno e externo.
>
> (...)
>
> Nesse sentido, **o fomento às MPEs, por meio do direcionamento das compras governamentais, não surge como iniciativa isolada, mas se enquadra em uma política maior de uso do poder de compra, em que a demanda por bens e serviços do Estado é utilizada como instrumento de política industrial para o desenvolvimento de setores sensíveis, vulneráveis ou estratégicos da economia**."

8 Conforme esclarece Jonas Lima (ex-assessor da Presidência da República) no artigo acima mencionado, disponível em <https://jus.com.br/artigos/9655>. Acesso em 17/03/17.

9 Caderno de Logística nº 4 – Comprando das Micro e Pequenas Empresas do Ministério do Planejamento e Gestão. Disponível em: <http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/sustentabilidade/comprando-das-micro-e-pequenas-empresas-revisado.pdf/view.>. Acesso em 17/03/17.

16. De maneira que para o cumprimento do artigo 47 da LC 123/06, a Administração Pública: I) deverá (no sentido cogente) realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de ME e EPP nos itens de contratação cujo valor seja de até R$ 80.000,0; II) poderá em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte; III) estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte e, IV) estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido[10].

17. Sendo que somente não se aplicará o disposto nos artigos 47 e 48 do estatuto quando:

> *Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:*
> *I - (Revogado);*
> *II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;*
> *III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;*
> *IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.*

18. Voltando aos contornos constitucionais do tratamento diferenciado às ME e EPP poderia se questionar se este favorecimento não afrontaria ao princípio da igualdade insculpido no art. 37, XXI da CF que assim dispõe:

> *XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure* ***igualdade de condições a todos os concorrentes****, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*

19. De antemão, em nosso entendimento, não. Isto porque o reconhecimento do princípio da isonomia – também previsto no artigo 3º da Lei 8.666/93 – pressupõe a compreensão da sua dimensão formal e a material. É dizer, os benefícios existentes para as ME e EPP são na verdade formas de eliminar possíveis diferenças fáticas que acabam por comprometer o próprio princípio da igualdade.

20. Nas palavras de Marçal Justen Filho[11]:

> "a Constituição adotou a orientação de que benefícios restritos às pequenas empresas é uma solução destinada a promover a isonomia: as pequenas empresas devem ser protegidas legislativamente como meio de compensar a insuficiência de sua capacidade econômica para competir com as grandes empresas."

10 Vide art. 48, LC 123/06.
11 JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da microempresa e as licitações públicas*. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 33.

21. Ou ainda, como ficou consignado no volto da Conselheira Adriene Andrade do TCE/MG, em resposta a Consulta nº 951416:

> "Cumpre ressaltar que o tratamento diferenciado dado pela Lei Complementar 123/2006 às micro e pequenas empresas não caracteriza violação ao princípio da isonomia, visto que isonomia nada mais é que propiciar tratamento igual a todos os interessados, de maneira que todos possam disputar em igualdade de condições.
>
> Com as alterações introduzidas pela Lei Complementar 123/2006, é possível afirmar que houve a transição de uma isonomia formal, que era utilizada em todas as licitações, mesmo com a participação de empresas em condições distintas, para uma isonomia real, que procura tratar os iguais igualmente, e os desiguais desigualmente, na medida de sua desigualdade.
>
> **O que se busca no tratamento diferenciado é igualar as condições de micro e pequenas empresas em relação às demais, fortalecendo a competitividade em busca do interesse público**."

22. Este também é o entendimento do Plenário do TCU, quando da prolação do Acórdão nº 1231/2008, em que se manifestou pela constitucionalidade do tratamento diferenciado conferido pelo Estatuto das ME e EPP, ante a harmonização que se deve dar ao artigo 3º da Lei 8666/93 com os artigos 170, IX e 179, da CF.

23. Superada esta questão, vale destacar que no âmbito federal a LC 123/06 é regulamentada pelo **Decreto Federal nº 8.538/15** (que revogou inteiramente o Decreto Estadual nº 6.204/07) e passou a disciplinar o tratamento favorecido não só para as ME e EPP, como também para agricultores familiares, produtores rurais pessoa física, microempreendedores individuais e sociedades cooperativas de consumo nas contratações públicas de bens, serviços e obras no âmbito da administração pública federal.

24. Para os objetivos que se propõe este estudo, destaca-se o art. 6º do Decreto Federal nº 8.538/15:

> *Art. 6º Os órgãos e as entidades contratantes deverão realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens ou lotes de licitação cujo valor seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais).*

25. Já no âmbito da legislação mineira é o **Decreto Estadual nº 44.630/2007** (alterado pelo Decreto nº 46.665/14) que dispõe sobre o tratamento diferenciado e simplificado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte nas aquisições públicas do Estado de Minas Gerais, nos termos da Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Sendo necessário destacar, também seu artigo 6º:

> *Art. 6º* ***Os órgãos e entidades deverão realizar aquisições e contratações de bens, serviços e obras destinadas exclusivamente à participação de pequenas empresas quando o valor estimado para o item de contratação não ultrapassar R$ 80.000,00 (oitenta mil reais).***
> *§ 1º* ***A regra de participação exclusiva de pequenas empresas na contratação, estabelecida no caput, deverá estar expressamente prevista no instrumento convocatório.***
> *§ 2º Aplica-se o disposto no caput às contratações diretas fundamentadas no inciso II do art. 24 da Lei Federal nº 8.666, de 1993, inclusive quando realizadas por cotação eletrônica de preços.*

> *§ 3º Considera-se item de contratação, para efeitos deste Decreto, o lote composto por um item ou por um conjunto de itens que habitualmente são fornecidos por empresas do mesmo ramo de atividade e que, após a etapa competitiva do certame, irá gerar contrato em nome do vencedor da disputa.*
> *§ 4º As contratações diretas fundamentadas no inciso I do art. 24 da Lei Federal n° 8.666, de 1993, serão, preferencialmente, realizadas de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48 da Lei Complementar Federal n° 123, de 14 de dezembro de 2006.*
> *§ 5º* ***No caso em que não acudirem interessados à licitação, nos termos do caput, o procedimento licitatório deverá ser refeito, podendo participar as demais empresas****.*

26. A questão que se coloca sob exame é o fato da legislação, federal (art. 48, I, LC c/c art. 6º do Decreto 8.538/15) e estadual (art. 6º do Decreto nº 44.630/07), não especificar a forma de cálculo para contratação exclusiva com ME e EPP quando a licitação tratar de contratos de natureza continuada que admitam prorrogações, nos termos do art. 57 da Lei 8.666/93:

> *Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:*
>
> *II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses*

27. Desta maneira, indaga-se se o valor a ser considerado para participação exclusiva da ME e EPP deva ser aquele inicialmente previsto, limitado ao montante de R$ 80.000,00 (oitenta mil reias) com as eventuais prorrogações, ou se deve ser levado em consideração a soma dos valores de todo o período passível de prorrogação, até o limite de sessenta meses para os serviços continuados.

28. É o que se analisa nas linhas abaixo.

II. Fundamentos da posição dominante

29. A interpretação até então adotada do art. 48, I, da LC 123/06 seria a de que o enquadramento no limite de R$ 80.000,00 deveria ser do **valor global da contratação**, já computadas as possíveis prorrogações. Assim, no caso da exclusividade de participação de micro e pequenas empresas verifica-se que tem prevalecido uma interpretação restritiva da norma.

30. Conforme **posição atual da Advocacia-Geral do Estado, por meio da Nota Jurídica nº 3492/13**, esta Consultoria Jurídica concluiu que:

> "Se as prorrogações possíveis de um contrato devem ser consideradas para o cálculo do valor estimado, a fim de se aferir a modalidade de licitação, a mesma lógica há de ser aplicada na aferição do valor estimado para que seja analisada a aplicabilidade da exclusividade concedida às microempresas e empresas de pequeno porte nos diversos certames.
>
> Assim, para que seja possível determinar se um procedimento licitatório poderá ser reservado exclusivamente às ME e EPP´s, o dimensionamento realista do objeto terá que considerar as prorrogações do contrato, sob pena de elevarmos, em até cinco vezes, o valor determinado em lei para a concessão dessa exclusividade."

31. Tal entendimento acompanhou o **posicionamento da AGU exarado na Orientação Normativa nº 10** (alterada pela Portaria AGU nº 572, de 13.12.2011) que restou assim ementada:

> "A DEFINIÇÃO DO VALOR DA CONTRATAÇÃO LEVARÁ EM CONTA O PERÍODO DE VIGÊNCIA DO CONTRATO E AS POSSÍVEIS PRORROGAÇÕES PARA: A) A REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO EXCLUSIVA (MICROEMPRESA, EMPRESA DE PEQUENO PORTE E SOCIEDADE COOPERATIVA); B) A ESCOLHA DE UMA DAS MODALIDADES CONVENCIONAIS (CONCORRÊNCIA, TOMADA DE PREÇOS E CONVITE); E C) O ENQUADRAMENTO DAS CONTRATAÇÕES PREVISTAS NO ART. 24, INC. I E II, DA LEI Nº 8.666, DE 1993."

32. O raciocínio utilizado pela AGU foi que a estimativa do valor do contrato deve considerar toda a programação dos gastos que serão necessários para cobrir a execução total do objeto contratado, considerando-se as possíveis prorrogações (art. 8º e art. 57, da Lei 8666/93), de forma que definirá qual modalidade licitatória deverá ser adotada e se a licitação deve ser exclusiva a entidades de menor porte, como estabelecido na LC 123/06. Portanto, entendeu que[12]:

> Quanto a aplicabilidade do raciocínio da Orientação Normativa para a definição se a licitação deverá ser exclusiva ou não para Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Sociedades Cooperativas, entende-se cabível, pois a Constituição Federal previu o tratamento favorecido a elas no art. 179 e o princípio da isonomia entre os licitantes, da eficiência nas licitações no art. 37. E a legislação previu mecanismos para dar tratamento favorecido as Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Sociedades Cooperativas nos casos das contratações com valores superiores a R$80.000,00 (oitenta mil reais), consoante art. 44, §§ 1° e 2° da Lei Complementar n° 123, de 2006.
>
> Com a adoção de tal critério prestigiam-se os princípios da isonomia, da economicidade e o da ampliação da competitividade, sem afronta ao comando constitucional que prevê política pública de favorecimento e estímulo às entidades de menor porte, consolidada pela Lei Complementar n° 123, de 2006, e seu Decreto regulamentador.

33. Esta também foi a orientação da **Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul** ao concluir no **Parecer nº 16.695** de 27 de janeiro de 2016[13] que**:**

> "Em conclusão, tem-se que, para fins de verificação do limite de R$ 80.000,00, para a realização de certame com participação exclusiva de microempresas e EPPS´s, deverá ser considerado o valor total da contratação, incluindo-se as possíveis prorrogações."

34. E, claro, os posicionamentos dos órgãos consultivos da Advocacia Pública se firmaram em diversos acórdãos dos órgãos de controle no sentido de que as prorrogações de eventuais contratos de serviço contínuo deveriam ser limitadas ao valor de R$ 80.000,00. A saber, somente na jurisprudência do TCU: **Acórdãos nºs 943/2010/Plenário**; nº1482/2005/2ª Câmara; nº1725/03/1ª Câmara, entre outros.

12 Conforme fundamentação da redação atual da Orientação Normativa AGU nº 10 disponível para consulta em: <http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/189171>. Acesso em 17/03/17.

13 Íntegra do parecer disponível em: <http://www2.pge.rs.gov.br/pareceres/pa16695.pdf>. Acesso em 17/03/17.

35. Não é diferente na jurisprudência do **TCE/MG** que ao responder a **Consulta nº 951416**[14], procedente da Câmara Municipal de Lagoa da Prata, em **sessão Plenária do dia 09/09/15**, assim opinou:

> EMENTA CONSULTA. LICITAÇÃO. PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE NATUREZA CONTINUADA. PRORROGAÇÃO CONTRATUAL ANUAL. ART. 57, II E IV, DA LEI N. 8.666/93. VALOR DE ENQUADRAMENTO. VALORES DO PRIMEIRO ANO DE VIGÊNCIA CONTRATUAL. OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 48, I, DA LC N. 123/2006.
> 1. **Para efeito de abertura de licitação exclusiva às microempresas e empresas de pequeno porte, na contratação de serviços continuados, devem ser considerados apenas os valores referentes ao primeiro ano de vigência contratual**.
> 2. Decisão por maioria de votos.

36. Mais a mais, longe de ser um tema em que haja consenso, também encontraremos doutrinadores que irão sustentar que a interpretação do art. 48, I, da LC 123/06 deve ser estrita, não cabendo ao intérprete ampliar seu entendimento de modo a considerar que o enquadramento do valor de R$ 80.000,00 refere-se ao limite máximo do exercício financeiro, podendo ser redimensionado com eventuais prorrogações no caso de serviços e natureza continuada.

III – Novo paradigma: Acórdão 1932/2016 - TCU - Plenário. Reinterpretação conferida ao art. 48, I, da LC 123/06.

37. Em recente decisão do Tribunal de Contas da União, em sessão plenária ocorrida em **27 de julho de 2016**, os Ministros do TCU firmaram entendimento de que: "**no caso de serviços de natureza continuada, o valor de R$ 80.000,00 de que trata o inciso I do art. 48 da Lei Complementar 123/06, refere-se a um exercício financeiro, razão pela qual, à luz da Lei 8666/93, considerando que este tipo de contrato pode ser prorrogado por até 60 meses, o valor total da contratação pode alcançar R$ 400.000,00 ao final desse período, desde que observado o limite por exercício financeiro (R$ 80.000,00)"**[15]**.**

38. O caso concreto versa sobre uma representação apresentada pela empresa Thyssenkrupp Elevadores S.A, a qual alega ilegalidade do Pregão Eletrônico nº 022/2015, promovido pela Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social – DATAPREV, em Florianópolis/SC.

39. Em síntese, a empresa aduz que o pregão destinado exclusivamente às ME e EPP para prestação de serviços de manutenção preventiva dos elevadores do órgão público, pelo período de 24 meses, violaria o art. 6º do Decreto 8.538/15, pois segundo fora argumentado, o valor da contratação (valor total estimado era de R$ 53.839,92) acaso considerada as prorrogações, ultrapassaria o limite de R$ 80.000,00 estabelecido em lei. Desta forma, a empresa não poderia ser impedida de participar do procedimento licitatório.

---

[14] Íntegra do acórdão disponível em: <http://tcnotas.tce.mg.gov.br/TCJuris/Nota/BuscarArquivo/1173104>. Acesso em 17/03/17.

[15] Íntegra do acórdão nº 1932/2016/TCU/Plenário disponível em: https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d434f4d504c45544f2d313633343535532&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-COMPLETO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1

40. Admitida a representação, o exame técnico preliminar do TCU se manifestou no sentido de que a Lei 123/06 não faz menção à forma de cálculo quando a licitação trata de contratos de natureza continuada que admitam prorrogações, de forma que o tema careceria de estudos mais aprofundados e até que o Tribunal fixasse um entendimento, não seria possível impor aos órgãos a adoção de qualquer procedimento como norma.

41. Encaminhado ao plenário, o Ministro Relator Vital do Rêgo inicialmente votou no sentido de que: *"o art. 48, inciso I, da Lei Complementar 123, de 2006, que restringe o processo licitatório exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R$ 80.000,00, deve ser interpretado de forma estrita. Assim, por consequência, as prorrogações de eventuais contratos celebrados em decorrência deste dispositivo devem ser limitadas ao valor de R$ 80.000,00, sob pena de se privar a participação da totalidade de empresas em detrimento de grupo já beneficiado pela norma".*

42. Todavia, com pedido de vista do Ministro Revisor Benjamim Zymler foi aberto o **voto de divergência** sob os argumentos que aqui se reproduz:

> "Com as devidas vênias ao ilustre relator, divirjo de sua proposta quanto a exegese do aludido inciso I do art. 48 da Lei Complementar 123/2006.
> 7. É inconteste na doutrina e na jurisprudência que às normas que prevêem direito excepcional não pode ser dada intepretação extensiva. Entretanto, não observo por parte da promotora do Pregão Eletrônico 22/2015 uma interpretação dessa natureza ao mencionado dispositivo legal.
> 8. A literalidade do art. 48 da Lei Complementar 123/2006, que transcrevo a seguir, admite, de fato, a controvérsia a respeito da interpretação que deve ser dada ao dispositivo no caso de licitações para a contratação de prestação de serviços continuados:
> "Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:
> I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais);"
> 9. Mais uma vez, com as vênias devidas, entendo que uma interpretação mais adequada a ser dada ao dispositivo passa pela identificação dos balizadores utilizados pelo legislador para estabelecer o valor monetário máximo para o qual o incentivo constitucionalmente previsto (art. 179 da Constituição) deveria ser concedido. Em outras palavras, cabe descobrir o parâmetro a que o montante financeiro mencionado faz referência.
> 10. Para tal mister, entendo que, antes de tudo, deve-se buscar na própria norma o referencial utilizado pelo legislador para a definição da importância de R$ 80.000,00 prevista na lei.
> 11. **Conforme dispõe o seu art. 3º, a Lei Complementar 123/2006 utiliza, para considerar microempresa ou empresa de pequeno porte, a receita bruta por essas auferida em cada ano-calendário. Da mesma forma, não se pode olvidar que o valor a que se refere o citado art. 48, se converterá em receita bruta da licitante que vier a ser contratada pela administração pública. Dessa forma, não vejo como afastar a relação existente entre esses valores.**
> **12. Resta, contudo, identificar a que unidade os valores dizem respeito. No caso da receita bruta auferida, a lei é expressa: refere-se a cada ano-calendário. Assim, entendo que na ausência de qualquer referência para o valor dos itens de contratação a que se refere o inciso I do art. 48, para os casos de serviços de natureza continuada, o mais adequado é a utilização do período anual, pois o valor de R$ 80.000,00 nada mais é que a fração do faturamento dessas empresas que o legislador entendeu como o limite adequado para a realização de licitação que lhes fosse exclusiva, de forma a atender o art. 179 da**

> **Constituição Federal, que trata do tratamento jurídico diferenciado a ser a elas concedido.**
> 13. **A partir desse raciocínio, apesar de não ser regra, nada impede que, em face da redação do art. 57, inciso II, da Lei 8.666/1993, o contrato originário possa ter um prazo diferente de um ano. Nesses casos, faz-se necessária a proporcionalização, de forma que o contrato originário possa ter, como limite máximo a ensejar a licitação exclusiva, o valor resultante desse cálculo. Por exemplo, para contratos com duração de seis meses, esse valor seria de R$ 40.000,00. Para contratos de dezoito meses, R$ 120.000,00. Considerando a possibilidade de prorrogações sucessivas desse tipo de contrato por um período máximo de até sessenta meses, esse valor limite seria de R$ 400.000,00.**
> 14. **Ademais, por outro lado, se considerarmos que o limite de R$ 80.000,00 deva se referir, como consignou o eminente relator, ao prazo máximo permitido de sessenta meses (art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/1993) para os contratos de prestação de serviços continuados, estaríamos falando em valores mensais de R$ 1.333,33. Tal importância inviabilizaria qualquer contrato de prestação de serviços que exigisse a disponibilização de até mesmo apenas um colaborador, considerando o salário mínimo desse empregado e demais encargos trabalhistas. Vê-se, assim, que tal interpretação inviabilizaria a realização de licitação exclusiva para as microempresas e empresas de pequeno porte, nos casos de contratação de serviços continuados. Esta corte estaria, por via transversa, fazendo do inciso I do art. 48 do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte letra morta.**
> 15. Ressalto, ainda, que, em geral, para os contratos de prestação de serviços, as empresas não dependem para a sua execução de grande estrutura organizacional ou de relevantes ativos permanentes, o que faz das microempresas e empresas de pequeno porte vocacionadas para o atendimento desse tipo de demanda da Administração.
> 16. **Dessa forma, entendo que a melhor interpretação a ser dada ao inciso I do art. 48 da Lei Complementar 123/2006, para os casos de serviços de natureza continuada, é que o valor nele previsto se refere ao período de um ano, devendo, para contratos com períodos diversos, ser considerada sua proporcionalidade. Tal interpretação, parece-me a que dá a necessária efetividade ao incentivo previsto no art. 179 da Constituição Federal.**
> Ante o exposto, com as devidas vênias ao ilustre relator e em consonância com a proposta da unidade técnica, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado."

43. Diante de tais fundamentos apresentados pelo Ministro Benjamin Zymler, o Ministro Relator modificou seu voto e adotou as razões apresentadas pelo Revisor por entender ser medida de melhor justiça. Por fim, os Ministros de TCU acordaram, diante das razões expostas pelo Relator, firmar o seguinte entendimento:

> REPRESENTAÇÃO. DATAPREV. PREGÃO. CONTRATAÇÃO DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. DISCUSSÃO ACERCA DA INTERPRETAÇÃO A SER EMPRESTADA AO ART. 48, INCISO I, DA LEI COMPLEMENTAR 123, DE 2006, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI COMPLEMENTAR 147, DE 2014. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. CIÊNCIA.
>
> **A interpretação a ser dada ao inciso I do art. 48 da Lei Complementar 12/2006, para os casos de serviços de natureza continuada, é no sentido de que o valor de R$ 80.000,00 nele previsto se refere ao período de um ano, devendo, para contratos com períodos diversos, ser considerada sua proporcionalidade**.

44. Pois bem. Não obstante seja uma questão polêmica na doutrina e na jurisprudência dos órgãos de controle, dada a recém-publicada decisão do TCU, que ainda

sequer foi objeto de análise dos órgãos judiciários (não encontramos julgados neste sentido), comungamos do entendimento sedimentado no Acórdão nº 1.932/16 do TCU.

45. Isto porque a nova interpretação dada ao art. 48, I, da LC123/06, de fato concretiza o art. 170, inciso IX c/c art. 179 da Constituição Federal, que como visto no item I deste estudo, sempre teve o condão de incentivar e viabilizar a adoção de políticas públicas destinadas a promover a justiça social e os valores consagrados constitucionalmente, como é o caso do tratamento diferenciado às ME e EPP que decorre dos princípios gerais da atividade econômica e da ideia de igualdade material.

46. Ademais, como pelo posto pelo Ministro Benjamin Zymler, a aferição de valores para fins de contratação exclusiva, se considerado o limite máximo de prorrogações, torna o art. 48, I, da LC 123/06 letra morta, pois em termos práticos somente permitiria a contratação exclusiva de ME e EPP nos valores de contratação de até R$ 1.333,33 mensais ou até R$ 16.000,00 anuais, valores estes facilmente transponíveis para abrir a participação de quaisquer licitantes.

47. Desta maneira, considerando as lições da Ministra Cármem Lúcia Antunes Rocha[16], no sentido de que os princípios por serem polifórmicos e plásticos possuem uma capacidade de se amoldar a diferentes interpretações, nos posicionamos favoráveis à (re)interpretação do art. 48, I, LC 123/06 por nos parece ser o melhor caminho para a exegese da **função social das contratações públicas**.

CONCLUSÃO

48. Por todo o exposto, sem perder de vista a divergência com o posicionamento atual da AGU e do TCE/MG, acreditamos que a tese aqui desenvolvida é defensável caso a Coordenação de Licitações e Contratos queiram se valer do mesmo entendimento do TCU no Acórdão nº 1932/16, e considerar que "**a interpretação a ser dada ao inciso I do art. 48 da Lei Complementar 123/2006, para os casos de serviços de natureza continuada, é no sentido de que o valor de R$ 80.000,00 nele previsto se refere ao período de um ano, devendo, para contratos com períodos diversos, ser considerada sua proporcionalidade".**

49**.** Desta forma, a bem embasada Nota Jurídica nº 3492 (27/03/13) desta Consultoria Jurídica, desenvolvida, contudo, antes da mudança de posicionamento do TCU, estaria superada com o advento do Acórdão nº 1.932/16 – Plenário – TCU.

50. É o parecer que se propõe a apreciação.

Belo Horizonte, 20 de março de 2017.

Rafaella Barbosa Leão
Procuradora do Estado

Aprovado em: 05/05/2017.
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica
Danilo Antônio de Souza Castro

[16] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

Palavra Chave: Licitação. Prestação de serviço contínuo. Microempresa. Empresa de Pequeno Porte. Valor. Proporcionalidade. Lei Complementar 123/2006, art. 48, I. Nota Jurídica AGE nº 3.492/2013. Acórdão TCU nº 1.932/2016. Prevalência.

Referência:

MINAS GERAIS. Advocacia-Geral do Estado. Parecer 15.874, de 23 de maio de 2017. Procuradora Rafaella Barbosa Leão. *Direito Público*: *Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias*, Belo Horizonte, v.13, n.1, jan./dez., 2016. p. 227-240.

LEGISLAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO

DECRETOS

DECRETO Nº 47.100, DE 2 DE DEZEMBRO DE 2016.

Altera o Decreto nº 44.747, de 3 de março de 2008, que estabelece o Regulamenta do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA.

DECRETO Nº 47.095, DE 1º DE DEZEMBRO DE 2016.

Dispõe sobre a conciliação pelos Procuradores do Estado e Advogados Autárquicos em ações judiciais em que o Estado figure como parte.

DECRETO Nº 47.090, DE 24 DE NOVEMBRO DE 2016.

Dispõe sobre a organização da Secretaria Geral. (art. 8º)

DECRETO Nº 47.088, DE 23 DE NOVEMBRO DE 2016.

Dispõe sobre a organização da Secretaria de Estado de Segurança Pública. (art. 9º)

DECRETO Nº 47.087, DE 23 DE NOVEMBRO DE 2016.

Dispõe sobre a organização da Secretaria de Estado Administração Prisional. (art. 8º)

DECRETO Nº 47.077, DE 16 DE NOVEMBRO DE 2016.

Dispõe sobre a Câmara de Orçamento e Finanças e dá outras providências.

DECRETO Nº 47.069, DE 25 DE OUTUBRO DE 2016.

Dispõe sobre a organização do Departamento de Edificações e Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais. (art. 5º, III, b, 1, 2, 3 e 4; Seção II, arts. 13, 14, 15, 16 e 17)

DECRETO Nº 47.068, DE 21 DE OUTUBRO DE 2016.

Delega competência ao Secretário de Estado de Fazenda para a prática de atos que menciona e dá outras providências. (art. 2º)

DECRETO Nº 47.067, DE 21 DE OUTUBRO DE 2016.

Dispõe sobre a organização da Secretaria de Estado de Trabalho e Desenvolvimento Social. (art. 4º, III e art. 7º)

DECRETO Nº 47.066, DE 20 DE OUTUBRO DE 2016.

Dispõe sobre a consulta pública no procedimento para elaboração de atos normativos de interesse geral da administração pública estadual.

DECRETO Nº 47.065, DE 21 DE OUTUBRO DE 2016.

Dispõe sobre a proposição, elaboração e redação de atos normativos do Poder Executivo, nos termos da Lei Complementar nº 78, de 9 de julho de 2004.

DECRETO Nº 47.058, DE 14 DE OUTUBRO DE 2016.

Dispõe sobre a organização da Secretaria de Estado da Casa Civil e de Relações Institucionais. (art. 1º, IV, art. 15, e arts. 29 e 30)

DECRETO Nº 47.049, DE 26 DE SETEMBRO DE 2016.

Altera o Decreto nº 44.747, de 3 de março de 2008, que estabelece o Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA).

DECRETO Nº 47.047, DE 16 DE SETEMBRO DE 2016.

Dispõe sobre a organização da Secretaria de Estado de Governo. (art. 4º, VI, e art. 11)

DECRETO Nº 47.042, DE 06 DE SETEMBRO DE 2016.

Dispõe sobre a organização da Secretaria de Estado do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável. (art. 5º, II, e art. 10)

DECRETO Nº 47.038, DE 26 DE AGOSTO DE 2016.

Altera o Decreto nº 45.771, de 10 de novembro de 2011, que dispõe sobre a estrutura orgânica da Advocacia-Geral do Estado - AGE.

DECRETO Nº 46.995, DE 09 DE MAIO DE 2016.

Autoriza a Advocacia-Geral do Estado a assumir a representação judicial e extrajudicial e o assessoramento jurídico de autarquia e fundação do Estado.

LEIS

LEI Nº 22.257, DE 27 DE JULHO DE 2016.

Estabelece a estrutura orgânica da administração pública do Poder Executivo do Estado e dá outras providências.

RESOLUÇÕES

RESOLUÇÃO AGE Nº 48, DE 24 DE NOVEMBRO DE 2016.

Dispõe sobre a substituição do Presidente do Conselho de Administração de Pessoal - CAP, nos casos que menciona.

RESOLUÇÃO AGE Nº 47, DE 16 DE NOVEMBRO DE 2016.

Constitui comissão de levantamento dos inventários físicos e financeiros dos valores em tesouraria, das obrigações constantes dos grupos Passivo Circulante e Não Circulante e das contas de controle representativas dos atos potenciais Ativos e Passivos da Advocacia-Geral do Estado.

RESOLUÇÃO AGE Nº 46, DE 16 DE NOVEMBRO DE 2016.

Constitui comissões de levantamento dos materiais em almoxarifado e bens patrimoniais da Advocacia-Geral do Estado.

RESOLUÇÃO AGE Nº 45, DE 10 DE NOVEMBRO DE 2016.

Ratifica a responsabilidade da Advocacia-Geral do Estado quanto à representação judicial nos processos de interesse do extinto IGTEC.

RESOLUÇÃO AGE Nº 44, DE 10 DE NOVEMBRO DE 2016.

Dispõe sobre procedimentos a serem observados para a assunção da representação judicial pela Advocacia-Geral do Estado - AGE, dos processos de interesse da extinta Fundação Rural Mineira de Colonização e Desenvolvimento Agrário - Ruralminas.

RESOLUÇÃO AGE Nº 43, DE 28 DE OUTUBRO DE 2016.

Altera a Resolução AGE nº 32, de 1º de setembro de 2016, que institui coordenações no âmbito das unidades da Advocacia-Geral do Estado.

RESOLUÇÃO AGE Nº 42, DE 24 DE OUTUBRO DE 2016.

Transfere representação judicial da Junta Comercial do Estado de Minas Gerais - JUCEMG para a Advocacia-Geral do Estado.

RESOLUÇÃO AGE Nº 41, DE 24 DE OUTUBRO DE 2016.

Transfere a representação judicial do Departamento Estadual de Telecomunicações de Minas Gerais-DETEL-MG, da Agência Reguladora de Serviços de Abastecimento de Água e de Esgoto Sanitário do Estado de Minas Gerais-ARSAE-MG, e da Agência de Desenvolvimento da Região Metropolitana de Belo Horizonte - Agência RMBH, para a Advocacia-Geral do Estado.

RESOLUÇÃO AGE Nº 40, DE 05 DE OUTUBRO DE 2016.

Transfere a representação judicial do Instituto de Geoinformação e Tecnologia - IGTEC para a Advocacia-Geral do Estado.

RESOLUÇÃO AGE Nº 37, DE 30 DE SETEMBRO DE 2016.

Altera a Resolução AGE nº 27, de 9 de agosto de 2016, que dispõe sobre a substituição do Presidente do Conselho de Administração de Pessoal - CAP, nos casos que menciona.

RESOLUÇÃO AGE Nº 36, DE 30 DE SETEMBRO DE 2016.

Transfere a representação judicial da Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais para a Advocacia-Geral do Estado.

RESOLUÇÃO AGE Nº 35, DE 21 DE SETEMBRO DE 2016.

Altera a Resolução AGE nº 303, de 22 de maio de 2012, que institui no âmbito da Advocacia-Geral do Estado - AGE a Comissão de Gestão de Informações, designa membros para a sua composição e dá outras providências.

RESOLUÇÃO AGE Nº 34, DE 16 DE SETEMBRO DE 2016.

Transfere a representação judicial da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais - FAPEMIG - para a Advocacia-Geral do Estado.

RESOLUÇÃO AGE Nº 33, DE 13 DE SETEMBRO DE 2016.

Acrescenta artigo à Resolução AGE nº 32, de 1º de setembro de 2016, que institui coordenações no âmbito das unidades da Advocacia-Geral do Estado.

RESOLUÇÃO AGE Nº 32, DE 1º DE SETEMBRO DE 2016.

Institui coordenações no âmbito das unidades da Advocacia-Geral do Estado. (**Alterada** pela Resolução AGE nº 33, de 13 de setembro de 2016.) (Alterada pela Resolução AGE nº 43, de 28 de outubro de 2016.)

RESOLUÇÃO AGE Nº 27, DE 09 DE AGOSTO DE 2016.

Dispõe sobre a substituição do Presidente do Conselho de Administração de Pessoal - CAP, nos casos que menciona. (Formato pdf - 85Kb) (**Alterada** pelas: Resolução AGE nº 37, de 30 de setembro de 2016; Resolução AGE nº 48, 24 de novembro de 2016; Resolução AGE nº 6, de 17 de fevereiro de 2017.)

RESOLUÇÃO AGE Nº 26, DE 08 DE AGOSTO DE 2016.

Institui a estrutura de governança do sistema TRIBUNUS e sua utilização no âmbito do processo judicial eletrônico e outras tecnologias.

RESOLUÇÃO AGE Nº 25, DE 22 DE JULHO DE 2016.

Transfere a representação judicial da Loteria do Estado de Minas Gerais para a Advocacia-Geral do Estado.

RESOLUÇÃO AGE Nº 24, DE 18 DE JULHO DE 2016.

Dispõe sobre a autorização superior para a prática dos atos que menciona e dá outras providências.

RESOLUÇÃO AGE Nº 23, DE 18 DE JULHO DE 2016.

Altera a Resolução AGE nº 18, de 18 de junho de 2015, que dispõe sobre o Núcleo de Assessoramento Jurídico da Advocacia-Geral do Estado - NAJ-AGE, na Cidade Administrativa Presidente Tancredo Neves.

RESOLUÇÃO AGE Nº 18, DE 29 DE JUNHO DE 2016.

Altera a Resolução AGE nº 27, de 2 de outubro de 2015, que fixa as competências das Procuradorias Especializadas da Advocacia-Geral do Estado (AGE), Advocacias Regionais (ARE), da Assessoria do Advogado-Geral do Estado - ASSAGE e da Consultoria Jurídica.

RESOLUÇÃO AGE Nº 17, DE 29 DE JUNHO DE 2016.

Contém o Regulamento Geral dos procedimentos aplicáveis ao Contencioso Tributário da Advocacia-Geral do Estado - AGE.

RESOLUÇÃO AGE Nº 16, DE 22 DE JUNHO DE 2016.

Regulamenta o procedimento do exercício do direito de regresso do Estado, suas Fundações e Autarquias em face do agente público responsável pelo dano, nos casos de responsabilidade objetiva do entre público.

RESOLUÇÃO AGE Nº 15, DE 16 DE JUNHO DE 2016.

Regulamenta procedimentos atinentes à carga de autos no Poder Judiciário e a sua movimentação no âmbito interno da Advocacia-Geral do Estado.

RESOLUÇÃO AGE Nº 13, DE 20 DE MAIO DE 2016.

Altera o art. 3º da Resolução AGE nº 2, de18 de março de 2016, que estabelece mecanismos de apuração do exercício regular das atribuições do cargo de Procurador de Minas Gerais, define os procedimentos a serem observados pelas unidades de execução da Advocacia-Geral do Estado relativamente à elaboração, operacionalização e monitoramento dos Planos de Trabalho de que trata a Resolução nº 2, de 18 de março de 2016 e dá outras providências.

RESOLUÇÃO AGE Nº 12, DE 19 DE MAIO DE 2016.

Transfere a representação judicial do Instituto Mineiro de Agropecuária-IMA para a Advocacia-Geral do Estado.

RESOLUÇÃO AGE Nº 11, DE 9 DE MAIO DE 2016.

Delega competência para os fins que menciona e indica responsáveis técnicos junto ao SIAFI.

RESOLUÇÃO AGE Nº 3, DE 22 DE MARÇO DE 2016.

Fixa procedimento interno para processamento e pagamento das Requisições de Pequeno Valor - RPV, emitidos pela Justiça Estadual.

RESOLUÇÃO AGE Nº 2, DE 18 DE MARÇO DE 2016.

Estabelece mecanismos de apuração do exercício regular das atribuições do cargo de Procurador do Estado de Minas Gerais. (Ver Resolução AGE nº 13, de 20 de maio de 2016.)

RESOLUÇÃO AGE Nº 1, DE 9 DE MARÇO DE 2016.

Dispõe sobre a substituição do Presidente do Conselho de Administração de Pessoal - CAP, nos casos que menciona. (**Revogada** pela Resolução AGE nº 27, de 9 de agosto de 2016.)

OBS: O inteiro teor da legislação citada acima encontra-se no sítio eletrônico da Advocacia-Geral do Estado: <http://www.age.mg.gov.br>.

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, palavra-chave, texto e referência bibliográfica, também duas provas impressas do texto, 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 minúsculas (fonte Times New Roman, preta, corpo 12).

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 conterá 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 2 cm da margem esquerda e direita, alinhamento justificado; espaçamento simples.

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, Praça da Liberdade, s/nº, 1º andar – Funcionários – 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
Onofre Alves Batista Júnior

Advogado-Geral Adjunto
Sérgio Pessoa de Paula Castro

Advogado-Geral Adjunto
Marcelo Pádua Cavalcanti

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 Nogueira Nunes
Alessandro Fernandes Braga
Alessandro Henrique Soares Castelo Branco
Alessandro Rodrigues
Alexandre Bitencourth Hayne
Alexandre Diniz Guimarães
Alexandre Moreira de Souza
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
Aparecida Imaculada Amarante
Armando Sérgio Peres Mercadante
Arthur Pereira de Mattos Paixão Filho
Atabalipa José Pereira 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
Carolina Guedes Pereira
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 Morais
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 Bezerra
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
Fernanda Carvalho Soares
Fernanda da Paixão Costa Ferreira
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 Márcio Amarante Ribeiro
Fernando Salzer e Silva
Flávia Bianchini Mesquita Gabrich
Flávia Caldeira Brant de Figueiredo
Francisco de Assis Vasconcelos Barros
Françoise Fabiane Ferreira
Gabriel Arbex Valle
Gabriela Silva Pires
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 Luduvice 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
Jayme Zattar Filho
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 Hermelindo Dias Vieira Costa
José Horácio da Motta e Camanducaia Júnior
José Maria Brito dos Santos
José Roberto de Castro
José Roberto Dias Balbi
José Sad Júnior
Josélia de Oliveira Pedrosa
Juarez Raposo Oliveira
Juliana Campos Horta de Andrade
Juliana Faria Pamplona
Juliana Padilha Nunes Mattar
Juliana Rizzato Silva
Juliana Schmidt Fagundes
Juliano Lomazini
Júlio César Azevedo de Almeida
Júlio José de Moura
Jullyanna Ribeiro dos Santos Pena
Junia Maria Coelho Ferreira Couto
Karen Cristina Barbosa Vieira
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 Oliveira Soares
Letícia Lemos Rossi
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 Antônio Rebelo Romanelli

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
Margarida Maria Pedersoli
Maria Antônia de Oliveira Cândido
Maria Aparecida dos Santos
Maria Carolina Beltrão Sampaio
Maria Cecília Almeida Castro
Maria Cecília Ferreira Albrecht
Maria Clara Teles Terzis
Maria Cristina Castro Diniz
Maria Eduarda Lins Santos
Maria Elisa de Paiva Ribeiro Souza Barquete
Maria Letícia Séra de Oliveira Costa
Maria Teresa Cora Hara
Maria Teresa Lima Lanna
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
Olir 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 Véras
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 de Castro Moreira e Silva
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
Renata Cristina Ricchini Leite
Renata Tostes dos Santos
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 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
Roney Luiz Torres Alves da Silva
Rosalvo Miranda Moreno Júnior
Rubens de Oliveira Silva
Samuel de Faria Carvalho
Sandro Drumond 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
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
Thiago Vasconcelos Jesus
Tiago Anildo Pereira
Tiago Maranduba Schröder
Tiago Santana Nascimento
Tuska do Val Fernandes e Figueiredo
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
Wagner Mendonça Bosque
Wallace Alves dos Santos
Wallace Martiniano Moreira
Walter Santos da Costa
Wanderson Mendonça Martins
Wendell de Moura Tonidandel

ADVOGADOS AUTÁRQUICOS

Abdala Lobo Antunes
Aloísio Alves de Melo Júnior
Alesxandra Marota Crispim Prates
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
Fabíola 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
Simone Alves de Queiroz
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.