Revista Jurídica da Advocacia-Geral
do Estado de Minas Gerais

DIREITO PÚBLICO

Revista Jurídica da Advocacia-Geral
do Estado de Minas Gerais

DIREITO PÚBLICO

VOL.18 N.1 ANO 2021

Fascículo Especial
25 Anos do
Centro de Estudos
&
Homenagem em memória
do Procurador do Estado
Celso Barbi Filho

Copyright © 2021 by Editora Letramento

Diretor Editorial | **Gustavo Abreu**
Diretor Administrativo | **Júnior Gaudereto**
Diretor Financeiro | **Cláudio Macedo**
Logística | **Vinícius Santiago**
Comunicação e Marketing | **Giulia Staar**
Assistente de Marketing | **Carolina Pires**
Assistente Editorial | **Matteos Moreno e Sarah Júlia Guerra**
Designer Editorial | **Gustavo Zeferino e Luís Otávio Ferreira**

Todos os direitos reservados.
Não é permitida a reprodução desta obra sem aprovação do Grupo Editorial Letramento.

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
© 2021 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

Belo Horizonte - MG
Rua Magnólia, 1086
Bairro Caiçara
CEP 30770-020
Fone 31 3327-5771
contato@editoraletramento.com.br
editoraletramento.com.br
casadodireito.com

Grupo Editorial LETRAMENTO

ISSN 1517-0748

DIREITO PÚBLICO:

REVISTA JURÍDICA DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Avenida Afonso Pena, nº 4.000 – Cruzeiro – 30.130.009

Belo Horizonte – MG – Brasil

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

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

GOVERNADOR DO ESTADO

Romeu Zema Neto

PRESIDENTE DO CONSELHO EDITORIAL

Sérgio Pessoa de Paula Castro

CONSELHO EDITORIAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DIRETOR

Me. Alessandro Henrique Soares Castelo Branco (MG – Advocacia-Geral do Estado)

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.

© 2021 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

9 **APRESENTAÇÃO**

11 **DOUTRINA**

13 **O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO VETOR DE MODERNIZAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DA ADVOCACIA PÚBLICA**

SÉRGIO PESSOA DE PAULA CASTRO

33 **O REGIME JURÍDICO DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

ANA PAULA MUGGLER RODARTE

YAGO CONDÉ

55 **HABILIDADES E ESTRATÉGIAS PARA A SOLUÇÃO EFICAZ DE CONFLITOS**

CÁSSIO ROBERTO DOS SANTOS ANDRADE

74 **O FOMENTO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS**

CÉLIA CUNHA MELLO

LYSSANDRO NORTON SIQUEIRA

89 **EXCLUSÃO DE SÓCIO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

EDUARDO GOULART PIMENTA

115 **CONCESSÃO DOS SERVIÇOS POSTAIS**

EDUARDO GROSSI FRANCO NETO

140 **CLÁUSULA DE MEDIAÇÃO PRÉVIA: ANÁLISE DO EFEITO PROCESSUAL DE SEU DESCUMPRIMENTO E PERSPECTIVAS DE PACTUAÇÃO**

ÉRICO ANDRADE

GABRIELLE TEIXEIRA RIBEIRO

172 **DO TRATAMENTO TRIBUTÁRIO PREVISTO EM PROTOCOLOS DE INTENÇÕES CELEBRADOS PELO ESTADO DE MINAS GERAIS EM ANOS ELEITORAIS**

GABRIEL ARBEX VALLE

PLÍNIO JOSÉ DE AGUIAR GROSSI

190 **OS USOS DO TOMBAMENTO E O TOMBAMENTO DE USO**

LIANA PORTILHO

207 **A POSSIBILIDADE DE VINCULAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE A FUNDOS DE PREVIDÊNCIA**

MARCELO BARROSO LIMA BRITO DE CAMPOS

ONOFRE ALVES BATISTA JÚNIOR

230 **REFLEXÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR DANOS AMBIENTAIS**

PAULO DE TARSO JACQUES DE CARVALHO

250 **FEDERALISMO DE COOPERAÇÃO NAS COMPRAS PÚBLICAS DESTINADAS AO ENFRENTAMENTO DO COVID-19 E A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA ALIENAÇÃO DE BENS PÚBLICOS NO ÂMBITO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE**

RAFAEL FERREIRA TOLEDO

259 **PARECERES**

353 **ORIENTAÇÃO EDITORIAL: NORMAS PARA ENVIO DE ARTIGOS PARA PUBLICAÇÃO NA REVISTA JURÍDICA DA AGE**

APRESENTAÇÃO

A Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, por meio do seu Centro de Estudos, tem a honra de apresentar ao Governo do Estado de Minas Gerais, aos integrantes da carreira, à comunidade jurídica e aos cidadãos, o 18º fascículo de sua Revista Direito Público – Edição Especial, comemorativa aos 25 anos de criação do Centro de Estudos da Instituição, e aos 20 anos que este recebeu a denominação "Celso Barbi Filho", em homenagem ao saudoso Procurador do Estado que,no curto período que integrou a Advocacia Pública Estadual Mineira, deixou sua marca e seu legado em nossa história.

Em seus 25 anos de existência, desde a criação, por meio da Portaria nº 336, de 16 de janeiro de 1996, o Centro de Estudos sempre atuou, no exercício de suas competências, voltado ao contínuo aperfeiçoamento, atualização e especialização dos integrantes da carreira, a fim de que estes, de forma cada vez mais acurada, possam exercer suas atribuições em favor da sociedade mineira.

A primeira parte desta edição comemorativa é composta de 12 (doze) artigos jurídicos, todos de autoria de Procuradores integrantes da carreira, o que espelha a excelência do trabalho desenvolvido por aqueles que a integram.

A segunda parte é composta de três pareceres jurídicos recentes que, dada a relevância das matérias neles versadas, merecem mais este registro histórico. Em razão da limitação editorial foi necessária a seleção de apenas alguns pareceres, entre incontáveis estudos também dignos de menção. O notável trabalho da Consultoria Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais pode ser consultado no sítio oficial do Órgão: advocaciageral.mg.gov.br.

Em homenagem à memória do Procurador do Estado Celso Barbi Filho, a terceira parte desta Edição apresenta três pareceres por ele emitidos na década de 1990, no âmbito da Consultoria Jurídica da então Procuradoria-Geral do Estado de Minas Gerais. Da leitura dos textos é possível extrair um pouco da essência do jovem, brilhante e talentoso jurista que foi.

Desejamos a todos uma excelente leitura desta Revista, por meio da qual a Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais uma vez mais promove o diálogo e o debate jurídico, não apenas entre os integrantes

da carreira, mas com todos os profissionais do Direito, gestores públicos e cidadãos.

Sérgio Pessoa de Paula Castro
Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais

Alessandro Henrique Soares Castelo Branco
Diretor do Centro de Estudos Celso Barbi Filho

DOUTRINA

O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO VETOR DE MODERNIZAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DA ADVOCACIA PÚBLICA

SÉRGIO PESSOA DE PAULA CASTRO[1]

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Os novos paradigmas da Advocacia Pública: avanços da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro 3 Inteligência Artificial como instrumento aliado na concretização do Estado Democrático de Direito. 4 Perspectivas para o uso das ferramentas de IA pela Advocacia Pública. 5 Conclusão.

RESUMO: O presente trabalho objetiva investigar como o desenvolvimento das ferramentas de inteligência artificial podem auxiliar o processo de modernização e aperfeiçoamento dos serviços prestados pela Advocacia Pública, conjuntamente aos paradigmas que atualmente guiam a atuação de seus membros, a saber, a prevenção, a proatividade, a uniformização e a desjudicialização. Para tanto, faremos uma incursão às experiências prévias de adoção de *softwares* de IA no âmbito do Judiciário, com foco nos benefícios e nos pontos de atenção relativamente a sua utilização. Posteriormente, iremos averiguar como essa nova tecnologia tem sido utilizada pela Advocacia-Geral da União e as Procuradorias dos Estados, prospectando quais funções institucionais poderão ser favorecidas por sua adoção.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia Pública; Direito Administrativo; Direito Constitucional; Eficiência; Inteligência Artificial.

---

1 Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais, foi Professor Substituto de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UFMG (1997/1998) e Professor da Escola de Contas e Capacitação Prof. Pedro Aleixo do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (2006/2007). Procurador do Estado de Minas Gerais desde 1998, tendo atuado como Coordenador de Área da Consultoria Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de 2001 a 2007, como Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica da AGE de 2007 a 2015 e como Advogado-Geral Adjunto do Estado no período de 2015 a 2018. Coautor das obras "Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra" (Fórum, 2009), "Tendências e Perspectivas do Direito Administrativo: uma visão da escola mineira" (Fórum, 2012), "Paulo Neves de Carvalho: suas lições por seus discípulos" (Fórum, 2012) e "A Experiência dos Estados no Enfrentamento da Pandemia da COVID-19" (Fórum, 2021).

1. INTRODUÇÃO

O marco de comemoração dos 25 (vinte e cinco) anos do Centro de Estudos Celso Barbi Filho, que foi instituído no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado de Minas Gerais por meio da Portaria nº 336, de 16 de janeiro de 1996, é sintomático de um movimento ascendente de valorização e modernização da advocacia pública em âmbito nacional. A criação de escolas ou centros de estudo vinculados aos órgãos de representação judicial e extrajudicial do Poder Executivo da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios teve como escopo a profissionalização dos serviços públicos, por intermédio da formação continuada de seus membros.

O aperfeiçoamento institucional é imprescindível para compatibilizar a atuação dos advogados públicos à progressiva complexidade das relações jurídicas e demandas sociais colocadas à sua apreciação. Somente assim é possível o desempenho efetivo de suas competências constitucionais, que qualificam as instituições da advocacia pública enquanto garantidoras do próprio Estado Democrático de Direito, estando classificadas entre as funções essenciais à Justiça, conforme artigos 131 e 132 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nesse sentido, há uma renovação da advocacia pública para o cumprimento de seu papel constitucional, passando suas instituições, nos diversos níveis de governo – federal, estadual, distrital e municipal –, por uma remodelação estrutural e de paradigmas, na busca pela racionalização e otimização de suas atividades. A ênfase de seu agir volta-se ao emprego dos instrumentos de desjudicialização, sistematização, prevenção e atuação estratégica. Para além destes, as inovações na área de tecnologia da informação e comunicação, a partir da informatização dos processos judiciais e dos fluxos de trabalho, tornaram-se fundamentais ao desempenho de atividades jurídicas. Destacamos, nessa seara, o uso dos recursos de inteligência artificial – IA, a qual "é capaz de ir além do mero processamento de dados, conseguindo, de maneira autônoma, autoajustar-se para resolver problemas novos dentro de cenários imprevisíveis, a partir da seleção e compreensão de dados a serem coletados no *Big Data*"[2].

---

2 ABRAHAM, Marcus; CATARINO, João Ricardo. O uso da inteligência artificial na aplicação do direito público – o caso especial da cobrança dos créditos tributários – um estudo objetivado nos casos brasileiro e português. *e-Pública – Revista Eletrônica de Direito Público*, v. 6, n. 2, dez. 2019, p. 193.

A partir da pesquisa exploratória bibliográfica, o presente trabalho pretende investigar como o uso da IA poderá contribuir para o cenário de renovação do cotidiano funcional de advogados públicos, potencializando a salvaguarda do interesse público e da atividade arrecadatória dos entes estatais, de forma mais célere e com economicidade aos cofres públicos. Assim, em um primeiro momento, abordaremos com maior profundidade os novos paradigmas da advocacia pública, em especial a adoção de métodos preventivos e compositivos, de uniformização de teses e de atuação contenciosa estratégica, para o que contribuíram as alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei Federal nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Em seguida, pretendemos demonstrar de que forma a adoção de ferramentas de IA no setor público poderão impulsionar esse movimento de vanguarda, potencializando a prestação dos serviços públicos em prol da coletividade. Por fim, analisaremos as experiências de utilização das referidas ferramentas em instituições jurídicas, prospectando como sua inclusão nas Procuradorias dos estados e municípios, para além da Advocacia-Geral da União, poderá contribuir para um ganho de eficiência desses órgãos.

2. OS NOVOS PARADIGMAS DA ADVOCACIA PÚBLICA: AVANÇOS DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

A advocacia pública exerce a defesa "dos interesses públicos constitucionalmente acometidos à Administração do Estado"[3], sagrando-se, portanto, como Advocacia do Estado, de acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Cumpre aos advogados públicos, pois, o controle de legalidade dos atos do Poder Público e a defesa dos interesses estatais nas esferas judicial e extrajudicial, com o objetivo de preservar, de forma ampliada, a ordem jurídica, zelando pela validade e eficácia das políticas públicas prioritariamente selecionadas para composição dos programas governamentais democraticamente eleitos e legitimamente sustentados. Não lhes cabe, ao contrário, a defesa do Governo, de maneira personalizada, ou de posições político-ideológicas.

---

3 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia do Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. *Advocacia do Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça* – Estudos em homenagem a Diogo de Figueredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 26.

Desempenhando função essencial à Justiça, a AGU, as Procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios possuem um regime jurídico diferenciado, que inclui a independência funcional de seus membros, bem como a legitimação para provocar o Poder Judiciário e aplicar o Direito e seus instrumentos jurídico-processuais[4]. Suas atividades não se confundem com as atividades administrativas típicas, de natureza gerencial e executória, realizadas pelos órgãos e entidades da área fim estatal.

Para o cumprimento de suas atribuições constitucionais, os órgãos da advocacia pública, diante do aumento exponencial do número e da complexidade das demandas acompanhadas por seus membros, devem superar a atuação restrita à defesa dos interesses patrimoniais da Fazenda Pública, assumindo um viés protetivo em relação aos direitos fundamentais da pessoa humana[5]. Assim, precisam realizar alterações não apenas estruturais, mas no próprio cerne de suas culturais institucionais.

A Lei Federal nº 13.655, de 2018, ao acrescer à LINDB os artigos 20 a 30, consolidou a prevenção e a proatividade como motes do agir administrativo. No âmbito da advocacia pública, tais máximas se materializam por intermédio da assunção da consultoria e do assessoramento jurídicos ao Poder Executivo, cuja prestação objetiva a garantia da juridicidade dos atos administrativos praticados pelos gestores da *res publica*. Assim, procuradores de Estado assumem parte na viabilização de políticas públicas, sob o manto da legalidade, ao indicar às autoridades administrativas a interpretação mais adequada do arcabouço jurídico-normativo, atribuindo a estas segurança jurídica para, com conveniência e oportunidade, adotar as medidas afetas à realização das necessidades e dos interesses públicos.

A respeito da atuação dos advogados públicos como hermeneutas do Direito, determina a LINDB:

---

4 Conforme leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, tais especificidades são próprias às funções essenciais à Justiça, entendida a última nos sentidos institucional e no axiológico. Para maior detalhamento, cf. PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *A Advocacia Pública como função essencial à Justiça*. Publicado em 18 de agosto de 2016.

5 Nesse sentido, cf. SILVA, José Afonso da. Advocacia Pública e Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo,* Fundação Getúlio Vargas – FGV. Rio de Janeiro, v. 230, out./dez., 2002, p. 281-289 e ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. A atividade consultiva da Advocacia-Geral da União na promoção dos direitos fundamentais. *Revista da AGU,* Brasília, v. 11, n. 32, abr./jun. 2012, p. 7-50.

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.
§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.
§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.
§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.
Parágrafo único. (VETADO).

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.
Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Art. 25. (VETADO).

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.
§ 1º O compromisso referido no ***caput*** deste artigo:
I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;
II - (VETADO);
III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

> IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.
> § 2º (VETADO).
>
> (...)
>
> Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.
>
> (...)
>
> Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.
> Parágrafo único. Os instrumentos previstos no ***caput*** deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

Ressaltamos, quanto aos dispositivos colacionados, a importância atribuída às nuances do caso concreto para que os órgãos jurídicos manifestem a adequada exegese das normas de gestão pública. Isso porque, devendo ser estritamente motivadas, as manifestações jurídicas que conduzirão o fazer administrativo vinculam as autoridades consulentes, até que ato ou fato superveniente enseje a alteração do parecer jurídico. Dessa maneira, dadas as circunstâncias fáticas levadas à consulta jurídica, os órgãos de advocacia pública devem detectar ilegalidades e vícios jurídicos que ameacem a conformidade de projetos e políticas públicas, não apenas vetando sua realização, mas também orientando os gestores quanto às vias legais passíveis de adoção para a realização do interesse público. Trata-se, pois, de atuação preventiva e proativa dos advogados públicos, que, ao fazê-lo, garantem sustentabilidade jurídica às decisões técnicas e às ações político-administrativas, evitando sua sobeja judicialização.

Ademais, temos a consolidação da busca pela via consensual como alternativa à resolução litigiosa de conflitos, modelo predominante no cenário jurídico brasileiro, que causa óbices à efetivação do direito de acesso à Justiça. O legislador pátrio, nos artigos 174 do Código de Processo Civil e 32 da Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015, possibilitou a criação de câmaras de mediação e conciliação pelos entes da Federação. A aplicação dos métodos autocompositivos aos conflitos envolvendo a Administração Pública é de grande importância para o projeto desjudicializante, tendo em vista ser ela a litigante habitual por excelência.

Sobre o paradigma da redução da litigiosidade por meio da busca pela consensualidade, afirma o Procurador do Estado de São Paulo Bruno Lopes Megna[6] que não apresenta

> (…) riscos aos princípios da legalidade, da indisponibilidade do interesse público ou da supremacia do interesse público. Ao contrário, visa concretizá-los de forma mais adequada e eficiente, em vista das novas características sociais. Não desaparece a necessidade de se observar parâmetros legais e de se perseguir o interesse público sem que seja desvirtuado por interesses egoísticos. Propõe-se, apenas, que se abra o diálogo para que se avalie com mais acuidade a realidade do conflito e as opções de solucioná-lo.

Abordamos, até então, atividades desempenhadas pelas advocacias públicas afetas à esfera extrajudicial, não obstante, é preciso destacar a força das unidades contenciosas desses órgãos, que se prestam à defesa processual e ao ajuizamento de ações em nome dos órgãos e entidades da administração pública direta e indireta. A atuação no âmbito judicial se dá tanto em relação a matérias reiteradamente ajuizadas, as quais compõem o contencioso de massa, quanto a temáticas isoladas com elevado grau de complexidade e alta potencialidade danosa ao erário, classificadas como estratégicas. Entre os dois extremos, os procuradores de Estado lidam diariamente com temas diversos, sendo necessário criar métodos de otimização de seu trabalho, que mitiguem os riscos de contradições nas teses de defesa, as quais seriam prejudiciais ao Estado e, por consequência, à sociedade.

Esse melhoramento perpassa pela especialização interna dos Procuradorias, como, ainda, pela sistematização, padronização e uniformização da produção intelectual de seus membros com a criação de um sistema de autorreferenciabilidade composto por bancos de peças, teses, dados e informações, notas jurídicas orientadoras e súmulas administrativas, constantemente alimentados e atualizados[7]. Com isso, ganha-se eficiência e celeridade na execução das atribuições institucionais, tanto contenciosas quanto consultivas. Sob tal aspecto, pretende-se "minimi-

---

6 MEGNA, Bruno Lopes. A Administração Pública e os meios consensuais de solução de conflitos ou "enfrentando o Leviatã nos novos mares da consensualidade". *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo,* São Paulo, n. 82, jul./dez. 2015, p. 25.

7 No âmbito da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, a sistematização de teses e entendimentos jurídicos produzidos internamente é realizada pelo Núcleo de Uniformização de Teses, unidade introduzida na estrutura do órgão pela Lei Complementar Estadual nº 151, de 17 de dezembro de 2019.

zar a influência e reduzir o tempo despendido com tarefas repetitivas, temas recorrentes e referências às áreas-meio dos órgãos"[8].

Pari passu à evolução no modo de atuação dos advogados públicos, é notável um crescente apelo à incorporação das novas tecnologias ao seu cotidiano funcional, como ferramenta para auxílio à execução das atividades preventivas e proativas da seara consultiva, de autocomposição, de contencioso estratégico e de criação de um sistema de autorreferenciabilidade, uniformização e padronização jurídicas.

Passemos, então, a investigar o funcionamento e a forma de integração dos recursos tecnológicos de inteligência artificial às atividades relacionadas ao mundo jurídico.

3. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO INSTRUMENTO ALIADO NA CONCRETIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A IA é uma solução disruptiva que aproxima as ferramentas computacionais e tecnológicas à capacidade cognitiva humana, de modo a superar a automação mecânica. Agrupando vários recursos tecnológicos, como redes neurais artificiais, algoritmos e sistemas de aprendizado, as IAs conseguem simular habilidades humanas, como o raciocínio, a ambientação, a observação e o exame de dados. Assim, não são capazes apenas de realizar tarefas repetitivas, mas também aquelas consideradas mais complexas, que demandam elaborados processos de análise e tomada de decisões, anteriormente executáveis apenas pelo homem[9].

Nesse sentido, a IA conforma uma verdadeira aprendizagem profunda das máquinas. Estas tornam-se capazes de identificar probabilidades e padrões a partir dos quais apreendem a "solução mais eficiente para determinado problema algoritmizado"[10].

---

8 VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. A Advocacia Pública Consultiva Federal e a Sustentabilidade Jurídico-Constitucional das Políticas Públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União. *Revista da AGU*, Brasília, v. 8, n. 19, jan./mar. 2009, p. 39.

9 Não deixam de ser exclusivamente humanas, porém, as manifestações da consciência. A diferença entre estas e os atos de inteligência é bem construída na obra de RODRIGUES, Bruno Alves. A Inteligência Artificial no Poder Judiciário: e a convergência com a consciência humana para a efetividade da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

10 RODRIGUES, *op. cit.*, p. 23.

Além de soluções tecnológicas inteligentes, o termo Inteligência Artificial[11] pode ser também empregado para denominar o próprio campo científico voltado à pesquisa e ao desenvolvimento das máquinas inteligentes, capazes de realizar atividades humanas com autonomia. Trata-se de ciência intimamente relacionada ao desenvolvimento de novas tecnologias, em especial nas esferas da robótica, do reconhecimento de voz e visão e do processamento de linguagem natural.

O desenvolvimento da IA protagoniza a chamada Quarta Revolução Industrial ou Revolução Digital, com especial crescimento a partir de 2012, quando, conforme doutrina de Bruno Alves Rodrigues[12],

> (…) rompe-se com a barreira protetora de postos de trabalho humano atrelada à capacidade preditiva do homem, substanciada exclusivamente no maior conhecimento de dados ou no desempenho de rotinas flexíveis. A máquina passa a conceber soluções técnicas com eficiência supra-humana, ocupando nichos até então reservados tanto a profissionais dotados de maior qualificação profissional (diagnóstico médico, com exame de imagem submetidas à classificação por padrões; identificação de precedentes mais adequados a determinado caso judicial etc.), bem como postos de trabalho afetos a tarefas que, embora flexíveis, também permitem predição técnica de soluções (gestão logística e de transporte por geolocalização; atendimento automatizado de ***call center*** com reconhecimento de voz etc.).

No Direito, a incorporação das tecnologias de IA serve, precipuamente, ao propósito de alcançar soluções jurídicas aos casos concretos, com fulcro em enormes e complexas bases de dados (*big data*). Assente na estruturação de algoritmos próprios, a IA aplicada ao mundo jurídico permite a consecução de procedimentos lógicos que partem dos dados e informações contidos em determinado sistema (*input*), como o acervo de precedentes e peças, bem como padrões de fatos e documentos, para chegar em uma resposta para o caso (*output*), seja ela a construção de documentos, petições ou contratos, a identificação de demandas repetitivas ou a predição estatística de decisões judiciais futuras, ao que se dá o nome de jurimetria[13].

---

11 Para maiores informações sobre o processo de criação, o funcionamento e os benefícios da IA, cf. TOTVS. O que é Inteligência Artificial? Como funciona, exemplos e aplicações. In: *Blog Totvs*. Inovações. 2019.

12 RODRIGUES, *op. cit.*, p. 52.

13 ROQUE, André; SANTOS, Lucas Braz Rodrigues dos. Inteligência Artificial na tomada de decisões judiciais: três premissas básicas. *Revista Eletrônica de Direito Processual* – REDP, Rio de Janeiro, ano 15, v. 22, n. 1, jan./abr. 2021, p. 61-62.

Desse modo, busca-se alcançar a economia de tempo e recursos financeiros e humanos, o aumento da produtividade e a exatidão dos resultados, superando a crise instaurada pelo incremento da litigiosidade[14]. Assim, o escopo do emprego de tecnologias de IA ao campo de atuação jurídica, seja no próprio Judiciário ou nos órgãos que exercem funções essenciais à Justiça, seria o ganho de eficácia na prestação estatal e a garantia a direitos fundamentais previstos constitucionalmente, com especial destaque à razoável duração do processo, nos âmbitos judicial e administrativo, em observância à previsão do artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988.

Há, então, uma crescente estratégia de desenvolvimento de *softwares* voltados ao universo jurídico, sendo apresentados como ferramentas de descontingenciamento dos tribunais pátrios e celeridade processual. Seu uso foi popularizado na advocacia privada, onde instaurou-se um nicho de demanda mercadológica por *lawtechs* e *legaltechs*. Já na esfera pública, a adesão a essas inovadoras ferramentas de tecnologia da informação vem sendo feita paulatinamente.

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal adotou dispositivo de IA desenvolvido em parceria com pesquisadores da Universidade de Brasília e batizado como *Victor*, em homenagem ao Ministro Victor Nunes Leal, cuja atuação profissional voltou-se aos propósitos de unificação jurisprudencial e identificação e resolução sistemática de temas repetitivos[15]. A ferramenta, inspirada nas experiências dos projetos *Ross*, da Ross Intelligence, e *Watson*, da IBM, constitui-se em um robô capaz de ler e analisar processos, realizando a classificação de peças processuais mais utilizadas no cotidiano da Corte, a conversão de imagens em texto dentro de processos digitais, a identificação de temas de maior incidência e da repercussão geral das ações, bem como a separação de documentos em partes, tudo isso como o fim de facilitar a leitura e a decisão dos magistrados. De acordo com a Ministra Cármen

---

14 Segundo o relatório *Justiça em Números 2020*, emitido pelo Conselho Nacional de Justiça, "[o] Poder Judiciário finalizou o ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação, que aguardavam alguma solução definitiva. Desses, 14,2 milhões, ou seja, 18,5%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, e esperavam alguma situação jurídica futura. Dessa forma, desconsiderados tais processos, tem-se que, em andamento, ao final do ano de 2019 existiam 62,9 milhões ações judiciais". BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2020*: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020, p. 93.

15 ROQUE; SANTOS, *op. cit.*, p. 64-65.

Lúcia, Victor "*possibilita melhor aproveitamento de recursos materiais e humanos ao Tribunal, acelera a análise dos processos e reduz congestionamento na admissibilidade dos recursos nos tribunais de origem*"[16].

A partir da experiência do projeto Victor, possível constatar algumas benesses a serem alcançadas com a ampliação do uso das tecnologias de IA no universo jurídico:

> a) a ***redução no tempo de tramitação de processos***, em virtude da automação de procedimentos técnicos, o que fortalece, inclusive, a concretização do princípio da ***eficiência administrativa*** (TOLEDO, 2018);
> b) o ***desenvolvimento de tecnologias e pesquisas genuinamente brasileiras***, que levem em conta as particularidades do nosso congestionado sistema judicial;
> c) o ***incremento da agilidade e eficácia das ferramentas de consulta processual e jurisprudencial***, o que gera também ***economia de tempo, precisão e coerência institucional*** (BAKER, 2018);
> d) o ***tratamento isonômico*** das questões apresentadas ao Judiciário, que torna ***mais eficazes os princípios do contraditório, da ampla defesa e do livre acesso à justiça***. (g.n.)[17]

Em contrapartida a esses prognósticos, Maia Filho e Junquilho[18] expõe alguns pontos frágeis em relação à popularização de ferramentas de inteligência artificial, que devem ser tratados com especial atenção por parte das instituições, quais sejam: (i) a geração de padrões cognitivos decorrentes do modo de programação, intencionalmente ou não, o que poderia ensejar um enviesamento decisional; (ii) a melhoria na regulamentação quanto à contratação de empresas do ramo tecnológico; e (iii) a necessidade de aumento da diligência para tratamento e uso de dados, devendo ser observados estritamente os dispositivos da Lei Federal nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por intermédio da Superintendência Judiciária, atualmente trabalha no desenvolvimento de sua primeira ferramenta de inteligência artificial[19], que será utilizada con-

---

16 Entrevista concedida à *Revista Brasileira de Administração*, no ano de 2020.

17 MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, n. 3, set./dez. 2018, p. 230.

18 *Ibidem*, p. 231.

19 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Tecnologia e inovação são aliadas da 1ª Vice-Presidência. *Notícias*, Belo Horizonte, 2021. Disponível

juntamente a recursos de tecnologia da informação já adotados pelo Poder Judiciário estadual, como o *Ágil*, que controla a distribuição processual, monitorando o surgimento de demandas repetitivas, bem como o *Radar*, *software* de leitura e processamento de textos não estruturados, capaz de identificar e separar recursos de idêntico teor. O último, inclusive, permitiu que a 8ª Câmara Cível do TJMG julgasse, em um único *clique*, 280 (duzentos e oitenta) processos, tendo como modelo um voto padrão emitido com base em decisões pretéritas dos Tribunais Superiores e julgamentos em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. A minuta de voto gerada pelo *Radar* pôde ser alterada e adaptada pelos desembargadores e, posteriormente, aplicada aos recursos idênticos[20].

Percebe-se, nesses casos, um predomínio de ferramentas de tecnologia da informação que, em conjunto com técnicas de jurimetria, promovem a predição do direito – ao prever os resultados, são alcançadas propostas para a resolução dos conflitos. Com isso, tem-se um ganho do ponto de vista do controle (*accountability*) da atividade jurisdicional, posto ser possível a fiscalização, com base no sistema de precedentes, de eventuais desvios comportamentais na emissão de decisões judiciais[21]. Assim, contempla-se a realização de preceitos fundamentais ao Estado Democrático de Direito, quais sejam, a motivação dos atos decisórios, a isonomia, a impessoalidade e a moralidade.

Contudo, imprescindível que essa atividade seja realizada de modo a não descurar da justiça das decisões. A jurimetria não pode ser utilizada como mote de engessamento do sistema de precedentes ou de tabelamento de condenações[22]. Cabe mencionar que à IA não cabe substituir o magistrado, pois somente este, por sua consciência, percepção ética e inserção sociocultural e histórica, é capaz de apreender as nuances do caso concreto, aptos a afastar a aplicação dos precedentes – *distinguishing* – ou, ainda, sua superação – *overruling*. Somente assim teremos

---

em: https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tecnologia-e-inovacao-sao-aliadas-da-1-vice-presidencia-8A80BCE57885C91F0178C756286F5406.htm#.YV2aC9LMLIU

20 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. TJMG utiliza inteligência artificial em julgamento virtual. *Notícias*, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-utiliza-inteligencia-artificial-em-julgamento-virtual.htm#.YV2ZxdLMLIU

21 ROQUE; SANTOS, *op. cit.*, p. 63-64.

22 *Ibidem*, p. 65.

a efetiva salvaguarda do livre acesso à justiça, do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido, conclui com precisão Bruno Alves Rodrigues[23]:

> (…) há que se recobrar o sentido ético de realização da justiça, há que se retomar a essência teleológica do exercício do contraditório nos processos judiciais, isso como determinante para resguardo dos compromissos firmados a partir do exercício da consciência humana objetivada no próprio compromisso constitucional do Estado. Estado não é simples texto constitucional que se preserva, não representa simples signos revertidos em dados organizáveis pela IA, mas sim, e essencialmente, radica-se na substância do compromisso real que conscientemente se mantém, e apenas neste sentido se conserva o sentido institucional do Judiciário enquanto instituição de Poder de Estado.
>
> À inteligência artificial deve-se reservar a atuação própria àquelas funções de natureza operacional, instrumental, passíveis de serem resolvidas por uma inteligência desguarnecida de consciência, de valores, de história, de tradição. E neste sentido há sim uma enorme área de atuação, na qual merece ser expandido o emprego da IA.
>
> Contudo, no que se refere à essência da atividade jurisdicional, afeta à sua missão de pacificação social, pelo exercício da ***práxis*** axiogênica e axiológica de construção dialética dos provimentos jurisdicionais, há que se estabelecer condicionantes éticas na utilização da IA, de forma a se preservar o próprio sentido de existência institucional do Judiciário como Poder de Estado, e não como um mero algoritmo de racionalização pura da atividade decisória.

Visando à utilização dos sistemas de IA de forma compatível com a ordem constitucional, encontra-se em tramitação junto à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 21/2020, que "estabelece princípios, direitos e deveres para o uso de inteligência artificial no Brasil e dá outras providências", também denominado como Marco Legal do Desenvolvimento e Uso da Inteligência Artificial[24].

Enquanto a proposição não é aprovada pelo Legislativo, a utilização das referidas tecnologias deve ser feita com base nas regras e princípios vigentes, não de maneira impeditiva a seu desenvolvimento e adoção, mas sim de modo proporcional e razoável, assegurando-se a proteção da coletividade e dos indivíduos em face dos riscos acima expostos.

Feito esse panorama geral da utilização da IA no mundo jurídico e suas implicações, passamos a tratar de suas possíveis contribuições para a racionalização de fluxos e procedimentos no cotidiano funcional de advogados públicos.

---

23 RODRIGUES, *op. cit.*, p. 282.

24 Para uma análise mais detalhada do referido Projeto de Lei, cf. BLUM, Renato Opice; VIEIRA, Guilherme Guimarães. O Marco Legal da Inteligência Artificial. *Valor Econômico*. Edição Eletrônica, 11 ago. 2021.

4. PERSPECTIVAS PARA O USO DAS FERRAMENTAS DE IA PELA ADVOCACIA PÚBLICA

O uso da IA para a otimização do trabalho de procuradores e servidores públicos já é uma realidade. Em âmbito federal, a Advocacia-Geral da União iniciou, em 2014, o desenvolvimento e a implementação do Sistema AGU de Inteligência Jurídica – *SAPIENS*, idealizado como um programa de gerenciamento de documentos capaz de lidar com o grande volume de trabalho a cargo do órgão. A obrigatoriedade de sua utilização foi prevista na Portaria AGU nº 125, de 30 de abril de 2014 e, desde então, passou por diversas atualizações, sendo considerado nacionalmente implantado em 2017. O sistema foi programado de forma a atender as quatro grandes áreas de atuação da AGU, quais sejam, contencioso, consultivo, cobrança e recuperação de créditos e representação extrajudicial[25].

Os aperfeiçoamentos constantes do sistema levaram ao atual estágio denominado *Super SAPIENS*. As formas de acesso, utilização e manutenção do módulo administrativo foram regulamentadas pela Portaria AGU nº 8, de 31 de maio de 2021. De acordo com o art. 2º, o *Super SAPIENS* é

> (…) o sistema oficial de informações, documentos e processos eletrônicos no âmbito da Advocacia-Geral da União, e sua utilização é obrigatória na gestão documental e controle de fluxos de trabalho pelos Membros e Servidores da Advocacia-Geral da União, nos órgãos em que implantado.

A implementação do *SAPIENS* alterou significativamente a estruturação dos fluxos de trabalho e as condições da prestação de serviços pela AGU. Segundo o Procurador Federal Eduardo Alexandre Lang[26], um dos idealizadores do sistema, a ferramenta foi pensada como saída para a grande demanda dos setores do órgão – a título de exemplo, em 2012, os Procuradores lotados na Procuradoria Regional Federal da 4ª Região recebiam uma média de 1000 (mil) processos ao mês. A possibilidade de, por intermédio do *SAPIENS*, realizar operações em bloco, automatizar cadastros, gerar peças processuais e peticionar eletronicamente, de forma integrada e simultânea pelas unidades da AGU, trouxe um incremento de celeridade significativo comparativamente ao antigo

25 BOUERES, Luciana Anchieta. Impactos nas condições de trabalho com usuários do Sistema AGU de Inteligência Jurídica (*SAPIENS*). *Revista da AGU*, Brasília, v. 18, n. 3, p. 121-142, jul./set. 2019.

26 Entrevista concedida à Luciana Anchieta Boueres. *Ibidem*, p. 126-127.

sistema de registro de acompanhamento de processos, o *AGUDoc*. Se com o último o tempo médio de tramitação processual interna era de 28 (vinte e oito) dias, com o primeiro passou a ser de 3 (três) dias.

Na esfera estadual, destaca-se o uso das ferramentas de IA conjuntamente a sistemas de mineração de dados para fins de modernização da cobrança de dívida ativa. A Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo utilizou tal combinação para criar uma base de crédito com potencial de recuperação, separando-os dos chamados "créditos podres", trazendo eficiência para a atividade de cobrança da dívida ativa e economicidade ao erário. Nas palavras da Procuradora-Geral do Estado, Maria Lia Pinto Porto Corona, "sem inteligência artificial, cobrança da dívida inscrita estaria condenada"[27], pois é ela que permite à advocacia pública acompanhar a rapidez com que o Judiciário vem proferindo sentenças e promovendo a tramitação dos processos, graças ao uso de robôs, bem como o enorme volume de débitos com a Fazenda Pública.

Outras Procuradorias se inspiraram na experiência bem-sucedida de São Paulo para promover a reformulação da cobrança da dívida ativa. Como exemplo, está em desenvolvimento na Procuradoria-Geral do Distrito Federal, em parceria com a Fundação de Apoio à Pesquisa do DF, o Projeto Estratégico Inteligência Artificial – Execução Fiscal, concebido no contexto em que

> A cobrança judicial de débitos inscritos em dívida ativa por meio da execução fiscal é um procedimento lento, dispendioso, sujeito a determinações processuais impostas em lei e repleto de atividades mecânicas e repetitivas, exercidas individual e manualmente por servidores e procuradores da Procuradoria-Geral da Fazenda Distrital (PGFAZ).
> A ciência de dados, a inteligência artificial e tecnologias computacionais, podem ser aplicadas em substituição ou no auxílio dessas atividades, possibilitando a leitura, comparação de dados e geração de documentos nas execuções fiscais[28].

Acompanhando esse movimento de vanguarda da advocacia pública brasileira, a Advocacia-Geral do Estado celebrou acordo com o TJMG no intuito de promover a digitalização e a virtualização dos processos de execução fiscal, tendo como critério de priorização o *rating* da dí-

27 SENNA, Carlos de Azevedo. Separando joio do trigo. Entrevista com Maria Lia Pinto Porto Corona, Procuradora-Geral do Estado de São Paulo. *Conjur*, 14 fev. 2021.

28 DISTRITO FEDERAL. Procuradoria-Geral do Distrito Federal. *Inteligência Artificial em Execução Fiscal*. Brasília, 2020, p. 1.

vida ativa do Estado, pelo qual os créditos são classificados de acordo com uma nota de recuperabilidade. Com isso, racionaliza-se e otimiza-se a recuperação de recursos públicos, em benefício não apenas do Poder Público, mas, principalmente, da população mineira.

O Projeto Virtualizar, instituído por meio da Portaria Conjunta nº 1.026/PR/2020, constituiu importante passo para o aperfeiçoamento das atividades arrecadatórias do Estado, mas não pode ser o único. Com recursos da FAPEMIG (Fundação de Apoio à Pesquisa do Estado de Minas Gerais), após ter saído vencedora da Chamada nº 10/2017 – Apoio à Pesquisa e Soluções Inovadoras na Área de Tecnologia da Informação e Comunicação, a AGE/MG está desenvolvendo, em parceria com a PRODEMGE, o Projeto "Monitoramento e Recuperação Inteligente da Dívida Ativa", que objetiva potencializar a eficiência da cobrança dos créditos ficais, com enfoque em dois eixos: o de monitoramento patrimonial de contribuintes inadimplentes, com a criação de ferramentas de busca de bens patrimoniais que possam garantir os débitos; e o de acompanhamento inteligente do crédito, que terá por base a integração entre os sistemas fazendário estadual, da AGE e do TJMG, permitindo a identificação das hipóteses de suspensão de exigibilidade do crédito e, a partir dos recursos de IA, a construção das petições correspondentes.

Além da recuperação estratégica de créditos tributários, pretende-se a inserção da inteligência artificial no contexto das demais funções institucionais da AGE, pois, por intermédio dela, será possível construir e executar rotinas inteligentes, aptas a realizar de forma mais precisa a triagem e a distribuição processual; selecionar precedentes jurisprudenciais e teses aplicáveis aos casos concretos, de maneira a sistematizar a defesa e a representação do Estado, suas autarquias e fundações públicas, evitando, assim, inconsistências nos argumentos adotados na atuação processual de Procuradores do Estado; indicar as hipóteses em que a consensualidade é mais adequada à solução dos conflitos; e auxiliar na elaboração de peças judicias e pareceres.

Notável a íntima ligação entre as melhorias pretendidas com a adoção das ferramentas de IA e as inovações no *modus operandi* da advocacia pública, mencionadas em capítulo anterior deste trabalho. Há, portanto, uma convergência nos propósitos de atuação preventiva, proativa, autocompositiva e uniformizada, que exalta o agir consultivo ao mesmo tempo em que permite uma maior dedicação ao contencioso estratégico.

5. CONCLUSÃO

A crescente complexidade das relações sociais elevou o número de litígios a níveis com os quais o aparato das instituições jurídicas não é capaz, por si só, de lidar. Para fazer frente a esse acúmulo de demandas, a advocacia pública passa por um momento de reinvenção, elevando a pressupostos para o exercício de suas competências constitucionais o agir preventivo e proativo, a adoção de meios auto compositivos de resolução de conflitos e a sistematização da produção jurídico-intelectual de seus membros, por meio da uniformização de teses, peças processuais e pareceres.

Essa evolução é acompanhada pelo desenvolvimento de novas tecnologias aptas a contribuir com a racionalização de procedimentos, a reorganização de fluxos e da lotação dos servidores, a celeridade na tramitação dos processos e a economicidade, contribuindo sobremaneira com a realização de direitos e garantias constitucionalmente previstos e com o cumprimento de princípios que regem a atuação da administração pública.

Nesse sentido, o uso da inteligência artificial tornou-se um grande aliado no cumprimento do livre acesso à justiça, da ampla defesa, do contraditório, do tratamento isonômico e da razoável duração do processo, com experiências exitosas nos tribunais pátrios. Emulando a capacidade cognitiva humana, as ferramentas de IA são voltadas à aprendizagem profunda das máquinas e à predição de soluções para problemas a partir de informações constantes em grandes e variadas bases de dados. Assim, tornam mais simples os processos de aferição de precedentes e demandas repetitivas, a análise documental, a elaboração de documentos e peças processuais e a tomada de decisões.

A contribuição desses sistemas com o funcionamento do Judiciário serviu de exemplo à incorporação da IA também nos órgãos da advocacia pública, notadamente aos níveis federal e estadual. Sua incorporação à rotina dos advogados públicos se deu, em especial, com o propósito de dar maior eficiência à recuperação da dívida ativa estatal, mas não deve ficar restrita à atuação em âmbito tributário. É imprescindível, no atual estágio de desenvolvimento dessas instituições, a adoção de *softwares* que possam ser empregados tanto nas áreas do contencioso quanto do consultivo, poupando tempo e esforços em tarefas rotineiras, de cunho administrativo, ou em demandas e temas jurídicos repetitivos.

Com isso, não estamos a defender a completa substituição da mão-de-obra humana por máquinas, mas sim permitir que os Procuradores do Estado tenham mais tempo para dedicar-se a tarefas intelectuais de maior complexidade, à tomada de decisões em prol do interesse público e aos casos inéditos, divergentes ou de maior repercussão.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus; CATARINO, João Ricardo. O uso da inteligência artificial na aplicação do direito público – o caso especial da cobrança dos créditos tributários – um estudo objetivado nos casos brasileiro e português. ***e-Pública – Revista Eletrônica de Direito Público***, v. 6, n. 2, dez. 2019, p. 188-219. Disponível em: <https://www.e--publica.pt/volumes/v6n2/pdf/a10n2v6.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2021.

ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. A atividade consultiva da Advocacia-Geral da União na promoção dos direitos fundamentais. In: Revista da AGU – Advocacia-Geral da União. Brasília, v. 11, n. 32, p. 7-50, abr./jun. 2012. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/113>. Acesso em: 08 abr. 2020.

BLUM, Renato Opice; VIEIRA, Guilherme Guimarães. O Marco Legal da Inteligência Artificial. In: Valor Econômico. Edição Eletrônica, 11 ago. 2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/coluna/o-marco-legal-da-inteligencia-artificial.ghtml>. Acesso em: 30 ago. 2021.

BOUERES, Luciana Anchieta. Impactos nas condições de trabalho com usuários do Sistema AGU de Inteligência Jurídica (SAPIENS). ***Revista da AGU***, Brasília, v. 18, n. 3, p. 121-142, jul./set. 2019. Disponível em: < https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/2144>. Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. ***Justiça em Números 2020***: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/rel-justica-em-numeros2020.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A Advocacia Pública como função essencial à Justiça. Publicado em 18 de agosto de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica>. Acesso em: 12 mar. 2020.

DISTRITO FEDERAL. Procuradoria-Geral do Distrito Federal. Inteligência Artificial em Execução Fiscal. Brasília, 2020, p. 1. Disponível em: <http://www.pg.df.gov.br/wp-conteudo/uploads/2020/06/IAExecucaoFiscal_Cenarios.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2021.

MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. ***Revista Direitos e Garantias Fundamentais***, Vitória, v. 19, n. 3, set./dez. 2018, p. 219-238. Disponível em: < https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1587>. Acesso em: 16 ago. 2021.

MEGNA, Bruno Lopes. A Administração Pública e os meios consensuais de solução de conflitos ou "enfrentando o Leviatã nos novos mares da consensualidade." *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. 82, jul./dez. 2015, p. 1-30. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/TEMP/df94c-644-0220-47b2-be50-bb6722b18022.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. TJMG utiliza inteligência artificial em julgamento virtual. In: *Notícias*, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: < https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-utiliza-inteligencia-artificial-em-julgamento-virtual.htm#.YTPlMRmSnIU>. Acesso em: 20 ago. 2021.

———. Tecnologia e inovação são aliadas da 1ª Vice-Presidência. *Notícias*, Belo Horizonte, 2021. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tecnologia-e-inovacao-sao-aliadas-da-1-vice-presidencia.htm#.YTPjqRmSnIU>. Acesso em: 20 ago. 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia do Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In: *Advocacia do Estado*: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça – Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 23-52.

O que é Inteligência Artificial? Como funciona, exemplos e aplicações. In: Blog Totvs. Inovações. 2019. Disponível em: <https://www.totvs.com/blog/inovacoes/o-que-e-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 2 ago. 2021.

RODRIGUES, Bruno Alves. *A Inteligência Artificial no Poder Judiciário*: e a convergência com a consciência humana para a efetividade da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ROQUE, André; SANTOS, Lucas Braz Rodrigues dos. Inteligência Artificial na tomada de decisões judiciais: três premissas básicas. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 15, v. 22, n. 1, jan./abr. 2021, p. 58-78. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/53537/36309>. Acesso em: 29 jul. 2021.

SANTOS, Leon; MELO, Paulo. Inteligência Artificial no Mundo Jurídico. *Revista Brasileira de Administração* – RBA, ano 31, nº 135, mar./abr. 2020, p. 14-20. Disponível em: <https://online.flippingbook.com/view/267023/>. Acesso em: 20 ago. 2021.

SENNA, Carlos de Azevedo. Separando joio do trigo. Entrevista com Maria Lia Pinto Porto Corona, Procuradora-Geral do Estado de São Paulo. *Conjur,* 14 fev. 2021. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2021-fev-14/entrevista-lia-porto-procuradora-geral-estado>. Acesso em: 30 ago. 2021.

SILVA, José Afonso da. Advocacia Pública e Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo* – RDA. Fundação Getúlio Vargas – FGV. Rio de Janeiro, v. 230, p. 281-289, out./dez., 2002. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46346>. Acesso em: 08 abr. 2020.

SILVEIRA, José Júnior Alves da. A nova administração pública e o papel da advocacia pública. ***Revista Eletrônica da PGE-RJ***, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, jan./abr. 2020, 18p. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/pge/article/view/217/169>. Acesso em: 29 jul. 2021.

VALLE, Vivian Cristina Lima López; GALLO, William Ivan. Inteligência artificial e capacidades regulatórias do Estado no ambiente da administração pública digital. ***A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional***, Belo Horizonte, ano 20, n. 82, p. 67-88, out./dez. 2020.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. A Advocacia Pública Consultiva Federal e a Sustentabilidade Jurídico-Constitucional das Políticas Públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União. ***Revista da AGU*** – Advocacia-Geral da União. Brasília, v. 8, n. 19, jan./mar. 2009, p. 9-40. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/294>. Acesso em: 08 abr. 2020.

Referência:

CASTRO, Sérgio Pessoa de Paula. O uso da inteligência artificial como vetor de modernização e aperfeiçoamento da advocacia pública. ***Direito Público***: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v.18, n.1, p. 13-32, jan./dez., 2021.

O REGIME JURÍDICO DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANA PAULA MUGGLER RODARTE[1]
YAGO CONDÉ[2]

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O direito fundamental à proteção de dados pessoais, a Lei Geral de Proteção de Dados e a Administração Pública. 2.1 Proteção de dados pessoais e a Administração Pública. 2.2 Da necessidade de uma cultura de proteção de dados. 3 O regime jurídico de proteção de dados pessoais na Administração Pública. 3.1 Princípios incidentes. 3.2 Âmbito de incidência material e subjetivo. 3.3 Hipóteses de tratamento de dados pessoais e suas bases legais 3.4 Proteção de dados, publicidade e acesso à informação. 3.5 Compartilhamento de dados. 4 Conclusão.

RESUMO: No presente trabalho, busca-se compreender quais os principais fatores a serem levados em conta na aplicação do sistema de proteção de dados pessoais às atividades da Administração Pública. Nesse sentido, a partir da análise da legislação, doutrina, jurisprudência e com base nos desenvolvimentos da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, indicamos a existência de um regime jurídico específico da proteção de dados no setor público e sistematizamos seus traços fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: proteção de dados pessoais; Lei Geral de Proteção de Dados; LGPD; acesso à informação; Administração Pública.

1. INTRODUÇÃO

A proteção de dados pessoais tornou-se matéria de importância crescente na literatura jurídica contemporânea e tem sido objeto de precedentes jurisprudenciais paradigmáticos.

Nesse cenário, reflexões múltiplas buscam acalentar o cenário de dúvidas e incertezas que permeiam a implementação das medidas ne-

1 Procuradora e Advogada-Geral Adjunta para o consultivo do Estado de Minas Gerais.

2 Assistente do Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais. Mestre e doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

cessárias à proteção da autonomia informacional. Se esse retrato capta a realidade tanto do setor público quanto do privado, também é certo que cada um deles encontra desafios e possibilidades específicas no uso de dados pessoais e que o ordenamento jurídico estipula normas específicas para cada um deles.

Portanto, é pertinente questionar quais as especificidades do regime de proteção de dados pessoais na Administração Pública. Considerando a incidência de princípios constitucionais próprios, a positivação de normas específicas para esse setor na Lei Geral de Proteção de Dados, que têm como pano de fundo a posição peculiar do Estado na sua relação com os cidadãos e os fins que deve cumprir, não é exagero falar-se em um regime jurídico próprio, distinto do aplicável ao setor privado, ainda que os elementos fundamentais da legislação sejam aplicáveis a ambos os setores. Partindo dessa constatação, o presente trabalho investiga quais as principais questões decorrentes do regime nacional de proteção de dados pessoais que permitem construir tal noção de um regime jurídico específico para a Administração Pública.

A literatura sobre a proteção de dados pessoais é crescente e, mesmo em relação à sua aplicação no setor público, já é encontrada literatura importante no cenário nacional[3]. Não obstante, trata-se de um campo ainda em desenvolvimento, considerando o caráter inaugural da LGPD e a recente entrada em vigor de parte da norma, atinente às sanções; a existência de precedentes jurisprudenciais relevantes e, ainda, o contexto da Administração Pública brasileira, que, em geral, dá passos iniciais na implementação desse regime.

Com isso em vista, o artigo pretende sistematizar algumas das principais questões atinentes à proteção de dados no setor público e contribuir, ainda, com as conclusões apresentadas pela Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, principalmente por meio da edição de pareceres e notas jurídicas da sua Consultoria Jurídica, mas também nas demais atividades relacionadas com a implementação de um sistema de proteção de dados pessoais no órgão e na Administração mineira.

Nesse sentido, serão abordados tópicos específicos que permitem caracterizar o regime próprio de proteção de dados no setor público,

3 Podem-se destacar os textos de Miriam Wimmer (WIMMER, 2019 e 2021), atual diretora da Autoridade Nacional de Proteção de Dados; MULLHOLLAND, MATERA, 2020; e, por fim, o e-book produzido pelo TCERS e pela Prefeitura de Porto Alegra (CRAVO; CUNDA; RAMOS, 2021).

partindo de problemas mais amplos, a saber, os princípios incidentes nesse regime (2.1), até o enfrentamento de questões mais específicas, quais sejam, o âmbito de incidência material e subjetivo das normas da LGPD relacionadas à Administração (2.2), as hipóteses de tratamento de dados pessoais previstas na legislação (2.3), a convivência do sistema de proteção de dados com as normas de transparência e acesso à informação, sobretudo com a Lei de Acesso à Informação – LAI (2.4) e as possibilidades e cautelas na transferência e compartilhamento de dados custodiados pela Administração (2.5).

Note-se que o presente artigo não pretende realizar uma análise absolutamente abrangente de todos os pontos de interesse na temática. Há uma série de temas específicos, aplicações setoriais e questões operacionais pertinentes, relacionados a campos de políticas públicas ou ferramentas singulares à disposição da Administração, tais como o uso de decisões automatizadas pela Administração, utilização na segurança pública, na saúde ou, ainda, o uso urbanístico direcionado pelo conceito de *cidade inteligente*[4]. Ao contrário, voltamo-nos para questões de ordem mais básica e fundamental e que já foram objeto de análise no âmbito da AGE-MG.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS, A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O direito fundamental à proteção de dados pessoais consagra posições jurídicas cada vez mais importantes nas dinâmicas sociais mediadas, progressivamente, por sofisticadas ferramentas tecnológicas. Erigido com referência à privacidade, que, por sua vez, encontra fundamento moral, para uma corrente, na liberdade, e, para outra, na dignidade humana, sendo elemento necessário para o pleno desenvolvimento e autoafirmação de cada cidadão[5], fato é que se multiplicam as demandas relacionadas à proteção de dados pessoais e a necessidade de uma resposta efetiva do ordenamento jurídico e das entidades responsáveis por sua implementação.

---

4 Todos os temas são abordados nos textos reunidos em CRAVO; CUNDA; RAMOS, 2021

5 Tal panorama dos fundamentos da privacidade, com vistas à construção dogmática do direito à proteção de dados pessoais pode ser encontrada em RODRIGUEZ, 2021, p. 32-41. DRESCH e STEIN (2021) apresentam uma abordagem relativamente distinta na literatura, embora passível de maiores aprofundamentos, adotando como referencial teórica para a fundamentação de um direito à proteção de dados a abordagem das capabilidades, de Amartya Sen e Martha Nussbaum

Nesse cenário, uma evolução importante foi o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), do caráter autônomo do direito fundamental à proteção de dados pessoais, autonomia que já vinha sendo reconhecida pela doutrina.[6] Tal reconhecimento jurisprudencial ocorreu no julgamento que referendou a medida cautelar concedida nas ADIs nº 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393 para suspender a eficácia da Medida Provisória (MP) nº 954/2020, que dispunha sobre o compartilhamento de dados de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel de milhões de brasileiros com o IBGE.

No julgamento, o voto da Relatora, Ministra Rosa Weber, invocou decisão de 1983 do Tribunal Constitucional Federal Alemão que apontou inconstitucionalidade na Lei do Censo local, que, para fins estatísticos, determinava a coleta de dados pessoais dos cidadãos para otimização de políticas, e permitia seu livre compartilhamento com outros órgãos da administração pública para fins de planejamento urbano. Julgou-se que tal regulamento não apresentava as salvaguardas necessárias para mitigar os riscos das atividades de tratamento de dados e a Corte Constitucional deu origem à consolidação do direito à autodeterminação informativa ao firmar que não existem mais dados insignificantes no contexto do processamento de dados. Pelo simples fato de estarem atrelados a um indivíduo, dados pessoais podem ser utilizados de modo a prejudicar seu titular e, portanto, devem ser objeto de proteção.

Nesse entendimento, as informações referentes ao nome, número de telefone e endereço dos consumidores, a serem compartilhadas pelas empresas de telefonia com o IBGE, conforme determinação da MP nº 954/2020, configuram dados pessoais ao se relacionarem à identificação da pessoa natural e, portanto, integram o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, *caput*), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII). Nas palavras da Relatora, "sua manipulação e tratamento, desse modo, hão de observar, sob pena de lesão a esses direitos, os limites delineados pela proteção constitucional.".

A Relatora ainda chamou atenção para o aumento dos riscos do tratamento de dados proporcionado pelo desenvolvimento tecnológico ao

---

6 Para uma análise do julgado e da construção jurisprudencial do direito fundamento à proteção de dados pessoais, inclusive do âmbito de proteção e das consequências do reconhecimento do direito, conformado a partir da noção de autodeterminação informativa, ver MENDES; RODRIGUES JR.; FONSECA, 2021.

mencionar as antigas listas telefônicas impressas que continham nomes, telefones e endereços dos assinantes residenciais e comerciais dos serviços de telefonia em determinado local, ressaltando que os efeitos de tal compartilhamento eram ínfimos se comparados ao potencial das atuais tecnologias, que permitem que sejam traçados perfis extremamente detalhados a partir do processamento, cruzamento e filtragem de dados.

Foi com base nessa lógica que o Senado aprovou, no dia 20 de outubro de 2021, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 17/2019, que altera o texto constitucional para incluir a proteção de dados pessoais no rol de direitos fundamentais, reafirmando a importância deste direito anteriormente já reconhecido como fundamental pelo STF na ADI n° 6.387.

A melhor compreensão desse direito fundamental, porém, deve levar em conta não apenas sua dimensão subjetiva, que protege cada indivíduo contra os riscos advindos da coleta, processamento, utilização e circulação de seus dados. Ao contrário, deve ser considerada também sua dimensão objetiva, que preceitua a manutenção de um ambiente social de proteção aos dados pessoais. Essa dimensão objetiva impõe ao Poder Público o dever de agir positivamente para que tal "ecossistema" favorável ao desenvolvimento da personalidade e à proteção da autonomia seja implementado e mantido, o que reclama a atuação do legislador e a implementação de políticas públicas (MENDES, 2014, p. 176-177).

É nesse contexto que surgiu a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD (Lei Federal nº 13.709, de 14 de agosto de 2018), marco normativo de caráter inaugural e cuja compreensão e implementação ainda são matérias da ordem do dia. Em análise mais ampla, o sistema instituído pela LGPD pode ser visualizado como um modelo de aplicação em três níveis: (a) condições de legitimidade para que se inicie uma operação de tratamento de dados; (b) procedimentos de observância obrigatória para a realização de tais operações (direitos dos titulares e obrigações dos agentes de tratamento); (c) e, por fim, respostas aos casos de violação de direitos e procedimentos previstos na lei (MENDES, 2019, p. 47).

Tal sistema aplica-se tanto ao setor privado quanto ao setor público (art. 1º). Não obstante, atento às diferenças entre as atividades dos dois setores e às demandas normativas que sobre eles incidem, o legislador concebeu normas específicas para cada um deles - apesar de não constarem da redação original do Projeto de Lei (PL) 4.060/2012, que viria a se tornar a LGPD, foram introduzidas na tramitação legislativa, em 2016. Somadas aos princípios constitucionais e demais normas ati-

nentes à Administração Pública, permitindo que se fale em um regime jurídico específico da tutela de dados pessoais na Administração. Antes de delineá-lo, porém, é pertinente compreender os fundamentos para as suas especificidades.

2.1. PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A utilização de dados pessoais não é apenas mais uma ferramenta ao alcance da Administração Pública para a realização de políticas públicas e demais atividades que desempenha. Mais que isso, trata-se de elemento estratégico e, por vezes, essencial para as tarefas a serem desempenhadas, motivo pelo qual Miriam Wimmer afirma que "[c]onhecer seus cidadãos é, para o Estado, pré-requisito para o desempenho de suas finalidades públicas" (WIMMER, 2019, p. 127).

O atual estágio de desenvolvimento de tecnologias de informação e a sua utilização pela Administração consiste em um novo cenário, qualitativamente distinto de tudo o que o precedeu. Nesse sentido, em geral, a literatura parte do diagnóstico de Manuel Castells (2020), ainda do final do séc. XX, mas certamente de extrema atualidade, acerca do papel das tecnologias de informação e da integração global em redes de instrumentalidade que elas promovem.[7] Em outro giro, é importante reconhecer que o uso de dados pessoais não é novidade na Administração. Ao contrário, como indica Miriam Wimmer, é constitutivo da própria atividade administrativa moderna e, se, por um lado, a expansão dessa atividade pode ser compreendida a partir das categorias de vigilância e controle, também deve ser compreendida sob a ótica da viabilização da cidadania:

> (…) ao mesmo tempo que o tratamento de dados pessoais pelo Estado é pré-requisito para o exercício da cidadania, a expansão da quantidade e da variedade de dados pessoais custodiados pelo Estado suscita riscos de violações de direitos. Dito de outro modo, a visibilidade do Estado sobre seus cidadãos permite ampliar a sua capacidade de intervenção, tenha ela por objetivo atingir finalidade[s] sociais justas (e.g., viabilizar a distribuição de benefícios sociais) ou nefastas. (WIMMER, 2021, p. 273)

Ademais, é inegável que a utilização e compartilhamento de dados pessoais pode levar a soluções responsivas ao princípio da eficiência, positivado no art. 37 da Constituição da República. Todos esses valores

---

7 Vide, por exemplo, DRESCH; STEIN, 2021, p. 1; RODRIGUEZ, 2021, apresenta um panorama mais amplo, embora também recorra ao autor espanhol (p. 19).

têm sido reconhecidos pela jurisprudência, como se nota no julgamento da medida cautelar na ADPF nº 695 pelo Min. Rel. Gilmar Mendes:

> É assente na literatura estrangeira o reconhecimento de que países comprometidos com uma agenda de um governo digital podem aprimorar os resultados de gestão utilizando novas tecnologias de forma responsiva, protetiva e transparente. Nesse aspecto, o tratamento de dados torna-se importantíssima ferramenta para o desenho, implementação e monitoramento de políticas e de serviços públicos essenciais. (ADPF nº 695, voto Min. Gilmar Mendes, fl. 25)

Nesse sentido, ressalta-se que, desde 2000, o Governo Federal, por meio do Programa de Governo Eletrônico, busca aprimorar a prestação de serviços públicos por meio da integração de Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC). Em 2016, com a publicação da Estratégia de Governança Digital (EGD), instaurou-se um paradigma inovador na gestão pública, sinalizando um esforço ainda mais vigoroso e colaborativo para a realização da melhoria da qualidade do serviço público por meio de serviços digitais. Miriam Wimmer destaca o importante papel da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) diante da temática do governo digital, tornando clara a "evolução na compreensão do papel da tecnologia no âmbito do governo de um governo meramente "eletrônico" para um governo verdadeiramente digital, ancorado no conceito de valor público." (WIMMER, 2019, p.127).

Nessa contenda, salienta-se a existência de estudos que demonstram "como a adoção de governo eletrônico, que invariavelmente envolve o tratamento de dados, pode colaborar para a melhoria na prestação de serviços públicos, como Margetts; Dunleavy (2002) e Heller (2017)" (ADAMI; LANGENEGGER, 2019, p. 124).

É certo que o Estado não ostenta mais a posição distinta que outrora ocupava nos diagnósticos sobre a vigilância e o controle na sociedade, afinal, a "cultura da vigilância" encontra-se sobremaneira diluída em práticas cotidianas e os grandes mantenedores e processadores de dados são, muitas vezes, entes privados, que contam com o abastecimento constante de seus *datasets* por nós, os próprios titulares de dados (BEIGUEILMAN, 2021, 2. Dadosfera). Apesar disso, não são menos dignos de atenção os usos que as entidades públicas fazem dos dados dos cidadãos, especialmente quando se considera (i) a assimetria de poder entre controladores públicos e particulares; (ii) a assimetria informacional entre os mesmos, considerando o volume de dados

que o Estado trata a respeito do cidadão e (iii) a necessidade de fruição de serviços públicos, que faz com que fornecer dados ao Estado não seja uma faculdade do titular, e sim uma obrigação - como é o caso do recolhimento de impostos e do usufruto de serviços públicos de saneamento básico - de modo que, conforme destaca Miriam Wimmer:

> No setor público, o tratamento de dados pessoais não se inicia, em geral, a partir de uma decisão voluntária do titular, mas como decorrência das exigências do próprio pacto social: conhecer seus cidadãos é, para o Estado, pré-requisito para o próprio desempenho de suas finalidades públicas. (WIMMER, 2019, p. 127)

Ademais, é relevante levar em conta (iv) o maior risco de discriminação que o tratamento de dados no setor público implica, quando comparado com a esfera privada, podendo provocar exclusão e prejuízos mais graves ao titular e (v) a possibilidade de sanções por não fornecer dados ao poder público, como pode se aplicar, por exemplo ao caso da sonegação dos dados do imposto de renda, o que caracteriza situação com lógica contrária a do tratamento de dados no setor privado, em que o titular só fornece os dados se quiser e ainda pode solicitar sua eliminação.

Acima de tudo, a avaliação da conformação dessas práticas ao regime constitucional é fator da sua legitimidade. A compreensão do papel da Administração e sua legitimidade deve acompanhar as mudanças sociais e os avanços da tecnologia, possibilitando, enfim, uma utilização legítima dessas ferramentas.

A conjugação das potencialidades que o uso de dados pessoais sempre concedeu à Administração e que agora alcança novos patamares com o direito fundamental à autonomia informacional, em todas as suas facetas expostas acima, é o que configura o núcleo valorativo daquilo que designamos como regime de proteção de dados na Administração Pública.

2.2. DA NECESSIDADE DE UMA CULTURA DE PROTEÇÃO DE DADOS

Antes de passar aos contornos desse regime jurídico e ao ensejo de destacar, desde já, as expectativas e resultados que vêm sendo alcançados pela Advocacia Pública no cumprimento do seu papel fundamental de representação e consultoria jurídicas, é importante ressaltar que a implementação de um sistema de proteção de dados pessoais que atenda às expectativas descritas acima depende não só de estruturas

institucionais, densificação normativa, atuação em casos concretos e, ainda, da adoção das boas práticas e medidas de governança previstas na legislação. Depende também do cultivo de uma verdadeira cultura de proteção de dados, uma cultura de integridade.

Nesse sentido, é parte dos desafios da implementação do regime inaugurado pela LGPD no setor público a conscientização de cada membro e servidor dos órgãos e entidades, sobretudo considerando a multiplicidade de processos que se utilizam de dados pessoais realizados no setor público. Nessa conjuntura, além da realização de diagnósticos e treinamentos, a atuação da Advocacia Pública revela-se importante, não apenas sua atuação consultiva concretizada em pareceres e notas jurídicas, mas também em seu papel mais amplo de orientação.

É nesse intuito que a Advocacia-Geral do Estado publicou o *Manual de Aplicação na Administração Pública* (2021) – contexto do qual se originou também o presente texto – e que o Grupo de Trabalho sobre LGPD no âmbito do Governo do Estado de Minas Gerais, que conta com participantes de diversos órgãos e entidades do Estado, publicou a *Cartilha LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*, com conteúdo claro e acessível ao público amplo. Além disso, oportuno citar também, a título meramente exemplificativo, as iniciativas da Procuradoria-Geral do Estado do Pará (2021), do Governo Federal (2021) e, por fim, da própria Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) (2021), no exercício das suas atribuições legais previstas no art. 55-J da LGPD.

3. O REGIME JURÍDICO DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como já antecipado, o uso de dados pessoais pela Administração Pública tem, por um lado, um fator de legitimidade distinto daquele de agentes privados, considerando a finalidade última de persecução do interesse público. Por outro lado, a mesma sistemática faz recair sobre a Administração uma responsabilidade diferenciada, não apenas pelo impacto amplo que eventuais falhas no trato de dados pessoais podem gerar, mas também pelos princípios constitucionais e morais aos quais os entes públicos devem ser responsivos.[8]

8 Wimmer resume essa tensão da seguinte maneira: Se a motivação e a legitimidade do governo ao tartar dados pessoais devem necessariamente ser compreendidas como distintas daquela dos agentes privados, sua responsabilidade é, também,

Essa tensão é a chave de leitura para a compreensão dos contornos do regime jurídico de proteção de dados pessoais no setor público e interpretação das normas vigentes direcionadas à Administração.

Não é de se ignorar a tendência global de aplicação simétrica das normas de proteção de dados aos agentes privados e públicos, como identificado por Wimmer (2019, p. 128). Não é por outro motivo que a LGPD se aplica a pessoas naturais e jurídicas de direito público e privado (art. 1º). Todavia, como reconhece a autora, isso não significa que as regras positivadas incidam de forma idêntica nos dois âmbitos. Ainda, o sistema prevê a exclusão de certas atividades do regime da LGPD e regras expressamente voltadas para cada setor, como se vê na próprio Lei, assim como no sistema europeu, na medida em que o Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais (*General Data Protection Regulation* - GDPR) exclui do seu âmbito de aplicação atividades relacionadas à persecução criminal.

Com isso em mente, serão expostos neste tópico elementos básicos desse regime. Sem a ambição de realizar uma descrição completa, trataremos daqueles elementos que consideramos fundamentais e que foram objeto de reflexão na AGE-MG – sem prejuízo, também compõem esse regime, por exemplo, as sanções aplicáveis aos órgãos e entidades públicas e a responsabilização dos agentes públicos;[9] e, ainda, uma compreensão do regime de responsabilidade civil por irregularidades no tratamento de dados.[10]

---

maior, dado que eventual mau uso de dados pelo Estado produz impactos abrangentes não apenas sobre a esfera de direitos individuais, mas sobre a sociedade como um todo. (2021, p. 274).

9 Sobre o assunto, ver o Manual de interpretação da LGPD (item 7.2). Em resumo, deve-se compreender que não se aplicam aos órgãos públicos as sanções de natureza pecuniária previstas na LGPD (multa simples e multa diária por descumprimento) e que esse regime não prejudica a aplicação de sanções disciplinares aos agentes públicos, conforme o regime ao qual se submete, podendo a Autoridade Nacional mesmo comunicar aos órgãos e unidades com atribuição disciplinar para que analisam situações levadas ao seu conhecimento.

10 Sobre o assunto, para uma abordagem dos dispositivos pertinentes da LGPD, consultar, no Manual de interpretação da LGPD, item 5.4. Para uma abordagem doutrinária, ainda que não focada no caso do setor público, o abrangente texto de SCHREIBER, 2021; em outra abordagem, PAGANELLA, 2021, que propõe a compreensão da responsabilidade civil na LGPD como um tipo de responsabilidade sui generis.

3.1. PRINCÍPIOS INCIDENTES

Iniciando pelo arcabouço principiológico desse regime, visualiza-se que os princípios envolvidos dão forma à tensão axiológica entre os riscos de controle, vigilância e outras formas de violação da privacidade e dignidade, e, por outro lado, o interesse público, a eficiência e a modernização da Administração. Nesse sentido, deve-se compreender que, além daqueles princípios positivados pela LGPD no seu art. 6º,[11] incidentes sobre toda atividade de tratamento de dados, incidirão, como não poderia deixar de ser, os princípios constitucionais da Administração Pública, notadamente aqueles encontrados no art. 37 da Constituição.

Os princípios desse arcabouço que se encontram em maior tensão com aqueles afetos à proteção de dados são o da publicidade, eficiência e a controvertida noção de supremacia do interesse público sobre o privado. Na ocorrência de colisão entre eles, além da análise do ordenamento e das interpretações autênticas realizadas pelo legislador, deve-se buscar soluções que os harmonizem em cada caso concreto, respondendo aos postulados de razoabilidade e proporcionalidade. Além disso, deve ser levada em conta uma concepção mais sofisticada da privacidade, relacionada àquela dimensão objetiva do direito à proteção de dados, que o torna matéria de efetivo interesse público. Isso permite afirmar, como faz Miriam Wimmer, a "proteção de dados e interesse público não como valores contrapostos, mas sim que se suportam mutuamente" (WIMMER, 2021, p. 278).

Em consonância com o entendimento de que tratar dados pessoais é essencial para o exercício das atividades públicas e constitui fenômeno reconduzível à própria formação dos Estados modernos e à consolidação da democracia (WIMMER, 2021), destaca-se necessária a compreensão de uma dimensão social e coletiva do direito fundamental à proteção de dados pessoais.

> (…) a privacidade é encarada como um bem comum, que detém particular importância para o estado democrático de direito, por garantir uma participação deliberativa e heterogênea entre os cidadãos em contraste às sociedades totalitárias. A privacidade não beneficia, portanto, somente o indivíduo, mas, colateralmente, a sociedade, revelando-se como um elemento constitutivo da própria vida em sociedade. (BIONI, 2019)

11 Quais sejam, finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação e responsabilização e prestação de contas.

A caracterização do interesse público como requisito para as operações de tratamento da Administração Pública na LGPD marca o reconhecimento da importância da proteção de dados pessoais para além de sua dimensão individual. Assim, deve-se compreender a relação de mútuo reforço entre a proteção de dados pessoais e o interesse público.

Para o efetivo estabelecimento de tal contínua relação mutualística, é necessário o estabelecimento de confiança entre o indivíduo e o Poder Público, que "não se esgota na simples existência de uma base legal para o tratamento de dados" (WIMMER, 2021), requerendo clareza quanto à responsabilidade do Estado em tratar os dados dos cidadãos com fins ao atingimento do interesse público.

Por vezes, os casos concretos poderão reclamar soluções que não podem ser resumidas em dicotomias simplórias, ou seja, aos extremos de permissão/proibição do processo que envolva dados pessoais ou da permissão/proibição da divulgação ou compartilhamento de dados. Exemplo disso são os casos em que se identifica a necessidade de divulgação de dados pessoais, em homenagem à publicidade e transparência, porém de forma anonimizada[12] - é o que foi indicado no Parecer nº 16.248, 23 de julho de 2020, que chancelou as medidas propostas pela Administração para a divulgação adequada de dados de candidatos aprovados em concursos públicos e de representantes legais de contratados e credores da Administração. Outras soluções possíveis podem envolver a divulgação de dados em portais sem indexação em ferramentas de busca na internet e com restrições de navegação e exportação do conteúdo, de maneira a minimizar ou impossibilitar a coleta ampla dos dados publicizados ou seu relacionamento com outras bases.

Em outro caso levado à Consultoria Jurídica da AGE-MG, foi emitida a Nota Jurídica nº 5.690, 29 de dezembro de 2020, a qual respondeu a questionamentos do Comitê de Orçamento e Finanças – COFIN relativos a dados mantidos pela Companhia de Habitação do Estado de Minas de Gerais – COHAB. Além de agregar segurança à fundamentação aos atos pretendidos, foram indicadas na Nota medidas de mitigação de riscos, com esteio nos procedimentos previstos da LIA e regulamentados neste Estado pelo Decreto Estadual nº 45.969, tudo isso de modo a reforçar um ambiente de segurança jurídica na atuação da Administração Pública.

---

12 Conforme o art. 5º, XI da LGPD, a anonimização consiste na "utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo".

3.2. ÂMBITO DE INCIDÊNCIA MATERIAL E SUBJETIVO

Em relação ao âmbito de incidência material, é de se destacar que algumas atividades realizadas pelo Estado se encontram excluídas do regime protetivo da LGPD, por força do interesse público e das demais previsões legais que regulam a sua realização. São elas as atividades de coleta e tratamento realizadas exclusivamente para fins de segurança pública, defesa nacional, e apuração e repressão de infrações penais (art. 4º, III, a-d da LGPD).

Já em relação ao âmbito de incidência subjetivo, é de se destacar a incidência do regime de proteção de dados na Administração Pública indireta. Visualiza-se que a LGPD acolheu a distinção, já encontrada na jurisprudência brasileira para solucionar uma série de questões jurídicas, entre as entidades que prestam serviços públicos e aquelas que desempenham atividade econômica em regime concorrencial, com base nas hipóteses autorizadoras do art. 173 da Constituição da República. Neste caso, as empresas públicas e sociedades de economia mista sujeitam-se ao regime das empresas privadas, ao passo que, quando estiverem operacionalizando ou participando da execução de políticas públicas, terão o mesmo tratamento dispensado à Administração Pública direta (art. 24 da LGPD).

Tal questão já foi objeto de análise pela Consultoria Jurídica desta Advocacia-Geral em caso que envolveu a Companhia de Tecnologia da Informação do Estado de Minas Gerais – Prodemge, sociedade de economia mista que presta serviços públicos com repercussão econômica, muitas vezes atendendo às necessidades do próprio Estado de Minas Gerais, o que não inviabiliza a produção e comercialização de bens e serviços para a iniciativa privada, conforme previsão do seu estatuto social. Com efeito, no Parecer nº 16.164, de 20 de dezembro de 2019, afirmou-se a submissão da Prodemge às normas da LGPD, em conformidade com o regime acima exposto.

Para além do exposto, vale mencionar outra hipótese em que a LGPD dispensa tratamento conforme o regime de direito público a entes privados: os serviços notariais e de registro. Consoante o art. 236 da Constituição da República, tais serviços são prestados em caráter privado, mediante delegação. Não obstante, a atividade submete-se à mesma regulação conferida à Administração Pública pela LGPD, conforme expresso no art. 23, §4º da Lei. Isso porque há notável interesse público envolvido em tais serviços, o que é igualmente garantido pela obrigação imposta às serventias de fornecer à Administração acesso, por meio eletrônico, aos dados que detém, medida que pode ser de

grande valia para que a Administração desempenhe suas funções, inclusive nas atividades de fiscalização e cobrança da dívida ativa.

Destaca-se, ainda, que a norma adota, para definição da submissão ou não ao regime especial do Poder Público, critério referente à natureza jurídica do agente, e não da natureza da atividade, o que traz desafios práticos:

> em regra, nas inúmeras situações em que atividades de natureza pública são prestadas por particulares, não se aplicam necessariamente, de maneira direta, as regras próprias e as bases legais específicas do setor público (…) Interessa notar que tal circunstância já vem sendo debatida quanto à própria LAI, existindo uma controvérsia jurídica quanto à incidência das regras de transparência próprias do Poder Público a atores privados que prestam serviços públicos mediante delegação, como é o caso das concessionárias de serviço público. (WIMMER, 2019, p. 127)

Wimmer observa, ainda, que essa questão já vem sendo objeto de debate diante quanto da própria LAI, "existindo uma controvérsia jurídica quanto à incidência das regras de transparência próprias do Poder Público a atores privados que prestam serviços públicos mediante delegação, como é o caso das concessionárias de serviço público." (WIMMER, 2019, p. 127)

Por fim, outro ponto relevante quanto aos atores submetidos ao regime especial da esfera pública na LGPD são as imprecisões técnicas apresentadas na norma. Isso, pois a norma parece utilizar como sinônimas três expressões cujo significado, tecnicamente, é muito diferente, dificultando a aplicação prática da Lei. Nesse sentido, a título de exemplo, enquanto no art. 26, *caput*, o dispositivo normativo direciona a subordinação ao comando específico ao "Poder Público", o art. 23, § 5°, utiliza-se da expressão "Administração Pública" e o art. 23, *caput*, por sua vez, "pessoa jurídica de direito público". Nesse sentido, a norma parece desconsiderar o fato de que "Poder Público" é mais abrangente do que "Administração Pública", por englobar os três poderes, e que, por sua vez, este último é mais amplo do que "pessoa jurídica de direito público", por abranger também as pessoas jurídicas de direito privado, como sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações públicas de direito privado.

Considerando as expressivas diferenças apresentadas pela LGPD neste regime especial, as consequências práticas dessa questão incluem dúvidas quanto à exigência de publicidade, a condições para o compartilhamento de dados e às bases legais que podem ser utilizadas - de modo que urge a expedição de legislação complementar para agregar maior clareza quanto aos atores submetidos ao regime especial da esfera pública na norma.

3.3. HIPÓTESES DE TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS E SUAS BASES LEGAIS

Miriam Wimmer (2021, p. 279) sistematiza as bases legais para o tratamento de dados pessoais voltadas, especificamente, à Administração Pública, a partir dos seguintes dispositivos da LGPD:

1. (1) art. 7º III: "(…) tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres (…);"
2. (2) art. 11, II, b, que autoriza o fornecimento de dados pessoais sensíveis sem o consentimento do titular: "tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;"
3. (3) art. 33, VII, relativo à transferência internacional de dados pessoais: "quando a transferência for necessária para a execução de política pública ou atribuição legal do serviço público, sendo dada publicidade (…)".

Em relação ao art. 11, II, *b* supra, argumenta a autora, em interpretação sistemática da legislação, diante da atecnia do uso da expressão "tratamento compartilhado", que o dispositivo deve ser compreendido como permissivo do tratamento e do uso compartilhado de dados sensíveis pela Administração, nas hipóteses em que os autoriza (WIMMER, 2021, p. 280).

De modo mais geral, constatando que os dispositivos se referem apenas às hipóteses de uso para a execução de políticas públicas e considerando que muitas das atividades desempenhadas pela Administração extrapolam esse âmbito, propõe a solução da questão com utilização do art. 23 da LGPD, que, em complemento aos arts. 7º e 11, permite também o tratamento de dados para "executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público". Desse modo, conclui-se que as hipóteses especificamente concebidas para a realização de tratamento de dados pela Administração são a execução de políticas públicas e a execução de competências e atribuições legalmente previstas (ibid.).[13]

---

13 A princípio, tal conclusão não preclui a Administração de se utilizar das demais hipóteses autorizadoras presentes na LGPD, ao alcance, também, do setor privado. Há, todavia, discussão doutrinária sobre a matéria, apontando Miriam Wimmer que, com fundamento no princípio da legalidade (na sua aplicação à Administração) e nas dificuldades de se aferir real consentimento do titular de dados (nas hipóteses em que ele for exigido) diante do Poder Público, a utilização dessas hipóteses não

3.4. PROTEÇÃO DE DADOS, PUBLICIDADE E ACESSO À INFORMAÇÃO

O princípio da publicidade é princípio basilar da Administração, positivado no art. 37 da Constituição e que, além de ser ferramenta para o controle da Administração, permite o conhecimento e aproximação do cidadão em relação às atividades administrativas, contribuindo para o cultivo de virtudes cívicas e uma cultura política republicana. Diante de tudo isso, a conjugação desse princípio e dos institutos do ordenamento que o especificam (sobretudo aqueles da Lei de Acesso à Informação – LAI, a Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011) com o sistema de proteção de dados da Administração é imperativo.

Ressalta-se que a Lei de Acesso à Informação determinou que à esfera pública cabe, além do dever de transparência passiva imposto pela LGPD, o compromisso de transparência ativa - que, na iniciativa privada, diferentemente, não é imposição legal, e sim uma possível estratégia de negócio a ser usada livremente pela empresa que assim optar.

Assim, a proteção à privacidade não pode servir de subterfúgio para a escusa da divulgação de informações sobre as quais haja interesse público. É essa a tese que foi consagrada no Parecer nº 16.248, de 23 de julho de 2020, que destacou a necessidade de promover uma interpretação sistemática que envolva a LGPD e a LAI:

> 16. A harmonia entre a LAI e a LGPD é medida premente. E deve ser o mote a guiar o intérprete de ambas as normas. Quanto mais a própria Administração Pública, ao tratar de temas que lhe são confluentes.
> 17. Para isso, imperioso destacar que da aplicação de regras direcionadas à transparência no trato da coisa pública não deverá decorrer, necessariamente, a lesão a direitos e interesses de terceiros. E, eventualmente, se de um decorrer o outro, caberá à Administração Pública adotar via diversa em que haja, senão a extirpação, a mitigação de eventuais efeitos gravosos sobre o direito protegido. Exigindo-se, caso assim seja, a presença de elementos de razoabilidade entre o dano causado e o benefício gerado pelo "ato de transgressão".

No caso concreto objeto do referido parecer, a harmonia entre os valores envolvidos foi alcançada pela anonimização dos dados em questão:

---

específicas do regime público de proteção de dados deveria ser vista com cautela e utilizada de modo excepcional. Não obstante, a própria autora reconhece a plausibilidade da sua invocação em casos em que a relação com o particular é voluntária, como nos casos de prestação de serviço público por empresas públicas que atuam em regime de concorrência (ao encontro do disposto no art. 24 da LGPD, analisado acima) e nos casos em que o cidadão pode optar por acessar o serviço por outros meios (WIMMER, 2021, p. 280-281).

> A ocultação parcial de dados de candidatos aprovados em concursos públicos, de representantes de sociedades contratadas e de credores de despesas públicas nas divulgações promovidas pelo Portal da Transparência – a exemplo da omissão da integralidade do número de documentos de identidade e registro e do endereço residencial – é medida razoável a fim de compatibilizar os deveres de transparência e de proteção de dados pessoais.

Ainda nessa temática, matéria que alcançou grande repercussão social é a divulgação de dados relativos à remuneração de servidores públicos. A medida foi chancelada pela jurisprudência pátria, com destaque para o julgamento unânime do STF no ARE 652777, ocasião em que o Tribunal afirmou que a solução atende às normas de transparência. Assim, ainda hoje se sustenta que a solução não se encontra inviabilizada com a edição da LGPD.

3.5. COMPARTILHAMENTO DE DADOS

O compartilhamento de dados mantidos pelo Poder Público é uma ferramenta de grande valia para a realização de políticas públicas e das demais atribuições legais da Administração. As potencialidades do cruzamento de bancos de dados são expressivas, incluindo a desburocratização de diversas atividades e o combate a fraudes, o que indica que, observadas as normas protetivas dos direitos dos titulares, tais possibilidades não devem ser negligenciadas pela Administração, que deve responder ao princípio da eficiência.

Nesse sentido, importante previsão da LGPD é de que os dados pessoais devem ser mantidos em ambientes que permitam sua transmissão a outros órgãos e entidades que deles possam se utilizar. Trata-se da *interoperabilidade* dos dados, prevista no art. 25 da Lei.

De outro modo, o compartilhamento de dados com entidades privadas – o que inclui empresas públicas e sociedades de economia mista que atuam em regime de concorrência – é objeto de regulamentação mais restritivo, sendo, via de regra, vedado, e permitido nas hipóteses constantes do art. 26, §1º da Lei:

> § 1º É vedado ao Poder Público transferir a entidades privadas dados pessoais constantes de bases de dados a que tenha acesso, exceto:
> I - Em casos de execução descentralizada de atividade pública que exija a transferência, exclusivamente para esse fim específico e determinado, observado o disposto na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação);
> II - (VETADO);

> III - nos casos em que os dados forem acessíveis publicamente, observadas as disposições desta Lei.
> IV - Quando houver previsão legal ou a transferência for respaldada em contratos, convênios ou instrumentos congêneres; ou (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)
> V - Na hipótese de a transferência dos dados objetivar exclusivamente a prevenção de fraudes e irregularidades, ou proteger e resguardar a segurança e a integridade do titular dos dados, desde que vedado o tratamento para outras finalidades.

Deve-se observar, ainda, a necessidade de comunicar à Autoridade Nacional de Proteção de Dados quando da assinatura de contratos e convênios que prevejam tal compartilhamento.

Estes casos merecem especial atenção considerando o volume de dados tratados por empresas privadas para a realização de atividades qualificadas como "serviços públicos", nos termos do art. 175 da Constituição Federal. A titularidade da exploração dessas atividades econômicas é atribuída ao Estado, que pode, em alguma medida, utilizar-se de instrumentos de contratação para celebrar parcerias com agentes privados.

Essas atividades de tratamento de dados são potencializadas pelo desenvolvimento de *big analytics*, ou seja, *"a possibilidade de extrair, a partir dos dados, correlações, diagnósticos, padrões, inferências e associações que possam ser consideradas informações"* (FRAZÃO, 2021) que permitem o incremento do cruzamento e do processamento de dados, aumentando as possibilidades de extração de valor e de geração de informação a partir dos dados, além das perspectivas de acesso remoto e instantâneo a esses bancos de dados, a partir de dispositivos de *Internet of Things (IoT)* e de serviços em nuvem que permitem o acesso remoto e instantâneo a esses bancos de dados. Nesse cenário, tem-se um desafio regulatório na busca por proteger dados pessoais sem restringir a inovação, em observância a um importante fundamento da disciplina da proteção de dados disposto no art. 2°, V, da LGPD: o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação.

Estes parceiros, ao tratarem dados pessoais dos mais diversos usuários diretos e indiretos de serviços públicos, não poderão usufruir do regime jurídico particular da esfera pública, já que não se enquadram como pessoas jurídicas de direito público, Poder Público, Administração Pública e nem empresas públicas ou sociedades de economia mista que estejam operacionalizando políticas públicas:

> (…) tendo em vista que o art. 23 da LGPD se refere exclusivamente às pessoas jurídicas de Direito Público, estarão abrangidos pelas regras do capítulo de tratamento de dados pelo Poder Público somente (a) os órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, de qualquer dos Poderes de Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) e das instâncias federativas (União, Estados, Distrito Federal e municípios); e (b) as autarquias e as fundações públicas constituídas como pessoas jurídicas de Direito Público (ou seja, que possuem personalidade jurídica pública). Em relação às empresas públicas e às sociedades de economia mista (pessoas jurídicas de Direito Privado), o capítulo de tratamento de dados pelo Poder Público será aplicável quando essas atividades estiverem relacionadas à operacionalização de políticas públicas. (ADAMI; LANGENEGGER, 2019)

A principal consequência desse regime é a possibilidade de incidência de regras diferentes sobre tratamento de dados para pessoas jurídicas atuantes no mesmo mercado, no exercício de uma mesma atividade.

Ainda, destaca-se a necessidade de desenvolver, incorporar e constantemente atualizar regras claras quanto a tratamentos de dados nessas contratações:

> Tal providência se mostra especialmente sensível por se tratar, em geral, de contratos de longo prazo, o que também remete à necessidade de flexibilidade para lidar com a evolução tecnológica ao longo dos anos, sem prejuízo da manutenção de garantias contratuais, como o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e a segurança jurídica. Em nosso entendimento, para novas relações contratuais, observando as particularidades de cada atividade, seria necessário contemplar os seguintes pontos: (i) Quais dados devem ou podem ser coletados? (ii) O rol de possibilidades deve ser exaustivo ou será permitido que o particular explore novas possibilidades (e potencialmente gere alguma inovação)? (iii) Para quais finalidades os dados poderão ser utilizados? (iv) Os dados poderão ser compartilhados com terceiros? (v) Caso positivo, quais as condições de compartilhamento? (vi) Como deverá ser realizada a publicização sobre as atividades de tratamento de dados pessoais praticadas pelo particular em nome do Poder Público? (vii) Haverá alguma obrigação de anonimização ou exclusão dos dados? (viii) Quais os parâmetros mínimos de segurança da informação que deverão ser adotados? (ix) Qual a penalidade incidente ao particular em caso de descumprimento das diretrizes estabelecidas? (ADAMI; LANGENEGGER, 2019)

4. CONCLUSÃO

Neste trabalho, partindo da constatação de que a Administração possui interesses específicos e legítimos no tratamento de dados pessoais e, ao mesmo tempo, submete-se a um arcabouço normativo próprio

que, afinal, lhe garante sua legitimidade, buscou-se explicitar traços fundamentais do que se possa designar como regime jurídico da proteção de dados pessoais na Administração Pública.

Nesse sentido, a partir da análise da LGPD, da produção jurisprudencial e doutrinária e dos desenvolvimentos realizados pela Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, apontamos, primeiramente, que a incidência diferenciada de normas principiológicas é um fator distintivo desse regime, já que incidem princípios constitucionais além daqueles previstos no art. 6º da LGPD, que devem ser levado em conta na solução de cada caso concreto. Além disso, apontamos qual o âmbito de incidência material e subjetivo desse regime, quais as hipóteses de tratamento de dados específicas para o Poder Público, argumentamos pela harmonização do regime de proteção de dados com o princípio da publicidade e o regime da LAI e, por fim, explicitamos as autorizações de compartilhamento de dados previstas na legislação.

Diante de tudo isso, pode-se reafirmar a hipótese inicial de que, não obstante a unidade do sistema de proteção de dados, sua incidência específica no âmbito da Administração torna necessária a sistematização de um regime jurídico próprio, com traços distintos daquele aplicável aos entes privados. A análise desse regime, para a qual esperamos ter contribuído, é imprescindível para uma atuação segura e eficiente da Administração, buscando a melhor harmonização dos valores envolvidos na aparente tensão entre as possibilidades trazidas pelo tratamento de dados pessoais e a necessária proteção aos direitos dos titulares.

REFERÊNCIA

ADAMI, Mateus Piva; LANGENEGGER, Natalia. Impacto da LGPD em parcerias privadas no contexto de governos eletrônicos e digitalização dos serviços: uma pauta de pesquisa? *Revista do Advogado*, n. 144, nov. 2019.

BEIGUELMAN, Giselle. ***Políticas da imagem:*** vigilância e resistência na dadosfera. São Paulo: Ubu Editora, 2021.

BRASIL. Lei Federal nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em 13 set. 2021.

———. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 695-MC. DJE n. 161, divulgado em 25/06/2020.

———. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.389. Rel. Min. Rosa Weber. Plenário, 07/05/2020, DJE 12/11/2020.

———. *Guia de Boas Práticas. Lei Geral de Proteção de Dados*. V. 2.0. Governo Federal, agosto/2020. Disponível em: https://www.gov.br/governodigital/pt-br/governanca-dedados/guia-de-boas-praticas-lei-geral-de-protecao-de-dados-lgpd. Acesso em: 20 maio 2021.

———. *Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado*. Governo Federal, Autoridade Nacional de Proteção de Dados, maio/2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/2021-05-27-guia-agentes-de-tratamento_final.pdf.>. Acesso em 26 jul. 2021.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. Trad. Roneide Venancio Majer. 22.ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2020.

CRAVO; CUNDA; RAMOS (org.). Lei Geral de Proteção de Dados e o poder público. Porto Alegre: Escola Superior de Gestão e Controle Francisco Juruena; Centro de Estudos de Direito Municipal, 2021.

CRESPO, Marcelo. Proteção de Dados Pessoais e o Poder Público: Noções Essenciais. In.: CRAVO; CUNHA; RAMOS (org..). *Lei Geral de Proteção de Dados e o Poder Público*. Tribunal de Contas do Estado do RS e Prefeitura de Porto Alegre: Porto Alegre, 2021.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle; STEIN, Lílian Brandt. Direito Fundamental à Proteção de Dados como garantia de capacidade humana. In: MENKE; DRESCH (coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados: aspectos relevantes*. Indaiatuba, SP: Foco, 2021.

FRAZÃO, Ana. *Big Data e Aspectos Concorrenciais do Tratamento de Dados Pessoais*. In.: MENDES; DONEDA; SARLET; RODRIGUES JR. (coord); BIONI (coord. executivo). Tratado de Proteção de Dados Pessoais. 2.reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

HELLER, Nathan. *Estonia, the digital republic*. The New Yorker, 18/12/2017.

MARGETTS, Helen; DUNLEAVY, Patrick. *Better Public Services through e-government: Academic Article in support of Better Public Services through e-government,* 2002.

MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor:* linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

———. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: um modelo de aplicação em três níveis. In.: SOUZA, Carlos Affonso; MAGRANI, Eduardo; SILVA, Priscila (Coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados* – Caderno Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MENDES; RODRIGUES JR; FONSECA. O Supremo Tribunal Federal e a proteção constitucional dos dados pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo. In: MENDES; DONEDA; SARLET; RODRIGUES JR. (coord); BIONI (coord. executivo). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. 2. reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MINAS GERAIS. Advocacia-Geral do Estado – AGE/MG. Administração Pública Indireta. Sociedade de economia mista. Lei Geral de Proteção de Dados. *Parecer nº 16.164, de 20 de dezembro de 2019*.

———. Advocacia-Geral do Estado. Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público. Transparência. Lei de Acesso à Informação. Lei Geral de Proteção de Dados. *Parecer 16.248, de 23 de julho de 2020*.

———. Advocacia-Geral do Estado. Administrativo e outras matérias de Direito Público. Publicidade de informações. LAI e LGPD. *Nota Jurídica 5.690, de 29 de dezembro de 2020*.

———. Grupo de Trabalho sobre a Lei Geral de Proteção de Dados no âmbito do Governo do Estado de Minas Gerais. *Cartilha Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD*. 2021. Disponível em: <https://www.lgpd.mg.gov.br/materiais-disponiveis>. Acesso em 13 set. 2021.

———. Advocacia-Geral do Estado. *Manual de Interpretação da LGPD*. 2021. Disponível em: <https://advocaciageral.mg.gov.br/publicacoes/manuais/>. Acesso em 13 set. 2021.

MULLHOLLAND, Caitlin; MATERA, Vinicius. O tratamento de dados pessoais pelo Poder Público. In: MULLHOLLAND (org.). *A LGPD e o novo marco normativo no Brasil*. Porto Alegre: Arquipélago, 2020.

PAGANELLA, Victoria Dickow. Responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados: uma análise do nexo de imputação. In: MENKE; DRESCH (coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados*: aspectos relevantes. Indaiatuba, SP: Foco, 2021.

PARÁ. Procuradoria-Geral do Estado do Pará. *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais* – Manual de Aplicação na Administração Pública. Disponível em: <https://www.pge.pa.gov.br/sites/default/files/upload/ebook_lgpd_pge_gov_pa_2021_a5_b_10fev.pdf.> Acesso em: 27 maio 2021.

RODRIGUEZ, Daniel Piñero. *O direito fundamental à proteção de dados:* vigilância, privacidade e regulação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: MENDES; DONEDA; SARLET; RODRIGUES JR. (coord); BIONI (coord. executivo). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. 2. reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

WIMMER, Miriam. Proteção de dados pessoais no Poder Público: incidência, bases legais e especificidades. *Revista do Advogado*, n. 144, nov. 2019.

———. O regime jurídico do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público. In: MENDES; DONEDA; SARLET; RODRIGUES JR. (coord); BIONI (coord. executivo). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. 2.reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Referência:

RODARTE, Ana Paula Muggler; CONDÉ, Yago. O regime jurídico de proteção de dados pessoais na Administração Pública. *Direito Público*: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v.18, n.1, p. 33-54, jan./dez., 2021.

HABILIDADES E ESTRATÉGIAS PARA A SOLUÇÃO EFICAZ DE CONFLITOS

CÁSSIO ROBERTO DOS SANTOS ANDRADE[1]

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Técnicas de solução negociada de conflitos. 2.1 Escuta ativa. 2.2 Comunicação eficaz. 2.3 Preparação adequada. 2.4 Relacionamento, ética, compromisso. 3 Conclusão.

RESUMO: Os inúmeros desafios diários passaram a exigir do profissional do Direito de alta performance o uso coordenado dos métodos negociais e coercitivos de solução de conflitos. O presente artigo busca sistematizar habilidades relevantes para a elaboração de estratégias vencedoras, a partir de ferramentas teóricas testadas em experiências práticas exitosas.

PALAVRAS-CHAVE: Solução de conflitos. Técnicas de negociação. Métodos coordenados: contencioso negocial. Habilidades e estratégias.

1. INTRODUÇÃO

No início de uma tarde quente de sexta-feira, o mundo assistiu com espanto e dor às cenas do rompimento da barragem de rejeitos da Mina Córrego do Feijão em Brumadinho-MG, quando se perderam 270 vidas humanas. Aquele 25 de janeiro de 2019 ficará marcado como uma das maiores tragédias da história contemporânea, afetando a segurança e a qualidade de vida de milhares de pessoas em um estado da federação que, há pouco mais de 3 anos, sofrera o maior desastre ambiental até então vivenciado em terras brasileiras: o rompimento da barragem de rejeitos de Fundão, no município de Mariana.

É preciso voltar no tempo um pouco mais para que se construa a complexidade do cenário existente e seus múltiplos conflitos. O Brasil vivia momentos de crise econômica desde 2014. Em Minas Gerais, todavia, a situação ainda era mais grave. Para além dos desastres provocados pela atividade minerária, praticamente sequenciais, o Governo mineiro já havia declarado estado de calamidade financeira, ratificado

1 Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado. Professor universitário. Especialista e mestre em Direito pela UFMG.

pela Assembleia Legislativa em dezembro de 2016, fato que impôs o parcelamento de salários dos servidores públicos do Poder Executivo.

A tempestade perfeita se iniciara, na verdade, a partir da ampliação da desoneração do ICMS sobre exportações, prevista na Lei Complementar Federal nº 87, ainda na década de 90. A conhecida Lei Kandir, pela qual houve redução dos limites da competência tributária estadual, atingiu em cheio os estados, como Minas Gerais, que se dedicavam à atividade de exportação de produtos primários. Nessa esteira, a ausência de compensação, pela União, das perdas de receita - reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 25 -, contribuiu para inviabilizar o pagamento de dívidas contraídas pelo estado, porquanto fez com que o dinheiro que viria para Minas Gerais fosse parar nos cofres da União[2]. Potencializou-se, assim, o círculo vicioso que iria colocar em risco a continuidade dos serviços públicos, sobretudo em face da ocorrência sequencial de greves e de bloqueios de repasses de verbas vindos da União.

A gravidade dos problemas exigia soluções eficazes e criativas. Num ambiente de crise potencializada, era preciso gerar receita, reduzir despesas, controlar a legalidade, viabilizar a implementação das políticas públicas. No mesmo passo, implantar um modelo virtuoso, lastreado na probidade das relações com o estado.

Nessa esteira, o movimento de combate à corrupção, fomentado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE -, alastrou-se mundo afora, impulsionando no Brasil o aperfeiçoamento de instrumentos jurídicos afins. Emerge, então, a Lei nº 12.486/13, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeria, na qual se regularam os acordos de leniência, introduzindo mecanismo eficaz e inovador para o ressarcimento de danos ao erário, a reorganização empresarial baseada nas melhores práticas da conformidade ética e legal, a alavancagem investigativa, a imposição imediata de sanções.

Com este ferramental, estabeleceu-se em Minas Gerais alinhamento inédito entre a Advocacia-Geral do Estado – AGE -, a Controladoria-Geral e o Ministério Público estadual, para atuação

---

2 Para uma visão ampla da questão: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. "A Lei Kandir e o risco de um 'tombo federativo'". *Revista Consultor Jurídico*. Publicado em 3/3/2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017 - març-03/onofre-batista-júnior-kandir-risco-tombo-federativo. Acesso: 30 set. 2021.

conjunta na recuperação de dinheiro público ilicitamente desviado. Inicia-se um trabalho qualificado para a negociação de acordos de leniência, com resultados concretos na recuperação de milhões de reais desviados pela corrupção, ganhos expressivos na coleta de provas e adequação das empresas aos melhores procedimentos de gestão.

Os inúmeros desafios diários passaram a exigir, cada vez mais, o domínio absoluto da tecnologia jurídica mais moderna e eficaz para a obtenção de resultados satisfatórios imediatos, ou seja, a expertise no manejo estratégico de ferramentas teóricas e práticas, valendo-se coordenadamente de métodos negociais e coercitivos de solução de conflitos.

Essa junção de conhecimentos, experiências e habilidades permitiu à Advocacia-Geral do Estado garantir a proteção ao erário e, por conseguinte, a continuidade de serviços públicos de segurança, saúde e demais atividades voltadas ao bem-estar da população. A par da atuação consultiva e combativa em milhares de ações judiciais, o desenvolvimento de técnicas especiais possibilitou o encerramento precoce e satisfatório de movimentos grevistas, bem como, em integração com outras instituições públicas, construir com a Vale S.A. o maior acordo na história da América Latina para a reparação de danos ambientais e socioeconômicos, que ultrapassou a casa dos 37 bilhões de reais. Concluiu-se, outrossim, após 52 reuniões de negociação, o primeiro acordo de leniência em Minas Gerais, recuperando-se cerca de 130 milhões de reais, além de ganhos investigativos e de *compliance*.[3]

As habilidades necessárias ao profissional do Direito de alta performance para a elaboração de estratégias vencedoras na solução eficaz dos conflitos é do que passaremos a tratar, com olhos voltados para a recente experiência exitosa da AGE como fonte de inspiração a iluminar novos caminhos.

---

3 O termo **compliance** vem do inglês "to comply" e significa estar em conformidade. Na prática, o *compliance* tem a função de proporcionar segurança e minimizar riscos de instituições e empresas, garantindo o cumprimento dos atos, regimentos, normas e leis estabelecidos interna e externamente. In https://www.aurum.com.br.

2. TÉCNICAS DE SOLUÇÃO NEGOCIADA DE CONFLITOS

WILLIAM URY[4], cofundador do *Havard Negotiation Project* e um dos maiores especialistas em negociação do mundo, ao discursar no TEDxMidwest[5] em outubro de 2010, narra interessante história que teria se passado no oriente médio.

Um homem deixou 17 camelos de herança aos seus 3 descendentes, com instruções para que o primeiro filho ficasse com 1/2 dos animais, o segundo com 1/3 e o terceiro com 1/9. Ao cumprir a vontade do falecido, logo se instaurou o conflito. O número 17 não se divide por 2, para entregar a metade dos camelos ao primogênito. Também não comporta divisão por 3 para satisfazer a cota-parte do filho do meio. E nem por 9 para cumprir o quinhão do caçula. Uma vez que nenhum dos irmãos estava disposto a dividir 1 camelo, decidiram pedir ajuda a uma sábia mulher. Após pensar durante algum tempo, contactou-os de volta, propondo a seguinte solução. Uma vez que ela possuía 1 camelo, ofereceu-lhes o animal de modo que os herdeiros passaram a ter 18. De volta às negociações, o primeiro filho ficou com 9 (1/2), o segundo com 6 (1/3) e, por fim, o terceiro com 2 camelos (1/9). Como a somatória dos camelos, distribuídos conforme a instrução do pai, alcançou 17 animais (9+6+2), o camelo que sobrou foi devolvido àquela sábia mulher. O problema estava resolvido com criatividade e sabedoria, ferramentas fundamentais do método negocial.

O ambiente conflituoso é o habitat natural de atuação do advogado, que, por formação básica, apresenta vantagens iniciais em face do negociador leigo na dogmática jurídica. Contudo, o foco na solução dos problemas, valendo-se coordenadamente dos métodos disponíveis, é o que vai diferenciar a qualidade de atuação e os resultados obtidos pelo profissional.

Com efeito, o domínio das normas de validade dos negócios jurídicos já fornece ao profissional do Direito condições diferenciadas para atuação mais segura, trazendo confiabilidade para a construção de soluções nego-

---

4 Nos últimos 40 anos atuou como consultor de negociação e mediador em uma ampla variedade de conflitos, como disputas entre empresas, greves trabalhistas e guerras no Oriente Médio, na América Latina e no Cáucaso. É coautor do *best seller* "Como chegar ao sim" e autor de diversos livros, dentre eles Supere o não – Negociando com pessoas difíceis; Negocie para vencer; Gestão da Negociação; Como Chegar ao sim com você mesmo.

5 In https://www.ted.com/talks/william_ury_the_walk_from_no_to_yes/details?language=ptbr.

ciadas. Além disso, a capacidade postulatória junto ao Poder Judiciário, conferida privativamente a essa classe de profissionais, permite o manejo de instrumentos coercitivos a fornecer ao operador do Direito repertório argumentativo com maior carga persuasória. É preciso, todavia, desenvolvimento contínuo na busca de conhecimentos e técnicas diferenciados que possam gerar habilidades específicas na arte de gerar soluções, resolver conflitos, pacificar. Enfim, encontrar o 18º camelo.

2.1. ESCUTA ATIVA

Foram necessárias pouco mais de 5 horas após a tragédia de Brumadinho para que a Advocacia-Geral do Estado ajuizasse pedido de tutela antecedente contra a empresa Vale S.A., visando compeli-la a implementar medidas emergenciais, garantidas pelo bloqueio imediato de 1 bilhão de reais da mineradora.

No início da noite daquele 25 de janeiro de 2019, o juiz de plantão concedeu a liminar requerida. Imediatamente, as instituições de justiça se reuniram no Ministério Público estadual para alinhamento estratégico de atuações, iniciando-se um ritual de escuta para identificar interesses e necessidades emergenciais, para então se estruturar uma linha coordenada de medidas a serem adotadas e comunicadas à sociedade.

O processo judicial também apresentaria dinâmica diferenciada. Inicialmente, quase toda semana haveria audiências entre as partes, técnicos, testemunhas, peritos, cidadãos atingidos, visando à identificação das questões prioritárias, às soluções possíveis e à adoção imediata das medidas práticas necessárias. O sucesso da mobilização dependeria precipuamente da escuta ativa entre os envolvidos, sem a qual não há como evoluir na identificação dos verdadeiros interesses a serem satisfeitos.

De fato, o primeiro atributo do profissional que atua na solução dos conflitos é a habilidade de captar a real necessidade do seu interlocutor, seja da parte adversa, seja dos integrantes do mesmo lado da mesa.

Normalmente, os conflitos revelam as posições antagônicas assumidas pelas partes ao defender o ponto de ancoragem adotado, impondo obstáculos para concessões que impliquem mudar de posicionamento. Em regra, este comportamento traz mais prejuízos do que ganhos, conforme pontua WEISS:[6]

---

6 WEISS, Jeff. *Negociações eficazes*. Harvard Business Review Press. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.

> "A negociação posicional premia a teimosia e a ilusão. Muitas vezes resulta em desfechos arbitrários e prejudica os relacionamentos. E, sobretudo, ela o faz perder a oportunidade de obter mais do que a expectativa original do valor em jogo na negociação. Em outras palavras, por estar tão focado em dividir o bolo, você acaba não usando a criatividade para descobrir maneiras de fazê-lo crescer."

Na maioria das vezes, a posição assumida é apenas a ponta de um iceberg que, submerso, impede que se veja efetivamente a real necessidade das partes e as possíveis opções que possam satisfazer os interesses. Noutros termos, a razão, o porquê de se assumir determinado posicionamento deve ser objeto da escuta ativa, que se pauta na realização de questionamentos a provocar respostas que venham revelar o que há por detrás de cada posição explícita.

É elucidativo o exemplo das irmãs que brigam para ficar com a única laranja que sobrou na cozinha. A mãe, impaciente, resolve a questão salomonicamente: parte a fruta ao meio, dando a cada filha uma metade. No entanto, ambas ficaram insatisfeitas, pois uma precisava apenas da casca inteira da laranja para a cobertura de um bolo, sendo que metade não lhe servia. A outra queria somente o sumo para tomar o suco, sendo necessário o suco integral de uma fruta. Escutar o real interesse de cada filha geraria solução diferente e eficiente. Cada qual poderia ficar integralmente com a parte que lhe interessava.

A escuta ativa sintoniza as partes de forma a permitir que se estabeleça o verdadeiro diálogo. Através de perguntas abertas e sem formular mentalmente um pré-julgamento, busca-se provocar o interlocutor a expor sua visão, necessidades, interesses, motivação, receio, crenças, possibilidades, enfim, passa-se a perscrutar aquilo que não está visível no primeiro momento. Permite-se, deste modo, identificar pontos de convergência e divergência, bem como o levantamento de opções que possam satisfazer o real motivo que o levou a determinadas posições. Propicia-se a mudança de posicionamento com a realização de concessões, já que suas necessidades estariam minimamente satisfeitas. Isto é: encontrar o 18° camelo.

No fundo, ouvir gera empatia, que não se confunde com simpatia ou concordar com o que a outra parte pensa, conforme ressalta MALHOTRA[7]:

---

7 MALHOTRA, Deepak. *Acordos quase impossíveis*: como superar impasses e resolver conflitos difíceis sem usar dinheiro ou força. Porto Alegre: Bookman, 2017, p. 127-128.

> "É importante não confundir empatia com simpatia. O objetivo é entender o que está fazendo que alguém se comporte de uma determinada maneira, mas isso não significa que você precisa aprovar esses objetivos e essas ações. Há uma diferença entre explicar e justificar o comportamento do outro lado. (…) Quando estamos lidando com negociações e conflitos difíceis, não preciso concordar com o outro lado, mas entendê-lo ainda é fundamental."

A experiência mostra que ouvir efetivamente o que o interlocutor tem a dizer possibilita que compartilhe suas crenças pré-concebidas, diminuindo a tensão/ansiedade, e assim possa, em espelhamento de conduta, também escutar o que outro tem a dizer. Além disso, compreender o ponto de vista da parte contrária nos permite enxergar aspectos que não estamos vendo, e assim ampliar a visão da questão a viabilizar a construção de uma nova proposta que contemple um posicionamento mais convergente dos envolvidos. A ampliação do olhar facilita a mudança de posição, pois emerge de dentro para fora. Afinal, a verdadeira transformação é uma porta que se abre pelo lado de dentro.

2.2. COMUNICAÇÃO EFICAZ

O exercício da escuta ativa permite perceber as razões da outra parte. O primeiro passo para uma comunicação eficaz é o reconhecimento das necessidades do interlocutor, através da técnica do reenquadramento, pela qual se reproduz o essencial do que foi dito, demonstrando que compreendeu os interesses expostos, sem que haja concordância integral com o que fora falado.

Neste reenquadramento, buscam-se pontos convergentes para que, a partir deles, se possam colocar as partes numa mesma perspectiva, facilitando a sintonia na busca de opções para tratar dos pontos divergentes. Certamente, quando as razões de quem fala são compreendidas, abre-se uma porta para ouvir e entender as questões alheias.

O tratamento dos pontos divergentes exige o uso adequado da linguagem. O primeiro aspecto relevante, após identificar as necessidades e opções possíveis de satisfazê-las, passa pela utilização correta do *framing*, ou seja, da maneira como apresentar argumentos persuasivos.

No ambiente contencioso, estabelece-se linguagem focada na destruição do argumento da parte adversa, voltada exclusivamente para o convencimento de um terceiro. A investigação dos fatos leva à iden-

tificação do culpado e consequente responsabilização. Potencializa-se o conflito. Esta dialética gera um muro entre as partes, dificultando a construção de diálogos diretos que possibilitem soluções elaboradas pelos próprios interessados. Assim, perde-se a governança do resultado, pois a decisão será fruto da atividade intelectiva do julgador, cujo cumprimento voluntário poderá enfrentar resistência pela parte sucumbente, geralmente afetada pelo desgaste do procedimento, agravado pela ausência de comunicação eficaz entre as partes.

No campo negocial, a comunicação se constrói diretamente entre os envolvidos, os quais precisam dominar as técnicas adequadas de linguagem para a construção de pontes que possam gerar fluxo contínuo de argumentos, ideias, soluções. Noutro dizer, através do assessoramento de profissionais qualificados, as partes se tornam empoderadas para assumir o protagonismo de soluções.

Evita-se focar na culpa do outro, comportamento que serve para potencializar a espiral do conflito, concentrando-se na busca de opções que possam resolver as necessidades de ambas as partes, se possível, ou demonstrar que a solução ofertada apresenta mais vantagem do que o processo contencioso. MARSHALL ROSENBERG[8], criador da "Comunicação Não-Violenta", pontua que mesmo nas conversas mais difíceis podemos escolher entre buscar culpados ou compreender as razões alheias:

> "Temos quatro opções quando escutamos uma mensagem difícil:
> 1 Culpar a nós mesmos;
> 2 Culpar os outros;
> 3 Perceber nossos próprios sentimentos e necessidades;
> 4 Perceber os sentimentos e necessidades dos outros."

Há uma separação clara entre as pessoas e o problema. Neste, a atuação se faz com assertividade; àquelas, a relação se constrói com empatia. É a aplicação do método de negociação baseada em princípios, desenvolvida principalmente por ROGER FISHER, pela qual se deve ser "firme com os méritos e gentil com as pessoas."[9]

A apresentação de argumentos deve ser lastreada, sempre que possível, em critérios objetivos que tragam uma carga elevada de conven-

8 ROSENBERG, Marchall B. *Comunicação não-violenta*. São Paulo: Àgora, 2006, p. 206.

9 FISHER, Roger e URY, William. *Como chegar ao sim*. Rio de Janeiro: Sextante, 2018, p. 14

cimento e persuasão. No campo jurídico, por exemplo, a existência de precedentes vinculativos do Supremo Tribunal Federal permite demonstrar um ponto de vista com alta carga de legitimidade, eliminando-se a retórica subjetiva. Na prática dos negócios, a busca de avaliações técnicas dos danos, a apresentação de preços de mercado ofertados por instituições reconhecidas, o exame de DNA, a limitação do orçamento público são exemplos de argumentos eficazes na arte do convencimento.

Estrategicamente, o profissional deve saber utilizar adequadamente a linguagem tanto no método contencioso, quanto no negocial, porquanto as duas esferas de atuação se complementam. Não é raro ter de se valer de meios coercitivos – a busca de liminar por exemplo – para colocar as partes na mesa de negociação. A utilização desnecessária de excessos de linguagem contenciosa traz efeitos emocionais a impedir que os envolvidos restabeleçam o diálogo e foquem nos aspectos essenciais do objeto disputado.

Nesta esfera de atuação, a desqualificação do argumento da outra parte deve ser feita com assertividade técnica, ou seja, baseada nos instrumentos jurídicos válidos: norma, jurisprudência, doutrina, costumes, provas. Mas sem se enveredar por adjetivos desprovidos de função persuasória, que acabam por minar a utilização dos demais métodos, que, empregados simultaneamente, potencializam as chances para a resolução da disputa.

Durante as negociações do acordo com a Vale sobre a tragédia de Brumadinho, por exemplo, houve diversas manifestações públicas desqualificando os interlocutores da empresa, as quais, além de não trazer qualquer ganho prático para a solução do conflito, dificultavam o retorno dos envolvidos à mesa. Ao cabo, serviam apenas para abalar o vínculo de confiabilidade indispensável para a busca consensual de soluções.

Por outro lado, nas negociações do primeiro acordo de leniência em Minas Gerais, firmado com a empresa Andrade Gutierrez, em que se negociou a devolução de 128,9 milhões de reais pela empresa a entes estaduais lesados, o uso de linguagem adequada foi fundamental para estabelecer vínculo de confiança entre as partes, fortalecido durante as 52 sessões negociais que ocorreram por dois anos. Evidentemente que houve dificuldades, com riscos para a continuidade da mesa de negociação, mas o domínio apropriado das técnicas de comunicação

permitiu que o liame negocial entre as partes preponderasse, mesmo nos momentos de tensionamento argumentativo.

Tal como o médico coordena a utilização de todos os tratamentos e medicamentos disponíveis para a cura da doença, o advogado deve se valer da coordenação das técnicas contenciosas e negociais para alcançar o melhor resultado, com o menor desgaste de tempo, energia, custos.

Neste pacote de habilidades, destaca-se, inclusive, o uso adequado do silêncio, como técnica de comunicação poderosa, uma vez que, quando corretamente utilizado, impõe enorme desconforto ao interlocutor para sustentar a proposta lançada. Revela-se eficiente método para obtenção de concessões de barganha mais generosa, sobretudo porque não produz informação que gere contrapartida ao posicionamento da outra parte, trazendo insegurança emocional. Com efeito, como destacam DUZERT e SPINOLA[10]:

> "Diante do silêncio prolongado, uma das partes busca preencher o vazio. Ao falarem, as partes informam e demonstram seus interesses. Há uma enorme dificuldade em ficar calado, diante do vazio, do silêncio."

Na verdade, em uma sociedade que exige cada vez mais rapidez e eficácia na satisfação de suas necessidades, impõe-se ao profissional do Direito de alta performance o domínio do uso simultâneo das técnicas contenciosas e negociais na solução dos desafios diários. O exemplo das greves é bem ilustrativo.

Após Minas Gerais entrar em estado de calamidade financeira em dezembro de 2016, houve mobilizações de diversas categorias do funcionalismo para encetar movimentos paredistas, de modo a pressionar o governo a conceder melhorias salariais e de condições de trabalho. Servidores do Judiciário, médicos, enfermeiros, agentes prisionais e até policiais iniciaram ou ameaçaram parar serviços públicos essenciais.

Nessa situação, há agravantes que exigiram técnica apropriada para que a solução dos impasses não gerasse efeitos colaterais deletérios, enfim, trouxesse maiores danos à sociedade. Isso porque se exige assertividade vertical para evitar a paralisação de serviços essenciais que prejudiquem a sociedade. Ou seja, deve-se valer cirurgicamente do Judiciário, de modo a garantir a continuidade dos serviços públicos

---

10 DUZERT, Yann; SPINOLA, Ana Tereza Schlaepfer. *Negociação e administração de conflitos*. Rio de Janeiro: FGV, 2018.

através de liminares que suspendam imediatamente o movimento paredista, mas que também provoque a designação de audiência de conciliação em 48h, para a busca da solução negociada. No mesmo passo em que se atua contenciosamente, estabelece-se diálogo a preservar o vínculo sadio entre o servidor e a Administração. Deveras, uma vez encerrada a greve, servidores e gestores estarão juntos no dia a dia de cada repartição pública.

Nesses casos, a escuta ativa, o uso da linguagem apropriada com base em argumentos lastreados em critérios objetivos, enfim a adoção de comunicação eficaz é imprescindível, tanto que o rito especial previsto no Regimento Interno do Tribunal de Justiça prevê a realização imediata de audiência de conciliação, em que se buscará a solução do conflito pela negociação das próprias partes. Torna-se, destarte, imprescindível a preparação adequada.

2.3. PREPARAÇÃO ADEQUADA

Atribui-se ao ex-presidente norte-americano Abraham Lincoln, ao sintetizar o desafio do lenhador, a frase que ilustra bem a importância da preparação para o sucesso da missão: "se eu dispusesse de 9 horas para cortar uma árvore, passaria 6 afiando o machado."

ALFREDO JOSÉ MACHADO[11] destaca que a imprescindibilidade de uma boa preparação é pensamento recorrente na literatura especializada:

> "Os autores ressaltam que os grandes negociadores reconhecem a importância da preparação para uma negociação e nunca deixam de se preparar. Destacam ainda que 'eles conhecem seus negócios, seus oponentes, sabem o que querem e como consegui-lo."

Os negociadores brasileiros são considerados mais intuitivos do que seus pares estrangeiros[12]. Contudo, tal característica não significa que se possa negligenciar a preparação aprofundada antes de iniciar o procedimento negocial.

A pesquisa sobre os fatos em jogo, as pessoas envolvidas, a característica do negociador, os interesses e necessidades essenciais, opções

---

11 MACHADO, Alfredo José. O planejamento da negociação. In: MARTINELLI, Dante Pinheiro, GHISI, Flávia Angeli. *Negociação:* aplicações práticas de uma abordagem sistêmica. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 145.

12 Conforme experiências colhidas no curso "Técnicas de Negociação e Relacionamento Interpessoal" da Fundação Getúlio Vargas, turma dezembro/2019.

de solução, critérios objetivos que possam respaldar argumentação, a forma de apresentação dos argumentos (framing), alternativas caso o acordo não aconteça (MASA), separação dos fatos das suposições. Enfim, é preciso um mapeamento amplo e aprofundado que permita o bom desempenho durante as negociações.

O domínio do objeto disputado é fundamental. Conhecer os aspectos técnicos relevantes, os pontos de divergência e convergência possibilita a busca de opções de solução com maior probabilidade de sucesso. Para além das informações vindas da parte, é interessante que a pesquisa seja ampliada, até para que se possa, com o domínio pleno dos fatos, viabilizar um alinhamento com o cliente dentro de uma zona de possível de acordo – ZOPA. De fato, a primeira negociação se faz com as pessoas que estão do mesmo lado da mesa.

A busca de opções se pauta pelo equilíbrio em satisfazer o máximo possível os interesses do cliente, no mesmo passo em que se atende minimamente as necessidades da outra parte. Assim, identifica-se a zona de possível acordo – ZOPA – na qual se buscará enquadrar o campo argumentativo, lastreado em critérios objetivos que gerem legitimidade às propostas.

A pesquisa baseada em dados oficiais ou tecnicamente comprovados, preços de mercado apurados com critérios legitimados, danos quantificados em laudos periciais, são exemplos de argumentos que se lastreiam em credibilidade, porquanto dados objetivos trazem alto poder persuasório. A preparação faz a diferença.

Neste contexto, um dos pontos mais relevantes da preparação, conforme o método de negociação da escola de Harvard, é identificar qual a melhor alternativa para a parte se não houver acordo, conhecida em português como MASA. Este é o balizamento do negociador, o limite de sua atuação. Deveras, a permanência na mesa de negociação só se justifica se se puder chegar a resultado melhor do que aquele obtido sem a realização do acordo.

A MASA vai definir o limite de concessões das partes. Conhecer as alternativas da outra parte, e, se possível, enfraquecê-las, certamente gerará a possibilidade de maior poder de barganha.

Normalmente, 3 fatores interligados influenciam tanto as opções para o fechamento do acordo, quanto as alternativas da parte caso não se chegue a um consenso, sobretudo porque interferem nas concessões que estarão dispostas a fazer. São eles: tempo, poder, informação.

Quanto menos tempo dispuser a parte, maior a suscetibilidade para aceitar as condições oferecidas, já que cada negociação possui um tempo útil. A experiência revela que a maior parte das concessões ocorre nos estertores do procedimento negocial, tal como pontua FLÁVIA ANGELI GHISI[13]:

> "O limite do tempo é definido por quem negocia, e as concessões feitas em uma negociação geralmente acontecem próximas dos prazos finais. É comum esperar que as concessões mais importantes ocorram somente na última hora. No entanto, quanto mais uma parte souber estimar o prazo-limite do oponente, maior será o seu poder, uma vez que o tempo é essencial em uma negociação."

É preciso, também, compreender o poder de que dispõe cada parte em face da situação negociada, tanto entre os envolvidos - tal como relação de subordinação ou dependência -, quanto o nível de importância/gravidade das consequências de se fechar ou não o acordo, seja no aspecto material, seja no emocional.

Por fim, a qualidade das informações sob o domínio do negociador potencializa ou reduz a possibilidade de uma negociação mais vantajosa, evitando-se que deixe "dinheiro na mesa". Permite a tomada segura de decisões, a organização mais eficaz de argumentos, o uso adequado do tempo e do poder.

Além disso, há aspectos subjetivos relevantes. A relação conflituosa traz uma carga de emoção que influencia na solução do problema e no sentimento de satisfação/pacificação. FISHER ressalta sempre a importância de se reconhecer e compreender as emoções, tanto as suas quanto as alheias, buscando identificar os interesses que as motivam:

> "Numa negociação, muitas emoções são impelidas por um conjunto básico de cinco interesses: autonomia, o desejo de fazer escolhas e controlar seu destino; apreciação, o desejo de ser reconhecido e valorizado; afiliação, o desejo de participar de um grupo de semelhantes; papel, o desejo de ter um propósito; e status, o desejo de se sentir visto e reconhecido. Ignorar esses interesses costuma gerar fortes emoções negativas. Prestigiá-los, por outro lado, pode criar uma afinidade e um clima positivo para a negociação e a resolução de problemas."[14]

---

13 GHISI, Flávia Angeli. Uma reflexão sobre a abordagem sistêmica na negociação. In: MARTINELLI, Dante Pinheiro, GHISI, Flávia Angeli. *Negociação – Aplicações práticas de uma abordagem sistêmica*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 24-25.

14 FISHER, Roger e URY, William. *Como chegar ao sim*. Rio de Janeiro: Sextante, 2018. p. 41-42

Conhecer a personalidade dos envolvidos, o fôlego financeiro-emocional, as crenças - que acabam sendo a cor da lente pela qual se veem os fatos - traz um nível de refinamento das informações que permite a organização estratégica da negociação, inclusive para regular o tom e a forma de apresentação argumentativa - *framing*.

Enfim, ter ciência da percepção ou visão de mundo do seu interlocutor, identificada por *weltanschauung*, permite antever como se comportará o negociador em determinadas situações, conferindo vantagem na condução do processo, conforme pontua SHEILA FARIAS ALVES GARCIA[15]:

> "Segundo Hebel, a visão de mundo ou ***weltanschauung*** de um indivíduo é construída sobre seus valores e experiências de vida e funciona como um filtro para a informação. Uma pessoa pode estar exposta a um grande número de informações, mas são seus valores que ditarão o que ela perceberá e o que ela se esforçará para entender. Assim, a ***weltanschauung*** afeta significativamente a interpretação e o julgamento que as pessoas fazem do que está ao seu redor."

Nessa mesma esteira, ter conhecimento do estilo, personalidade, característica, crenças, histórico do negociador da outra parte também permite atuação mais eficaz. *Mutatis mutandis*, é como pesquisar as decisões de determinado magistrado para que se possa estruturar matriz argumentativa apropriada.

A rigor, no campo contencioso tem-se a governança do procedimento, mas não se domina o resultado. Daí que o conhecimento acerca dos precedentes do juízo possibilita projetar atuação mais eficaz.

Já na esfera negocial, o resultado está no domínio das partes, porquanto produto do consenso. No entanto, o rito a seguir oferece variações constantes, a gerar instabilidade na dinâmica das negociações, de maneira a exigir forte apelo ao preparo emocional.

Neste particular, o condicionamento emocional exige preparação contínua e adequada. O primeiro aspecto é eliminar o hábito da reatividade, sobretudo como comportamento automático, guiado pela emoção. De fato, via de regra, quando reagimos fugimos do foco em nossos interesses e passamos a atacar a pessoa ao invés do problema. Potencializa-se a espiral do conflito.

---

15 GARCIA, Sheila Farias Alves. Preocupação com as WELTANSCHAUUNGEN dos participantes. In: MARTINELLI, Dante Pinheiro; GHISI, Flávia Angeli. *Negociação:* aplicações práticas de uma abordagem sistêmica. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 245.

William Ury ensina que, nos momentos de alta tensão, sobretudo quando provocados por comportamento agressivo da parte contrária, o ideal é passarmos a nos observar sem tomar nenhuma reação, como se estivéssemos nos afastando de nós mesmos e assistindo à cena a distância:

> "Não precisamos reagir. Em vez disso, podemos aprender a nos observar. Em meus textos e aulas, enfatizo o conceito de ir para o camarote. O camarote é uma metáfora de um espaço racional e emocional em que você assume uma perspectiva abrangente e mantém a calma e o autocontrole. Se a vida é um palco e todos somos atores, o camarote de um teatro é um posto de observação privilegiado, de onde assistimos a todo o espetáculo com mais clareza. Para observarmos a nós mesmos, é importante ir para o camarote com frequência, antes, durante e depois de conversas ou negociações problemáticas."[16]

Na experimentação deste método percebe-se claramente sua eficácia, pois impõe um hiato entre a eventual ofensa da outra parte e a conduta a ser adotada, evitando-se que um sentimento exacerbado assuma o controle da atitude a ser tomada. Afinal, a ofensa pode ser fato, mas sentir-se ofendido é opção.

Para além da obtenção de melhores resultados, a conduta emocional equilibrada permite a formação de relacionamentos com vínculos mais fortalecidos, baseados em comportamento ético, que vai viabilizar a assunção e o cumprimento dos compromissos assumidos.

2.4. RELACIONAMENTO – ÉTICA – COMPROMISSO

As questões conflituosas e possíveis soluções estão inseridas na forma como se estabelecem e desenvolvem as relações humanas. Tudo se passa entre pessoas. Formar vínculos saudáveis e éticos faz toda a diferença, não só para a obtenção de acordos vantajosos, mas também para seu efetivo cumprimento. Para FISHER,

> "Um acordo sensato pode ser definido como aquele que, na medida do possível, atende aos interesses legítimos de cada lado, resolve conflitos de interesse de forma justa, é durável e leva em conta os interesses da comunidade."[17]

---

16 URY, William. *Como chegar ao sim com você mesmo*. Rio de Janeiro: Sextante, 2015, p. 23.

17 FISHER, Roger e URY, William. *Como chegar ao sim*. Rio de Janeiro: Sextante, 2018, p. 18.

O investimento na boa reputação do negociador, na credibilidade de sua atuação, para além de viabilizar a obtenção de bons resultados imediatos, facilita a condução de negociações futuras. Negociar, afinal, é construir pontes.

Na técnica de negociação desenvolvida pela "Abordagem Harvard", a construção de bom relacionamento permeia o rito da negociação em sua inteireza, desde o primeiro contato até o efetivo cumprimento do que fora acordado.

No mesmo sentido, o Manual de Mediação Judicial, editado pelo Conselho Nacional de Justiça, enfatiza que o cultivo do *rapport*, isto é, o estabelecimento de uma relação amistosa de confiança entre os envolvidos é fundamental para a obtenção de resultados expressivos. Torna-se insumo precioso para fincar sólidos pilares e estabelecer comportamento ético entre os negociadores.

Nessa linha, SILVIA HELENA CARVALHO RAMOS DE CAMARGO e TALITA MARUM MAUAD ressaltam que

> "As táticas antiéticas podem levar ao sucesso, mas apenas a curto prazo, pois a experiência de ter sido explorada provavelmente produzirá um efeito muito forte sobre a visão de negociação que essa pessoa terá no futuro. Ressalte-se que conquistar e consolidar posição no mercado é difícil para qualquer profissional ou organização – e qualquer deslize pode representar perdas irrecuperáveis."[18]

É bom que se registre que em ambiente negocial competitivo, é comum o uso estratégico de informações, ou mesmo o silêncio sobre determinada situação, como mecanismo de fortalecimento da defesa de seus interesses.

O limite desta atuação está na lealdade com que se comporta o negociador em face do procedimento acordado, da congruência das posições tomadas com os fundamentos apresentados e, sobretudo, da confiabilidade quanto ao cumprimento do que fora negociado. Normalmente, os melhores profissionais não assumem compromissos precocemente, exaurindo primeiro a etapa das barganhas. Contudo, uma vez assumidos, o acordo deve ser respeitado e cumprido.

---

18 CAMARGO, Silvia Helena Carvalho Valladão. A ética nas Negociações. In: MARTINELLI, Dante Pinheiro, GHISI, Flávia Angeli. *Negociação – Aplicações práticas de uma abordagem sistêmica*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 178.

Neste contexto, é preciso fazer a checagem da realidade, isto é, se as obrigações assumidas se revelam adequadas à capacidade da parte em executá-las a tempo e modo. Essa é uma construção conjunta, pois interessa a todos que o acordo seja efetivamente cumprido. Fecha-se satisfatoriamente um ciclo entre os interessados e fortalece-se o vínculo ético a propiciar que novas relações surjam a benefício de todos.

Não há dúvida de que o conhecimento técnico e as habilidades dos profissionais do Direito propiciam um diferencial na atuação como negociador, sobretudo pelo domínio das normas de formalização adequada do instrumento de ajuste, se possível com garantias de execução, gerando segurança jurídica a favorecer a pacificação.

3. CONCLUSÃO

A aventura humana se faz através de experiências vividas entre pessoas. Nessas relações emergem disputas de toda espécie, pontos de conflitos a exigir habilidades e estratégias que viabilizem a melhor solução possível.

Podemos agrupar em duas classes os mecanismos utilizados pela civilização moderna para a resolução das questões conflituosas: métodos contencioso e negocial.

Na esfera contenciosa, as partes abrem mão da governança sobre o resultado, entregando a um terceiro a missão de resolver o conflito - em geral o Poder Judiciário.

O método negocial, por sua vez, caracteriza-se pelo empoderamento dos interessados que através de técnica apropriada assumem a responsabilidade de construir conjuntamente a solução.

A capacitação de profissionais de alta performance na solução de conflitos gerou uma tecnologia híbrida de atuação, pela qual ambos os métodos são utilizados coordenada e simultaneamente.

A experiência da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais na solução de graves questões, tais como a tragédia da queda da Barragem de rejeitos Córrego do Feijão em Brumadinho, valendo-se do método integrado de solução de conflitos potencializou a obtenção de resultados práticos expressivos, em tempo razoável.

Esta dinâmica já se apresenta como instrumento de atuação no âmbito federal e noutros entes federativos. No campo tributário, por exem-

plo, conforme dados da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional[19], através da transação já se resolveu mais de R$ 100 bilhões de créditos inscritos na dívida ativa da União.

O ordenamento jurídico vem se aperfeiçoando com a introdução de diversos instrumentos normativos a possibilitar a mediação e negociação, disso resultando acordos que possibilitaram a recuperação de expressivos ativos desviados pela corrupção. Em Minas Gerais, recentemente firmou-se o primeiro acordo de leniência a recuperar milhões de reais ao erário, fruto do uso integrado das técnicas de solução das disputas.

Com efeito, a utilização adequada do Poder Judiciário para a implementação efetiva de medidas de coerção, com o domínio pleno da dogmática jurídica e das técnicas de persuasão, complementam o ferramental indispensável para o sucesso dos que se dedicam à solução eficaz dos conflitos.

Os desafios atuais exigem cada vez mais do profissional de alta performance o domínio sólido do uso integrado dos métodos de solução de conflitos, o aperfeiçoamento contínuo das habilidades negociais, o manejo adequado dos instrumentos de coerção. Mas, sobretudo, a construção de repertório pessoal que o capacite a lidar com as complexidades humanas, num tempo marcado pela intolerância e o vazio de uma vida cheia de pressa. Mais do que nunca é preciso encontrar o 18º camelo.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma de. ***Manual de mediação judicial***. 6.ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. "A Lei Kandir e o risco de um 'tombo federativo'". Revista Consultor Jurídico. Publicado em 3/3/2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017 - março-03/onofre-batista-júnior-kandir-risco-tombo-federativo. Acesso em: 30 set. 2021.

CAMARGO, Silvia Helena Carvalho Valladão. A ética nas Negociações. In: MARTINELLI, Dante Pinheiro, GHISI, Flávia Angeli. ***Negociação***: aplicações práticas de uma abordagem sistêmica. São Paulo: Saraiva, 2006.

DUZERT, Yann; SPINOLA, Ana Tereza Schlaepfer. ***Negociação e administração de conflitos***. Rio de Janeiro: FGV, 2018.

FISHER, Roger; URY, William. ***Como chegar ao sim***. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.

19 Jornal Valor Econômico de 01/10/2021

FISHER, Roger; SHAPIRO, Daniel. *Além da razão*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2019.

GARCIA, Sheila Farias Alves. Preocupação com as WELTANSCHAUUNGEN dos participantes. In: MARTINELLI, Dante Pinheiro, GHISI, Flávia Angeli. *Negociação*: aplicações práticas de uma abordagem sistêmica. São Paulo: Saraiva, 2006.

GHISI, Flávia Angeli. Uma reflexão sobre a abordagem sistêmica na negociação. In: MARTINELLI, Dante Pinheiro, GHISI, Flávia Angeli. *Negociação*: aplicações práticas de uma abordagem sistêmica. São Paulo: Saraiva, 2006.

MACHADO, Alfredo José. O planejamento da negociação. In: MARTINELLI, Dante Pinheiro, GHISI, Flávia Angeli. *Negociação*: aplicações práticas de uma abordagem sistêmica. São Paulo: Saraiva, 2006.

MALHOTRA, Deepak. *Acordos quase impossíveis*: como superar impasses e resolver conflitos difíceis sem usar dinheiro ou força. Porto Alegre: Bookman, 2017.

ROSENBERG, Marchall B. *Comunicação não-violenta*. São Paulo: Ágora, 2006.

STONE, Douglas, PATTON, Bruce, HEEN, Sheila. *Difficult conversations*. New York: Penguin Books, 1999.

URY, William. *Como chegar ao sim com você mesmo*. Rio de Janeiro: Sextante, 2015.

URY, William. *Supere o não*. São Paulo: Benvirá, 2019.

WEISS, Jeff. Harvard Business Review. *Negociações eficazes*. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.

Referência:

ANDRADE, Cássio Roberto dos Santos. Habilidades e estratégias para a solução eficaz de conflitos. *Direito Público*: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v.18, n.1, p. 55-73, jan./dez., 2021.

O FOMENTO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS

CÉLIA CUNHA MELLO[1]
LYSSANDRO NORTON SIQUEIRA[2]

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Fomento público como opção democrática de implementação de políticas públicas. 3 Políticas públicas e meio ambiente. 4 Princípios de direito ambiental, políticas públicas e fomento. 5 Conclusão.

RESUMO: O presente trabalho descreve inicialmente o fomento público como instrumento viabilizador de políticas públicas. Passa-se, em seguida, ao exame do conceito de meio ambiente e dos princípios de direito ambiental norteadores de políticas públicas ambientais. Conclui-se, ao final, pela viabilidade de adoção do fomento público como instrumento de política pública ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Fomento público. Direito ambiental. Meio ambiente. Políticas públicas.

1. INTRODUÇÃO

Para participar dessa edição comemorativa de 25 anos de criação do Centro e Estudos Celso Barbi Filho, eu, Célia Cunha Mello, tenho que registrar a satisfação de ter sido contemporânea, na graduação, do Celsinho, na Faculdade de Direito da UFMG – ele já monitor do nosso célebre Professor João Batista Villela e eu 'caloura'. A admiração, pelo menos da minha parte, nasceu desde o primeiro contato. Um rapaz novo, mas compenetrado, sério e dedicado – características que já evidenciavam uma profícua carreira jurídica.

---

1 Procuradora do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da UFMG. Presidente da Associação dos Procuradores do Estado de Minas Gerais – Apeminas.

2 Procurador do Estado de Minas Gerais. Pós Doutor pela UFMG. Doutor pela PUCRIO. Mestre pela FDMC. Ex-Presidente da Associação dos Procuradores do Estado de Minas Gerais – Apeminas.

Pelo meu lado, Lyssandro Norton Siqueira, tive a honra de ter sido aluno do Professor Celso Barbi Filho, quando lecionou para a sua primeira turma na Faculdade de Direito da UFMG. Um professor jovem, preparado e extremamente educado, que foi o homenageado de nossa turma de 1995. Três anos mais tarde, em 1998, ao tomar posse como Procurador do Estado, fui recebido pelo agora colega Celsinho, que humildemente se colocou à disposição de todos aqueles que ingressavam na carreira.

Sem surpresas, ocorreu o ingresso de Celso Barbi Filho nos quadros da AGE/MG, início de uma carreira de sucesso, êxito que na maioria dos casos decorre de muito esforço e alguns percalços, mas que, no caso dele, se afigurava natural e previsível. Numa analogia mineira, parecia que ele, o nosso Celsinho, tinha, digamos, "amansado o sucesso".

Contudo, o tempo é um mestre caprichoso, e, por razões que transcendem nossa humanidade e compreensão, recebemos lições tão repentinas e cruéis, daquelas que, para o nosso entendimento, são também injustas. Enfim, perdemos, de forma até hoje não superada pela classe, o nosso colega Celso Barbi Filho.

Nossa missão? Aprender a olhar com serenidade o turbilhão da vida, para ressignificar uma partida tão precoce, tão inesperada. E foi com esse escopo que se deu ao Centro de Estudos da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais o nome do Celso Barbi Filho, como uma forma de eternizá-lo com as características acadêmicas que identificávamos naquele jovem cheio de vida e de potencial técnico-jurídico.

Posta essa singela homenagem ao nosso colega Celso Barbi Filho e a este valioso Centro de Estudos, vamos passar ao tema que é objeto deste artigo – o fomento público, como instrumento de implementação de políticas públicas ambientais, em busca de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

2. FOMENTO PÚBLICO COMO OPÇÃO DEMOCRÁTICA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Experimentadas as formas de atuação estatal, por meio de prestação direta de serviços públicos, concessões e permissões, e, mais recentemente, por parcerias público-privadas, organizações sociais, além dos atos permeados pela imperatividade estatal que caracterizam o poder de polícia, remanesce o desafio de elevar o patamar civilizatório da sociedade brasileira, e, com ele, as questões econômicas, administrativas

e também jurídicas, para viabilizar, de forma satisfatória, as demandas sociais pungentes e próprias de uma sociedade moderna.

Realmente, implementar concretamente os deveres sociais insculpidos no texto constitucional de 1988 exige do administrador público inteligência, competência e criatividade. Já sinalizava as dificuldades empíricas que assistimos nas últimas três décadas o fato de que as normas constitucionais fizeram recair sobre o Estado brasileiro tanto o dever de oferecer educação pública e saúde universais e um meio ambiente ecologicamente equilibrado, quanto, na outra ponta, de assegurar aos milhões de cidadãos esses direitos, sem estudos, simulações orçamentárias, planejamento público ou organização política que contemplasse a configuração social de cada lugar de um país com dimensões continentais sem contratar e/ou treinar funcionários públicos, de forma a capacitá-los para realizar, com algum preparo técnico, serviços implícitos nas respectivas políticas públicas. Podemos afirmar que o desafio se agigantou com o passar dos anos. A pandemia da COVID-19 nos revelou, principalmente em sede de saúde pública, as fragilidades administrativas de um sistema baseado em uma estrutura de grande irracionalidade, desorganizada e acompanhada pela pecha da corrupção.

Comparar nossas estruturas administrativas e medidas estratégicas, planos e políticas governamentais com democracias mais maduras, escancara que a prática de medidas e atos isolados, despidos de um planejamento prévio, "gerada pela premência e improviso e cristalizadas ao longo do tempo", são catalisadores do insucesso administrativo que o Brasil protagoniza interna e internacionalmente.[3]

A busca de uma resposta que nos sinalize um caminho possível, provavelmente parcial e intermediário, frente a um problema tão denso, estrutural e complexo, seria fazer o Brasil se adequar a uma nova forma de modelo de Estado, baseada na mediação e regulação. Desprender-se de amarras do monopólio estatal, resquício de modelos interventores, e acompanhar a lógica dos países 'pós-modernos', seguindo a classificação proposta por Jacques Chevallier, na qual "a soberania tende a dar lugar a uma nova lógica de interdependência e de cooperação, apagando a separação entre assuntos interiores e exteriores".[4]

---

3 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, p. 46.

4 CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 21

Nesta porfia, o fomento público se apresenta como um instrumento que possibilita que se desenhe uma nova estrutura de Estado, que mitiga, aos poucos, o antigo modelo interventor e passa a assumir um caráter regulador. Pode-se considerar que este novo modelo econômico-social se situa entre dois outros: o liberal e o comunista/socialista. Entretanto, o Estado Regulador pode pender mais para um lado liberal ou social, dependendo das diretrizes que norteiam o modelo regulatório adotado por cada país, nas palavras de Márcio Chalegre Coimbra.[5]

O espanhol Luis Jordana de Pozas, autor clássico sobre fomento, em 1949, deu os primeiros contornos à atividade estatal de fomento público, destacando a conciliação entre o liberalismo e o intervencionismo:

> A ação de fomento é um caminho do meio entre a inibição e o intervencionismo do Estado, que pretende conciliar a liberdade com o bem comum mediante a influência indireta sobre a vontade do indivíduo, para que este queira o que convém à satisfação da necessidade pública de que se trate.[6]

O fomento público acena com um caminho profícuo e eficaz – representa um meio termo entre a liberdade individual e o planejamento estatal. A atuação estatal se apresenta, em sede de fomento público, com uma atuação moderadora de convencimento do administrado-aderente às políticas e propósitos postos pela Administração Pública. A especificidade da atividade estatal de fomento consiste exatamente na voluntariedade, na medida em que o particular, se quiser, adere ao plano de fomento, diferente das demais funções administrativas - como a função de polícia e a prestação de serviços públicos, caracterizados por uma atuação estatal vinculada a obrigações, deveres e sanções negativas, onde o elemento volitivo, a concordância do administrado, não são sequer consideradas para se concretizar a ação estatal.

Para diferenciar fomento público do poder de polícia, veja-se a lição da doutrina destacando o papel indutor do fomento para que indivíduos adotem determinado comportamento, concedendo a eles estímulos e incentivos:

---

5 COIMBRA, Márcio Chalegre. *O direito regulatório brasileiro*. Disponível em < https://jus.com.br/artigos/2076/o-direito-regulatorio-brasileiro>. Acesso em 19 set. 2021.

6 POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoria general del fomento em el derecho administrativo, *Revista de estúdios políticos,* Madrid, El Instituto, v. 54, p. 46, nov./dez. 1949.

> "O que os aparta então é, de um lado, a supremacia da qual a administração pública é investida para adotar medidas de polícia, e, de outro, a desnecessidade de essa recorrer a instrumentos imperativos e cogentes, uma vez, na atividade de fomento, a administração pública apenas induz os indivíduos a adotarem determinado comportamento, concedendo a eles estímulos e incentivos.
> Se o Poder de Polícia caracteriza-se pela restrição coercitiva da liberdade e da propriedade individuais, o fomento público, ao contrário, deixa os indivíduos livres para aderir ou não aos propósitos do Estado, independentemente de qualquer ação coercitiva. Diante disso, pode-se dizer que a administração pública, no exercício do Poder de Polícia, limita o exercício de direitos individuais, em benefício do interesse público, ao passo que atua, ao menos formalmente, sem que apareça o menor indício de supremacia estatal, quando recorre a medidas de fomento.
> O Poder de Polícia utiliza a imperatividade estatal para assegurar o exercício dos direitos individuais, condicionando-o ao bem-estar social. O fomento público, apesar de buscar a mesma finalidade perseguida pela atividade de polícia – satisfazer o interesse público -, não se coloca em nível superior em relação ao particular.[7]"

Na prática, depois de peregrinar por esses conceitos, de fato, a nota que distingue o fomento público da atividade de polícia é que esta, desde o primeiro momento, condiciona e restringe direitos, ao passo que, na atividade estatal de fomento, a ação do poder público se consolida por meio de convites e sugestões premiais, quando, pelo menos nesse momento, a liberdade do administrado para aderir ao plano de fomento é preservada, garantida e assegurada.

O modelo tradicional de Estado, afeto aos vínculos obrigacionais, direitos e deveres, sanções punitivas e cumprimento forçoso, se mostra hostil ao ambiente ponderado, de convencimento e de adesão que caracteriza a atividade de fomento estatal. Talvez, por isso, o seu estudo não atraia tanto os pesquisadores do direito, sendo uma "desprezada matéria administrativa", na expressão de Mariano Baena del Alcázar[8]. Para Luís Jordana de Pozas "(...) a ação administrativa de fomento costuma-se examinar de passagem, sem reparar em sua singularida-

7 MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 42-43.

8 ALCÁZAR, Mariano Baena. Sobre el concepto del fomento. *Revista de Administratición Pública*, n. 54, Madri: 1987, p. 45

de nem se deter na caracterização e no estudo dos atos em que se concretiza".[9]

Essa aversão ao instituto, contudo, não subsiste a uma análise democrática e de resultados, visto que o atrativo do fomento reside exatamente no fato de que o administrado adere livre e voluntariamente aos planos do Estado e se coloca ao lado deste na perseguição do bem comum protegido por determinada política pública. Estado e administrado-aderente atrelam seus interesses (que são díspares em qualquer tipo de modelo estatal) ao interesse comum, que justificou a criação da política estatal objeto da atividade de fomento.

É verdade, contudo, que essa ausência de imperatividade e de cogência no fomento persiste somente até esse momento, pois, aceito o plano estatal de fomento, a imperatividade ressurge na relação jurídica para obrigar o administrado-aderente a agir conforme o plano estatal que ele, livre e voluntariamente, aderiu. A implementação de políticas públicas pelo viés do fomento público não exclui a presença imperativa e cogente do poder público. Pelo contrário, exige-se a atuação estatal para a verificação do integral cumprimento das obrigações assumidas.

No aspecto prático, cada uma das políticas públicas poderá admitir alguma forma de fomento público. Como anunciado, neste artigo pretendemos examinar como políticas públicas de meio ambiente podem ser implementadas por ações de fomento levadas a efeito pelo Poder Público.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS E MEIO AMBIENTE

Numa visão mais estreita, o conceito de meio ambiente abrange apenas o meio ambiente natural e seus componentes físicos, como solo, água superficiais e subterrâneas, ar, geomorfologia e clima; meios biológicos, como a flora e a fauna. Já em uma visão mais ampla, podemos identificar no conceito de meio ambiente, além do natural ou físico, o meio ambiente artificial, correspondente a todas as intervenções humanas, o meio ambiente cultural, como o conjunto de todos os bens materiais e imateriais, referentes à identidade e memória do povo brasileiro, e o meio ambiente do trabalho, identificado como o local em que as pessoas exercem suas atividades laborativas. Nas palavras do

9 POZAS, Luís Jordana de. Ensayo de una teoria general del fomento público em Derecho Administrativo. In *Estudios de Administracion Local*, 1961. p. 42-43.

José Afonso da Silva "meio ambiente é a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida em todas suas formas".[10]

Enfim, o homem está inexoravelmente inserido nos ecossistemas naturais e sociais, sendo, empiricamente, parte integrante do processo de interação de um sistema que envolve o desenvolvimento das atividades humanas e os próprios recursos naturais. O meio ambiente não pode ser visto de forma isolada ou em partes. O homem está inserido no sistema que denominamos 'meio ambiente', sendo indiscutível a repercussão do meio ambiente na qualidade de vida do ser humano.

É este conceito mais amplo, que foi incorporado pelo direito brasileiro, para fins de implementação de sua política pública ambiental. A Lei nº 6.938/81[11], que instituiu no Brasil a Política Nacional de Meio Ambiente, conceitua meio ambiente em seu art. 3º, *in verbis*: "Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;" (BRASIL, 2013).

Conforme ensina Granziera, esta definição "refere-se fundamentalmente aos conceitos de vida e **equilíbrio**. Onde houver vida, deve haver e manter-se um equilíbrio entre essas condições, leis, influências e interações como forma de garanti-la".[12]

A Constituição da República de 1988 recepcionou e ampliou o conceito legal de meio ambiente previsto na Lei nº 6.938/81, ao prever que a preservação do equilíbrio ecológico ambiental é essencial à sadia qualidade de vida, o que elevou o direito ao meio ambiente ao *status* de direito fundamental:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988)

---

10 SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

11 Brasil, Lei nº 6.938/1981. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm >. Acesso em 19 set. 2021.

12 GRANZIERA, M. L. M. *Direito ambiental*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 23.

O dispositivo constitucional adota uma conceituação a respeito de meio ambiente evidenciando o caráter antropocêntrico alargado, ao passo que enfatiza a importância do equilíbrio ecológico e a sadia qualidade de vida da população e considera o homem como parte deste meio ambiente - não como personagem externo. Aponta, ainda, para o bem ambiental como um bem de uso comum do povo, cuja titularidade é difusa. Neste sentido, veja-se a lição da doutrina:

> O direito brasileiro, tanto pelo disposto no art. 225 da Constituição da República, quanto pelo disposto no art. 3º, I, da Lei nº 6.938/81, adotou a ideia de um antropocentrismo alargado, que coloca o homem como integrante da biota, buscando a preservação "da capacidade funcional do patrimônio natural, com ideais éticos de colaboração e interação", e não apenas se preocupando em proteger o meio ambiente para satisfação de necessidades individuais.[13] Trata-se de um conceito que "realça a interação e a interdependência entre o homem e a natureza", denotando-se a proteção jurídica do meio ambiente como um bem unitário.[14]
>
> A adoção de um conceito de meio ambiente informado pelo antropocentrismo alargado tem reflexos na concepção do Direito Ambiental que irá nortear o modelo de desenvolvimento a ser adotado.[15]

Em realidade, o meio ambiente possui riqueza e complexidade muito grandes em seu conceito, por isso, pertence a uma categoria de expressão com conteúdo mais intuitivo do que descritivo, haja vista o seu amplo alcance em todas as áreas do conhecimento.[16]

Neste cenário, vê-se que saúde, educação e meio ambiente são vetores indissociáveis e o ordenamento jurídico nacional tem contemplado essa relação, sendo fácil identificar correlações práticas e jurídico normativas entre o meio ambiente, a saúde e a educação.

---

13 LEITE, J. R. M.; AYALA, P. A. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 89-90.

14 "Quando se fala, assim, na proteção da fauna, da flora, do ar, da água e do solo, por exemplo, não se busca propriamente a proteção desses elementos em si, mas deles como elementos indispensáveis à proteção do meio ambiente como bem imaterial, objeto último e principal visado pelo legislador." (LEITE, J. R. M.; AYALA, P. A., *op. cit.*, p. 91)

15 SIQUEIRA, Lyssandro Norton. *Qual o valor do meio ambiente*? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 22

16 MIRALÉ, Edis. Direito do Ambiente: Princípios Fundamentais do Direito do Ambiente. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 1998, p. 756).

É válida, assim, a diretriz que se extrai da disposição contida no artigo 3º da Lei nº 8.080/90, onde se consigna que "a saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais"[17]. Logo o termo "saúde" engloba uma série de condições que devem estar apropriadas para o bem-estar completo do ser humano, incluindo principalmente o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

As políticas públicas de Estado devem ser idealizadas e construídas de modo a compreender o homem como parte integrante desse sistema e que deve agir em harmonia com o mesmo, pois o meio ambiente não pode ser visto como matéria isolada, ou seja, deve-se ter uma visão holística do assunto, tendo em vista que o meio ambiente é um todo em si e não pode ser visto em partes. O meio faz parte do homem e o homem faz parte do meio, e a saúde e a educação permeiam todo esse sistema. Neste sentido, o ordenamento jurídico brasileiro é bastante claro sobre a indissociabilidade dos temas concernentes à saúde, à educação e ao meio ambiente, relacionando a defesa da qualidade ambiental com a defesa da qualidade de vida do povo.

As políticas públicas de meio ambiente têm, portanto, uma transversalidade que as faz dialogar com as demais. Neste sentido, os princípios de Direito Ambiental possuem papel fundamental na implementação de políticas públicas. Dentre esses princípios, merecem destaque os princípios do poluidor-pagador e do protetor-recebedor.

4. PRINCÍPIOS DE DIREITO AMBIENTAL, POLÍTICAS PÚBLICAS E FOMENTO

O princípio do poluidor-pagador deve ser examinado em conjunto com o princípio da reparação. Enquanto esse último tem escopo de aplicação relacionado ao dano ambiental, decorrente de ato ilícito, o primeiro está relacionado ao impacto ambiental.

O princípio da reparação impõe a reparação integral do dano ambiental, sem prejuízo das penalidades administrativas e criminais. A reparação deve ser buscada precipuamente por meio da restauração ambiental, e, não sendo possível, por meio da recuperação ambiental. Somente diante da impossibilidade dessas duas primeiras formas

17 Brasil. Lei nº 8.080/1990. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm >. Acesso em 19 set. 2021.

é que se passa ao exame de medidas compensatórias ecológicas ou financeiras.

Por outro lado, diante da poluição lícita, ou seja, a diminuição da qualidade ambiental decorrente de atividades licenciadas, autorizadas, suportadas pela sociedade, não se pode exigir a reparação de um dano, porque dano não há. Apesar de não haver dano, o bem ambiental, bem de uso comum do povo, de titularidade difusa, é afetado, com perdas para toda a sociedade. Assim, uma atividade empreendedora que cause externalidades ambientais negativas para a geração de ganhos financeiros estará socializando prejuízos e privatizando lucros.

O princípio do poluidor-pagador visa equilibrar essa conta, promovendo a internalização das externalidades ambientais negativas, ao impor que os impactos ambientais de um empreendimento sejam compensados, restabelecendo o equilíbrio perdido. O melhor exemplo de aplicação prática do princípio do poluidor-pagador no direito ambiental brasileiro está provavelmente no instituto da compensação ambiental, previsto no art. 36 da Lei n. 9.985/00, que determina, aos empreendimentos que possam gerar significativos impactos apurados pelo Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto ao Meio Ambiente – EIA/RIMA, o investimento de valor equivalente aos impactos não mitigados em unidade de conservação de proteção integral, como parques, estações ecológicas, reservas biológicas, refúgio para a vida silvestre e monumento natural. Veja-se, neste sentido, a lição da doutrina:

> É sutil a diferença entre o poluidor-pagador e o usuário-pagador, posto que em diversas situações a "poluição" se confunde com a "utilização" dos bens naturais. Não constitui equívoco considerar o princípio do usuário-pagador como desmembramento do poluidor-pagador. Ambos se referem ao impacto ambiental ***stricto sensu***.
>
> Por outro lado, o princípio da responsabilidade civil, ou da reparação, tem por foco o dano ambiental. Não fosse assim, toda e qualquer alteração adversa do meio ambiente estaria adstrita ao campo de aplicação do princípio da responsabilidade civil.
>
> Enquanto o princípio do poluidor-pagador tem claramente o intuito cautelar, atento à precaução e à prevenção, e compensatório dos impactos que ainda irão ocorrer, o princípio da responsabilidade civil cuida precipuamente do dano que já ocorreu.[18]

18 SIQUEIRA, Lyssandro Norton. *Qual o valor do meio ambiente*? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 74.

Em ambos os casos, tanto diante do dano, quanto do impacto ambiental *strictu sensu*, o poder público faz uso de instrumentos de comando e controle, impondo regras e policiando o seu cumprimento.

Essa lógica do comando e controle, fundamental para a organização estatal, não pode, porém, ser o fio condutor de todas as políticas públicas. É preciso trabalhar também com a ideia de recompensa, incentivo, premiação, enfim, com a ideia de fomento.

É neste sentido que o princípio de direito ambiental do protetor-recebedor ganha importância, como base dogmática para o fomento público em matéria ambiental.

Nos termos do art. 23 da Constituição da República de 1988, Municípios, Estados, Distrito Federal e União têm competência comum para atuação administrativa em matéria ambiental. Assim, considerando que incumbe ao Poder Público a proteção do meio ambiente, o pagamento de serviços ambientais poderá ser instrumento eficaz para fomentar a atuação do particular em consonância com políticas públicas.

As sucessivas e prolongadas crises econômicas vividas pelo Brasil na última década comprometem os investimentos em políticas públicas. Não há margem para incremento da infraestrutura ou para aumento do quadro de servidores sequer nas áreas mais sensíveis aos olhos do cidadão comum: segurança, saúde e educação. As políticas públicas ambientais, cujos efeitos em regra ocorrem a médio e longo prazo, acabam ficando ainda mais prejudicadas. Há uma dificuldade enorme em se conseguir "dinheiro novo" para a manutenção do que se conquistou e uma inviabilidade quase total para novos avanços.

O princípio do protetor-recebedor, em lógica distinta do comando-controle, prega que sejam criados incentivos para a adequação de comportamentos às políticas públicas desenhadas.

Fugindo, portanto, da imposição de penalidades ou de obrigações compulsórias, o princípio do protetor-recebedor busca fomentar a atuação do particular de forma concertada à da própria administração.

A Constituição da República de 1988[19], nos traz fundamento para o protetor-recebedor ao prever, em seu art. 170, entre os princípios

19 Constituição Federal. 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: (…)

da ordem econômica, a "defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação" (VI). Já está, portanto, o Poder Público autorizado ao fomento de atividades menos impactantes ao meio ambiente, mediante o mencionado tratamento diferenciado.

Previsto expressamente como princípio da Política Nacional de Resíduos Sólidos, Lei nº 12.305/2010[20], o princípio do protetor-recebedor tem o seu melhor exemplo de aplicação no pagamento por serviços ambientais, também previsto de forma localizada na Código Florestal Brasileiro, Lei nº 12.651/2012[21]. Mais recentemente, foi instituída a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais, por meio da Lei nº 14.119/2021[22]. Nos termos do art. 2º, IV, da lei, pagamento por serviços ambientais é a "transação de natureza voluntária, mediante a qual um pagador de serviços ambientais transfere a um provedor desses serviços recursos financeiros ou outra forma de remuneração, nas condições acertadas, respeitadas as disposições legais e regulamentares pertinentes". Nos termos do art. 2º, incisos V e VI, pagador de serviços ambientais pode ser o "poder público, organização da sociedade civil ou agente privado, pessoa física ou jurídica, de âmbito nacional ou internacional, que provê o pagamento dos serviços

---

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) Brasil, Constituição da República de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 19.set.2021.

20 Art. 6º São princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos: II - o poluidor-pagador e o protetor-recebedor; (Brasil, Lei nº 12.305/2010. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm >. Acesso em 19 set. 2021.

21 Art. 58. Assegurado o controle e a fiscalização dos órgãos ambientais competentes dos respectivos planos ou projetos, assim como as obrigações do detentor do imóvel, o poder público poderá instituir programa de apoio técnico e incentivos financeiros, podendo incluir medidas indutoras e linhas de financiamento para atender, prioritariamente, os imóveis a que se refere o inciso V do caput do art. 3º, nas iniciativas de: VIII - pagamento por serviços ambientais. (Brasil, Lei nº 12.651/2012. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm >. Acesso em 19.set.2021)

22 Brasil, Lei nº 14.119/2021. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14119.htm >. Acesso em 19 set. 2021.

ambientais", e provedor de serviços ambientais, a "pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, ou grupo familiar ou comunitário que, preenchidos os critérios de elegibilidade, mantém, recupera ou melhora as condições ambientais dos ecossistemas".

O fomento público para a atuação privada surge, assim, como instrumento importantíssimo para a implantação das políticas públicas ambientais. Nesta lógica, o poder público atuará como formulador de uma política a ser executada por parceiros que se comprometerão com o fiel cumprimento das obrigações pactuadas.

5. CONCLUSÃO

O fomento público viabiliza uma atuação estatal que preserva a liberdade do administrado até o momento da sua adesão à política pública. De fato, o Poder Público convida o particular a adotar determinado comportamento, concedendo a ele estímulos e incentivos, sendo desnecessário recorrer a instrumentos imperativos e cogentes. Com esse '*modus operandi*', alcança-se uma adesão mais comprometida do administrado a políticas públicas, o que significa uma menor exigência de fiscalização, imposição de multas, enfim, cumprimento forçoso do particular, porque, afinal, o particular só aderiu porque se sentiu atraído, do ponto de vista dos seus interesses e perspectivas, a agir conforme a política pública proposta pelo governo. Por óbvio, essa concertação de interesses (públicos e privados) se verifica somente nos temas em que haja convergência de interesses. O fomento público enaltece os pontos de interesses convergentes entre a Administração Pública e os particulares.

Desta forma, a primeira conclusão que se infere do estudo acima é a de que o fomento público se apresenta como instrumento de excelência sempre que houver interesses convergentes, ou, *contrario sensu*, em todas as circunstâncias em que não sejam conflitantes o interesse público e o particular. O fomento público pode ser o elo que vincula a política pública aos propósitos afetos à iniciativa privada, de forma democrática, à medida que o particular adere, voluntária e livremente aos termos e propósitos governamentais. Os resultados também são mais promissores, na medida em que o particular, ao aderir, está convencido a respeito das vantagens dessa política pública, reduzindo significativamente a necessidade de fiscalização e de outras medidas impositivas e cogentes.

Fomentar políticas públicas de meio ambiente significa entender o homem como parte integrante do sistema, e ainda, que a preservação do equilíbrio ambiental é essencial à qualidade de vida dos seres humanos. Exatamente, por reconhecer essa verdade, o legislador constituinte foi bastante claro ao associar temas concernentes a saúde, educação, saneamento básico, transporte e lazer ao meio ambiente propriamente dito, vinculando a defesa da qualidade ambiental à própria qualidade de vida do povo.

Em seara ambiental, para além dos mecanismos afetos à compensação de impactos ambientais ou à reparação integral do dano ambiental, seja pela restauração, seja pela recuperação ambiental, deve-se prioritariamente evitar ou mitigar a ocorrência do impacto e do dano ambiental, como comportamento administrativo ideal, ótimo, adequado e satisfatório ao fim colimado. A prevenção do impacto e do dano ambiental, sob qualquer ângulo que se analisar a questão, representa a melhor solução, exatamente porque qualquer outra forma de reequilíbrio ambiental pressupõe um lapso de tempo necessário para que o meio ambiente alcance novamente o equilíbrio.

O uso consciente de recursos naturais, opções consumeristas que prestigiem produtos e embalagens não poluentes, compatibilização da exploração agropecuária com a preservação da vegetação e das florestas, especialmente, nas nascentes dos rios, enfim, conciliar qualquer atividade empresarial com a preservação do meio ambiente natural, são exemplos de temas que podem inspirar políticas públicas preventivas, instrumentalizadas com a ideia de fomento público. É preciso trabalhar também com a ideia de recompensa, incentivo e premiação para se fomentar práticas de prevenção aos danos ambientais.

O fomento público ambiental pode viabilizar o incentivo ao produtor que fabrica um produto sustentável, com redução de impostos incidentes na cadeia produtiva que repercutam no preço final ao consumidor, colocando-o em paridade ou em vantagem no mercado interno e/ou internacional, e na outra ponta, instituir ações premiais que promovam o consumo de produtos com esse selo de sustentabilidade, por meio da educação, com a conscientização dos usuários, com o uso da propaganda e/ou do marketing.

O fomento público é o instrumento adequado, portanto, para inverter a tradicional lógica administrativa do comando e controle para criar um ambiente construtivo de incentivos às boas práticas sustentáveis.

REFERÊNCIAS

ALCÁZAR, Mariano Baena. Sobre el concepto del fomento. *Revista de Administratición Pública,* Madri, n. 54, 1987.

BRASIL. Constituição da República de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 19 set. 2021.

BRASIL. Lei n. 6.938/1981. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em 19 set. 2021.

BRASIL. Lei n. 8.080/1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em 19 set. 2021.

BRASIL. Lei n. 12.651/2012. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm>. Acesso em 19 set. 2021.

BRASIL. Lei n. 12.305/2010. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em 19 set. 2021.

BRASIL. Lei n. 14.119/2021. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14119.htm>. Acesso em 19 set. 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COIMBRA, Márcio Chalegre O direito Regulatório Brasileiro. Disponível em < https://jus.com.br/artigos/2076/o-direito-regulatorio-brasileiro>. Acesso em: 19 set. 2021.

GRANZIERA, M. L. M. *Direito ambiental*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MIRALÉ, Edis. Direito do Ambiente, Editora RT. Princípios Fundamentais do Direito do Ambiente. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, out. 1998.

POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoria general del fomento em el derecho administrativo. *Revista de estúdios políticos*, Madrid: El Instituto, v. 54, p. 46, nov./dez. 1949.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SIQUEIRA, Lyssandro Norton. *Qual o valor do meio ambiente*? Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2017.

Referência:

MELLO, Célia Cunha; SIQUEIRA, Lyssandro Norton. O fomento público como instrumento de implementação de políticas públicas ambientais. *Direito Público*: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v.18, n.1, p. 74-88, jan./dez., 2021.

EXCLUSÃO DE SÓCIO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

EDUARDO GOULART PIMENTA[1]

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Exclusão de Sócio. 2.1 Exclusão extrajudicial de sócio por violação ao dever de integralização. 2.2 Exclusão extrajudicial de sócio por violação ao seu dever de colaboração. 2.3 Exclusão judicial de sócio. 3 Apuração de haveres do sócio excluído e seu regime jurídico no Código de Processo Civil, Código Civil e Lei nº 6.404/76.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar a retirada compulsória de sócio a partir dos impactos que sobre ele provocou o Código de Processo Civil de 2015. Além disso, por essencial conexão, o texto refere-se às regras aplicáveis à apuração dos haveres do sócio excluído, que também encontraram expressa e significativa acolhida no Código de Processo Civil de 2015.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Societário. Código de Processo Civil.

1. INTRODUÇÃO

Dissolução parcial de sociedade refere-se a qualquer evento que provoque a extinção da relação societária em relação a um ou alguns dos membros sem, entretanto, afetar sua continuidade no que se refira aos demais integrantes[2].

É o rompimento do contrato de sociedade em relação a um dos sócios, com a sua manutenção entre os demais e, principalmente, a permanência da pessoa jurídica criada e da atividade a qual ela se dedica.

---

1 Procurador do Estado de Minas Gerais. Doutor e Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da UFMG. Professor Adjunto de Direito Empresarial na Faculdade de Direito da UFMG e da PUC/MG. Árbitro e consultor em Direito Empresarial.

2 Se é correto afirmar que as formalidades de constituição representam o início da existência da pessoa jurídica e, lado outro, a sua dissolução total significa seu encerramento, a dissolução parcial pode ser entendida como o recomeço da sociedade, que, embora alterada – muitas vezes de forma radical – em seu grupo de sócios, se reestrutura juridicamente para continuar no exercício de seu objeto.

A dissolução parcial da sociedade é um gênero do qual são espécies o direito de retirada ou recesso societário, a exclusão de sócio e, dependendo da solução aplicada, também o falecimento de sócio e a penhora de suas quotas.

Com suas evidentes e relevantes peculiaridades, todos se aplicam tanto às sociedades anônimas quanto às limitadas, razão pela qual se passa à abordagem de cada uma destas modalidades em ambos os modelos societários.

2. EXCLUSÃO DE SÓCIO

A exclusão de sócio é a espécie ou modalidade de dissolução parcial de sociedade caracterizada pela saída compulsória de um dos integrantes, fundamentada em violação de suas obrigações legais ou contratuais e formalizada por deliberação dos demais sócios ou decisão judicial.

A primeira das obrigações dos sócios consiste no chamado dever de conferimento ou integralização. Trata-se da obrigação que cada sócio assume de integralizar - transferir ao patrimônio social - a parcela do capital social por ele subscrita na forma de ações ou quotas.

Ao lado deste dever apresenta-se também a noção de dever de colaboração, que se constitui na obrigação que os membros da sociedade assumem no sentido de se empenharem – ou, no mínimo, de não comprometerem - a consecução do objeto social.

Portanto, a elaboração doutrinária acerca do instituto da exclusão de sócio gravita em torno das noções de rescisão contratual por inadimplemento, do dever de conferimento e de colaboração do sócio e do princípio da preservação da empresa. O contrato social é rescindido em relação ao participante que viola os seus deveres de sócio com o fim de preservar-se a empresa e o núcleo econômico organizado[3].

---

3 No regime jurídico anterior ao Código Civil de 2002, a exclusão de sócio, inicialmente admitida apenas como consequência à violação do dever de conferimento, caminhou, para os quotistas, no sentido de ser admitida também para o caso de inadimplemento ao dever de colaboração.

Em um primeiro momento, a exclusão de sócio quotista somente era acolhida na hipótese de não integralização de sua parcela no capital social (art. 7º do Dec. 3708/19), posto ser esta a única situação prevista expressamente na legislação específica.

O tema será tratado tanto no que diz respeito às sociedades limitadas quanto às anônimas, conforme se configure hipótese de exclusão a ser formalizada por ato dos próprios sócios (exclusão extrajudicial) ou pelo Poder Judiciário (exclusão judicial) e segundo trate-se de exclusão por inadimplemento ao dever de conferimento ou de colaboração.

2.1. EXCLUSÃO EXTRAJUDICIAL DE SÓCIO POR VIOLAÇÃO AO DEVER DE INTEGRALIZAÇÃO

A exclusão de sócio é medida tradicionalmente aplicada àquele integrante de sociedade que se furta ao dever de realizar a parcela do capital social por ele subscrita, tendo encontrado acolhida expressa no Código Comercial de 1850 (art. 289), Dec. Lei 3. 708/19 (art. 7º), Lei das Sociedades Anônimas (art. 107, II da Lei nº 6.404/76) e Código Civil.

O Código Civil dedicou dois dispositivos ao regramento da questão, sendo o primeiro deles o par. único do art. 1004, que, referindo-se às sociedades simples, dispõe que o sócio remisso[4] pode, se devidamente constituído em mora, ser retirado compulsoriamente dos quadros da sociedade por opção da maioria dos demais sócios.

Este dispositivo é o que fixa as condições básicas para a exclusão de sócio remisso também no que diz respeito às sociedades limitadas, dada a expressa referência que a ele efetuou o art. 1.058, este sim localizado na parte do Código Civil dedicada especificamente às limitadas.

O sócio quotista remisso é constituído em mora para fins de sua exclusão, seguindo-se as determinações do *caput* do art. 1.004, o qual estipula que os representantes legais da sociedade devem proceder à notificação extrajudicial do sócio que descumpra a forma ou prazo contratualmente fixados para a integralização das quotas por ele subscritas.

Posteriormente, estudiosos e tribunais passaram a admitir também, nas sociedades por quotas, a exclusão de sócio que afrontasse seu dever de colaboração, de forma a consagrar as preocupações com a preservação da empresa e a flexibilização do *intuitu personae* como regra de organização do corpo societário. Sobre a evolução da matéria no direito brasileiro, confira: REQUIÃO, Rubens. *A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio*. Ed. Acadêmica. Curitiba. 1959.

4 Sócio remisso é aquele que não cumpre, no prazo e forma estipulados, o dever de integralizar suas quotas ou ações.

O segundo requisito, posterior à notificação citada, diz respeito a deliberação societária no sentido da saída compulsória do sócio remisso. Trata-se de questão controversa, pois a literalidade do artigo 1.058 do Código Civil se reporta aos "outros sócios", expressão que remete à maioria de pessoas, e não do capital social.

Isto significa que, para a aplicação da exclusão extrajudicial a um sócio quotista remisso, na forma dos artigos 1.004 e 1.058 do Código Civil, é necessária a concordância anterior da maioria dos demais membros, o que não necessariamente corresponde à maioria do capital social[5].

O art. 1058, aplicável especificamente às sociedades limitadas, dispõe sobre outras medidas além da exclusão, colocadas à disposição dos sócios remanescentes contra o integrante remisso.

Este dispositivo preocupou-se em frisar que os demais sócios podem optar pela transferência das quotas do sócio remisso a si próprios ou a terceiros, estando, em qualquer das hipóteses, obrigados a restituir ao sócio excluído os valores que este já tenha integralizado, deduzidas as despesas judiciais e extrajudiciais com a exclusão, os juros da mora na integralização do capital e outras prestações estabelecidas no contrato[6].

A figura do sócio que contribui para a sociedade com serviços, ao invés de bens ou dinheiro, acarreta outra hipótese de exclusão extrajudicial de sócio violador de seus deveres sociais. Trata-se daquela prevista no art. 1.006 do Código Civil, que prevê a sanção de exclusão e privação de lucros ao sócio de indústria que, em uma Sociedade Simples,

---

5 Trata-se, portanto, de expressa exceção à regra geral em termos de deliberações societárias, a qual é baseada no capital social e não no número de sócios.

Deve-se salientar, em apoio à exceção mencionada, que o sócio remisso sujeita os demais integrantes da sociedade limitada a responderem, com seu patrimônio pessoal, pela integralidade das quotas não integralizadas (art. 1052 do Código Civil).

Assim, constatado o descumprimento, por um sócio, de seu dever de integralização, poderão os outros integrantes efetuar sua exclusão sem depender de aprovação da maioria do capital social, de forma a preservarem seus bens particulares contra eventuais responsabilidades pelas quotas não integralizadas.

6 Tais opções decorrem da própria liberdade dos sócios escolherem os demais membros da sociedade (no caso da opção pela cessão das quotas a terceiros ou aos membros remanescentes) e da proibição legal de enriquecimento sem causa (que estaria a incidir caso a sociedade pudesse ficar com as parcelas já pagas pelo sócio remisso excluído).

empregue-se em atividade estranha ao objeto social, sem autorização contratual[7].

A exclusão de sócio remisso encontra-se expressamente acolhida também nos arts. 106 e 107 da Lei nº 6.404/76, com base nos quais, verificada a mora do acionista, na integralização de suas ações, a companhia pode optar entre a cobrança judicial dos valores devidos ou a venda das ações do remisso em Bolsa de Valores[8], hipótese que, na prática, equipara-se à sua exclusão.

O sócio remisso – violador de seu dever de integralização – é, portanto, sancionado com a possibilidade de sua exclusão extrajudicial em qualquer modelo societário atualmente disciplinado no direito brasileiro, dadas a facilidade e objetividade na comprovação da falta cometida e o comprometimento que esta falta acarreta para as atividades da sociedade – no caso das companhias – ou mesmo para o patrimônio pessoal dos demais sócios – na hipótese das limitadas.

2.2. EXCLUSÃO EXTRAJUDICIAL DE SÓCIO POR VIOLAÇÃO AO SEU DEVER DE COLABORAÇÃO

O sócio quotista pode ser excluído por ato extrajudicial dos demais integrantes não apenas quando descumpre seu dever de integralização, mas também quando negligencia seu dever de colaborar para o sucesso da empresa, como se pode constatar no art. 1.085 do Código Civil.[9]

---

7 O sócio de indústria somente é admitido, no atual direito societário brasileiro, na Sociedade Simples, regida pelos artigos 997 e seguintes do Código Civil.

8 As companhias fechadas não têm, por óbvio, como alienar as ações do sócio remisso em Bolsa de Valores. Por isso, verificada a mora do acionista de companhia fechada na integralização de suas ações, cabe a opção entre a cobrança judicial dos valores devidos ou, na forma do art. 107 par. 4º da Lei n. 6.404/76, a exclusão do sócio inadimplente, seja através da integralização de suas ações com lucros ou reservas (declarando-as caducas) ou por meio da redução do capital social no montante a elas referente.

9 Questão negligenciada no Código Comercial de 1850 e no Dec. Lei n. 3. 708/19, o tema suscitou amplo debate doutrinário e jurisprudencial, face à necessidade de conciliar o interesse na preservação da empresa contra a conduta dos sócios, por um lado, e o direito do sócio de permanecer na sociedade, por outro. "*A ausência de disciplina legal expressa acarretou, a nosso ver, inadequada e excessivamente ampla solução para a matéria. Passou-se a conferir validade a exclusão extrajudicial de sócio quotista por simples deliberação da maioria do capital social – e independente de cláusula contratual neste sentido - tendo como fundamento (ou "justa causa") a alegação de*

A análise do art. 1.085 do Código Civil deve começar com o próprio título da Seção VII, Capítulo IV, Livro II, no qual se insere a norma em estudo. Trata-se "Da resolução da sociedade em relação a sócios minoritários".

Contraposta à já estudada diretriz dos art. 1.004 e 1. 058, aqui o Código Civil deixa expressa sua orientação de que o art. 1.085 se aplica somente aos quotistas minoritários, pois vincula a exclusão extrajudicial ali disciplinada a anterior aprovação pela maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social.[10]

Note-se, porém, que os demais requisitos fixados pelo art. 1.085 não escapam de críticas, em que pese o louvável objetivo buscado. São eles: a prática de ato de inegável gravidade e que ponha em risco a continuidade da empresa; a existência de cláusula no contrato social estipulando a possibilidade de exclusão extrajudicial de sócio por "justa causa" e, por fim, a garantia de ampla defesa ao sócio que se pretende excluir.

Inicialmente deve-se ressaltar que as expressões "atos de inegável gravidade" que "ponham em risco a continuidade da empresa" e "justa causa", empregadas pelo artigo em questão, se equivalem, na medida que estes "atos de inegável gravidade" são exatamente a causa (ou melhor, a "justa causa") de exclusão do sócio.

Dito isso, tem-se que precisa constar do contrato social uma cláusula que autorize a maioria do capital a excluir um sócio minoritário sempre que houver "justa causa", ou seja, sempre que um sócio minoritário praticar atos de inegável gravidade e que ponham em risco a continuidade da empresa.

Estes atos de inegável gravidade devem, por sua vez, ser compreendidos como violações ao dever de colaboração do sócio. Trata-se do sócio que age deliberadamente contra, e não a favor do empreendimento comum, colocando, assim, toda a empresa em risco.

---

simples "desarmonia" com o membro excuído."(LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Limitadas.* 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 601 e segs).

10 Não se pense, entretanto, que o Código prevê a sanção de exclusão por violação aos deveres de colaboração apenas para os sócios minoritários. Ocorre que, como se demonstrará, a exclusão do sócio majoritário, por violação de seu dever de colaboração, se efetua judicialmente.

Por outro lado, chama a atenção a exigência, pelo art. 1.085 do Código Civil, de quórum majoritário tanto segundo o número de sócios quanto com base no montante do capital social.

É recomendável, dada a excessiva amplitude da expressão, que o contrato social enumere, sempre em rol exemplificativo, atos que serão considerados, para fins de aplicação do art. 1.085 do Código Civil, de "inegável gravidade" e capazes de colocar em risco a continuidade da empresa[11].

Quanto ao prazo e forma para o exercício, pelo sócio em vias de exclusão, do direito de defesa contra este ato, é preciso salientar, em primeiro lugar, a obrigatoriedade de informação ao acusado, por escrito e de forma detalhada, dos atos de inegável gravidade que lhe são atribuídos.

Sua defesa deverá ser apresentada na assembleia ou reunião de sócios convocada, na forma da lei, para deliberar sobre sua exclusão, considerando-se prazo exigível para elaboração desta defesa aquele estipulado no Código como lapso temporal mínimo entre a realização das formalidades de convocação da assembleia de sócios e sua realização (art. 1.152 par. 3º do Código Civil).

A grande crítica ao dispositivo em análise se refere ao acolhido direito de defesa do sócio em vias de ser excluído da sociedade, pois, ao final das contas, quem vai analisar a gravidade do ato atribuído ao sócio e o risco que ele ou estes atos trazem à continuidade do empreendimento?

A redação do texto legal em estudo acaba por possibilitar que a maioria - dos sócios e do capital social – simplesmente acredite que o integrante a ser excluído tenha praticado tais atos de inegável gravidade para que se possa, de fato, efetuar a sua exclusão da sociedade, restando ao integrante acusado – e não aos seus acusadores - o ingrato ônus de desconstituir, em sua defesa, tal "presunção".

Poder-se-ia argumentar, em prol do sócio minoritário em vias de ser excluído, que é a maioria do capital social e dos sócios que precisa provar a "justa causa" motivadora do ato de exclusão por eles posto em prática.

Tal assertiva é correta, mas não soluciona a questão pois não há, *in casu*, um terceiro que, alheio ao conflito entre os sócios, venha a julgar as provas das alegações formuladas por cada uma das partes.

---

11 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 395.

No caso do art. 1.085, os "acusadores" (sócios remanescentes) são as mesmas pessoas que vão avaliar e julgar as razões do "acusado" (o sócio minoritário a ser excluído). Não há, como no processo judicial ou administrativo, a estrutura tríplice composta por autor, réu e julgador. Aqui as pessoas do autor e julgador se confundem, em notória afronta aos mais basilares princípios processuais.

Infelizmente, a redação do art. 1.085 do Código Civil transformou a exclusão extrajudicial de sócio quotista em verdadeira "denúncia vazia", ao permitir que tal medida seja fundamentada na fluida noção de "ato de inegável gravidade" e, principalmente, ao conferir à maioria - dos sócios e do capital social - a apreciação desta gravidade e de suas consequências para a empresa.

Dada esta constatação, resta salientar que o sócio excluído em virtude de alegações infundadas tem essencialmente duas formas de defender seus interesses diante do ato abusivo contra ele praticado. São eles: a anulação da deliberação que o tenha excluído da sociedade e a propositura de ação de responsabilidade civil para indenização dos prejuízos decorrentes da exclusão abusiva.[12]

Com relação à ação anulatória da deliberação, o sócio excluído deve verificar se todas as formalidades legais referentes a aspectos como prazo e forma de convocação da assembleia, quórum de instalação e deliberação válida e arquivamento da ata foram cumpridos, em toda a sua extensão, pela sociedade.

Fixado que a deliberação social válida é pressuposto para a realização da exclusão de sócio pela sociedade, a anulação da assembleia de sócios acarretará a nulidade das resoluções ali tomadas, conforme expressa previsão do art.166, IV, do Código Civil.

Por outro lado, quando o ato de exclusão é, por assim dizer, "improcedente quanto ao mérito", ou seja, encontra-se desamparado em causa justificadora estampada em lei ou no ato constitutivo, a situação é diversa.

---

12 J. X. Carvalho de Mendonça, já apontava os dois possíveis caminhos a serem seguidos pelo sócio que, excluído da sociedade, não se conforma com tal deliberação, por considera-la abusiva ou infundada: *"O meio que tem o sócio assim excluído é a ação ordinária para anular a deliberação da maioria dos sócios, provando que esta não atendeu nem respeitou os termos do contrato social, e exigir os danos pela infração contratual".* CARVALHO DE MENDONÇA, J.X. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro, vol. III.* 5.ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, São Paulo, 1954, p. 149.

Isto porque, nesta hipótese, a nulidade do ato da sociedade atinge seu próprio objeto (art. 166, II do Código de 2002), inviabilizando qualquer tentativa no sentido de repeti-lo. Desta forma o sócio tem o direito de retornar à sociedade e, a não ser que posteriormente viole seus deveres para com o ente jurídico comum, poderá nela permanecer, posto não admitir o Código Civil a exclusão imotivada.

Embora seja a solução mais correta, sob o ponto de vista técnico, a reintegração do sócio à sociedade pode – e invariavelmente traz – consequências danosas à empresa e a todos os sócios envolvidos dada a animosidade que entre surge entre aquele a quem se tentou excluir e os demais.

Nesta situação, parece mais adequada a condenação dos autores da exclusão indevida a indenizar o sócio excluído indevidamente, medida que, se não é a ideal, ao menos evita o constrangimento de impor a convivência entre o membro a quem se tentou excluir e seus antigos consortes.

Com relação à ação ordinária de perdas e danos, a ser movida pelo sócio excluído contra a sociedade, temos que seja possível postular eventuais indenizações vinculadas tanto a ofensas de ordem material quanto de cunho moral[13].

Também os sócios remanescentes têm direito a postular judicialmente, por meio de ação ordinária de indenização, eventuais prejuízos causados a eles ou à sociedade pela má conduta do sócio excluído.

Os prejuízos indenizáveis podem ser, da mesma forma que o verificado para a indenização da sociedade ao sócio excluído, de ordem material ou moral.

No primeiro caso incluem-se hipóteses como, por exemplo, eventuais negócios acaso incompletos em virtude de atitudes do membro inadimplente com seus deveres, enquanto a eventual indenização por dano moral é exigível sempre que o sócio excluído tenha provocado, por ação ou omissão, danos à imagem dos demais consortes ou da sociedade.

---

13 Dentre os valores materiais indenizáveis estão as reservas ou dividendos distribuídos no período em que o sócio estava indevidamente fora da sociedade, ações ou quotas provenientes de aumentos de capital e quaisquer outros recursos financeiros auferidos pelos membros remanescentes durante a vigência dos efeitos da exclusão injustificada, englobados dentro da noção de lucros cessantes.

Da mesma forma, eventuais despesas que o sócio excluído tenha contraído, em função de sua expulsão indevida dos quadros sociais, devem lhe ser devolvidas

2.3. EXCLUSÃO JUDICIAL DE SÓCIO

A exclusão de sócio por ato do Poder Judiciário (exclusão judicial) encontra-se disciplinada pelo art. 1.030 do Código Civil e tem por fundamento a "falta grave [do sócio] no cumprimento de suas obrigações". Pouco importa, deste modo, se as obrigações descumpridas se referem ao dever de conferimento ou ao dever de colaboração.

A ação judicial para a exclusão de um sócio deve ser proposta, com base no art. 1.030 do Código Civil (c/c art. 600 do Código de Processo Civil de 2015), pela própria sociedade, mas após deliberação aprovada pela "maioria dos demais sócios", termo que remete à maioria dos demais integrantes, e não do capital social. É, assim, verdadeira a conclusão de que a exclusão de sócio quotista, pelo Poder Judiciário, não depende de deliberação aprovada por sócios que detenham mais da metade do capital social.

A razão para tal posicionamento do Código é a constatação de que qualquer sócio (inclusive o majoritário) pode incorrer em violação aos seus deveres para com a sociedade, facultando-se à maioria dos membros remanescentes – majoritários ou não - o recurso ao Judiciário, onde terão que comprovar suas alegações contra aquele que se pretende excluir.

O outro fundamento para a propositura de ação de exclusão de sócio é, nos termos do art. 1. 030, a "incapacidade superveniente" dele, termo que carece, nesta hipótese, de algum esclarecimento sobre seu real significado.

Quando a realização do objeto social depender de determinada condição pessoal dos sócios e algum deles tiver retirado o poder de realizar tal conduta, há que se entender como ocorrida a hipótese de exclusão ora tratada. É, por exemplo, o caso da sociedade constituída por médicos, para a prática da medicina, em que um dos membros tem cassada sua licença profissional. Está este sócio, em virtude da sanção sofrida, impedido de colaborar com os demais (ao menos de forma plena) na realização da atividade comum[14].

---

14 Diferente seria a solução, porém, se a mesma sociedade, embora constituída por médicos, tivesse por objeto social a prática de atividade alheia à medicina. Nesta situação a privação do direito ao exercício profissional por um dos membros em nada afeta sua possibilidade de plenamente realizar seus deveres sociais (de conferimento e de colaboração).

Vale também observar que, por se tratar de regra atinente às Sociedades Simples, o art. 1.030 do Código Civil somente se aplica às sociedades limitadas desde que não estejam estas últimas, por previsão contratual, sujeitas, em caráter supletivo, aos dispositivos da Lei n. 6.404/76[15].

3. APURAÇÃO DE HAVERES DO SÓCIO EXCLUÍDO E SEU REGIME JURÍDICO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, CÓDIGO CIVIL E LEI Nº 6.404/76

Havida a dissolução parcial de uma sociedade, rompem-se os vínculos societários - como na hipótese de dissolução total - com a peculiaridade de que, aqui, tem-se apenas a ruptura parcial do instrumento constitutivo da sociedade (ou seja: apenas em relação a um ou alguns dos membros), preservando-se, desta forma, o ente jurídico personalizado.

Após a manifestação do sócio insatisfeito (no recesso) ou dos demais consortes (na exclusão) no sentido de romper parcialmente o vínculo societário - enquadradas, ambas, no conceito de declaração receptícia de vontade - deve, obrigatoriamente, ocorrer o procedimento tendente à liquidação da parcela do patrimônio social pertencente àquele membro dissidente.

Trata-se da apuração de haveres, que, desta maneira, constitui-se em fase tipicamente procedimental - como a liquidação total - realizada posteriormente ao rompimento parcial dos vínculos societários - momento essencialmente de direito material, como a dissolução - visando a quantificação, realização e entrega da fração do patrimônio

---

15 Pode-se perguntar então como fica o sócio majoritário de sociedade limitada ou o acionista que viola seu dever de colaboração, posto não ser possível aplicar-lhes a regra do art. 1.030 do Código Civil.

Estes sócios não estão, como a princípio pode parecer, desonerados de honrar seu dever de colaboração, mas não há fundamento legal para que se pretenda excluir-lhes da sociedade, ainda que por via judicial.

Entretanto, se estes sócios causarem prejuízos à sociedade, ela poderá demandar-lhes, por via judicial, a reparação civil destes prejuízos, seja com fundamento no exercício abusivo do controle (art. 117 da Lei nº 6.404/76) ou mesmo com base no abuso dos direitos de sócio (art. 187 do Código Civil).

social cabível ao sócio que, voluntariamente ou não, está a abandonar a sociedade.[16]

A liquidação total da sociedade tem como pressuposto lógico a ocorrência de uma das hipóteses de completo rompimento dos vínculos societários, expressas como causas de dissolução total da pessoa jurídica. Da mesma forma, é de se reconhecer, no caso da apuração de haveres, que só se justifica quando verificada uma das várias hipóteses de rompimento parcial dos vínculos societários.[17]

Diante do exposto, denomina-se apuração de haveres a série de atos destinados a quantificar, realizar e restituir, ao sócio que deixa a sociedade, o valor correspondente à sua fração no patrimônio social. Esta série de atos segue-se à dissolução parcial da sociedade, quando, por qualquer dos motivos legalmente admissíveis, há o rompimento do contrato social em relação a um ou alguns dos sócios.

Uma vez resolvido parcialmente o contrato de sociedade, é necessário, como consequência lógica, restituir ao sócio que deixa a pessoa jurídica o valor correspondente à sua fração no patrimônio da sociedade. Para isto é preciso, inicialmente, fixar, em moeda corrente, qual o valor do patrimônio social e, em consequência, da quota do sócio que deixa a sociedade.

Após tal quantificação, os bens e direitos da pessoa jurídica serão, em princípio, liquidados – ou seja, vendidos – em montante corres-

---

16 "É visto, assim, que o objeto específico da instituição de que nos ocupamos [apuração de haveres] é operar a transmutação do direito patrimonial abstrato de sócio (enquanto jungido ao contrato), convertendo-o normalmente em prestação pecuniária exigível. É forma instrumental que dá corpo e objetividade exterior à situação jurídica preexistente, advinda da ruptura parcial do vínculo societário, possibilitando (conforme seus resultados) a exigibilidade, por parte do sócio ou de que o substitua, do crédito apurado". ESTRELLA. Hernani. Apuração dos haveres de sócio. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p.170.

17 A apuração de haveres é procedimento realizado necessariamente após a ocorrência, no interior da sociedade, de qualquer hipótese de dissolução parcial. "*(…) em se verificando o afastamento de sócio com a sobrevivência da sociedade, se faz mister determinar e liquidar os seus haveres ou, eventualmente, fixar sua responsabilidade. É essa a destinação específica, para a qual a providência foi concebida e aperfeiçoada. Por conseguinte, o âmbito próprio de sua aplicação é o desligamento de sócio, por qualquer uma das já apontadas causas: morte, despedida voluntária, exclusão, incapacidade superveniente e falência.*" ESTRELLA. Hernani. *Apuração dos haveres de sócio*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p.167-168.

pondente ao valor apurado para a fração do sócio que está saindo, devendo, por fim, ser efetivada a transferência dos recursos financeiros decorrentes desta liquidação para a titularidade do agora ex-sócio.

O Código Civil contém um único dispositivo específico sobre o procedimento de apuração de haveres. Trata-se do art. 1.031, que, seja por referência expressa – como nos casos dos arts. 1.085 e 1.086 – ou por absoluta inexistência de alternativa legal, é regra aplicável, em se tratando do assunto, para todos os casos de dissolução parcial e apuração de haveres nas sociedades regidas pelo Código Civil[18].

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105/2015), por sua vez, cuidou do que denomina "ação de dissolução parcial de sociedade" em seus artigos 599 a 609, os quais se aplicam a todas as sociedades regidas pelo Código Civil, tanto nos casos de exclusão quanto de recesso ou falecimento de sócio (art. 599, I e II)[19].

O citado art. 1.031 do Código Civil cuida expressamente de duas das três providências inerentes ao procedimento de apuração de haveres, já que estabelece um critério para a quantificação do valor da quota do sócio e também a forma e prazo para sua quitação, deixando de lado as questões inerentes ao modo de realização dos ativos da sociedade no montante necessário ao pagamento de tais haveres.

Sobre o critério para quantificação do valor da quota do sócio que deixar a sociedade, pode-se afirmar que o art. 1.031 do Código Civil opta pelo valor patrimonial[20] – ou valor de patrimônio líquido – da

---

18 Art. 1.031 – Nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado.

§ 1º O capital social sofrerá a correspondente redução, salvo se os demais sócios suprirem o valor da quota.

§ 2º A quota liquidada será paga em dinheiro, no prazo de noventa dias, a partir da liquidação, salvo acordo, ou estipulação contratual em contrário.

19 O par. 2º do art. 599 do Código de Processo Civil admite ainda que as regras sobre a "ação de dissolução parcial de sociedade" (arts. 599 a 609) sejam aplicadas também às companhias fechadas quando demonstrado, por acionista ou grupo titular de cinco por cento ou mais do capital social, que a sociedade não pode preencher o seu fim.

20 Como já explicitado em capítulo anterior, o valor patrimonial da quota tem por referência o patrimônio líquido da sociedade, o qual é, em tese, expresso no

quota, a ser obtido através de "balanço especialmente levantado" com base na "data da resolução" parcial do contrato social[21].

Assim, a quantificação do valor da quota do sócio, para fins de apuração de haveres, se efetua a partir de balanço contábil especialmente elaborado e no qual se espera ver o patrimônio líquido da sociedade e também, em consequência, o valor patrimonial das quotas do sócio que deixa o contrato e a pessoa jurídica[22].

Ainda, fixa o art. 1.031 do Código Civil o prazo de 90 (noventa) dias para que, após liquidados os bens e direitos da sociedade em montante correspondente ao valor patrimonial das quotas do agora ex-sócio, seja realizado o pagamento, de uma só vez e em dinheiro, da quantia devida.

Embora possa parecer adequada e de significativa completude, a redação do ora analisado artigo do Código Civil omite-se sobre pontos de grande relevância para a disciplina legal da apuração de haveres e, por outro lado, regula de forma ineficiente outros aspectos de importância para a questão. Cumpre apresentar tais lacunas ou inadequações normativas, o que se passa a fazer, começando pelo critério adotado para cálculo do valor das quotas.

O valor do patrimônio líquido de uma pessoa jurídica – e o decorrente valor patrimonial de suas quotas ou ações – não é considerado,

---

Balanço Patrimonial da pessoa jurídica e corresponde, em síntese, ao valor dos bens e direitos da sociedade, menos o montante de suas dívidas.

O art. 606 do Código de Processo Civil de 2015 também regulamenta o critério para quantificação do valor da quota no mesmo sentido, já que se refere ao "valor patrimonial apurado em balanço de determinação", desde que omisso o contrato social.

21 Com relação ao critério adotado na apuração de haveres, várias foram as referências na legislação brasileira, como se pode constatar, a título de análise histórica, no Código Comercial de 1850, Código Civil de 1917 e Dec. Lei n. 3.708/19, por exemplo. Segundo Hernani Estrella, dentre a grande diversidade de critérios adotados, aquele baseado no último balanço aprovado se mostrava, em nossa *"tradição inveterada"*, o preferido. ESTRELLA. Hernani. *Apuração de haveres de sócio*. p. 173.

22 É necessário lembrar que há diversos critérios possíveis de serem empregados na elaboração de um balanço contábil. Isto significa dizer que, dependendo do critério adotado e da modalidade de balanço contábil realizada, serão obtidos resultados econômicos diferentes. RIBAS. Roberta de Oliveira e Corvo. Apuração de Haveres na Sociedade Empresária Limitada. (In:) COELHO. Fábio Ulhôa (Coord.). *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 270 e segs.

sob os aspectos econômico e gerencial, o critério mais adequado para se avaliar um empreendimento.

Umas das razões está na constatação de que os balanços contábeis de uma sociedade, por mais cuidadosos e detalhados que sejam, são quase que imediatamente desatualizados, por força de circunstâncias fáticas e jurídicas inerentes à atividade econômica.

Elaborados com base em informações referentes a um momento determinado, os valores lançados nas demonstrações contábeis de uma pessoa jurídica são inevitável e rapidamente alterados, tanto pela ação de fatores decorrentes das atividades negociais da sociedade - números de compras e vendas, lucros, despesas, etc. – quanto pela natural depreciação de seus bens e direitos[23].

Outro fator que compromete o critério de quantificação dos haveres de sócio fixado pelo Código Civil está na existência, no patrimônio social, de bens e direitos imateriais[24] ou "intangíveis", cuja adequada quantificação contábil se revela extremamente complexa.

Qual, por exemplo, é o correto valor de uma determinada marca? Como atribuir valor ao endereço – o chamado "ponto" - no qual esteja localizado o empreendimento? Qual a diferença, em termos de faturamento, entre o atendimento aos clientes realizado pelo sócio que está saindo ou por aqueles que permanecem no quadro social?[25]

---

23 Veja-se, por exemplo, uma sociedade cujos ativos estejam atrelados ao valor do Dólar: uma guinada brusca na cotação desta moeda em relação ao Real – algo que pode ocorrer "de um dia para o outro" – altera bruscamente o valor dos ativos ou do passivo da sociedade, refletindo diretamente na apuração dos haveres do sócio.

24 Tratam-se de bens e direitos sem existência física, como patentes e direitos sobre marcas ou referentes ao "ponto comercial". COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial. Vol. I.* 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 169.

25 Por isso é possível afirmar que uma apuração de haveres realizada sob as regras do art. 1.031 do Código Civil será ficta e presumida, pois efetuada a partir do valor de mercado atribuído aos ativos sociais segundo regras contábeis de avaliação, e não com a efetiva alienação de tais bens e direitos.

O art. 606 do Código de Processo Civil de 2015 também adotou, como já aqui ressaltado, o valor patrimonial da quota como critério de apuração dos haveres de sócio. Em seu texto, tal dispositivo da lei processual refere-se expressamente à inclusão dos "intangíveis" no cálculo do patrimônio social, sem considerar, ao que parece, as dificuldades inerentes à quantificação de seu "preço de saída", que, em outros termos, corresponde ao presumido e ficto valor de mercado do bem avaliado.

A quase imediata desatualização dos Balanços contábeis, somada à significativa – e inevitável - arbitrariedade na fixação do valor de mercado (ou "preço de saída", como prefere o Código de Processo Civil) dos bens intangíveis tornou, na realidade dos fatos, o valor patrimonial de quotas ou ações referência menos relevante, para os fins aqui tratados.

Pode-se constatar que o procedimento de avaliação de uma empresa – denominado *valuation* – segue, em matéria de administração financeira e contábil, outros critérios que, embora também imperfeitos, se mostram mais adequados à necessidade de se quantificar, em moeda corrente, um empreendimento empresarial e a correspondente fração de cada um dos sócios[26].

No que tange a omissões, chama atenção que o art. 1.031 do Código Civil tenha deixado de disciplinar qualquer aspecto referente a forma ou prazo para liquidação dos bens e direitos correspondentes ao valor da quota do sócio que deixa a sociedade.

Segundo o art. 1.031 do Código Civil, os haveres do sócio devem ser pagos em, no máximo, 90 (noventa) dias, "a partir da liquidação" deles[27]. Portanto, somente após vendidos os bens da sociedade correspondentes à fração do sócio que está saindo é que se pode iniciar a contagem do prazo citado. O que fazer, então, se a sociedade prolonga indefinidamente, pelas mais diversas razões, a venda aqui referida[28]?

---

26 Dentre os métodos de avaliação de empresas - *business valuation* – o chamado método do "fluxo de caixa descontado" é, atualmente, o mais empregado, pois se baseia na perspectiva de lucratividade futura do empreendimento avaliado e não apenas no valor dos bens e direitos utilizados.

Em absoluta síntese, o método do "fluxo de caixa descontado" – FCD - projeta os ganhos potenciais da empresa para o futuro e os submete a uma taxa de desconto, com o objetivo de encontrar seu valor no presente.

Coloca-se em perspectiva o potencial de geração de ganho da empresa e abate-se deste valor futuro uma taxa de desconto, que o trará para o presente. (GITMAN. Lawrence J. MADURA. Jeff. *Administração financeira*. São Paulo: Pearson, Addison Wesley, 2003. P. 89 a segs.)

27 Este prazo e forma de pagamento são adotados, em havendo omissão contratual, também pelo art. 609 do Código de Processo Civil de 2015.

28 Como exemplo destas "mais diversas razões" tem-se desde aquelas independentes da vontade das pessoas envolvidas - como dificuldade para encontrar compradores e risco de inadimplência - quanto outras que muitas vezes decorrem da

Assim, de nada adianta o exíguo prazo de 90 (noventa) dias para pagamento dos haveres ao sócio se este prazo só se inicia com o término da liquidação da parte dos bens da sociedade correspondente às quotas apuradas, algo que, como se viu, não tem qualquer prazo para duração estabelecido pelo art. 1.031 do Código Civil.

Se as apontadas omissões ou inadequações do art. 1.031 do Código Civil comprometem o direito do sócio titular dos haveres, a ali prevista regra supletiva de pagamento único, em dinheiro, dos haveres apurados certamente representa desfalque significativo no patrimônio de qualquer sociedade, o qual muitas vezes poderá mesmo inviabilizar a continuação das atividades da pessoa jurídica.

Mais adequado e factível seria que se estipulasse o pagamento parcelado dos haveres apurados, de forma a permitir que a pessoa jurídica se reorganizasse patrimonialmente enquanto efetuasse a quitação da parcela do sócio que se retirou do empreendimento.

Deste modo, o critério de apuração dos haveres fixado pelo art. 1.031 do Código Civil é ineficiente tanto para a manutenção das atividades da sociedade quanto – e principalmente – para garantir ao sócio que deixa o empreendimento a adequada quantificação e pagamento do valor de sua participação no patrimônio social.

Como já aqui se disse repetidas vezes, a regulação das sociedades limitadas no direito brasileiro é eminentemente supletiva, especialmente no que tange às relações intrasocietárias. Isto significa que, em regra, o contrato social tem ampla competência para reger as relações entre os sócios, assumindo a legislação o papel de suprir a eventual omissão dos atos constitutivos.

A *dispositividade* é, portanto, regra em matéria de direitos e deveres de sócios quotistas, e isto também se verifica no que tange ao procedimento de apuração de haveres, pois tanto o art. 1.031 do Código Civil quanto o Código de Processo Civil (art. 604, II e § 3º) somente se aplicam em caso de omissão do contrato social sobre o assunto[29].

---

ação deliberada dos sócios remanescentes, com o objetivo de minimizar as perdas patrimoniais com o pagamento dos haveres.

29 O Código de Processo Civil de 2015 admite mesmo que antes do início da perícia para apuração dos haveres, qualquer das partes possa requerer ao juiz que reveja tanto o critério para realização da apuração quanto a data a ser tomada como momento de resolução parcial da relação societária (art. 607).

Diante da autorização expressa e da comentada ineficiência do critério legal de apuração de haveres (pautado pelo valor patrimonial das quotas) resta aos sócios – se pretendem ver adequadamente regulado tão importante aspecto de seus interesses – fixar, no contrato social, as regras sobre os três principais aspectos de um procedimento de apuração de haveres, que são: o critério de quantificação do valor da quota, forma e prazo para realização dos ativos necessários à quitação dos haveres e as condições de pagamento ao sócio que deixa a pessoa jurídica.

Sobre o primeiro destes aspectos, é recomendável que o contrato social estipule um critério de avaliação da empresa – *valuation* – mais factível e, ao mesmo tempo, alinhado com as modernas análises de natureza econômica e gerencial[30], se comparado ao critério legal do valor patrimonial das quotas.

Além disso, deve prever o contrato social as regras de escolha da pessoa ou grupo responsável pela realização da avaliação da empresa, bem como o modo de remuneração destes profissionais e o prazo para início e finalização dos trabalhos de quantificação.

Um grave problema enfrentado pelo sócio que busca a apuração de seus haveres e também pelos responsáveis pela elaboração do laudo de avaliação da empresa está na dificuldade de total acesso aos livros contábeis e demais documentos referentes às atividades negociais da sociedade a ser avaliada.

Tais informações estão, em regra, em poder da administração da pessoa jurídica e são essenciais à apuração de haveres. Sem estas informações, o sócio que deixa a sociedade e os peritos responsáveis pela avaliação da empresa não têm como devidamente mensurar a realidade econômico-financeira da pessoa jurídica e assim, seja qual for o critério de apuração de haveres adotado, restará comprometida a eficiência e justiça do procedimento.

Em um procedimento de apuração de haveres, sócios remanescentes e sócio retirante tentarão, em lados opostos, maximizar seus ganhos

---

30 Neste sentido, o já referido critério do Fluxo de Caixa Descontado – FCD – apresenta-se, a princípio, particularmente interessante, pois se apoia na perspectiva de lucratividade da empresa e não sobre o valor de mercado dos bens e direitos de titularidade da pessoa jurídica. *"Esse método supera algumas das dificuldades do lucro contábil e retrata os potenciais econômicos dos componentes do patrimônio, inclusive o goodwill"*. GORGA, Érica. *Direito societário atual*. São Paulo: Elsevier, 2013. p. 221.

sobre o patrimônio da sociedade, num *jogo de soma zero* no qual o que uma das partes envolvidas ganha é exatamente o que a outra parte perde. Dito de outra forma: quanto mais o sócio retirante extrair do patrimônio da sociedade, no ato de apuração de seus haveres, menos restará aos sócios remanescentes, e vice-versa.

Neste *jogo de soma zero*, os sócios remanescentes, por continuarem em contato com a administração da sociedade, têm uma importantíssima vantagem competitiva, representada pela informação completa sobre a realidade econômico-financeira da empresa, algo que dificilmente estará disponível, em igual proporção, para o sócio que se retira do empreendimento.

Como detentores da completa informação sobre as condições econômico-financeiras da empresa a ser avaliada, os sócios remanescentes podem se valer desta vantagem competitiva e "selecionar" o que informar e o que omitir sobre a questão, tanto aos responsáveis pela elaboração da avaliação quanto – e principalmente – ao sócio que postula seus haveres.

Esta assimetria informacional compromete tanto uma eventual negociação entre os sócios remanescentes e aquele que se retira quanto uma eficiente avaliação das condições econômicas da sociedade. Em razão disso, deve o contrato social procurar reduzir ou minimizar esta assimetria de informações.

Como instrumento de redução da assimetria informacional em um procedimento de apuração de haveres pode-se, por exemplo, estipular que a sociedade e seus administradores são obrigados a disponibilizar, assim que formalizado o pedido de dissolução parcial da sociedade, uma relação detalhada e atualizada de documentos referentes às atividades da sociedade[31].

É mesmo recomendável, neste sentido, que o contrato social enumere quais são os livros e documentos a serem disponibilizados em favor do sócio que se retira, estipule prazos e sanções pelo descumprimento desta obrigação, bem como que se estenda tal rol a informações como extratos atualizados de contas bancárias e aplicações financeiras, declarações de Imposto de Renda da pessoa jurídica e outras similares.

---

31 Como já salientado, estas informações são essenciais ao procedimento, e se não estiverem disponíveis a todos os interessados – sócios remanescentes, sócio retirante e peritos responsáveis pela avaliação – terão que ser obtidas por via judicial, dificultando – ou mesmo inviabilizando – uma eficiente solução da questão.

De posse destas informações, sócios remanescentes e retirante estarão em relativa simetria informacional sobre a realidade econômico-financeira da sociedade e da empresa, o que viabiliza um eficiente procedimento de apuração dos haveres e principalmente a negociação do valor a ser restituído ao sócio que se afasta, de modo a evitar o prolongamento desnecessário da questão.

Se ambas as partes têm informação completa sobre o *status* patrimonial da sociedade e da empresa, perdurar numa discussão - judicial ou não - sobre o valor dos haveres do sócio, para tentar maximizar ganhos, só se justificará se estes eventuais *ganhos marginais* forem superiores aos *custos marginais* decorrentes do prolongamento do procedimento de apuração de haveres[32].

Além disso, pode - e deve - o contrato social fixar regras mais condizentes com a preservação da empresa, para fins de pagamento dos haveres apurados. É, neste sentido, recomendável abrandar o impacto de tal pagamento sobre o patrimônio da sociedade, com a estipulação de parcelamento e/ou dilação do prazo legal para quitação dos haveres apurados[33].

O Código de Processo Civil supre, em seus artigos 599 a 609, várias destas omissões, além de corrigir algumas das ineficiências apontadas no ora comentado art. 1.031 do Código Civil. Esta regulação não é, entretanto, capaz de atender a todas as constantes divergências que se

---

32 Por ganhos marginais entende-se, na situação, aquilo que um dos envolvidos – sócios remanescentes ou retirante - obterá além do que foi oferecido, pela parte contrária, em solução negociada para o pagamento dos haveres.

Já os custos marginais são, além dos gastos com a demanda e com a produção da informação que respalde maior pedido, os denominados custos de oportunidade, que decorrem da falta de disponibilização completa dos valores apurados enquanto não finalizada a divergência.

Sobre ganhos marginais, custos marginais e custos de oportunidade, confira: PINDICK, Robert; RUBINFELD, Daniel. *Microeconomia.* 8.ed. São Paulo: Pearson, 2013. p. 220 e segs.

33 Quando os quotistas vão realizar a integralização de sua parcela do capital social, é amplamente admitida a opção por parcelamento ou realização futura do valor das quotas. De forma similar, parece inquestionável admitir-se que os haveres de sócio sejam igualmente pagos de maneira parcelada ou em data futura a ser contratualmente fixada, o que evitará – sem comprometimento dos direitos do sócio que se retira – o salientado impacto negativo sobre as atividades sociais.

verificam, especialmente se omisso o contrato social, neste delicado momento na existência de uma sociedade.

Preliminarmente é preciso ressaltar que o artigo 599 do Código de Processo Civil de 2015 cria, ao referir-se à "ação de dissolução parcial de sociedade", uma certa confusão entre esta e o procedimento que a ela se segue, o qual se denomina, como já aqui explicitado, "apuração de haveres".

Em verdade, o que se encontra disciplinado pelo procedimento previsto nos artigos 599 a 609 do Código de Processo Civil de 2015 é, de fato, a forma de quantificação, realização e quitação da parcela do patrimônio social referente à fração do sócio que, seja por exclusão, recesso ou falecimento, deixa a sociedade. Trata-se, portanto, de disciplina da apuração judicial dos haveres de sócio.

É de se ressaltar – e elogiar –, também, a adesão do Código de Processo Civil à premissa da dispositividade sobre o procedimento de apuração de haveres, como já o fizera o Código Civil. Tal constatação pode ser extraída, por exemplo, do texto dos artigos 604, II e 606, os quais deixam expresso que tanto em relação ao critério quanto ao procedimento de apuração judicial de haveres de sócio prevalecem as regras que, no contrato social, venham a cuidar destes temas[34].

Restam, portanto, válidas as ponderações aqui já feitas sobre a eficiência de se disciplinar este crucial aspecto da existência de uma sociedade com a previsão de regras contratuais capazes de minimizar os conflitos e custos decorrentes da apuração dos haveres de sócio.

Em havendo omissão contratual, o que se pode perceber é que o Código de Processo Civil pauta-se, como critério para apuração dos haveres de sócio, pelo valor patrimonial das quotas (art. 606), o que não o diferencia, em essência, do que já constava do art. 1.031 do Código Civil.

Por outro lado, dentre as relevantes lacunas preenchidas pelo Código de Processo Civil de 2015 está a expressa referência à data em que se considera, para fins de apuração de haveres, resolvida a relação socie-

34 A eficiente – e, portanto, elogiável – prevalência das regras contratuais no procedimento de apuração de haveres aplica-se ainda à forma e prazo para restituição, ao sócio que se retira, dos valores apurados (art. 609).

tária[35]. Trata-se de ponto fundamental, pois é este o momento que serve como referência para a quantificação do patrimônio social[36], a qual será, na omissão do contrato, efetuada através de Balanço Contábil especialmente elaborado pelo perito indicado pelo juiz.

O Código de Processo Civil de 2015 também regulou de forma expressa, em seus artigos 600 e 601, a legitimidade ativa e passiva no procedimento de apuração judicial de haveres de sócio[37], o que minimiza as antigas discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a questão[38].

---

35 Art. 605. A data da resolução da sociedade será:

I - no caso de falecimento do sócio, a do óbito;

II - na retirada imotivada, o sexagésimo dia seguinte ao do recebimento, pela sociedade, da notificação do sócio retirante;

III - no recesso, o dia do recebimento, pela sociedade, da notificação do sócio dissidente;

IV - na retirada por justa causa de sociedade por prazo determinado e na exclusão judicial de sócio, a do trânsito em julgado da decisão que dissolver a sociedade; e

V - na exclusão extrajudicial, a data da assembleia ou da reunião de sócios que a tiver deliberado.

36 Os haveres devem ser apurados com base na situação patrimonial que a sociedade apresentava na data desta resolução, de forma a evitar que as variações – tanto positivas quanto negativas – no patrimônio da sociedade reflitam-se sobre o direito do agora ex-sócio.

37 Note-se que ao cuidar da legitimidade ativa em ação de dissolução parcial de sociedade, o art. 600, parágrafo único do Código de Processo Civil de 2015 acaba por criar, através de via indireta, uma modalidade particular de rompimento parcial do contrato de sociedade.

Esta hipótese de dissolução parcial de sociedade se verifica quando o(a) sócio(a) põe fim ao seu casamento, união estável ou convivência, uma vez que, nestes casos, o seu cônjuge ou companheiro(a) poderá requerer "a apuração de seus haveres na sociedade, que serão pagos à conta da quota social titulada por este sócio".

Assim, estranhamente constata-se que além da exclusão, recesso, falecimento e penhora de quotas, agora a dissolução de casamento, união estável ou convivência do sócio é causa de dissolução parcial da sociedade, algo não abarcado pelo Código Civil.

38 Sobre a discussão acerca da legitimidade ativa e passiva nas ações de dissolução parcial de sociedade, vale a consulta ao clássico trabalho de Celso Barbi Filho: BARBI FILHO, Celso. *Dissolução Parcial de Sociedade por quotas de responsabilidade limitada.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

Relevante também a previsão do art. 602 do Código de Processo Civil de 2015, que permite que a sociedade formule, contra o sócio que se retira, pedido de indenização compensável com o valor dos haveres a apurar, quando o integrante que se afasta tenha causado, com sua ação ou omissão, prejuízos às atividades sociais.

O laudo pericial que, na omissão contratual, quantificará o valor patrimonial das quotas do sócio que apura seus haveres em juízo seguirá, para sua produção, os ditames que o Código de Processo Civil estabeleceu em seus artigos 464 e seguintes, alguns dos quais de especial relevância para o tema ora analisado.

O juiz da apuração judicial de haveres de sócio fixará de imediato, ao definir o critério de elaboração da perícia e nomeado o perito (art. 604, II e III), o prazo para entrega do laudo que quantifica o patrimônio da sociedade e o valor das quotas do sócio que se retira (art. 465).

O perito indicado terá o prazo de 5 (cinco) dias, contados da ciência da nomeação, para apresentar seus dados pessoais, profissionais e proposta de honorários (art. 465 §2º), enquanto as partes terão o prazo de 15 (quinze) dias para indicar assistente técnico, apresentar quesitos e eventualmente suscitar o impedimento ou suspeição do perito (art. 465 §1º).

Interessante salientar que as partes da ação de apuração judicial de haveres podem, de comum acordo, escolher o perito responsável pela quantificação do patrimônio social, desde que sejam pessoas plenamente capazes, já que se trata de questão que pode ser resolvida por autocomposição (art. 471).

Nas sociedades anônimas, as regras de apuração de haveres de acionista são essencialmente reguladas pelo art. 45 da Lei nº 6.404//76, que opta por utilizar o termo "valor de reembolso" para denominar a aqui referida operação de quantificação e pagamento da parcela do patrimônio social referente às ações de um determinado acionista ou grupo que, por qualquer das razões legalmente previstas, obtém para si o direito de retirada da companhia.

A análise do texto do art. 45 da Lei nº 6.404/76 permite constatar que, de forma análoga ao que se viu no art. 1.031 do Código Civil, também aqui prevalece a regra da *dispositividade*, pela qual os estatutos sociais têm competência para estipular critérios de quantificação, prazos e forma de pagamento do valor de reembolso aos acionistas que exerçam seu direito de retirada da companhia.

Constata-se também que o art. 45 da Lei nº 6.404/76 se refere, em seu parágrafo 1º, ao valor patrimonial das ações não como o critério a ser supletivamente usado para fins de reembolso, mas como um valor mínimo – ou piso – a ser empregado, podendo ser ele, mesmo para esta finalidade, substituído pelo valor econômico das ações dos dissidentes, a ser obtido mediante avaliação da companhia segundo o procedimento disciplinado nos §§ 3º e 4º do ora analisado artigo.

Tem-se, diante disso, que o valor de reembolso das ações será calculado e pago conforme as regras estatutariamente previstas para o assunto, sendo, porém, vedado o pagamento ao acionista, a título de reembolso ou apuração de haveres, de quantia inferior ao valor patrimonial das ações da companhia – conforme o último balanço aprovado – ou ao valor econômico delas, este último obtido a partir do procedimento disciplinado pelo próprio art. 45 da Lei nº 6.404/76.

Aspecto muito importante do tema está em observar que, nas companhias abertas, o acionista que deseje e tenha o direito de reivindicar sua retirada da sociedade pode optar por simplesmente vender suas ações em bolsa de valores ou mercado de balcão, recebendo, por elas, o seu valor de cotação praticado no momento da venda.

Ao vender suas ações no mercado de valores mobiliários o acionista dissidente realiza, de maneira praticamente imediata, seu investimento na companhia, sem precisar arcar com os *custos de oportunidade* decorrentes da espera pelo cálculo e pagamento do valor de reembolso de suas ações.

Tem-se, portanto que, nas companhias abertas, o procedimento de cálculo do valor de reembolso – ou apuração de haveres – do acionista somente é economicamente interessante, para o dissidente, se o valor de reembolso apurado for monetariamente superior ao valor de cotação da ação em montante suficiente para justificar os *custos de oportunidade* decorrentes da espera pelo pagamento[39].

Esta opção inexiste nas companhias fechadas, cujas ações não apresentam a livre negociabilidade e liquidez dos títulos emitidos pelas sociedades anônimas de capital aberto. Pode-se então concluir que aos acionistas de companhias fechadas aplicam-se as mesmas considera-

39 Para uma acertada escolha entre estas duas opções o acionista dissidente dependerá sobretudo de informações de qualidade sobre a companhia, seu patrimônio e sobre os movimentos do mercado secundário de ações em geral.

ções feitas acima sobre a importância da disciplina do procedimento de apuração de haveres nos atos constitutivos da sociedade.

Outro aspecto da apuração de haveres segundo o art. 45 da Lei nº 6.404/76 está na constatação de que a forma de escolha dos responsáveis pela produção do laudo de avaliação da companhia está, ao contrário do que se verifica no Código Civil, expressamente disciplinada nos parágrafos 3º e 4º do aqui citado artigo.

Segundo o art. 45 da Lei nº 6.404/76, o laudo de avaliação da companhia será elaborado por três peritos ou empresa especializada a serem indicados em lista sêxtupla ou tríplice, respectivamente, pelo Conselho de Administração ou, se não houver, pela diretoria, e escolhidos pela Assembleia-geral em deliberação tomada por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco, cabendo a cada ação, independentemente de sua espécie ou classe, o direito a um voto.

Deve-se observar, entretanto, que este procedimento prevalece apenas em caso de inexistência de regra estatutária em sentido diverso, pois, como já salientado, o procedimento de apuração de haveres pauta-se, tanto nas sociedades anônimas quanto nas limitadas, pela *dispositividade*.

Outra diferença entre a apuração de haveres nas sociedades limitadas e nas companhias está no fato de que estas últimas podem optar por manter as ações dos dissidentes para si, em vez de enfrentar uma redução no capital social. Nesta hipótese, os valores de reembolso deverão ser pagos necessariamente com lucros ou reservas – exceto as legais – o que significa, em outras palavras, sem comprometimento do capital social (art. 45 §5º).

Se, no prazo de cento e vinte dias, a contar da publicação da ata da assembleia, não forem substituídos os acionistas cujas ações tenham sido reembolsadas à conta do capital social, este considerar-se-á reduzido no montante correspondente, cumprindo aos órgãos da administração convocar a assembleia-geral, dentro de cinco dias, para tomar conhecimento daquela redução (art. 45 §6º da Lei nº 6.404/76).

CONCLUSÃO

O objetivo do texto foi demonstrar que a exclusão do sócio está, no Código de Processo Civil brasileiro, sujeita a requisitos de ordem

formal e material, os quais são essenciais à validade da retirada compulsória de integrante faltoso.

Por outro lado, também a sua apuração de haveres está atrelada a critérios quantitativos e formais igualmente essenciais e destinado a permitir o adequado reembolso, ao sócio excluído, dos valores que tem a receber no patrimônio da pessoa jurídica.

Referência:

PIMENTA, Eduardo Goulart. Concessão dos Serviços Postais. *Direito Público*: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v.18, n.1, p. 89-114, jan./dez., 2021.

CONCESSÃO DOS SERVIÇOS POSTAIS

EDUARDO GROSSI FRANCO NETO[1]

SUMÁRIO

1 A desestatização/privatização dos serviços postais. 2 Regime normativo dos serviços postais. 3 O conceito de serviço público. 4 A crise do conceito de serviço público. 5 O serviço postal é serviço público? 5.1 Interpretações divergentes da mesma redação constitucional 6. A adequação do serviço postal, sua concessão e os direitos fundamentais. 7. Conclusão.

RESUMO: A desestatização dos serviços postais (assim como de outros serviços públicos), vem sendo enfatizada pelo atual Governo, já com efetivação de atos materiais nesse sentido, se fazendo pertinente, portanto, revisitação do assunto. A noção do conceito de *serviço público* é bastante controversa, fluída e não unânime no direito brasileiro, notadamente por envolver ideologias, conjunturas políticas, momento histórico, ponderação de princípios. Há, pelo menos, quatro correntes acerca da natureza jurídica dos serviços postais: (i) serviço público indelegável; (ii) serviço público delegável; (iii) atividade econômica monopolizada pelo Estado; (iv) atividade econômica sujeita à livre iniciativa. Conclui-se, conforme exposto no artigo, que o serviço postal (carta, telegrama, cartão-postal), apesar não estar sujeito à livre iniciativa por decisão político-administrativa do constituinte originário, é passível de concessão à iniciativa privada, desde que condicionada ao respeito à dignidade da pessoa humana (notadamente do usuário que não tenha acesso aos meios de comunicação digitais e que viva em territórios em que a atividade postal não é lucrativa), ao atendimento aos princípios da universalidade e adequação, bem como da proibição ao retrocesso na qualidade da prestação do serviço.

PALAVRAS-CHAVE: Serviço público. Serviço postal. Concessão. Dignidade do usuário.

1 Procurador do Estado de Minas Gerais. Mestrando em Direito e Administração Pública pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG (créditos concluídos). Professor *MBA* PUC Minas em Infraestrutura, concessões e PPP's. Pós-graduado, especialização lato sensu, em Ordem Jurídica e Ministério Público, pela Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – FESMPDFT. Pós-graduado em Advocacia Pública pelo Instituto para o Direito Democrático – IDDE.

1. A DESESTATIZAÇÃO/PRIVATIZAÇÃO DOS SERVIÇOS POSTAIS

Conforme amplamente divulgado na imprensa, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES homologou a escolha do consórcio de empresas que farão o estudo da privatização dos Correios[2]. A contratação com esse escopo, portanto, concretiza a também noticiada intenção do atual Governo Federal em passar as atribuições da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT para a iniciativa privada[3].

A primeira fase dos estudos coordenados pelo BNDES concluiu que "a desestatização da empresa é a alternativa que melhor satisfaz os requisitos técnicos, econômicos e jurídico-regulatórios para maximizar o valor gerado para as diferentes partes interessadas, como os usuários, governo, empregados e sociedade e promover a sustentabilidade econômica e operacional e a autossuficiência da empresa no longo prazo"[4].

Foi apresentado, pela Presidência da República, o Projeto de Lei (PL) nº 591/2021[5], cuja mensagem anexa, assinada pelo Ministro da Economia, aduz que a ECT não possui capacidade de se atualizar, se manter competitiva nem de melhorar a qualidade na prestação dos serviços, gerando risco ao erário em razão da possibilidade de depender dos recursos do Tesouro[6].

De acordo com o PL 591/2021, os serviços postais, que hoje se encontram sob o regime de exclusividade da União, estariam abertos à livre iniciativa[7], ficando a cargo da União mantê-los em localidades

---

2 Disponível em https://www.istoedinheiro.com.br/bndes-homologou-escolha-de-consorcio-para-estudos-de-privatizacao-dos-correios/, acesso em 17/09/2020.

3 Ao menos antes da conclusão do presente artigo, foi amplamente divulgado pela imprensa que o Ministro da Economia, Paulo Guedes, já havia assinado o texto do projeto de Lei para análise da Presidência da República, v.g. < https://www.istoedinheiro.com.br/governo-cria-projeto-de-lei-para-privatizacao-dos-correios/>, acesso em 29/10/2020.

4 Disponível em https://www.ppi.gov.br/resumofase1correios, acesso em 28/08/2021.

5 Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0k061to2n7tg26wy6z9niufww19941562.node0?codteor=1972837&filename=PL+591/2021, acesso em 25/082021.

6 A ECT não é empresa dependente de recursos da União.

7 Art. 4º, § 1º do PL 591/2021.

não atrativas/não atendidas à iniciativa privada (ao menos é o que se extrai do art. 6º do referido PL).

Diante desse contexto, faz-se pertinente estabelecer os contornos jurídicos constitucionais e legais a fim de se verificar se a concessão dos serviços postais seria viável e, em caso positivo, de que maneira: se por meio da edição de uma nova lei ou de uma emenda constitucional.

As noções de *desestatização*, *privatização*, *liberalização* e *desregulamentação* não são conceitos que tenham tratamento uniforme pela doutrina de direito brasileira[8]. A despeito de tal questão, para fins do presente artigo será analisado somente o instituto da *concessão de serviço público*, assim compreendido como uma das modalidades pertencentes ao gênero *desestatização*.

Isso porque a Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, que dispõe sobre o Programa Nacional de Desestatização, prevê, objetivamente, que a *concessão de serviços públicos* é uma modalidade operacional para a execução das *desestatizações* (art. 4º, VI[9]).

Para fins desse estudo, as atividades materiais abrangidas pela expressão 'serviços postais' serão aquelas delimitadas pela ADPF nº 46[10] – o envio de cartas, telegrama, cartão postal – ou seja, as atividades submetidas, segundo o STF, à prestação obrigatória e exclusiva da União[11], excetuados da nossa análise os serviços que a ECT presta em regime de concorrência com o mercado (entrega de encomenda, logística, transporte, por exemplo), tendo em vista que, em razão do mencionado julgado, tais atividades são abertas à livre iniciativa.

2. REGIME NORMATIVO DOS SERVIÇOS POSTAIS

O Decreto-Lei nº 509, de 20 de março de 1969, transformou o então Departamento de Correios e Telégrafos em uma empresa pública, de-

---

8 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3.ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 324.

9 Art. 4º As desestatizações serão executadas mediante as seguintes modalidades operacionais: (…) VI - concessão, permissão ou autorização de serviços públicos.

10 Íntegra dos votos da ADPF nº 46 disponível em < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>, acesso em 29/10/2020.

11 *V.g.*, RE nº 773.992/BA, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 15/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015.

nominada Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. No art. 2º, I, estabeleceu o *regime de monopólio* dos serviços postais em todo o território nacional. O regime de monopólio, portanto, excluía a possibilidade de a atividade ser explorada por empresas privadas de acordo com a lógica da livre iniciativa.

A Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978 (dispõe sobre serviços postais), manteve expressa redação sobre o *monopólio* da União sobre os serviços postais que especifica[12]. Tal lei chega a tipificar como crime a violação do privilégio postal da União[13].

Apesar de as mencionadas normas infraconstitucionais terem instituído o monopólio, a natureza jurídica do serviço postal ainda é controversa.

O art. 21, X, da Constituição Federal de 1988, que trata das *competências administrativas exclusivas da União*[14], dispõe que compete à União manter o serviço postal. O art. 22, V, CF/88 prevê que compete privativamente[15] à União legislar sobre os serviços postais.

A Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995 (com redação dada pela Lei 9.648, de 1998, que estabelece normas para as concessões e permissões, *sujeitou expressamente os serviços postais ao regime das concessões de serviço público* da Lei nº 8.987, de 1995), nos seguintes termos:

---

12 Art. 9º - São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais:

I - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal;

II - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada:

III - fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal.

13 VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO

Art. 42 - Coletar, transportar, transmitir ou distribuir, sem observância das condições legais, objetos de qualquer natureza sujeitos ao monopólio da União, ainda que pagas as tarifas postais ou de telegramas.

Pena: detenção, até dois meses, ou pagamento não excedente a dez dias-multa.

14 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1.341 (edição eletrônica).

15 A competência legislativa privativa do art. 22 da CF comporta autorização de competência legislativa aos Estados, por lei complementar, para legislar sobre questões específicas (art. 22, Parágrafo único).

> Art. 1º Sujeitam-se ao regime de concessão ou, quando couber, de permissão, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os seguintes serviços e obras públicas de competência da União:
> VII - os serviços postais. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

O Decreto 10.674, de 13 de abril de 2021, incluiu a ECT no Programa Nacional de Desestatização[16]. Sua constitucionalidade é questionada na ADI 6.635/DF, já tendo a Procuradoria-Geral da República - PGR se manifestado pela inconstitucionalidade da norma[17].

Assim, por opção do constituinte originário, os serviços postais foram expressamente incluídos como atividade de atribuição da União.

Antes de tratarmos dos *serviços postais* em si, teceremos breves considerações sobre o conceito de *serviços públicos*, tendo em vista não haver unanimidade sobre a classificação dos *serviços postais* como *serviços públicos* ou como *atividade econômica em sentido estrito*. A categorização se faz importante, pois, a depender dela, o tratamento acerca da possibilidade e da forma de delegação da atividade à esfera privada é distinto.

3. O CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO

Talvez a conceituação de *serviços públicos* seja umas das mais controversas, fluídas e não unânimes no direito brasileiro (e no direito francês)[18], notadamente por ser um conceito que envolve ideologias, conjunturas, momento histórico, ponderação de princípios.

A tentativa de delimitação do conceito surgiu na França, onde, em razão de haver dualidade de jurisdição (Poder Judiciário e Jurisdição Administrativa), a noção do serviço público foi explorada pela doutrina e pela jurisprudência com o objetivo de se definir o critério da jurisdição[19], vale dizer, definir qual seria a instância estatal competente para julgar os casos em que prevaleceria o regime de direito comum ou o regime de direito público derrogatório (ou exorbitante) do direito comum.

---

16 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/D10674.htm, acesso em 28/08/2021.

17 Parecer PGR disponível em http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI006635privatizaodosCorreiosaditamentoinicialCD.pdf, acesso em 28/8/2021.

18 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço público e concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 15.

19 MELLO, *op. cit*, p. 14.

A noção de *serviço público*, no direito espanhol (tal qual o direito brasileiro), também sofreu influência francesa. Joaquín Tornos Mas[20] registra que o conceito de *serviço público* é confuso, variável no tempo, o que acaba provocando uma 'neblina' dificultadora na definição dos parâmetros do instituto. Diz o autor:

> Pero añadía que el concepto jurídico, que ha ido evolucionando con el tiempo, es confuso, y la amplitud con la que se le quiere dotar acaba provocando que «la neblina no permita distinguir los contornos de la figura».

Na 'Escola de Serviço Público' francesa, para a qual o **critério do serviço público** definiria a competência dos tribunais administrativos, se destacaram os conceitos elaborados por León Duguit, Gaston Jèze e Roger Bonnard[21].

Segundo Duguit, *serviço público* "é toda a atividade cujo cumprimento é assegurado, regulado e controlado pelos governantes por ser indispensável à realização da interdependência social e de tal natureza que não pode ser assumido senão pela intervenção da força governante"[22]. A acepção de Duguit, portanto, leva em consideração um *critério material* (ou substancial), caracterizando uma atividade, uma função[23].

Jèze, por sua vez, estabelecendo um *critério formal*, entende que "o direito público administrativo é o conjunto de regras relativas aos serviços públicos"[24]. Bonnard, adotando um *critério subjetivo* (ou orgânico) considera os serviços públicos como sendo as "organizações que formam a própria estrutura do Estado"[25].

Também se destacaram Maurice Hauriou, Berthélemy e Rivero, críticos à Escola do Serviço Público, os quais destacaram a *puissance publique* (prerrogativas estatais impositivas[26]) como critério definidor do Direito Administrativo.

---

20 MAS, Joaquín Tornos. El concepto de servicio público a la luz del derecho comunitario. Revista de administración pública, 2016, n. 200, p. 194.

21 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 166/167 (edição eletrônica).

22 MELLO, *op. cit*, p. 14.

23 MELLO, *op. cit*, p. 35.

24 MELLO, *op. cit*, p. 29.

25 MELLO, *op. cit*, p. 34.

26 Celso Antônio Bandeira de Mello destaca que "Não há uma palavra em português que corresponda em pleno rigor a esta expressão do direito administrativo

Dentre as diversas conceituações no direito brasileiro, é possível destacar o *conceito mais amplo* de Hely Lopes Meirelles, para quem o serviço público compreende toda atividade desempenhada pela administração pública, à exceção da judicial e da legislativa; e um *conceito mais restrito* (Celso Antônio Bandeira de Mello e Marçal Justen Filho), para o qual serviço público seria as atividades da Administração Pública (também excetuadas as funções legiferantes e jurisdicionais), excluindo-se as da polícia administrativa, de fomento e de intervenção[27].

Marçal Justen Filho, destacando o aspecto dos *direitos fundamentais*, conceitua serviço público como "atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais e transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob o regime de direito público"[28].

É também digna de nota a conceituação de Eros Roberto Grau, para quem "*Serviço Público*, diremos, é a atividade indispensável à consecução da coesão social. Mais: o que determina a caracterização de determinada parcela de atividade econômica em sentido amplo como *serviço público* é a sua vinculação ao *interesse social*"[29].

Na concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello, os serviços públicos são atividades materiais que (i) não se submetem à livre iniciativa; (ii) são assumidas pelo estado como próprias; (iii) visam à satisfação de necessidades sociais; (iv) submetidas ao regime de direito público; (v) preordenadas a fim de proteger interesses coletivos[30].

---

francês. Talvez se possa falar em 'autoridade pública', não no sentido subjetivo, mas no sentido objetivo do termo, ou em 'poderio público', isto é, o conjunto de prerrogativas estatais impositivas mobilizáveis em função do interesse público". *In*: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço público e concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 15.

27 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 278/281 (edição eletrônica).

28 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*.10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 727.

29 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 130.

30 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 683.

Recentemente, o legislador também se arriscou ao positivar o conceito de serviço público. Com a edição da Lei 13.460, de 26 de junho de 2017 (dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços públicos), conceituou *serviço público*, num sentido (aparentemente) bastante amplo, como sendo "atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública", conceito que abrange a prestação direta ou indireta do serviço (art. 1º, *caput*), bem assim todos os entes federados e todos os seus poderes (art. 2º, III)[31].

Em suma, tradicionalmente verificam-se, nos conceitos de serviço público, o elemento **(i)** *material* (atividade voltada à satisfação do interesse coletivo), **(ii)** *orgânico* ou *subjetivo* (prestação pelo Estado, direta ou indiretamente) e **(iii)** *formal* (submissão ao regime jurídico de direito público – total ou parcialmente).

4. A CRISE DO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO

Com o passar do tempo, o Estado passou a se ocupar de atividades que antes eram exploradas pela esfera privada, como também passou a delegar, a pessoas jurídicas de direito privado, atividades que antes eram tidas por essencialmente estatais[32]. Dessa forma, nem sempre é possível identificar, de forma estanque, os elementos material, formal e subjetivo em atividades que são prestadas pelo Estado.

---

31 Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas para participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos prestados direta ou indiretamente pela administração pública.

§ 1º O disposto nesta Lei aplica-se à administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do inciso I do § 3º do art. 37 da Constituição Federal.

(…)

Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

(…)

II - serviço público - atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública;

III - administração pública - órgão ou entidade integrante da administração pública de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública;

32 MELLO, *op. cit*, p. 47.

A tradicional separação 'Estado X sociedade' e a vedação de o Estado exercer atividades de cunho econômico se vê superada com a crescente intervenção do Estado após Weimar e a crise de 1929, acontecimentos que dão novos contornos ao conceito de serviço público[33].

Com esse declínio da noção tradicional de serviço público, é que se fala na "Crise na noção do serviço público".

O conceito também sofre impacto com o advento do direito comunitário europeu, ambiente construído sobre a ideia de integração econômica por meio de um mercado comum[34].

Na União Europeia, passou-se a se falar em 'Serviços de interesse geral' (SIG), gênero de serviços que "*abarcan los servicios de mercado y no de mercado que las autoridades públicas consideran de interés y a los que imponen determinadas obligaciones de servicio público*"[35].

SIG é uma categoria geral que comporta duas espécies: os 'Serviços de interesse econômico geral' (SIEG) e os 'Serviços de interesse geral não econômico' (SIGNE). Estes seriam os serviços anticoncorrenciais e antieconômicos. Os *serviços econômicos de interesse geral*, por sua vez, seriam aqueles serviços que, mesmo explorados economicamente e abertos à iniciativa privada, não perdem a sua natureza social, tais como o acesso a eletricidade, gás, direito a enterro digno[36].

Vê-se, portanto, uma variação considerável da noção de serviços públicos, tanto no tempo como no espaço. Com a fluidez do conceito de serviços públicos, fica cada vez mais difícil estabelecer linhas bem definidas que façam a distinção entre serviços públicos e atividades econômicas.

O grau de intervenção do Estado na economia parece estar intimamente atrelado a movimentos cíclicos em que, a depender do momento histórico (em razão de diversos motivos: crises, ideologias, políticas etc), o Estado toma para si determinadas atividades que entende pertinente ou liberaliza ao mercado atividades que percam o sentido (por razões de cunho político, econômico pragmático e/ou ideológico) de serem prestadas diretamente pelo Poder Público.

---

33 MAS, *op. cit*, p. 195.

34 MAS, *op. cit*, p. 201.

35 MAS, *op. cit*, p. 206.

36 MAS, *op. cit*, p. 201/206.

Esse movimento cíclico, por vezes, pode ser mais determinante à opção estatal de prestar ou não determinado serviço do que propriamente a classificação teórica da natureza da atividade.

De todo modo, passemos a explorar, a seguir, o tratamento teórico que a doutrina nacional confere ao serviço postal.

5. O SERVIÇO POSTAL É SERVIÇO PÚBLICO?

A resposta ao questionamento não é simples, havendo severa controvérsia a respeito.

No escólio de Eros Roberto Grau, existem duas maneiras de o Estado atuar na atividade econômica (que, em sentido amplo, abrange os serviços públicos e a atividade econômica de livre iniciativa): ora prestando serviços públicos, ora atuando na atividade econômica em sentido estrito[37] (submetida à livre iniciativa).

O regime dos *serviços públicos* está constitucionalmente delineado no art. 175 da CF/88[38], o qual determina que a prestação dos serviços públicos é de incumbência (competência) do Poder Público.

O regime da atividade econômica aberta à livre iniciativa tem o regime diferente dos serviços públicos. **Em regra, é vedado ao Poder Público explorar a *atividade econômica em sentido estrito* (aberta à livre iniciativa).** O assunto é tratado nos arts. 173 (ocorre por meio das empresas estatais, em regime de concorrência com o mercado) e 177 da CF/88[39] (ocorre em regime de monopólio[40], excluindo a atuação de

---

37 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 92/111.

38 Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

39 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 127.

40 "Os monopólios públicos ou estatais são as atividades econômicas titularizadas, por determinação constitucional, pelo Poder Público que pode prestá-las diretamente, por meio de estatais ou por meio de contratação de empresas privadas. (…) Os monopólios estatais são aqueles elencados taxativamente na Constituição, sendo admissível a instituição de novos monopólios apenas por emenda constitucional, mas não por lei, tendo em vista os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, bem como a ausência de delegação constitucional ao legislador ordinário para eventual criação de novos monopólios". *In* REZENDE, Rafael

outros agentes econômicos), de forma que a exploração da atividade econômica por meio das empresas estatais somente tem lugar quando necessária aos **imperativos de segurança nacional** ou a **relevante interesse público** (art. 173, *caput*, CF/88).

A partir dessa dicotomia (serviços públicos X atividade econômica em sentido estrito), passemos a ver o posicionamento de alguns autores.

A caracterização (ou conceituação) dos serviços postais como serviço público, como dito alhures, é polêmica, tendo em vista haver posicionamentos no sentido de que se caracterizariam como atividade econômica em sentido estrito. O próprio placar de votação da ADPF nº 46, que enfrentou o tema no STF, ilustra o dissenso (6 X 4).

O mais interessante é que a mesma redação constitucional (art. 21, X, XI e XII, CF/88) é tomada como fundamento para conclusões diametralmente opostas, conforme veremos a seguir.

5.1. INTERPRETAÇÕES DIVERGENTES DA MESMA REDAÇÃO CONSTITUCIONAL

O art. 21 da CF/88, prevê um rol de atividades de competência administrativa da União, também chamadas de competências exclusivas[41] – indelegáveis aos demais entes federativos (Estados, Municípios e Distrito Federal). Essas competências "dizem respeito à **tomada de decisões de natureza político-administrativa**, execução de políticas públicas e a gestão em geral (…)"[42]. (grifamos)

De todo o rol do referido art. 21, o texto constitucional especificou expressamente que aquelas atividades constantes dos incisos XI e XII podem ser prestadas direta ou indiretamente, mediante delegação pela via da autorização, permissão ou concessão. Quanto ao inciso X, que prevê **competir à União a manutenção do *serviço postal***, a CF/88 não dispôs expressamente se ele estaria ou não sujeito à delegação, senão vejamos:

Carvalho. *Curso de direito administrativo*. 8.ed. Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 856-857 (edição eletrônica).

41 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 9.ed. Salvador: JusPodvim, 2017, p. 886.

42 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 1340-1341 (versão eletrônica).

> Art. 21. Compete à União:
> I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais;
> II - declarar a guerra e celebrar a paz;
> III - assegurar a defesa nacional;
> IV - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente;
> V - decretar o estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal;
> VI - autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico;
> VII - emitir moeda;
> VIII - administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada;
> IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;
> **X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;**
> XI - **explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão**, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;
> XII - **explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão**: (grifamos)

Essa redação constitucional dos incisos X, XI e XII do art. 21 leva alguns a compreender que o silêncio do texto – quanto à possibilidade ou não de delegação à iniciativa privada do serviço postal – significa que a atividade não seria passível de concessão (silêncio eloquente), enquanto o mesmo silêncio normativo leva outros a compreender que o serviço postal estaria aberto à livre iniciativa. Vejamos.

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que o fato de estar expressamente autorizada a delegação das atividades especificadas nos incisos XI e XII do art. 21 da CF/88 deixa evidente que o constituinte originário pretendeu excluir a possibilidade de delegação, à iniciativa privada, das demais atividades arroladas nos demais incisos do art. 21, de maneira que o *serviço postal* e de *correio aéreo nacional* **não seriam passíveis de delegação** (ou outorga) à iniciativa privada. O jurista expressa sua opinião nos seguintes termos[43]:

> Há duas **espécies de serviços que *só podem ser prestados pelo próprio Estado*, isto** é, **que não podem ser prestados por concessão, permissão ou autorização. São eles os de *serviço postal* e *correio aéreo nacional*, como resulta do art. 21, X**.

43 MELLO, *op. cit*, p. 89.

> Isto porque, ao arrolar no art. 21 competências da União quanto a prestação de serviços públicos, menciona, nos incisos XI e XII (letras "a" a "f") diversos serviços. A respeito deles esclarece que a União os explorará diretamente "ou mediante autorização, concessão ou permissão". **Diversamente, ao referir no inciso X o serviço postal e o correio aéreo nacional, não concedeu tal franquia. Assim, q visível que não quis dar o mesmo tratamento aos vários serviços que considerou.** (grifamos)

Assim, Bandeira de Mello classifica o *serviço postal* como sendo *serviço público de prestação obrigatória e exclusiva pelo Estado,* não podendo ser prestado por via da concessão, permissão ou autorização. Nesse sentido, o autor aduz ser inconstitucional o art. 1º, VII, da Lei nº 9.074/95, que submeteu os serviços postais ao regime da Lei de Concessões (Lei n 8.987/95)[44].

Bandeira de Mello entende que os todos os serviços arrolados constitucionalmente como de competência do Poder Público são *obrigatoriamente serviços públicos*, embora registre que União, Estados, DF e Municípios possam criar serviços públicos não mencionados na CF[45]

> A Carta Magna do país já indica, expressamente, alguns serviços antecipadamente propostos como da alçada do Poder Público federal. Serão, pois, obrigatoriamente serviços públicos (obviamente quando volvidos a satisfação da coletividade em geral) os arrolados como de competência das entidades públicas.
> (…)
> A enumeração dos serviços que o Texto Constitucional considera públicos não é exaustiva[30].
> (…) 30. Isto significa que dentro de certos limites, mais adiante abordados, União, Estados, Distrito Federal e Municípios poderão criar serviços públicos não mencionados na Constituição.Valha como exemplo, na esfera municipal, o "serviço funerário".

Na mesma direção de Mello, Ricardo Marcondes Martins assevera que, em razão da disposição dos incisos do art. 21 da CF/88, os serviços postais são insuscetíveis de outorga[46]. Martins também registra que os serviços públicos, por determinação constitucional, são de titularidade estatal, em razão do art. 175 da CF/88 utilizar a expressão "incumbem ao Poder Público", de forma que, uma vez que determinada atividade é

---

44 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 727.

45 *Idem*, p. 702,703.

46 MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros. 2011, p. 217/218.

caracterizada pela constituição como sendo serviço público, "sua prestação não se insere, de forma alguma, no campo da liberdade"[47].

O Min. Carlos Ayres Britto também compreende o serviço postal como público e indelegável à iniciativa privada[48].

Luiz Roberto Barroso, em direção divergente à de Mello, a partir da leitura dos incisos X, XI e XII do art. 21 da CF/88, conclui que a Constituição quis dar tratamento ao serviço postal distinto dos serviços arrolados nos incisos XI e XII de tal dispositivo constitucional, de maneira que o serviço postal seria classificado como uma atividade econômica não monopolizada, disponível, portanto, à livre iniciativa. Diz o autor[49]:

> **Imaginar que o serviço postal é um serviço público, como os dos incisos XI e XII, seria ignorar a gritante diferença de texto que os distingue, como se o constituinte nada quisesse dizer com isso, e estivesse apenas fazendo uso diletante das formas lingüísticas, para dizer a mesma coisa de modos inteiramente diversos.**
> (...)
> **Não é possível assim estender o sentido do verbo *manter*, que por si só não exclui a participação dos particulares nesse setor da economia**, para que ele venha a abranger a prestação pelo Estado dessa atividade na qualidade de serviço público, com toda a restrição que essa forma de intervenção acarreta para o princípio da livre iniciativa. **Se esta fosse a vontade do constituinte, ele teria se valido das mesmas expressões que utilizou no art. 21, XI e XII. A interpretação textual das disposições constitucionais sobre serviços postais também chancela o entendimento de que eles são meras atividades econômicas, e não serviços públicos. (grifamos).**

Assim, ambos os autores concordam que a CF/88 quis dar tratamento distinto aos serviços postais, em relação aos serviços elencados nos incisos XI e XII do art. 21, só que esse tratamento distinto implica a classificação da atividade postal como serviço público não passível de concessão, na visão de Mello e Martins, e enquadrável como atividade econômica sujeita à livre iniciativa, na visão de Barroso.

Luís Roberto Barroso, logo, exclui os *serviços postais* do conceito de *serviço público*, compreendendo-o como submetido à *livre iniciativa*. O ilustre autor esclarece que o *serviço postal* foi outrora corretamen-

---

47 MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros. 2011, p. 201; 285.

48 ADPF nº 46.

49 BARROSO, Luis Roberto. *Regime constitucional do serviço postal*. Legitimidade da atuação da iniciativa privada. *Revista de Direito Administrativo*, v. 222, p. 205. 2000,

te qualificado como serviço público *inerente* ao Estado, pois, em um determinado momento (início da década de 30), não havia interesse da iniciativa privada em incumbir-se de tal atividade, de maneira que coube ao Estado, em razão do interesse coletivo, fazê-lo[50].

Aduz, todavia, que **a evolução econômica e tecnológica mudou esse quadro**, de maneira que, atualmente, as empresas privadas possuiriam aptidão para o desempenho satisfatório dessas atividades, não havendo mais a justificativa fática para manter a atividade como estatal.

Como argumento de reforço, Barroso sustenta que ainda está em vigor o regime de franquia das agências dos Correios e que, se de fato o *serviço postal* estivesse submetido ao regime do art. 175, que isso nunca teria sido possível[51]. Nesse particular, dissentimos do ilustre jurista. Não é porque uma lei (que autoriza o franqueamento) se encontra vigente, com os contratos decorrentes dela em curso, que estaria indene de inconstitucionalidades.

O sistema de franquia então existente foi tido como irregular pelo TCU (Acórdão 601/94, Plenário), ocasião em que se determinou que a ECT deveria instituir novas franquias mediante licitação. Com a edição da Lei nº 11.668, de 2008 e do Decreto nº 6.639, de 2008, o regime licitatório para a outorga de franquias passou a ser legalmente exigido.

Esse movimento mostra, portanto, que não foi aceito o regime de franquia como sujeito à livre iniciativa, pois dependente de outorga mediante licitação[52].

---

50 BARROSO, *op. cit*, p. 202.

51 BARROSO, *op. cit*, p. 206.

52 Maria Sylvia Zanella di Pietro enxerga o modelo de franquia dos Correios como uma espécie de contrato de concessão: "Tão grande é a semelhança entre os dois institutos que é possível colocar a franquia como uma espécie de contrato de concessão; nela há as apontadas características da concessão: transferência, ao ranqueado, de poderes e deveres próprios do concedente, conservando, este último, alguns poderes e deveres, em especial o de controlar e fiscalizar a atuação do franqueado, o de dar-lhe todo o treinamento e assistência técnica indispensáveis à execução do serviço e, se for o caso de franquia de distribuição, como o correio, fornecer-lhe os bens necessários a essa finalidade. A diferença entre a concessão de serviço público, em sua forma tradicional, e a franquia de serviços é apenas de grau, porque, nesta última, o franqueado sofre limitações em sua atuação e em sua organização muito maiores do que o concessionário na concessão tradicional". In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 339 (edição digital).

Ainda que se entenda que o regime jurídico que antecedeu a CF/88 imprimisse a característica de atividade econômica ao serviço postal[53], **entendemos que o constituinte de 1988 optou por alçá-lo à qualidade de *serviço público*, eis que arrolou-o expressamente como de incumbência do Poder Público Federal**.

Assim, para que fique ilustrado grau de dissenso que tem a discussão quanto à classificação dos *serviços postais*, vimos que o mesmo fato constitucional (redação dos incisos X, XI e XII do art. 21 da CF/88), leva a conclusões (de pelo menos dois autores atuais) diametralmente opostas.

Prosseguimos com a opinião de outros autores.

Maria Sylvia Zanella di Pietro também compreende o *serviço postal* como um *serviço público exclusivo*[54] e, embora noticie sua liberalização pela via legislativa, compreende-a como inconstitucional[55]:

> Na Constituição, encontram-se exemplos de **serviços públicos exclusivos**, **como o serviço postal** e o correio aéreo nacional (art. 21, X), os serviços de telecomunicações (art. 21, XI), os de radiodifusão, energia elétrica, navegação aérea, transportes e demais indicados no artigo 21, XII, o serviço de gás canalizado (art. 25, § 2º). **Esses serviços é que estão sendo parcialmente liberalizados pela legislação ordinária**, passando essa parte privatizada a reger-se pelos princípios da ordem econômica, principalmente liberdade de iniciativa e livre concorrência (art. 170, caput e inciso IV, da Constituição Federal).
> (…)
> **O que vem ocorrendo é uma privatização parcial, feita pela legislação ordinária, ao arrepio da Constituição**, como na legislação de telecomunicações, energia elétrica, **correios**, portos, em que uma parte da atividade atribuída à União para ser exercida diretamente ou por autorização, permissão ou concessão, está sendo deixada à iniciativa privada.

Odete Medauar, sem tocar no caráter da exclusividade[56], também compreende o *serviço postal* (Correios) como *serviço público*, submetido ao regramento do art. 175 da CF/88. A autora, ao perquirir se (e como) a responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º, CF) se aplica às estatais, menciona ser necessário verificar se prestam serviços públicos. Diz a jurista[57]:

---

53 BARROSO, *op. cit*, p. 203/204.

54 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 303.

55 DI PIETRO, *op. cit*, p. 115.

56 Ao menos na obra analisada.

57 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 368.

> Alguns indicadores podem auxiliar na tarefa: **dispositivos constitucionais e de lei que atribuem a certas atividades a condição de serviço público** (por exemplo, CF, art. 30, V, e Lei nº 9.074/95, art. 1º); **o serviço público caracterizado como atividade prestacional de responsabilidade do Poder Público (CF, art. 175), tais como**: fornecimento de água, coleta de lixo, limpeza e iluminação de ruas, **correios**, telefone, manutenção de áreas verdes, jardins e praças. Se as entidades acima prestarem serviços públicos, o regime de sua responsabilidade civil por danos a terceiros é o do §6º do art. 37 da CF, seja quanto a terceiro usuário, seja em relação a terceiro não usuário. (grifamos)

Luiz Fernando Silveira Netto, por sua vez, assevera que o serviço postal "É serviço público por excelência, seja por sua origem (…) seja pela força do verbo 'manter' (…)". À guisa do 'manter', o constituinte originário sempre buscou a exclusividade na prestação do serviço público ou atividade que indica (…)"[58].

Na ADPF nº 46, cujo voto vencedor foi o do Ministro Eros Roberto Grau (relator para o acórdão), restou expressamente assentado que *o serviço postal é serviço público* prestado em regime de *privilégio* (exclusividade) e somente poderia ser livremente explorado por empresa privada caso a Constituição expressamente o permitisse. O magistrado registrou que, se a CF/88 pretendesse que os serviços postais fossem delegáveis à iniciativa privada, o texto expressamente assim apontaria, tal qual fez a Constituição em relação a saúde e educação:

> (…) é certo que, para que a empresa privada pudesse ser admitida à prestação do serviço postal, que é serviço público, seria necessário que a Constituição dissesse que o serviço postal é livre à iniciativa privada, tal qual o fazem os artigos 199 e 209 em relação à saúde e educação, os quais podem ser prestados independentemente de concessão ou permissão.

Parece-nos coerente a visão de Grau no particular, ao *excluir o serviço postal da livre iniciativa*, tendo em vista que a CF/88, quando autorizou os serviços públicos à livre iniciativa, ela assim o fez expressamente (saúde e educação).

Há outros pronunciamentos do STF no sentido de que, além de serem *serviços públicos*, os *serviços postais* também seriam *exclusivos* de Estado. É o que se extrai, por exemplo, do Recurso Extraordinário nº 773.992 (julgado em sede de repercussão geral), o qual reconheceu a imunidade recíproca da ECT:

---

58 NETTO, Luiz Fernando Silveira. O serviço postal licitável. "Sê-lo ou não sê-lo eis a questão". *Revista do TCU* nº 115, 2009, p. 78.

> EMENTA Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Tributário. IPTU. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Imunidade recíproca (art. 150, VI, a, da CF).
> 1. Perfilhando a cisão estabelecida entre prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica, **a Corte sempre concebeu a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos como uma empresa prestadora de serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva do Estado**.
> (…)
> (RE 773992, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 15/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015)

A expressão atividade "exclusiva do Estado" não significa, contudo, que ela é indelegável à iniciativa privada. Ela também é utilizada para fazer referência a serviços públicos passíveis de outorga. Neste caso, a exclusividade diz respeito à titularidade (no caso, União), mas não à prestação/execução dos serviços.

Em sentido diverso, estão os autores que enxergam os serviços postais como atividade econômica em sentido estrito, alguns entendendo-os como *atividade econômica sujeita ao regime de monopólio* (indelegáveis, portanto) outros interpretando-os como *atividade econômica sujeita à livre iniciativa*.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto aponta o serviço postal, ao lado das atividades econômicas monopolizadas do art. 177 da CF/88, como uma *intervenção monopolista*, uma competência oriunda da supressão da iniciativa privada, em que o Estado se impõe a exploração econômica com exclusividade[59]:

> Assim, os instrumentos de intervenção de que se pode valer o Estado são taxativamente previstos na Constituição. Para o autor, quatro são as modalidades de instituições interventivas:
> (…)
> 3. **Intervenção monopolista** – "o Estado se impõe com exclusividade na exploração econômica de certos bens ou serviços". É a "forma mais radical de intervenção do Estado na economia, executada com a supressão da iniciativa privada em setor que passa à reserva de atuação do Poder Público". A anomalia da supressão da concorrência mediante a instituição de um privilégio ao Estado, definida ***numerus clausus*** pela Carta de 1988: para a União, nos **arts. 21, IX**, e 177 (**serviço postal** e de correio aéreo nacional, petróleo e gás natural, minérios nucleares etc.) e para os Estados e Distrito Federal, nos arts. 25, § 2º, e 32, § 1º (serviços de gás canalizado); (grifamos)

59 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, 2001. *Apud* MOREIRA, Egon Bockmann. *O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia*. Curitiba: Editora Virtual Gratuita-EVG, 2016, p. 175.

Em sentido similar a Neto, José dos Santos Carvalho Filho classifica os serviços postais como *monopólio implícito*[60].

Egon Bockmann Moreira lista a ECT como exemplo de exercício estatal de atividade econômica[61].

Celso Spitzcovsky enxerga o serviço postal, ao lado dos monopólios elencados no art. 177 da CF/88, como sendo 'situação de monopólio implícito."[62]

A par das correntes teóricas acima arroladas, acrescentamos aquela que representa a opção político-legislativa do Congresso Nacional: o art. 1º, VII, da Lei 9.074/95 (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998) expressamente subsumiu o serviço postal ao regime de concessões de serviços públicos.

No sentido da possibilidade de o legislador ordinário poder decidir acerca da concessão dos serviços postais, Joaquim Barbosa, em seu voto na ADPF nº 46, asseverou que " (…) a possibilidade de quebra do regime de privilégio em relação ao serviço específico de entrega de correspondência comercial deve ser tratada pelo legislador ordinário, a quem cabe estabelecer as hipóteses de prestação desse serviço pela iniciativa privada, mediante contratos de concessão e permissão".

Assim, identificamos ao menos *quatro correntes* quanto à natureza jurídica do *serviço postal*:

1. Serviço público indelegável: Bandeira de Mello, Ricardo Marcondes Martins, Min. Carlos Ayres Britto.
2. Serviço público delegável: Lei 9.074/95, art. 1º, VII; Min. Joaquim Barbosa.
3. Atividade econômica monopolizada ou monopólio implícito (embora atividade econômica, é excluída da livre iniciativa): Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Celso Spitzcovsky; José dos Santos Carvalho Filho.
4. Atividade econômica disponível à livre iniciativa: Luís Roberto Barroso.

---

60 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direto administrativo*. 34.ed. São Paulo: Altas, 2020, p. 1575 (versão eletrônica).

61 MOREIRA, Egon Bockmann. *O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia*. Curitiba: Editora Virtual Gratuita-EVG, 2016, p. 226.

62 SPITZCOVSKY, Celso. *Direito administrativo esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1019-1020 (edição digital).

Os serviços postais, em razão de constarem expressa e inequivocamente na Constituição como atividade de atribuição da União (art. 21, X, CF/88), possuem natureza jurídica de serviço público. Ainda que se compreenda que, atualmente, não há mais razões tecnológicas para manter o serviço postal sob a responsabilidade do Poder Público, o fato é que o constituinte originário tomou a decisão político-administrativa expressa de maneira que somente a alteração da Carta Magna autorizaria a liberalização irrestrita à livre iniciativa.

Serviços postais também não podem ser caracterizados como atividade econômica monopolizada, pois, a esse tipo de atividade, a CF/88 deu tratamento específico expresso (art. 177). Também não estão disponíveis à livre iniciativa, pois tal conclusão faria letra morta do disposto no art. 21, X, CF. Os serviços públicos (de incumbência constitucional expressa do estado) somente estariam sujeitos a livre iniciativa (que independam do ato formal de delegação/outorga/concessão) se assim o texto constitucional dispusesse expressamente, tal como o fez com a saúde (art. 199), educação (art. 209) e previdência (art. 202).

Nada obstante, os *serviços postais* são *serviços públicos passíveis de concessão*, pois, além de o art. 21, X, CF/88, ter atribuído sua prestação ao Poder Público Federal, permitiu que a União dispusesse legislativamente sobre o assunto, pois a própria Constituição também conferiu à União a competência legislativa privativa acerca da matéria (art. 22, V, CF/88), de modo que a CF teria 'delegado' à União a decisão político-legislativa sobre de que maneira será prestada a atividade, direta ou indiretamente (mantendo, contudo, a titularidade do serviço).

Com a edição da Lei 9.648, de 1998 (que acrescentou o inciso VII ao art. 1º da Lei 9.074, de 1995, conforme mencionado acima) consolidou-se a faculdade constitucional conferida à União, autorizando-se a prestação da atividade postal por via do instituto da concessão.

A partir das conclusões parciais, passemos à consideração de **como** essa concessão deve ocorrer para que seus termos se coadunem com os demais preceitos constitucionais.

6. A ADEQUAÇÃO DO SERVIÇO POSTAL, SUA CONCESSÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não existem privatizações, concessões ou desestatizações que sejam pressupostas e essencialmente ruins nem privatizações que sejam pressupostas e essencialmente boas. A delegação de uma atividade estatal à

esfera privada dependerá do grau de amadurecimento, planejamento e desenvolvimento econômico em que se encontra o país (tanto no que tange ao Poder Público quanto no que toca o mercado).

Umas das grandes preocupações (dentre diversas outras) que se tem com a concessão do serviço postal à esfera privada diz respeito ao atendimento economicamente deficitário de parcelas territoriais, o que poderia afastar o interesse das empresas privadas nessas áreas, com o risco de piora, redução ou até mesmo o cancelamento do serviço postal à parte da população que não tenha acesso digital adequado.

A busca pela efetivação dos direitos fundamentais passa a pautar a atuação da Administração Pública, notadamente com o advento do pós-positivismo, não limitando a atuação somente à legalidade estrita, mas, também, tendo em vista os princípios constitucionais[63].

Nesse sentido, o respeito à dignidade da pessoa humana (direito fundamental) deve ser observado pelo Poder Público no momento de se tomar a decisão político-legislativa de se realizar a concessão de uma atividade de interesse geral. A delegação de um serviço estatal deve estar em sintonia com "os efeitos da constitucionalização e da democratização do Estado e do Direito brasileiros[64]" e deve ser um instrumento de alcance à satisfação das necessidades coletivas.

O que não se pode admitir é que a delegação implique a piora da prestação do serviço prejudicando o usuário e permitindo o alijamento de parcela da população que se encontre em regiões tidas como não lucrativas. É nessa perspectiva que se tem a manutenção da atividade postal, sob a titularidade do Poder Público, como importante fator de integração nacional.

Não seria possível a delegação ou outorga de determinadas atividades estatais, mediante concessão, caso o formato não garanta o amplo acesso ao serviço (princípio da generalidade/universalidade) nem se isso acarretar o abandono dos cidadãos carentes e a queda na qualidade da prestação. O poder público tem o dever de prestar serviços público a todos, "por mais ineficiente, do ponto de vista econômico, que seja a prestação"[65].

---

63 REZENDE, Rafael Carvalho. *Curso de direito administrativo*. 8.ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. p. 104 (edição eletrônica).

64 JUSTEN FILHO, *Marçal*. As diversas configurações da concessão de serviço público. *Revista de direito público da economia*, v. 1, 2003, p. 1-2.

65 MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 286.

Nas palavras de Marçal Justen Filho, "Não é possível que um serviço imediatamente relacionado à realização da dignidade seja negado a determinadas parcelas da população em virtude da ausência de condições econômicas para seu custeio"[66].

Concessões devem ser realizadas diante de uma tríplice vitória: **(i)** deve ganhar o Poder Público ao reduzir uma estrutura que seja (desnecessariamente) dispendiosa; **(ii)** deve ganhar o usuário do serviço por receber uma prestação mais qualificada (serviço adequado, modicidade tarifária, universalidade, generalidade etc); **(iii)** deve ganhar a empresa por poder exercer uma atividade econômica competitiva com aferição de lucro.

A própria licitação para a concessão de um serviço público deve ser estruturada de maneira a preservar o melhor padrão do serviço, com a máxima acessibilidade, sobretudo aos mais necessitados[67].

O fundamento para se pensar na concessão dos serviços postais deve estar relacionado à compensação social (no sentido de resultar em melhoria aliada à proibição do retrocesso na prestação do serviço), aliada à capacidade mercadológica de absorver o adequado atendimento dos usuários. Vale dizer, a abstenção estatal na prestação dos serviços postais deve, necessariamente, estar atrelada à maior eficácia dos direitos fundamentais.

Não basta que a forma escrita pela qual se efetive a delegação seja materialmente constitucional, mas também que, no decorrer da prestação dos serviços delegados, sejam de fato atendidos os valores constitucionais, de maneira que essa materialidade constitucional fática deva ser analisada antes (por robustos estudos técnicos), durante (constitucionalidade do texto legal) e após a concretização da delegação. O juízo de constitucionalidade da adequação fática da delegação deve ser constante e ininterrupto, devendo a fiscalização do poder concedente, da população e dos órgãos de controle ser rigorosa e permanente.

7. CONCLUSÃO

Diante do texto contido no art. 21, X, CF, dizer que o serviço postal está aberto à livre iniciativa (independentemente de delegação estatal) seria fazer letra morta do texto constitucional. Uma mutação constitucional, em nossa opinião, não chegaria a tanto. O deslocamento do serviço postal à livre iniciativa somente seria possível mediante emenda à Constituição.

---

66 JUSTEN FILHO, *op. cit*, p. 28.

67 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço público e concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 98.

Os serviços postais, em razão de constarem expressa e inequivocamente na Constituição como atividade de atribuição da União (art. 21, X, CF/88), possuem natureza jurídica de serviço público. Ainda que se compreenda que, atualmente, não existam mais razões tecnológicas para manter o serviço postal sob o manto da União, o fato é que o constituinte originário tomou decisão político administrativa expressa de deixar a atividade sob responsabilidade do Poder Público.

A utilização da técnica da concessão, por sua vez, é compatível com a ordem constitucional, notadamente em razão da redação do art. 22, V, da CF/88, o qual confere à União ampla competência político-legislativa para tratar acerca dos serviços postais, decisão que foi efetivada com a edição da Lei que expressamente submeteu o serviço postal ao regime da Lei nº 8. 987, de 1995 (Lei de Concessões).

Caso de fato se concretize a opção político-legislativa de se conceder o serviço, deve-se concentrar na maneira pela qual ele deve ser delegado – de forma a não ir de encontro a valores constitucionais inderrogáveis, deixando ao relento a população que seja carente de *internet* e/ou que viva e territórios não rentáveis.

A questão é saber se o país já atingiu um nível de amadurecimento (ou de adequado desenvolvimento) suficiente, que autorize a delegação do serviço postal sem que isso implique o malferimento da dignidade daqueles cidadãos que vivem em regiões em que o serviço postal não se mostre como uma atividade lucrativa. Eventual estratégia regulatória de concessão, para que se mostre constitucional, deve ser desenhada de tal maneira que não prejudique o exercício da comunicação de parcela carente da população. Também é inadmissível retrocesso na qualidade do atendimento em detrimento puro e simples do lucro. O lucro e a livre iniciativa, que são valores constitucionais legítimos (não devendo ser pressupostamente demonizados) devem sempre estar aliados (e a serviço) do interesse coletivo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Regime constitucional do serviço postal: legitimidade da atuação da iniciativa privada. *Revista de Direito Administrativo*, v. 222, p. 179-212. 2000.

BRASIL, Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 17 set. 2020.

BRASIL, Decreto-Lei nº 509, de 20 de março de 1969. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0509.htm>. Acesso em 24 out. 2020.

BRASIL, Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6538.htm>. Acesso em 24 out. 2020.

BRASIL, Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9491.htm> Acesso em 24 out. 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional.* 9.ed. Salvador: JusPodvim, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. As diversas configurações da concessão de serviço público. *Revista de direito público da economia,* v. 1, p. 95-136, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MAS, Joaquín Tornos. El concepto de servicio público a la luz del derecho comunitario. *Revista de Administración Publica*, 2016, n. 200, p. 193-211.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3.ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e *concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann. *O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia*. Curitiba: Editora Virtual Gratuita-EVG, 2016.

NETTO, Luiz Fernando Silveira. O serviço postal licitável. "Sê-lo ou não sê-lo eis a questão". *Revista do TCU*, nº 115, 2009, p. 76-79.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 339 (edição digital).

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*: teoria e prática. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

REZENDE, Rafael Carvalho. *Curso de direito administrativo*. 8.ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SPITZCOVSKY, Celso. *Direito administrativo esquematizado*. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Referência:

FRANCO NETO, Eduardo Grossi. Concessão dos Serviços Postais. ***Direito Público***: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v.18, n.1, p. 115-139, jan./dez., 2021.

CLÁUSULA DE MEDIAÇÃO PRÉVIA: ANÁLISE DO EFEITO PROCESSUAL DE SEU DESCUMPRIMENTO E PERSPECTIVAS DE PACTUAÇÃO

ÉRICO ANDRADE[1]
GABRIELLE TEIXEIRA RIBEIRO[2]

SUMÁRIO

1 Introdução: a cláusula de mediação prévia no direito brasileiro. 2 Caracterização como negócio jurídico processual. 3 Análise comparada do efeito processual do descumprimento da cláusula prévia de mediação, com ingresso direto da ação perante a jurisdição estatal. 3.1 Entendimentos doutrinários. 3.2 Análise jurisprudencial. 3.3 Enfrentamento de algumas discussões sobre o tema. 4 Possibilidade de adoção da mediação ou cláusula escalonada em contratos firmados com a Administração Pública. 5 Conclusão.

RESUMO: Em um cenário de maior abertura do processo à consensualidade, evidenciada pelo estímulo à adoção de métodos adequados de resolução de conflitos e pela ampliação da liberdade negocial das partes no âmbito do CPC/15, ganham destaque os negócios jurídicos processuais prévios, em que as partes têm a oportunidade de desenhar o procedimento a ser adotado em caso de eventuais controvérsias. Estão inseridas, nesse quadro, as cláusulas de mediação prévia, em que as partes se comprometem a submeter eventual conflito à mediação, antes de tentarem outra via, geralmente heterocompositiva. Assim, o objetivo do presente trabalho é analisar o efeito processual do descumprimento a tal disposição contratual, considerando as divergências na doutrina e na jurisprudência sobre o tema, bem como analisar os cenários de adoção da cláusula em contratos envolvendo a administração pública.

PALAVRAS-CHAVE: Cláusula de mediação prévia. Negócio jurídico processual. Métodos adequados de resolução de conflitos. Efeito processual. Administração Pública.

1 Procurador do Estado de Minas Gerais. Professor Adjunto de Processo Civil da Graduação e Pós-graduação da UFMG. Pós-doutorado na *Università degli Studi di Milano* – 2019/2020. Doutor em Direito Processual Civil pela UFMG/ *Università degli Studi di Milano*. Mestre em Direito Administrativo pela UFMG. Membro do IBDP. Advogado. E-mail: ericoandrade@ufmg.br

2 Bacharel em Direito pela UFMG. Advogada. E-mail: gabriellegtr@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO: A CLÁUSULA DE MEDIAÇÃO PRÉVIA NO DIREITO BRASILEIRO

O Código de Processo Civil de 2015, em um cenário de maior abertura do direito público para o consenso[3] e na busca de garantir maior efetividade à tutela dos direitos subjetivos substanciais, acolheu diversos mecanismos de flexibilização procedimental, conferindo maior autonomia e protagonismo às partes.[4] Consagrou a utilização de métodos adequados de resolução de conflitos (art. 3º, §§ 1º a 3º do CPC/15), privilegiando o sistema multiportas,[5] e ampliou a liberdade negocial das partes por meio da previsão de uma cláusula geral de negociação processual (art. 190 CPC/15), em uma perspectiva de maior valorização da consensualidade como forma de garantir maior estabilidade às relações *inter partes*.

Destaca-se que a mudança na concepção tradicional de resolução de conflitos exclusivamente pelo Poder Judiciário já podia ser vislumbrada no país antes mesmo da promulgação do CPC/15,[6] indicando a que-

---

3 ANDRADE, Érico. A "Contratualização" do Processo. *In*: THEODORO JUNIOR, Humberto (Coord.). JAYME, Fernando Gonzaga; GONÇALVES, Gláucio Maciel; FARIA, Juliana Cordeiro de; FRANCO, Marcelo Veiga; ARAÚJO, Mayara de Carvalho; CREMASCO, Suzana Santi (Org.). *Processo Civil Brasileiro:* Novos Rumos a partir do CPC/2015. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 48-50.

4 Logo na Exposição de Motivos do CPC/15, a Comissão de Juristas nomeada pela Presidência do Senado Federal para a elaboração do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil evidenciou a pretensão de *"converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado"*, entendendo que a *"satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz"*.

5 Expressão que, como explicam CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): "Mediação sem Mediador". *In:* ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça multiportas:* mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 726, decorre de uma metáfora: "seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal".

6 No Brasil, a ideia de utilização de métodos de composição de conflitos diversos da jurisdição estatal começou a ganhar terreno no fim do século XX e início do século XXI, o que pode ser visto, por exemplo, com a edição da Lei 9.307/1996, a Lei de Arbitragem.

bra ou ruína do monopólio estatal da justiça,[7] e, especificamente em relação à mediação, método no qual as partes constroem, em conjunto, um sistema de solução do conflito, com auxílio de um terceiro imparcial,[8] o incentivo maior à sua adoção no Brasil adveio da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, responsável por instituir no país a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses,[9] cujas bases foram incluídas no CPC/15 e fortalecidas com a promulgação da Lei nº 13.140/15, a Lei de Mediação.[10]

Registra-se que a Resolução nº 125/2010 do CNJ foi importante para propor uma mudança de paradigma e promover a atualização no conceito de direito fundamental de acesso à justiça (art. 5º, XXXV da CRFB/88), transformando-o em uma concepção de acesso à ordem jurídica justa e adequada, em oposição às ideias de mero acesso aos órgãos judiciários para resolução de crises de direito material por meio de sentença judicial,[11] conferindo assim maior importância aos mecanismos não jurisdicionais de solução de conflitos, que se colocam ao lado

---

7 Cf. PUNZI, Carmine. Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell'alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, anno LXIX, 2014, n. 1, p. 19: "Appare, dunque, pienamente giustificata la profonda revisione operata dalla dottrina contemporanea dell'assioma della giurisdizione quale attribuzione esclusiva della sovranità e la conclusione che il monopolio statale della giurisdizione si è andato vistosamente sgretolando". No direito brasileiro, cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Impactos da Constituição Federal na evolução do processo civil. In: MORAES, Guilherme Peña de (Org.). *30 Anos da Constituição Federal e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense-Gen, 2018, p. 334/336.

8 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A Evolução da Conciliação e da Mediação no Brasil. *Revista FONAMEC,* Rio de Janeiro, v.1, n. 1, maio 2017, p. 355.

9 Fortaleceu-se aí a ideia de meios "adequados" de resolução de conflitos em substituição à ideia de meios "alternativos" de resolução de conflitos, em uma concepção de que haveria uma técnica adequada para cada tipo de conflito, levando em consideração as particularidades de cada controvérsia.

10 ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. Entre a promessa e a efetividade da mediação: uma análise da mediação no contexto brasileiro. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 18, n. 115, jun./set. 2016, p.338.

11 WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e solução pacífica dos conflitos de interesse. *In:* ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça multiportas:* mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 840.

da justiça estatal e que com ela se coordenam para apoiar a resolução de controvérsias.[12]

Já em relação aos negócios processuais, embora sua existência remonte ao período das ordenações[13] e possa ser vislumbrada nos diplomas legais subsequentes, inclusive no CPC/73,[14] a novidade do CPC/15

12 ANDREWS, Neil. La "doppia elica" della giustizia civile: i legami tra metodi privati e pubblici di risoluzione delle controversie. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè editore, v. LXIV, 2010, p. 529: "Questo saggio esamina il rapporto tra giustizia c.d. alternativa e processo civile tradizionale. La scelta del titolo e, in particolare, il riferimento alla 'doppia elica' si giustificano considerando che il processo e i metodi alternativi (mediazione, arbitrato e così via) sono complementari e si intrecciano tra di loro. Questa considerazione vale certamente per l'Inghilterra. Insieme, giustizia formale e ADR hanno una forza notevole. Per mantenere vitale la giustizia civile, in Europa come dovunque, è necessario che gli operatori del diritto ed i legislatori consolidino e raffinino le due parti della 'doppia elica'". No mesmo sentido, cf. COSTANTINO, George. La istituzione dell'"arbitrato bancario finanziario". *In*: FERRUCCIO, Auletta; CALIFANO, Gian Paolo; DELLA PIETRA, Giuseppe; RASCIO, Nicola (a cura di). Sull'arbitrato - Studi offerti a Giovanni Verde. Napoli: Jovene Editore, 2010, p. 299: "Come, in altre sedi, si è ripetutamente posto in evidenza, gli strumenti alternativi di composizione delle controversie (Adr), quale che ne sia la forma, sono destinati ad affiancarsi, non a sostituire la tutela giudiziale". Nesse sentido, parte da doutrina chega a indicar que tais meios não seriam "alternativos" à jurisdição, mas comporiam o mosaico mais amplo de solução de conflitos jurídicos, relacionado com o próprio sistema processual, como aponta, *v.g.*, NIEVA-FENOLL, Jordi. La mediazione: un'alternativa ragionevole al processo? *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, anno LXVII, 2013, n. 4, p. 1327.

13 Como explica NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais.* 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 159-160, entre os séculos XVI e XIX, "as Ordenações do reino (extensíveis ao Brasil-colônia) estavam marcadas pela rigidez das regras cogentes, deixando pouco ou praticamente nenhum espaço à livre estipulação das partes", mas aponta uma exceção: "Uma das exceções a serem apontadas estava na livre estipulação entre as partes para eleição de juízes árbitros para julgar a causa (Ordenações Filipinas, Livro III, Título XVI, cujas regras vigoraram no Brasil mesmo após a independência) e também no juízo de conciliação prévia (Ordenações Filipinas, Livro III, Título XX), previsto inclusive na própria Constituição imperial brasileira de 1824, em seu art. 161.".

14 NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais.* 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 263. Cf. ainda, ANDRADE, Érico. A "Contratualização" do Processo. In: THEODORO JUNIOR, Humberto (Coord.). JAYME, Fernando Gonzaga; GONÇALVES, Gláucio Maciel; FARIA, Juliana Cordeiro de; FRANCO, Marcelo Veiga; ARAÚJO, Mayara de Carvalho; CREMASCO, Suzana Santi (Org.). *Processo Civil Brasileiro:* Novos Rumos a partir do CPC/2015. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 53.

foi a ampliação da participação das partes na atividade jurisdicional, que podem, em clima de cooperação, ajustar acordos de natureza exclusivamente processual acerca da condução do processo e do momento da prática de determinados atos processuais.[15]

Dentro desse contexto de valorização da autonomia privada, ou, como se indica mais modernamente, autonomia negocial,[16] com vistas a maior pacificação entre os litigantes,[17] ganham destaque os negócios jurídicos processuais prévios, firmados antes mesmo de a controvérsia surgir, nos quais as partes estabelecem o procedimento a ser instaurado em caso de conflito.[18] É nesse cenário que estão inseridas as chamadas "cláusulas escalonadas", nas quais as partes estipulam que eventuais litígios serão dirimidos por meio de uma sequência escalonada de procedimentos de resolução de conflitos,[19] envolvendo geralmente a combinação de métodos consensuais e adjudicatórios.[20]

De modo geral, essas cláusulas estão presentes com maior frequência em contratos de longa duração e complexidade, como contratos de

---

15 ANDRADE, Érico. A "Contratualização" do Processo. *In*: THEODORO JUNIOR, Humberto (Coord.). JAYME, Fernando Gonzaga; GONÇALVES, Gláucio Maciel; FARIA, Juliana Cordeiro de; FRANCO, Marcelo Veiga; ARAÚJO, Mayara de Carvalho; CREMASCO, Suzana Santi (Org.). *Processo Civil Brasileiro:* Novos Rumos a partir do CPC/2015. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 52.

16 PERLINGIERI, Pietro. Il diritto civile nella legalità costituzionale. Terza edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 316/317, anota que a expressão "autonomia privada" é hoje estreita e inadequada e pode gerar entendimentos equivocados, pois também se reconhece atualmente que a autonomia não é só dos privados, mas também se reconhece autonomia aos entes públicos (autonomia pública), que a exercem quando atuam negocialmente, seja com os privados seja com outros entes públicos.

17 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* v. I. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 49.

18 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais.* 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 95.

19 BERGER, Klaus Peter. Law and Practice of Escalation Clauses. *Arbitration International: Journal of the London Court of International Arbitration.* vol. 22. nº 1. Londres: Kluwer Law International, 2006, p. 1.

20 LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas:* a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*.

construção civil, de infraestrutura e de recursos energéticos,[21] e isso ocorre, pois elas visam a manutenção de vínculos por meio da construção de soluções periódicas e amigáveis para os conflitos que vão surgindo durante a execução das prestações contratuais e de acordo com os benefícios oferecidos pelos mecanismos em separado.[22]

Interessante uso da cláusula escalonada na administração pública encontra previsão agora na Lei nº 14.133/21, Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que no art. 151, ao lado da arbitragem e mesmo da judicialização, acolheu expressamente a possibilidade de utilização prévia da mediação e outros métodos adequados de resolução de conflitos para a solução de controvérsias que envolvam direitos patrimoniais disponíveis.

No caso da cláusula de mediação prévia (art. 2º, § 1º e art. 23 da Lei de Mediação), foco do presente trabalho, as partes se comprometem a submeter eventual conflito à tentativa de solução consensual, por meio da mediação extrajudicial,[23] antes de tentarem outra via, na maioria das vezes, heterocompositiva, a exemplo do ambiente clássico da jurisdição estatal ou da via arbitral. Tal cláusula se constitui como um importante ponto de conexão entre as duas expressões de liberdade e consensualidade encampadas pela legislação processual: como não existe mediação prévia obrigatória no direito brasileiro, a obrigatoriedade do uso dessa técnica anteriormente à via adjudicatória surge da autonomia negocial das partes, com a pactuação sobre a utilização desse meio autocompositivo em cláusula contratual.

Ressalta-se que a mediação pode ser utilizada em conflitos envolvendo a Administração Pública (art. 1º da Lei nº 13.140/15), de modo que o art. 174 do CPC/15 e o art. 32 da Lei de Mediação dispõem sobre a criação de câmeras de mediação (e conciliação) pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios com atribuições relacionadas à solução

21 LEMES, Selma Ferreira. Cláusula Escalonada ou Combinada: Mediação, Conciliação e Arbitragem. *In:* FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (Org.). *Arbitragem Internacional, UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro.* São Paulo: Quarter Latin, 2010, p. 164.

22 LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas*: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*.

23 LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios Jurídicos Processuais sobre Mediação e Conciliação. *In:* ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça multiportas*: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p.156.

consensual de conflitos no âmbito administrativo, inclusive como inserção em cláusula escalonada em contratos administrativos, em linha com o art. 151 da Lei nº 14.133/21.

Assim, o presente trabalho parte da caracterização da cláusula de mediação prévia como negócio jurídico processual, como forma de compreender a sua constituição como instrumento de exercício da autonomia negocial, para, na sequência, analisar as divergências sobre as consequências de sua violação, com o enfrentamento de algumas discussões sobre o tema, e por fim, identificar algumas possibilidades que podem ser exploradas no âmbito do direito administrativo brasileiro.

2. CARACTERIZAÇÃO COMO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Embora possam ser encontradas divergências na conceituação dos negócios jurídicos processuais por diferentes doutrinadores brasileiros[24], há noções que comumente acompanham a definição do instituto: a manifestação de vontade do sujeito e a aptidão para produzir efeitos processuais, bem como para promover a modificação do procedimento.

Na tentativa de estabelecer um conceito próprio sobre convenções processuais,[25] Antônio do Passo Cabral analisa criticamente alguns critérios utilizados pela doutrina para a sua definição e considera que o melhor critério é aquele que leva em consideração os efeitos que a convenção pretende produzir, sendo relevante a "*aptidão do acordo*

24 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais.* 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 63, por exemplo, conceitua negócio jurídico processual como o "ato que produz ou pode produzir, no processo escolhido em função da vontade do sujeito que o pratica. São, em geral, declarações de vontade unilaterais ou plurilaterais admitidas pelo ordenamento jurídico como capazes de constituir, modificar e extinguir situações processuais". DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil:* introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 443, por sua vez, define negócio jurídico processual como o "fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se reconhece ao sujeito o poder regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento".

25 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais.* 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 85: "convenção (ou acordo) processual é o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento".

para produzir efeitos jurídicos no processo, ou sua *referibilidade* a um processo, atual ou potencial".[26]

Nessa ordem de ideias, aqui se alinha com a tese defendida por Antonio do Passo Cabral de que a *definição* dos acordos processuais não deve estar atrelada à verificação de que o negócio jurídico tenha sido firmado dentro do processo, ou por sujeitos do processo, ou sobre a aplicação de normas processuais; interessa-nos se o acordo poderá *repercutir* em processo atual ou futuro. E é isso que ocorre com a cláusula de mediação prévia, pois ainda que as partes convencionem em retirar o exame inicial da crise de direito material da via arbitral ou judicial, como comumente ocorre, o acordo se refere a uma situação jurídica processual, com repercussão para processos futuros, na medida em que gera uma obrigação de não agir temporária àqueles que o celebraram, consubstanciada em não recorrer à jurisdição, até que seja satisfeita uma condição: seja empregada a via autocompositiva, por meio da mediação.

De forma similar como ocorre no *pactum de non petendo,*[27] a cláusula de mediação prévia age na seara processual, repercutindo nas situações subjetivas das partes,[28] sobretudo ao estabelecer que elas não poderão exercitar suas pretensões, na maioria das vezes, perante à justiça estatal ou arbitral, enquanto não se destinarem à mediação.[29] Nesse sentido, pode-se dizer que a cláusula de mediação prévia, assim como a cláusula compromissória de arbitragem,[30] configura-se como negócio

---

26 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais.* 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 79.

27 CABRAL, Antonio do Passo. Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro. *Revista de Processo*, v. 305, p. 17-44, jul./2020 explica que o *pactum de non petendo* "é um negócio jurídico processual dos mais antigos de que se tem conhecimento. (…) [nele] os convenentes se comprometem, por um prazo ou sob condição, a não ajuizar ações judiciais uns contra os outros."

28 PANTOJA, Fernanda Medina. Convenções pré-processuais para a concepção de procedimentos preliminares extrajudiciais. *In:* MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GÓES, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno APRIGLANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Negócios processuais.* Salvador: Juspodivm, 2017, p 146.

29 CABRAL, Antonio do Passo. Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro. *Revista de Processo*, v. 305, p. 17-44, jul./2020.

30 A respeito da configuração da cláusula compromissória de arbitragem como negócio jurídico processual, cf. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 102;

jurídico processual, ainda que de forma ampla,[31] constituindo-se como um importante instrumento de exercício da autonomia privada, na qual sujeitos manifestam sua vontade, obrigando-se a ter determinado comportamento no processo. Tem-se aqui o que a doutrina denomina como convenção (ou contrato) de natureza obrigacional: as partes deliberam sobre sua prerrogativa de agir em juízo, abdicam de situações processuais, ainda que temporariamente, e se comprometem a agir de determinada forma, estipulando um acordo sobre uma situação jurídica.[32] E por ter essa roupagem, são as partes que devem invocar a aplicação da convenção, sob pena de preclusão, não cabendo ao juiz reconhecê-la de ofício, uma vez que, nesse caso, a parte tem maior liberdade para agir em seu interesse e, inclusive, pode, na esfera de sua autonomia, renunciar ao acordo.[33]

Estabelecida a premissa de que a cláusula de mediação nos termos ora indicados se configura como negócio jurídico processual, é possível classificá-lo como um negócio típico, na medida em que há previsão expressa na Lei de Mediação (art. 2º, § 1º e art. 23)[34], e

---

GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral.* São Paulo: Atlas, 2009, p. 12.

31 Para PANTOJA, Fernanda Medina. Convenções pré-processuais para a concepção de procedimentos preliminares extrajudiciais. *In:* MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GÓES, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno APRIGLANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Negócios processuais.* Salvador: Juspodivm, 2017, p. 143-146, o próprio art. 190 do CPC/15 dispõe que a convenção pode ser realizada antes ou durante o processo. Assim, os procedimentos prévios extrajudiciais, uma vez realizados antes do processo, também seriam negócios jurídicos em sentido amplo, sobretudo por atuar como um mecanismo voltado à satisfação das pretensões das partes e por ser possível sua repercussão nas situações subjetivas das partes dentro do processo.

32 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais.* 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 90-92.

33 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais.* 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 300-303.

34 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil:* introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 443: "Há diversos exemplos de negócios processuais: (…) o pacto de mediação prévia obrigatória (art. 2º, § 1º, Lei n. 13.140/2015) etc. Todos são negócios processuais típicos." No mesmo sentido, MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça multiportas:* mediação, conciliação, arbitragem e outros

também como "prévio", visto que é celebrado antes da instauração do processo e, geralmente, antes de surgir o conflito,[35] em verdadeiro "exercício de sabedoria contratual", por se tratar do momento mais propício para a celebração de acordos sobre conflitos que podem surgir entre as partes.[36]

Ainda que os ajustes negociais de direito material e processual sejam dispostos no mesmo instrumento jurídico, no mais das vezes de natureza contratual, é certo que o negócio jurídico processual terá autonomia em relação ao instrumento em que foi inserido,[37] devendo ser compreendido como independente do negócio jurídico de direito material, na medida em que os atos processuais produzirão efeitos diversos do negócio jurídico material.[38] Aqui, inclusive, pode ser usada, em relação às cláusulas de mediação prévia, a mesma lógica do art. 8º da Lei de Arbitragem, no que diz respeito à autonomia da cláusula compromissória arbitral: "a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória"[39].

Aplicam-se à cláusula de mediação prévia os requisitos previstos no art. 104, CC e 190, *caput* e parágrafo único do CPC/15. Registra-se

---

meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 71: "Segundo a Lei de Mediação, as partes podem estipular em cláusulas escalonadas (art. 23), condicionando o início da via judicial ou arbitral à previa tentativa de resolução autocompositiva."

35 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 95.

36 CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa* – Seis Lições Brasileiras. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 80.

37 A esse respeito, indica-se o Enunciado nº 409 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A convenção processual é autônoma em relação ao negócio em que estiver inserta, de tal sorte que a invalidade deste não implica necessariamente a invalidade da convenção processual".

38 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 307-309.

39 No direito francês, cf. CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 5 ed. Paris : LexisNexis, 2006, p. 327 : «En effet, pour être, formellement, une clause du contrat qui la contient, la clause compromissoire n'en est pas moins, eu égard à la fonction, une clause à part, 'séparable' selon l'expression di M. Mayer, qui doit pouvoir être mise en œuvre indépendamment de la validité du contrat principal».

que, embora deva ser pactuada por partes capazes, titulares da situação jurídica,[40] a referida capacidade deverá levar em conta apenas a capacidade de ser parte e a capacidade processual,[41] não sendo necessário o preenchimento do requisito da capacidade postulatória, na medida em que é possível que não haja instauração de procedimento judicial e, inclusive, a Lei 13.140/15 prevê que a presença do advogado na mediação extrajudicial é facultativa,[42] devendo ser obrigatória apenas se uma das partes comparecer ao procedimento com advogado, hipótese em que o mediador deverá suspender o procedimento, até que todas as partes estejam devidamente assistidas (art. 10, *caput* e parágrafo único da Lei 13.140/15).

É imprescindível que a cláusula tenha redação clara e que o consentimento das partes seja livre e informado,[43] principalmente porque o negócio jurídico em questão se relaciona a uma pretensão processual e obriga as partes a não acessarem à jurisdição até que seja satisfeita a condição da instauração da mediação, ou seja, as partes dispõem temporariamente de seu direito de acessar os órgãos jurisdicionais, em razão do método autocompositivo que elegeram como adequado para resolver o conflito no momento inicial de sua instauração.

Por se tratar de um negócio jurídico que toca direitos fundamentais, é importante que, justamente por essa particularidade, seja limitado no tempo[44] e que seu cumprimento não leve à ocorrência de prescrição

---

40 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais.* 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 331.

41 Por se tratar de um negócio jurídico processual prévio, que tem o condão de produzir efeitos em uma situação jurídica processual futura, em princípio, deve ser respeitado tal pressuposto processual. A esse respeito: CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais.* 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 337-338.

42 CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (Coord.). *Lei de mediação comentada artigo por artigo:* dedicado à memória da Profª Ada Pellegrini Grinover. 2.ed. Indaiatuba: Foco, 2020 *E-book*: "Essa mesma condição se verifica em outros ordenamentos jurídicos, como nos Estados Unidos, onde o Uniform Mediation Act de 2003 prevê que o advogado 'pode' acompanhar a parte na mediação, e em Portugal, cuja Lei de Mediação (no 29/2013) estabelece a possibilidade de participação dos advogados."

43 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais.* 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 345.

44 Para LEMES, Selma Ferreira. Cláusula Escalonada ou Combinada: Mediação, Conciliação e Arbitragem. *In:* FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO

e decadência, caso contrário, a garantia de acesso à jurisdição poderá ser reduzida a zero.[45]

Nessa perspectiva, é relevante que a cláusula seja pactuada de forma "cheia", ou seja, que sejam especificados todos os procedimentos e condições que deverão ser seguidos, com indicação de: (i) prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião de mediação, contado a partir da data de recebimento do convite; (ii) local da primeira reunião de mediação; (iii) critérios de escolha do mediador ou equipe de mediação; (iv) penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação (art. 22, *caput,* da Lei 13.140/15). Nesse ponto, a Lei de Mediação prevê que a disposição contratual completa pode ser substituída pela "indicação de regulamento, publicado por instituição idônea prestadora de serviços de mediação, no qual constem critérios claros para a escolha do mediador e realização da primeira reunião de mediação" (art. 22, § 1º da Lei 13.140/15).

No tocante à forma do ato, o art. 2º, § 1º e o art. 23 da Lei 13.140/15 referem-se expressamente à "previsão contratual", razão pela qual a cláusula de mediação prévia deve observar tal forma, devendo ser inserida em instrumento contratual.

No que se refere a situações de vulnerabilidade e inserção do negócio processual em contratos de adesão, entende-se que deverão ser analisadas as circunstâncias do caso concreto para que seja possível aferir sobre eventual nulidade do negócio jurídico, o que ocorrerá somente nas hipóteses em que a vulnerabilidade atingir a formação do negócio jurídico, de forma a desequilibrá-lo.[46] Nesse aspecto, verifica-se que a Lei de Arbitragem possibilita a inserção da cláusula arbitral nos contratos de adesão, estabelecendo, porém, que só terá eficácia "se

---

FILHO, Napoleão (Org.). *Arbitragem Internacional, UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro.* São Paulo: Quarter Latin, 2010, p. 171, é fundamental que as cláusulas escalonadas tenham redação clara, sendo importante que as partes estipulem como o processo autocompositivo deverá iniciar, transcorrer e finalizar, inclusive com a definição de prazos.

45 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais.* 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 417; DIDIER JR., Fredie. *Ensaios sobre os negócios jurídicos processuais.* Salvador: Juspodivm, 2018, p. 189.

46 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil:* introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21.ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 454.

o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula" (art. 4º, § 2º da Lei nº 9.307/96). Embora a Lei de Mediação não tenha nenhuma disposição semelhante à da Lei de Arbitragem, considera-se interessante a condição estipulada no art. 4º, § 2º da Lei de Arbitragem, que pode vir a ser aplicada analogicamente às cláusulas de mediação prévia, como forma de possibilitar a formulação de cláusulas mais claras, precisas, em que seja possível verificar o real interesse do consumidor ou daquele considerado como vulnerável na pactuação. Assim é que o negócio jurídico realmente conseguirá fazer valer a sua razão de ser: possibilitar que as partes, consensualmente, possam resolver o conflito, sem a imposição de uma decisão, por meio da via que efetivamente consideraram adequada.

Além disso, válido salientar que não cabe ao juiz controlar a conveniência da celebração do negócio jurídico processual, mas tão somente fazer um exame de sua validade,[47] e, uma vez considerada válida a cláusula de mediação prévia firmada, seus efeitos serão produzidos desde o momento da pactuação.[48]

47 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil:* introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21. ed. Salvador: Ed: Juspodivm, 2019, p. 334.

48 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais. Op. cit.,* p. 256-287: "A homologação ou o deferimento são desnecessários, e não podem ser considerados pressupostos para a eficácia dos negócios processuais por três razões principais. Primeiro, porque as convenções processuais decorem diretamente da autonomia das partes no processo, normativamente justificada no permissivo geral de autorregramento da vontade, exercido nos limites extraídos da combinação dos princípios dispositivo e do debate. (…) A segunda razão é que pode haver acordos pré-processuais, celerados antes do processo e comumente antes do próprio conflito. (…) Por fim, compreender a homologação prévia como necessária significa negar a autonomia na qual a negociação se baseia, justificando uma estruturação teleocrática das relações entre Estado e indivíduo."

3. ANÁLISE COMPARADA DO EFEITO PROCESSUAL DO DESCUMPRIMENTO DA CLÁUSULA PRÉVIA DE MEDIAÇÃO, COM INGRESSO DIRETO DA AÇÃO PERANTE A JURISDIÇÃO ESTATAL

No Brasil, a mediação prévia, realizada de forma extrajudicial, não é, até o momento, obrigatória,[49] razão pela qual as partes precisam se valer de um negócio jurídico processual para que seja possível condicionar o ingresso à via heterocompositiva (judicial ou arbitral) à realização da mediação prévia. Assim, essa estipulação contratual surge da autonomia negocial das partes, que elegem a mediação como o meio adequado para a composição inicial de eventual conflito. E é no campo de descumprimento do referido negócio jurídico processual que surgem algumas divergências.

No direito brasileiro, o art. 23 da Lei nº 13.140/15 estabelece o efeito processual em caso de descumprimento do acordo: "o árbitro ou o juiz

49 Há dois projetos de lei recentes tramitando na Câmara dos Deputados que, embora não obriguem as partes especificamente à tentativa da mediação extrajudicial prévia, tentam condicionar o ingresso à jurisdição estatal à tentativa de composição anterior: (i) o PL 3813/2020 prevê em seu art. 1º que "nos litígios entre particulares, relativos a direitos patrimoniais disponíveis, sobretudo os que envolvam relações jurídicas cíveis, consumeristas, empresariais e trabalhistas, as partes envolvidas deverão obrigatoriamente se submeter, antes da propositura de eventual ação judicial, à prévia sessão de autocomposição, a ser realizada nos moldes da presente lei" e estabelece que a não comprovação da realização ou tentativa de realização da sessão extrajudicial implicaria extinção do processo, sem resolução do mérito, por falta de interesse de agir, podendo a matéria ser conhecida de ofício pelo juiz; e (ii) o PL 533/2019 visa instituir o requisito da pretensão resistida como necessário à constatação do interesse processual da parte nas ações que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. Ao lado do legislador, observa-se iniciativa do Poder Judiciário em Minas Gerais nesse mesmo sentido, rechaçada pelo Conselho Nacional de Justiça: o Núcleo Permanente de Métodos de Solução de Conflitos (NUPEMEC) da 3ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por meio da Orientação Normativa nº 01/2020, tentou estabelecer a comprovação de negociação prévia ao ajuizamento da ação como condição para aferição do interesse processual nas ações em que se admite autocomposição, no entanto, o CNJ determinou a anulação do referido ato normativo, por entender ter criado obrigações novas para constatação de interesse processual, inexistentes no CPC/15, o que denotaria afronta à legislação processual civil. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pjecnj/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=84eee62468abd15e4e33562f2a590bd885fa4fe0968af170c14d140fb3baa04902998203b095b60762cf97acf53c71e539b484d172d84d8e&idProcessoDoc=4475441. Acesso em 17 set. 2021.

suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição"[50]. Contudo, não é pacífico o entendimento de que este deve ser o papel do árbitro ou do juiz caso uma das partes "pule" a etapa da mediação.

Tal cenário suscita algumas discussões, que serão trazidas neste capítulo especificamente em relação ao descumprimento da cláusula e ingresso direto perante a jurisdição estatal: qual deveria ser a conduta adotada pelo juiz ao ser informado por uma das partes, na primeira oportunidade em que se manifestarem, da existência de uma cláusula de mediação prévia? O juiz deveria extinguir o feito, diante do não preenchimento de um pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo? Admitir o feito, sob pena de violação ao princípio do acesso à jurisdição? Suspender o processo até que as partes compareçam à sessão inaugural de mediação? Haveria violação aos princípios que regem à mediação na hipótese de "obrigá-las" a se submeter a tal técnica? Haveria violação ao art. 23 da Lei nº 13.140 ou à autonomia negocial, caso a cláusula fosse afastada? As partes são "obrigadas" a ingressar e a se manter na mediação em caso de pactuação de cláusula de mediação prévia?

3.1. ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS

Na doutrina brasileira, antes da promulgação da Lei de Mediação, havia quem defendesse que a realização da mediação prévia, prevista em cláusula contratual, seria configurada como um pressuposto ao exercício da ação judicial ou para a instituição de arbitragem, cabendo ao juiz ou árbitro, em caso de descumprimento, encaminhar as partes à realização da mediação ou conciliação prévia pactuada antes da análise da demanda,[51] e também quem sugerisse que fosse dada à cláusula

---

50 Aqui se excluem as medidas de urgência em que o acesso ao Poder Judiciário seja necessário para evitar o perecimento de direito, conforme previsto no parágrafo único do art. 23 da Lei nº 13.140/15.

51 LEMES, Selma Ferreira. Cláusula Escalonada ou Combinada: Mediação, Conciliação e Arbitragem. *In:* FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (Org.). *Arbitragem Internacional, UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro.* São Paulo: Quarter Latin, 2010, p. 164: "a cláusula escalonada teria os mesmos efeitos de uma convenção de arbitragem, no sentido de impor às partes a mediação ou conciliação prévias e retirar do juiz ou árbitro sua competência para analisar a questão (eficácia negativa). Ou seja, a mediação (ou conciliação) seria pressuposto ao exercício da ação (judicial) ou instituição da arbitragem. (…) a classificação da cláusula escalonada como de eficácia processual determina o envio

de mediação a mesma condição jurídica da convenção de arbitragem, ou seja, que a cláusula de mediação, uma vez descumprida, levasse à extinção do processo judicial, sem a resolução do mérito.[52]

A Lei de Mediação, todavia, tratou diretamente do tema nos seguintes termos:

> "Art. 23. Se, em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição."

Mesmo após a entrada da Lei de Mediação em vigor, ainda há quem defenda que, mediante o descumprimento da cláusula, suscitado pelas partes, o processo deva ser extinto, sem resolução do mérito, por ausência de interesse processual, nos termos do art. 485, VI do CPC/15.[53]

Fernanda Pantoja, ao tratar dos negócios jurídicos processuais prévios de forma geral, estabelece que o seu descumprimento não deveria levar à extinção do processo sem julgamento do mérito, ante o princípio do julgamento de mérito, mas sim à suspensão do processo para que as partes o cumpram, com a possibilidade de ser imposta multa por litigância de má-fé àquele que descumpriu o acordo ou de ser a ele transferido o ônus de arcar com as custas processuais.[54]

Em perspectiva comparada, Loïc Cadiet defende ser o caso de inadmissão da ação judicial, na medida em que a existência da cláusula de mediação se configuraria apenas como uma interdição provisória do

---

das partes pelo juiz ou árbitro à prévia mediação ou conciliação, mesmo que os resultados posteriores não sejam positivos e as partes não alcancem um consenso".

52 LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas:* a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book.*

53 LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios Jurídicos Processuais sobre Mediação e Conciliação. *In:* ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça multiportas:* mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p.157.

54 PANTOJA, Fernanda Medina. Convenções pré-processuais para a concepção de procedimentos preliminares extrajudiciais. *In:* MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GÓES, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno APRIGLANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Negócios processuais.* Salvador: Juspodivm, 2017, p 156.

agir na justiça, devendo a justiça estatal reforçar a autoridade dessas disposições.[55]

Paula Costa e Silva, por sua vez, considera ser necessária a suspensão do processo, até o cumprimento do avençado, reconhecendo que, quando as partes acordam sobre o escalonamento de instâncias, criam um esquema vinculante quanto ao modo de resolução do conflito, que corresponde a seus interesses e é digno de proteção legal.[56]

Lotta Maunsbach, ao analisar a cláusula de mediação prévia no direito suíço, aponta que, como a existência de tal cláusula não constitui um impedimento processual, a justiça estatal não está autorizada a rejeitar a ação, mesmo quando estipulado que a etapa da mediação seja um pré-requisito absoluto para se ingressar à via judicial.[57]

3.2. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Para demonstrar como o julgamento de casos envolvendo o descumprimento de cláusula de mediação vem ocorrendo nos tribunais bra-

---

55 CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa* – Seis Lições Brasileiras. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 84-85.

56 SILVA, Paula Costa e. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais:* convenções de arbitragem, pactos de jurisdição cláusulas escalonadas e outras tantas novelas talvez exemplares, mas que se desejam de muito entretenimento. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 97-99.

57 MAUNSBACH, Lotta. Litigation Agreements in Swedish Law. *In:* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Tomo 2. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 221-222: "(…) as Sweden has no legislation turning such a mediation agreement into a procedural impediment if invoked before a court, a party not wishing to take part in mediation is always able to bring an action before a court to have the dispure examined by it. (…) It would then be reasonable to assume that those parties cannot bring an action before a court unless they have first tried to reach an agreement through mediation, as this would be in breach of that contractual term. However, given that the existence of a mediation agreement does not constitute a procedural impediment under Swedish law, the court is not allowed to dismiss such an action even until such time as mediation has been carried out. This is so even if the wording of the clause is such that exhastion of the first tier (mediation) is an absolute prerequisite for a court to be competente to hear a dispute. Here it should also be added that multi-tiered dispute-resolution clauses where the first tier involver some other alternative dispute-resolution mechanism, such as proceedings before the types of dispute boards mentioned above, also do not constitute procedural impediments in cases where party chooses to skip the first tier and immediately bring an action before a court."

sileiros, apresentam-se abaixo resumos de alguns acórdãos recentes envolvendo a temática:

No julgamento da Apelação Cível nº 1091214-22.2018.8.26.0100, em 2021,[58] o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo anulou a sentença que extinguiu o processo sem resolução de mérito por falta de interesse processual, a fim de que o feito tivesse *regular prosseguimento*, entendendo, em suma, que: (a) a mediação prévia não seria condição de admissibilidade da ação judicial; (b) a cláusula seria incompatível com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional; (c) a cláusula atentaria contra os princípios que regem a mediação; (d) o processo só poderia ser extinto caso firmada cláusula compromissória de arbitragem.

No julgamento da Apelação Cível nº 1025238-94.2016.8.26.0114, em 2020,[59] o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo anulou a sentença que extinguiu o processo sem resolução de mérito (art. 485, VI, do CPC/15), para que fosse dado *regular prosseguimento* ao feito, por entender que: (a) a parte ré/recorrida teria recebido uma notificação extrajudicial sobre o descumprimento do acordo de sócios quotistas com a advertência de que "o não atendimento à presente notificação será interpretado como falta de interesse para um acordo amigável" e não teria respondido; (b) no âmbito do processo, teria ocorrido uma audiência de *conciliação*, que teria restado infrutífera.

No julgamento da Apelação Cível nº 0702048-52.2019.8.07.0001, em 2020,[60] o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios anulou a sentença que havia extinguido o processo em razão da existência de cláusula de mediação, para que o processo ficasse *suspenso por seis meses* para a realização da mediação pactuada pelas partes.

---

58 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 1091214-22.2018.8.26.0100. Relator: Jorge Tosta, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, julgamento em 16/06/2021, publicação em 21/06/2021.

59 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 1025238-94.2016.8.26.0114. Relator: Alexandre Lazzarini, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, julgamento em 24/08/2020, publicação em 04/09/2020.

60 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Apelação Cível 0702048-52.20198.07.0001*. Relatora: Desembargadora Nídia Corrêa Lima, 8ª Turma Cível, julgamento em 01/07/2020, publicação em 05/08/2020.

No julgamento da Apelação Cível nº 5000000-80.2017.8.13.0324, em 2019,[61] o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais afastou a preliminar de falta de interesse de agir alegada pela parte apelante, por considerar que: a) a obrigatoriedade da mediação prévia, disposta em contrato, não se coadunaria com os próprios princípios que regem a mediação, marcada pela voluntariedade, b) a cláusula estaria inserida em contrato de adesão, sem que fossem respeitados os requisitos previstos no § 2º do art. 4º da Lei de Arbitragem, aplicável à mediação por analogia.

No julgamento da apelação nº 0019428-33.2018.8.19.0001, em 2018,[62] o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro afastou a preliminar de falta de interesse processual, também por considerar nula a inserção de cláusula de mediação prévia em contrato de adesão (art. 51, VII, CDC), pois "o acesso ao Judiciário é livre e não pode depender da submissão da parte à mediação privada", de modo que seria "desnecessário o esgotamento de via administrativa para se solicitar a tutela jurisdicional, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição".

Importante dizer que nenhum dos acórdãos, não obstante posteriores, menciona o art. 23, *caput*, da Lei de Mediação, relativo à suspensão do processo,[63] seja para afastar ou determinar sua aplicação.

Oportuno destacar também que, em outros países, já se verificou divergência de entendimentos sobre a questão. Nesse sentido, Selma Lemes aponta que em dois julgados oriundos da Corte de Cassação Francesa (1ª Câmara Civil) em que foram partes *Clinique du Morvan v. Vermuseau* (julgamento em 23/01/2001) e *SNEP e/os v. SNAM et SPEDIAM*

---

61 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível 0019428-33.2018.8.19.0001*. Relatora: Desembargadora Aparecida Grossi, 17ª Câmara Cível, julgamento em 03/10/0019, publicação em 04/10/2019.

62 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível 0019428-33.2018.8.19.0001*. Relator: Desembargador Lúcio Durante. 19ª Câmara Cível, julgamento em 13/11/2018, publicação em 23/11/2018.

63 Não obstante envolver cláusula arbitral, interessante notar que, em acórdão recente da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, priorizou-se a suspensão em relação à extinção do processo diante do ajuste feito pelas partes: foi mantido o acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que determinou a suspensão de execução judicial pelo fato de o contrato estar sendo discutido no juízo arbitral, inclusive em relação à constituição do próprio título executado. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1949566*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgamento em 14/09/2021.

(julgamento em 06/03/2001), a cláusula de conciliação/mediação prévia foi reputada como mera disposição contratual, sendo considerado que a sua inobservância não violaria nenhuma norma de ordem pública, não havendo ainda sanção pela violação do preceito contratual, o que não impediria o recebimento da ação judicial.

Em sentido oposto, Selma Lemes aponta outros dois precedentes, um da Corte de Cassação Francesa (2ª Câmara Civil), *Société Polyclinique des Fleurs v. Peyrin* (julgamento em 06/07/2000) e um da Alta Corte da Inglaterra e do País de Gales (Corte Comercial), *Cable&Wireless Plc v. IBM United Kingdom Ltd.* (julgamento em 11/10/2002), paradigmático no direito inglês sobre a questão, em que as partes foram enviadas ao processo de conciliação ou mediação previamente acordados, de modo que os processos judiciais ficariam suspensos enquanto as partes não se submetessem ao rito convencionado.[64]

3.3. ENFRENTAMENTO DE ALGUMAS DISCUSSÕES SOBRE O TEMA

Verificadas as divergências apontadas sobre a questão, entende-se que o afastamento da cláusula de mediação prévia pelos órgãos jurisdicionais, quando informados por uma das partes, na primeira oportunidade em que se manifestarem nos autos, sobre o descumprimento pela outra, representa violação à liberdade conferida às partes no processo, na medida em que ignora o desenho procedimental feito por elas, para a resolução de seus próprios conflitos, com vistas à tentativa inicial de autocomposição, consagrada em nosso ordenamento jurídico.

Sendo a mediação regida pela busca do consenso (art. 2º, VI, da Lei nº 13.140/15), pela autonomia negocial das partes (art. 2º, V, da Lei nº 13.140/15) e pela boa-fé (art. 2º, VIII, da Lei nº 13.140/15), observar o que foi contratualmente estipulado pelas partes significa respeitar tais princípios.

Frisa-se que o legislador apontou expressamente o efeito processual para o caso de violação da cláusula de mediação prévia no art. 23 da Lei nº 13.140/15: a suspensão do processo pelo juiz ou árbitro pelo prazo previamente acordado ou até o implemento da condição,

---

64 LEMES, Selma Ferreira. Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem.

In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (Org.). *Arbitragem Internacional, UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro.* São Paulo: Quarter Latin, 2010, p. 163-178.

o que não impede, todavia, que as próprias partes convencionem que o processo seja extinto caso não haja o cumprimento do acordo, devendo ser observado pelo juiz o que fora especificamente pactuado no contrato.

Há que se ressaltar que a Lei de Mediação estabelece que, em caso de previsão contratual, "as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação" (art. 2º, § 1º, da Lei nº 13.140/15), mas nenhum sujeito será "obrigado a permanecer em procedimento de mediação" (art. 2º, § 2º, da Lei nº 13.140/15), de modo que a "obrigatoriedade" diz respeito tão somente ao comparecimento à primeira sessão e não às demais.[65]

No que se refere ao argumento de que supostamente a convenção violaria o princípio constitucional do acesso à jurisdição, aponta-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da sentença estrangeira nº 5.206-7,[66] no bojo do qual restou assentada a constitucionalidade da Lei de Arbitragem em face do art. 5º, XXXV da CRFB/88, reconheceu não ser tal procedimento incompatível com o princípio do livre acesso à jurisdição estatal ou inafastabilidade da tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, se o Supremo Tribunal Federal, em respeito à autonomia privada, já reconheceu a constitucionalidade de se utilizar outra via em *substituição* à jurisdição estatal, não se pode considerar que uma mera condição temporária de acesso ao Judiciário, tal como ocorre com a cláusula de mediação prévia, viole a Constituição (art. 5º, XXXV, da CRFB/88).

---

65 Nesse sentido, veja-se a redação da cláusula modelo de mediação prévia da Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB): "As partes concordam em submeter as controvérsias relativas ao presente contrato à mediação, de forma prévia e obrigatória, sob a administração da CAMARB – Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil, de acordo com as regras do seu Regulamento de Mediação. As partes declaram estar cientes que deverão comparecer à primeira sessão de mediação, conforme previsto no artigo 2º, parágrafo primeiro, da Lei nº 13.140/15. Apenas será considerado como obrigatório o comparecimento das partes à primeira sessão de mediação. Após a realização da primeira sessão, a mediação somente terá seguimento se houver manifestação de vontade das partes." Disponível em: https://camarb.com.br/arbitragem/clausula-modelo-escalonada/. Acesso em 13 set. 2021.

66 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgamento em 12/12/2001, DJ 30/04/2004.

Noutras palavras, pode-se afirmar que no direito brasileiro, inclusive na esteira das normas fundamentais inseridas no art. 3º, §§ 1º a 3º, CPC/15, não existe mais o monopólio estatal da solução de conflitos.[67]

Além disso, conforme já ressaltado, hoje a noção de acesso à justiça não se limita ao mero acesso à jurisdição estatal, sendo mais abrangente, visto como acesso à ordem jurídica justa e adequada, na qual se inserem os diversos meios de resolução de conflitos que atuam ao lado da jurisdição estatal, a exemplo da mediação. Embora o acesso à justiça seja amplo, não é irrestrito e ilimitado, sendo adequadamente condicionado. À exemplo disso, o legislador exige a demonstração de direito líquido e certo na impetração de mandado de segurança (art. 1º da Lei nº 12.016/2009); exige a presença de título executivo extrajudicial nas execuções extrajudiciais (art. 783 do CPC/15); e até mesmo a jurisprudência institui condições para o exercício do direito de ação, quando impõe o prévio requerimento administrativo perante o INSS para que se possa pleitear a concessão de benefícios previdenciários perante o Judiciário.[68]

Logo, não se pode ignorar o que foi pactuado pelas próprias partes como condição de ingresso à justiça estatal, em cenário em que o estímulo à solução consensual de controvérsias é incorporado à legislação processual e em que a valorização da liberdade negocial vem ganhando relevância no ordenamento jurídico como um todo.[69]

Assim, em observância ao princípio da economia processual e ao que dispõe a Lei de Mediação, o efeito que, em regra, deve ser observado em nosso ordenamento jurídico quando suscitado por uma das partes

---

67 Como leciona PICARDI, Nicola. La giurisdizione all'alba del terzo millennio. Milano: Giuffrè, 2007. p. 181, "in definitiva, il principio del monopolio statuale della giurisdizione si è vistosamente sgretolato: la giurisdizione non è più esclusiva funzione dello Stato; gli organi cui sono affidate le funzioni giurisdizionale non sono sempre organi dello Stato". No direito brasileiro, cf., THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Novas perspectivas para atuação da tutela executiva no direito brasileiro: autotutela executiva e "desjudicialização" da execução. Revista de Processo, vol. 315, maio/2021, p. 109/158.

68 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 631240/MG*. Relator: Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgamento em: 03/09/2014. DJ: 10/11/2014.

69 À exemplo disso, a Lei da Liberdade Econômica, valorizando a autonomia negocial das partes, veio a alterar alguns dispositivos da lei civil, estabelecendo a intervenção mínima nos contratos ou ajustes firmados pelas partes (art. 421, parágrafo único e 421-A da Lei nº 13.874/19).

o descumprimento da cláusula de mediação prévia por outra, na primeira oportunidade em que se manifestou nos autos, é a suspensão do processo, por tempo limitado, para que as partes possam se valer do método que consideraram adequado para a resolução do conflito, à exceção de quando as próprias partes pactuarem a extinção do processo ou quando for o caso de não preenchimento de alguns dos requisitos de validade da cláusula em questão, como no caso de inserção abusiva em contrato de adesão, sem o preenchimento dos requisitos previstos no art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem, aplicável à cláusula de mediação por analogia, hipótese na qual a cláusula deverá ser afastada por não cumprir a finalidade a que se destina.[70]

Considerando que a mediação extrajudicial e a conciliação judicial são meios distintos e autônomos de resolução de conflitos, com procedimentos, funções e condutores diferentes, não se deve ignorar a pactuação de cláusula de mediação prévia quando instaurado o processo judicial, sob o argumento de que já ocorrerá a audiência de conciliação nos autos (art. 334 do CPC/15).

Por fim, a mediação não será considerada "fracassada" quando não celebrado acordo, eis que a técnica tem outras finalidades principais, a exemplo do reestabelecimento da comunicação entre as partes, da preservação do relacionamento entre elas e solução adequada dos conflitos,[71] devendo ser o método estimulado sempre que possível, sobretudo quando escolhido pelas partes.

4. POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DA MEDIAÇÃO OU CLÁUSULA ESCALONADA EM CONTRATOS FIRMADOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Na Itália, o legislador tem incentivado o uso de meios alternativos para solução de conflitos, inclusive no campo do direito administrativo, a fim de facilitar o acesso pelas partes a novas formas de tutela

70 A ideia defendida no presente trabalho pode ser revista no caso de aprovação de algum dos projetos de lei que tentam condicionar o ingresso à jurisdição estatal à tentativa de composição anterior (PL 3813/2020 e PL 533/2019).

71 Nessa mesma linha, o Enunciado 625 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "o sucesso ou insucesso da mediação ou da conciliação não deve ser apurado apenas em função da celebração de acordo."

dos direitos,[72] que podem permitir, especialmente na área dos contratos públicos, não só a diminuição da carga de processos judiciais na matéria, mas também evitar o alongamento nocivo das discussões,[73] possibilitando às partes envolvidas a opção por outros mecanismos de solução de conflitos que não o judicial.[74]

O direito brasileiro, inserindo-se nesse movimento, admite a adoção de mecanismos e técnicas para a resolução de controvérsias envolvendo a administração pública, e isso fica ainda mais claro quando se observa, por exemplo, que a Lei nº 14.133/21, Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, indicou expressamente que a mediação, a conciliação, a arbitragem e o comitê de resolução de disputas, poderão ser utilizados para prevenção e solução de controvérsias, relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como questões envolvendo o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, inadim-

---

72 Cf. CIVILLA, Benedetta; GIANNINI, Daniele. La risoluzione alternativa delle controversie nel nuovo Codice appalti. Milano: Giuffrè Editore, 2017, p. 7, que destacam, inclusive, se tratar de verdadeiro desafio em países de alta litigiosidade judicial como é o caso da Itália, a implantação de mecanismos de ADR, e que não pode ser deixado apenas à iniciativa das partes, cabendo ao próprio legislador estruturar e incentivar adequadamente o uso de tais mecanismos: "Il ricorso alle cc.dd. A.D.R. (*Alternative Dispute Resolutions*), tuttavia, non può e non deve costituire soltanto il risultato dell'iniziativa delle parti in liti. È compito soprattutto del legislatore, infatti, individuare le soluzioni più efficaci per incentivare l'accesso alle tecniche di risoluzione delle controversie alternative alla tutela giurisdizionale. (…) In un Paese come l'Italia, ritenuto come uno tra i più litigiosi dell'Unione europea, riuscire a indirizzare le controversie tra le parte verso un percorso di soluzione alternativo alla giurisdizione costituisce per il legislatore un'autentiva sfida".

73 Cf. CIVILLA, Benedetta; GIANNINI, Daniele. La risoluzione alternativa delle controversie nel nuovo Codice appalti. Milano: Giuffrè Editore, 2017, p. 7: "Ciò vale a maggior ragione con riguardo alla materia dei contratti pubblici, dove l'insorgere delle controversie tra l'Amministrazione ed i privati comporta non solo l'appesantimento del carico giudiziario, ma anche l'allungamento dei tempi per l'esecuzione dei contratti pubblici, con evidente danno per la collettività".

74 ANDREWS, Neil. La "doppia elica" della giustizia civile: i legami tra metodi privati e pubblici di risoluzione delle controversie. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè editore, v. LXIV, 2010, p. 548: "Come il sistema politico, anche l'amministrazione della giustizia è una democrazia. I cittadini possono votare per il partito che preferiscono. Se l'accesso al sistema giudiziario è troppo costoso e poco soddisfacente, chi è in condizione di scegliere – soggetti privati, imprese o anche la pubblica amministrazione – si rivolgerà altrove".

plemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e cálculo de indenizações.

No Executivo, iniciativa interessante foi a da Secretaria Especial do Programa de Parcerias e Investimentos-PPI do Governo Federal, ao disponibilizar a Consulta Pública nº 01/2019, para receber contribuições à minuta de resolução com o objetivo de aprovar cláusula modelo de solução de controvérsias, envolvendo esses métodos privados, em disputas relacionadas à execução de contratos de concessão e de parceria público-privada, de longa duração e normalmente permeados por maior complexidade técnico-jurídica,[75] regulados pelas Leis 8.987/95 e 11.079/04 indicadas, inclusive, ao lado da Lei 13.334/16, como base legal para a proposta.

A minuta de resolução, com as cláusulas modelo constantes em seus anexos, estabelecia força obrigatória apenas à arbitragem, o que poderia ser feito também em relação à mediação e à negociação, na linha do que se expôs no presente trabalho, sobretudo considerando a relevância da utilização de procedimentos híbridos[76] e a capacidade que têm para responder de forma mais adequada e eficaz à demanda de solução de controvérsias que surgem na sociedade e economia globalizadas.[77]

A resolução previa também cláusulas envolvendo a utilização de Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências, mecanismo hoje tratado especificamente no Projeto de Lei 2421/2021,[78] em trâmite

---

75 PORTAL DO PROGRAMA DE PARCERIAS DE INVESTIMENTOS. PPI/Casa Civil disponibiliza consulta pública acerca da resolução que aprova cláusula modelo de solução de controvérsias. Brasília, 01 nov. 2019. Disponível em: https://www.ppi.gov.br/consultapublicappi1-19. Acesso em: 13 set. 2021.

76 Cf. PALAZZO, Massimo. L'arbitrato nel quadro dei sistemi ADR e le clausole multistep. *In*: PUTORTÌ, Vincenzo (a cura di). *La giustizia arbitrale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, p. 46.

77 PALAZZO, Massimo. L'arbitrato nel quadro dei sistemi ADR e le clausole multistep. *In*: PUTORTÌ, Vincenzo (a cura di). *La giustizia arbitrale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, p. 49: "Se queste premesse descrittive della fase storica contemporanea sono vere emerge chiaramente che le tecniche ADR si qualificano come istituti della globalizzazione giuridica, figure cioè che emergono della prassi e sono rivolve a soddisfare esigenze di carattere sociale ed economico".

78 O inteiro teor do PL está disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2038213&filename=PL+2421/2021+%28N%C2%BA+Anterior:+PLS+206/2018%29. Acesso em 17 set. 2021.

na Câmara dos Deputados,[79] que visa regulamentar a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos celebrados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.

No PL 2421/2021, há disposição que prevê que as "as recomendações e as decisões proferidas pelos Comitês de Prevenção e Solução de Disputas poderão ser reformadas pelo Poder Judiciário ou, quando houver convenção neste sentido, por arbitragem". No entanto, diante da análise técnica e especializada do Comitê, formado por membros com reconhecido saber e atuação jurídica na área objeto do contrato, pode-se cogitar de inclusão no contrato de determinação para que as partes, antes de levar a questão para arbitragem ou para o sistema judicial, conforme o caso, submetam o tema obrigatoriamente à apreciação do comitê, como "condição de procedibilidade" para ativar a arbitragem ou a jurisdição estatal, tal como ocorre no acordo "bonario" do direito italiano,[80] e que, na hipótese de violação a tal ajuste, seria o caso de se extinguir o processo sem julgamento de mérito, por falta de interesse de agir, ou no mínimo de se suspender o processo judicial ou a arbitragem, de forma semelhante ao que prevê o art. 23 da Lei de Mediação, para se permitir a realização do procedimento prévio.

Não há dúvidas de que a instauração de procedimentos preliminares, mesmo quando não se obtém a solução consensual da controvérsia, no mínimo permite que as partes definam com maior precisão o objeto do

---

79 Havia projeto de lei anterior tratando do uso dos Comitês de Resolução de Disputas em contratos administrativos, o PL 9883/2018, o qual foi apensado ao PL 2421/2020.

80 Só com o insucesso do acordo bonário, com a recusa explícita ou implícita da proposta de acordo, é que o particular pode se dirigir à justiça, tendo para tanto, o prazo decadencial de 60 dias, contado, conforme o caso, da recusa da administração de realizar o acordo, ou do decurso do prazo de 45 dias para manifestação da administração sobre a proposta de acordo. Cf. CIVILLA, Benedetta; GIANNINI, Daniele. *La risoluzione alternativa delle controversie nel nuovo Codice appalti*. Milano: Giuffrè Editore, 2017, p. 20: "Per quest'ultimo, infatti, l'avvio della procedura di accordo bonario costituisce un adempimento procedurale stabilito a pena di improcedibilità dell'azione giudiziale eventualmente seguinte, che solo lui avrebbe interesse a proporre per recuperare le spese aggiuntive sostenute: è dunque guardando all'istituto nella prospettiva dell'appaltatore che si coglie appieno l'autentica ratio dell'istituto medesimo, che come si è detto nel primo paragrafo è deputato a definire in via precontenziosa le eventuali controversie tra le parti".

litígio e, assim contribuam, caso não haja celebração de acordo, para que o processo seja mais eficiente e robusto.[81]

Em Minas Gerais, destaca-se que a Lei Estadual nº 23.172/18[82] criou a "Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos" (CPRAC), com o objetivo de instituir a conciliação e a mediação como métodos para a solução de controvérsias administrativas ou judiciais que envolvam a administração pública direta e indireta, coordenada pela Advocacia-Geral do Estado. A Resolução AGE nº 61/2020,[83] que regulamenta a composição, funcionamento e fluxo de procedimentos da CPRAC, recomenda, inclusive, em seu art. 9º, que os contratos envolvendo órgãos e entidades da Administração Pública Estadual prevejam cláusula compromissória de submissão de eventual controvérsia à CPRAC.

Diante desse cenário, em Minas Gerais há dois editais de concessão recentes, notadamente a Concessão da Rota das Grutas Peter Lund[84] e a Concessão do Aeroporto Carlos Drummond de Andrade (SBBH) – Aeroporto da Pampulha,[85] que preveem, em suas minutas de contrato, a possibilidade de convocação da CPRAC para resolução do conflito,

---

81 PANTOJA, Fernanda Medina. Convenções pré-processuais para a concepção de procedimentos preliminares extrajudiciais. *In:* MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GÓES, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno APRIGLANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Negócios processuais.* Salvador: Juspodivm, 2017, p 145.

82 MINAS GERAIS. Lei nº 23.172, de 20 de dezembro de 2018. Autoriza a Advocacia-Geral do Estado a não ajuizar, não contestar ou desistir de ação em curso, não interpor recurso ou desistir de recurso que tenha sido interposto nos casos que especifica e cria a Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos. Belo Horizonte, 2018. Disponível em https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=23172&comp=&ano=2018. Acesso em 17 set. 2019.

83 MINAS GERAIS. Resolução AGE nº 61, 06 de julho de 2020. Regulamenta a composição, o funcionamento e o fluxo de procedimentos da Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos - CPRAC, do Poder Executivo e dá outras providências. Belo Horizonte, 2020. Disponível em: https://advocaciageral.mg.gov.br/wp-content/uploads/2020/09/2020-resolucao-61.pdf. Acesso em 17 set. 2021.

84 INSTITUTO ESTADUAL DE FLORESTAS. Edital de Concessão da Rota das Grutas Peter Lund. 2021. Disponível em: http://www.ief.mg.gov.br/component/content/article/3306-nova-categoria/3231--edital-de-concessao-da-rota-das-grutas-peter-lund. Acesso em 17 set. 2021.

85 SECRETARIA DE ESTADO DE INFRAESTRUTURA E MOBILIDADE. Licitação para Concessão Aeroportuária do Aeroporto da Pampulha. 2021. Disponível em http://

em caso de concordância das partes, e especificamente em relação ao segundo contrato, há previsão de que "uma vez instalado o comitê técnico, enquanto não for emitido seu parecer não poderão as partes dar início ao procedimento arbitral ou judicial, devendo aguardar primeiro a decisão do COMITÊ TÉCNICO". Ou seja, foi possibilitado o escalonamento de diferentes meios e técnicas de resolução de controvérsias, tudo a possibilitar que sejam dirimidas da forma mais eficiente possível, o que pode servir de exemplo para outros contratos envolvendo a Administração Pública no país.

5. CONCLUSÃO

A celebração de cláusula de mediação prévia, assim como outras cláusulas que estipulam procedimentos híbridos, se alinha, no cenário comparado, aos sistemas mais modernos para solução de conflitos jurídicos, que admitem, ao lado da tradicional justiça estatal, outros mecanismos.

Embora o efeito processual para o seu descumprimento tenha sido escolhido pelo legislador atual, no art. 23 da Lei de Mediação, verifica-se que tal dispositivo não vem sendo aplicado ou sequer analisado pelo Judiciário na prática, o que denota a importância de se reforçar que, diante de uma ação ajuizada sem a sua observância, devidamente apontada por uma das partes na primeira oportunidade em que se manifestou nos autos e preenchidos os requisitos de validade do acordo processual, os juízes suspendam o processo, com prazo limitado, para que as partes possam se utilizar da via eleita, que livremente acordaram, em privilégio à autonomia privada e à busca da solução consensual das controvérsias.

Ademais, considerando que a administração pública brasileira vem se colocando no curso do tempo como um dos maiores litigantes judiciais,[86] torna-se relevante a adoção de meios mais céleres e tecnica-

---

www.infraestrutura.mg.gov.br/component/gmg/page/2427-licitacao-para-concessao-aeroportuaria-do-aeroporto-da-pampulha. Acesso em 17 set. 2021.

86 Pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB, por exemplo, indica, conforme notícia publicada no jornal Folha de São Paulo no ano de 2015, que "o poder público é o principal responsável pelo congestionamento da Justiça" *in* FOLHA DE SÃO PAULO. Poder público é quem mais congestiona o Judiciário, diz pesquisa. São Paulo, 10 ago. 2015. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/08/1666713-poder-publico-e-quem-mais-congestiona-o-judiciario-diz-pesquisa.shtml. Acesso em: 14 set. 2021. Também estatística do

mente adequados para a prevenção e solução de controvérsias, recomendando-se a pactuação de cláusulas escalonadas que condicionem o ingresso à jurisdição estatal a procedimentos prévios, sendo de se aplaudir iniciativas desenvolvidas no âmbito federal, como aquelas da Secretaria Especial de PPI do Governo Federal e do próprio Congresso, com a tramitação do PL 2421/2021, para inserir de vez no direito nacional a interessante perspectiva do uso dos comitês de prevenção e solução de litígios no âmbito da contratação pública.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Érico. A "Contratualização" do Processo. *In*: THEODORO JUNIOR, Humberto (Coord.). JAYME, Fernando Gonzaga; GONÇALVES, Gláucio Maciel; FARIA, Juliana Cordeiro de; FRANCO, Marcelo Veiga; ARAÚJO, Mayara de Carvalho; CREMASCO, Suzana Santi (Org.). ***Processo Civil Brasileiro:*** Novos Rumos a partir do CPC/2015. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 47-65.

ANDREWS, Neil. La "doppia elica" della giustizia civile: i legami tra metodi privati e pubblici di risoluzione delle controversie. ***Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.*** Milano, Giuffrè editore, v. LXIV, 2010. p. 530.

BERGER, Klaus Peter. Law and Practice of Escalation Clauses. ***Arbitration International: Journal of the London Court of International Arbitration.*** vol. 22. nº 1. Londres: Kluwer Law International, 2006, p.1-18.

CABRAL, Antonio do Passo. ***Convenções processuais.*** 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): "Mediação sem Mediador". ***In:*** ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. ***Justiça multiportas:*** mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 725-742.

CABRAL, Antonio do Passo. Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro. ***Revista de Processo***, v. 305, p.17-44, jul. 2020.

CNJ, apresentadas na publicação "100 Maiores Litigantes", do ano de 2012, pp. 7/8, apontava a inserção do poder público brasileiro como um dos maiores litigantes do sistema judicial: "Apesar dessas ressalvas, observa-se da tabela 1, a seguir, que o setor público (federal, estadual e municipal), os bancos e a telefonia representam aproximadamente 35,5% do total de processos ingressados entre 1º de Janeiro e 31 de Outubro de 2011 do consolidado das Justiças Estadual, Federal e do Trabalho. Sendo que, com relação ao total de processos ingressados de cada Justiça, esse percentual quase atinge o patamar de 32,5% na Justiça Estadual, 93,5% na Justiça Federal e 5,5% na Justiça do Trabalho" *in* CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 100 Maiores Litigantes. Brasília, 2012. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 16 set. 2021.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A Evolução da Conciliação e da Mediação no Brasil. *Revista FONAMEC*, Rio de Janeiro, v.1, n. 1, p. 368-383, maio 2017.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (Coord.). ***Lei de mediação comentada artigo por artigo:*** dedicado à memória da Profª Ada Pellegrini Grinover. 2.ed. Indaiatuba: Foco, 2020. ***E-book***

CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. ***Droit judiciaire privé***. 5.ed. Paris: LexisNexis, 2006.

CADIET, Loïc. ***Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa –*** Seis Lições Brasileiras. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CARMONA, Carlos Alberto. ***Arbitragem e processo***: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CIVILLA, Benedetta; GIANNINI, Daniele. ***La risoluzione alternativa delle controversie nel nuovo Codice appalti***. Milano: Giuffrè Editore, 2017.

COSTANTINO, George. La istituzione dell'"arbitrato bancario finanziario". ***In:*** FERRUCCIO, Auletta; CALIFANO, Gian Paolo; DELLA PIETRA, Giuseppe; RASCIO, Nicola (a cura di). ***Sull'arbitrato - Studi offerti a Giovanni Verde***. Napoli: Jovene Editore, 2010. p. 299.

DIDIER JR., Fredie. ***Curso de direito processual civil:*** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21.ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DIDIER JR., Fredie. ***Ensaios sobre os negócios jurídicos processuais***. Salvador: Juspodivm, 2018.

GUERRERO, Luis Fernando. ***Convenção de arbitragem e processo arbitral***. São Paulo: Atlas, 2009.

LEMES, Selma Ferreira. Cláusula Escalonada ou Combinada: Mediação, Conciliação e Arbitragem. ***In:*** FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (Org.). ***Arbitragem Internacional, UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro***. São Paulo: Quarter Latin, 2010. p. 163-178.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. ***Cláusulas escalonadas:*** a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013. ***E-book***.

LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios Jurídicos Processuais sobre Mediação e Conciliação. ***In:*** ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. ***Justiça multiportas:*** mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p.141-168.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. Entre a promessa e a efetividade da mediação: uma análise da mediação no contexto brasileiro. ***Revista Jurídica da Presidência***, Brasília, v. 18, n. 115, p. 331-356, jun./set. 2016.

MAUNSBACH, Lotta. Litigation Agreements in Swedish Law. ***In:*** CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). ***Negócios Processuais***. Tomo 2. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 195-231.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. *In:* ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. ***Justiça multiportas:*** mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p.67-90.

NIEVA-FENOLL, Jordi. La mediazione: un'alternativa ragionevole al processo? ***Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile***. Milano: Giuffrè Editore, anno LXVII, 2013, n. 4.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. ***Negócios jurídicos processuais***. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

PALAZZO, Massimo. L'arbitrato nel quadro dei sistemi ADR e le clausole multistep. *In*: PUTORTÌ, Vincenzo (a cura di). ***La giustizia arbitrale***. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.

PANTOJA, Fernanda Medina. Convenções pré-processuais para a concepção de procedimentos preliminares extrajudiciais. *In:* MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GÓES, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno APRIGLANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). ***Negócios processuais***. Salvador: Juspodivm, 2017, p 139-160.

PERLINGIERI, Pietro. ***Il diritto civile nella legalità costituzionale***. Terza edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006. p. 316/317.

PICARDI, Nicola. ***La giurisdizione all'alba del terzo millennio***. Milano: Giuffrè, 2007.

PUNZI, Carmine. Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell'alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato. ***Rivista di Diritto Processuale***, Padova: Cedam, anno LXIX, 2014, n. 1.

SILVA, Paula Costa e. ***Perturbações no cumprimento dos negócios processuais:*** convenções de arbitragem, pactos de jurisdição cláusulas escalonadas e outras tantas novelas talvez exemplares, mas que se desejam de muito entretenimento. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 97-99.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. ***Curso de direito processual civil***. v. I. 59.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018 (versão digital)

THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Novas perspectivas para atuação da tutela executiva no direito brasileiro: autotutela executiva e "desjudicialização" da execução. ***Revista de Processo***, v. 315, maio/2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Impactos da Constituição Federal na evolução do processo civil. In: MORAES, Guilherme Peña de (Org.). ***30 Anos da Constituição Federal e o Direito Brasileiro***. Rio de Janeiro: Forense-Gen, 2018. p. 334-336.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e solução pacífica dos conflitos de interesse. *In:* ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. ***Justiça multiportas:*** mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p.833-842.

Referência:

ANDRADE, Érico; RIBEIRO, Gabrielle Teixeira. Cláusula de mediação prévia: análise do efeito processual de seu descumprimento e perspectivas de pactuação. *Direito Público*: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v.18, n.1, p. 140-171, jan./dez., 2021.

DO TRATAMENTO TRIBUTÁRIO PREVISTO EM PROTOCOLOS DE INTENÇÕES CELEBRADOS PELO ESTADO DE MINAS GERAIS EM ANOS ELEITORAIS

GABRIEL ARBEX VALLE[1]
PLÍNIO JOSÉ DE AGUIAR GROSSI[2]

SUMÁRIO

1. Sobre os protocolos de intenções no Estado de Minas Gerais. 2. Sobre as vedações à concessão de benefícios fiscais em ano eleitoral. 3. Sobre o conceito de benefício fiscal. 4. Sobre o Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ. 5. Sobre a aplicabilidade das vedações à concessão de benefícios fiscais em ano eleitoral aos protocolos de intenções. 6. Conclusão.

RESUMO: O presente artigo discorre sobre a relevância da celebração de Protocolos de Intenções no fomento da atividade econômica dos entes estatais, a evolução jurisprudencial do Tribunal Superior Eleitoral, as manifestações exaradas pelo órgão de consultoria jurídica do Estado de Minas Gerais e as peculiaridades na concessão de benefícios fiscais por meio deste instrumento e não se

1 Procurador do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Tributário pela UFMG. Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho pela PUC Minas. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela UNISUL. Pós-Graduado em Direito Privado pelo Instituto Metodista Izabela Hendrix. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Assessor Jurídico Chefe da Secretaria de Estado de Fazenda do Estado de Minas Gerais. Conselheiro da Fundação de Previdência Complementar do Estado de Minas Gerais – PREVCOM/MG. Advogado. Ex-Coordenador da Área Tributária-Previdenciária da Advocacia-Geral 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.

2 Procurador do Estado de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Civil pela UNISUL-SC. Pós-graduado na Fundação Escola do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - FESMPDFT. Pós-graduado em Advocacia Pública pelo IDDE-MG.. Coordenador na Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Fazenda. Ex-Assessor Jurídico na Agência Reguladora de Águas e Saneamento do Distrito Federal, ADASA-DF.

vislumbram impeditivos à assinatura destes ajustes em anos eleitorais, por não restar caracterizada a vedação prevista no § 10 do art. 73 da Lei nº 9.504/97.

PALAVRAS-CHAVE: Protocolo de Intenção. Ano eleitoral. Benefício fiscal. Confaz.

1. SOBRE OS PROTOCOLOS DE INTENÇÕES NO ESTADO DE MINAS GERAIS

A fim de atrair investimentos para o Estado de Minas Gerais, é comum o ente político e empresas privadas firmarem ajustes nominados de "Protocolo de Intenções", em que estas se obrigam a realizar investimentos no Estado e, em contrapartida, podem se inserir em regimes diferenciados de tributação outorgados pelo ente político como medida de incentivo. Trata-se, pois, de um pacto administrativo de atuação estatal em conjunto com empreendedores privados para promover o fomento da atividade econômica no território estadual.

Nesse sentido, com espeque no art. 174 da Constituição da República de 1988 (CRFB/88)[3] e no art. 231 da Constituição do Estado de Minas Gerais (CEMG),[4] cabe ao Estado incentivar o desenvolvimento econômico, inclusive por meio da atração de investimentos para o seu território, com aptidão para gerar emprego e renda. Essa atividade de fomento estatal se insere no que a doutrina tem chamado de função "promocional" do Estado, de incentivar determinadas condutas por meio de aplicação das chamadas "sanções positivas"[5].

No âmbito do Estado de Minas Gerais, a figura do "Protocolo de Intenções" é amplamente prevista na legislação, como, exemplificativamente, se extrai dos seguintes normativos: Lei Estadual nº 6.763, de 26/12/1975, que contém a consolidação da Legislação Tributária do Estado de Minas Gerais; Lei Estadual nº 18.550, de 03/12/2009; Lei Estadual nº 13.449, de 10/01/2000; Lei Estadual nº 19.415, de 30/12/2010; Lei Estadual nº 19.978, de 28/12/2011; Lei Estadual nº 19.979, de

---

3 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.

4 Art. 231 – O Estado, para fomentar o desenvolvimento econômico, observados os princípios da Constituição da República e os desta Constituição, estabelecerá e executará o Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado, que será proposto pelo Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social e aprovado em lei.

5 BOBBIO, Norberto. Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto. Bari: Editori Laterza, 2007, pág. 13/14.

28/12/2011; Lei Estadual nº 20.824, de 31/07/2013; Lei Estadual nº 21.016, de 20/12/2013; e Lei Estadual nº 22.549, de 30/06/2017.

No plano infralegal, o Decreto nº 48.026, de 26 de agosto de 2020[6], dispõe sobre a celebração de Protocolo de Intenções entre o Estado de Minas Gerais e investidores privados.

Nos termos deste Decreto, o Protocolo de Intenções é conceituado como o instrumento jurídico por meio do qual o Estado de Minas Gerais, por intermédio de seus órgãos e entidades, em conjunto ou individualmente, e o investidor firmam compromissos para a promoção de investimentos no Estado (art. 1º, parágrafo único).

O procedimento de celebração de Protocolo de Intenções, observadas as formalidades exigidas, é orientado pelos critérios da simplicidade e da agilidade (art. 7º).

O investidor que pretenda firmar Protocolo de Intenções deverá prestar ao Instituto de Desenvolvimento Integrado de Minas Gerais - INDI as informações necessárias à avaliação técnica de seu projeto de investimento, cabendo ao Instituto negociar com o investidor e articular com os órgãos e as entidades da Administração Pública com vistas à celebração de Protocolo de Intenções (art. 8º). Trata-se o INDI de uma agência de promoção de investimento e comércio exterior de Minas Gerais, tendo como missão desenvolver o ente federativo por meio da atração de investimentos, apoio às empresas instaladas e promoção das exportações[7].

Todo Protocolo de Intenções será assinado pelo Secretário de Estado de Desenvolvimento Econômico, pelo Presidente do INDI, pelos representantes legais dos órgãos e das entidades do Estado que tenham compromisso nele previsto e pelo representante legal do investidor, cabendo ao INDI o acompanhamento da execução dos compromissos previstos em Protocolo de Intenções, exceto os compromissos tributários, que ficam sob a responsabilidade da Secretaria de Estado de Fazenda (art. 2º).

Todos os órgãos e as entidades da Administração Pública cuja competência tenham relação com o projeto de investimento objeto de Protocolo de Intenções deverão contribuir no processo de negociação e poderão ter compromissos previstos no instrumento (art. 9º).

---

6 Disponível em: https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?num=48026&ano=2020&tipo=DEC. Acesso em: 04 nov. 2020.

7 Disponível em: https://www.indi.mg.gov.br/o-indi/sobre-o-indi-2. Acesso em: 16 out. 2020.

Concluídas as negociações com o investidor, será elaborada minuta de Protocolo de Intenções, a qual deverá ser remetida à Advocacia-Geral do Estado, que elaborará manifestação para fins de análise jurídica (art. 10).

No que importa ao presente trabalho, os Protocolos de Intenções celebrados nos termos do Decreto nº 48.026, de 26 de agosto de 2020, poderão ou não ter contrapartida tributária, consistente na concessão de regime tributário especial. Na prática, trata-se da contrapartida mais adotada nestes instrumentos, por ser verdadeiro atrativo de novos investimentos no Estado.

A definição do regime tributário a ser previsto em Protocolo de Intenções caberá exclusivamente à Secretaria de Estado de Fazenda (art. 4º). Se a contrapartida do Estado for exclusivamente tributária, poderá ser firmado Protocolo de Intenções simplificado tributário, a partir de requerimento do contribuinte formulado diretamente à Secretaria de Estado de Fazenda. Neste caso, o Protocolo de Intenções simplificado tributário será assinado pelo Secretário de Estado de Fazenda, pelo Secretário de Estado de Desenvolvimento Econômico, pelo Presidente do INDI e pelo representante legal do contribuinte (art. 5º).

Ainda no plano infralegal, releva também ter conhecimento do Decreto Estadual nº 47.587, de 28 de dezembro de 2018, que regulamenta os efeitos tributários decorrentes do descumprimento de compromisso assumido por contribuinte do ICMS em Protocolo de Intenções ou no respectivo termo aditivo firmados com o Estado, nas hipóteses em que o tratamento tributário preveja a concessão de crédito presumido do ICMS.

Adentrando no tema principal deste artigo, sobre os compromissos que costumam ser previstos nos Protocolos de Intenções, especial destaque deve ser dado aos tratamentos tributários especiais previstos em favor das empresas que pretendem se instalar no território estadual e, como contrapartida, se obrigam a atuar no desenvolvimento econômico do Estado, criando empregos, novos negócios, que, por sua vez, vão incrementar a geração de renda e até mesmo a ampliação das receitas estaduais.

Com efeito, uma das principais formas pelas quais se viabiliza o incentivo econômico para uma empresa se instalar no território estadual se dá no âmbito tributário, com a inserção, na legislação tributária, da possibilidade

de concessão de regime especial, mediante a concessão de crédito presumido, de redução de base de cálculo e de outros possíveis benefícios[8].

Registra-se também que o tratamento tributário previsto nos Protocolos de Intenções encontra – e sempre deve encontrar – integral respaldo normativo na legislação tributária estadual, especialmente na Lei estadual nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975, e no RICMS/2002, considerando o princípio da legalidade tributária, insculpido no art. 150, inc. I[9] e § 6º[10], da Constituição da República de 1988.

Ademais, mister estrita observância do disposto na Lei Complementar Federal nº 160, de 07 de agosto de 2017, que dispõe sobre convênio que permite aos Estados e ao Distrito Federal deliberar sobre a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal e a reinstituição das respectivas isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais, e no Convênio ICMS

8 Neste ponto, esclareça-se que o "diferimento", instrumento adotado com grande frequência em Protocolos de Intenções, não tem a natureza jurídica de benefício fiscal. Com efeito, conforme julgados prolatados no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento que vem sendo adotado pelos Tribunais pátrios é o de que diferimento é uma substituição tributária para trás, consistindo em mera técnica de tributação, não se confundindo com isenção, imunidade ou não-incidência, uma vez que a incidência resta efetivamente configurada, todavia, o pagamento é postergado. Nesse sentido: "*Esta CORTE afasta, contudo, o conceito de diferimento dos de incentivos ou benefícios fiscais, descabendo a invocação dos arts. 1º e 2º da LC 24/1975, e, por consequência, ainda se cogitar de violação ao art. 155, § 2º, inciso XII, alínea "g", da Constituição Federal, isto é, de atenção à exigência de prévia deliberação dos Estados e do Distrito Federal, com formalização de convênio (ADI 2.056, Rel. Min. GIMAR MENDES, Pleno, DJe de 17/8/2007; ADI 3.702, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Pleno, DJe de 30/8/2011; ADI 4.481, Rel. ROBERTO BARROSO, Pleno, DJe de 19/5/2016)* (ADI 3676, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 13-09-2019 PUBLIC 16-09-2019".

9 Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

10 § 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g.

nº 190, de 15 de dezembro de 2017, que veio regulamentar a referida Lei Complementar.

Assim, por meio dos Protocolos de Intenções, o Estado de Minas Gerais pode se comprometer – e usualmente assim o faz – a conceder tratamento tributário especial às empresas que pretendem se instalar em seu território, sendo o crédito presumido o mais comum dos benefícios concedidos, além do diferimento que, conforme visto, não detém a natureza jurídica de benefício fiscal, mas de substituição tributária para trás, tendo por finalidade funcionar como um mecanismo de recolhimento criado para otimizar a arrecadação e, via de consequência, a fiscalização tributária.

Apresentadas as informações gerais sobre o Protocolo de Intenções e a contrapartida tributária nele prevista, questão sensível diz respeito à possibilidade de se assinar, em anos eleitorais, ajustes por meio dos quais o Estado de Minas Gerais se compromete a conceder regimes tributários especiais, consistentes, na maioria das vezes, em benefícios fiscais em favor de empresas.

2. SOBRE AS VEDAÇÕES À CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS EM ANO ELEITORAL

A vedação relativa à concessão de benefícios fiscais em ano eleitoral é tema que não se encontra facilmente em doutrinas especializadas ou em estudos eleitorais, haja vista a sua especificidade e a escassez jurisprudencial, o que nos leva a um cenário de verdadeira insegurança jurídica.

De uma maneira geral, o objeto do presente estudo se refere à interpretação e aplicação do § 10 do art. 73 da Lei nº 9.504/97, que tem a seguinte redação (destacamos):

> **Art. 73.** São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas **tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:**
> (…)
> **§ 10.** No ano em que se realizar eleição, fica proibida a **distribuição gratuita de bens**, valores **ou benefícios** por parte da Administração Pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa.[11]

---

11 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm>. Acesso em: 17 nov. 2020.

Na leitura atenta do dispositivo acima, percebe-se que o núcleo da proibição se refere à distribuição voluntária e gratuita de bens, valores ou benefícios, ou seja, haverá a necessidade da gratuidade ou liberalidade dos bens, valores ou benefícios transferidos ou concedidos. Dessa forma, temos que "(…) *a distribuição onerosa, em que há contraprestação por parte do destinatário dos bens ou serviços, não se enquadra na moldura da mencionada conduta* (…)"[12].

Ademais, revela-se necessário comprovar que a conduta questionada afeta a igualdade de oportunidades entre os candidatos nos pleitos eleitorais. De fato, sem que, no caso concreto, se vislumbre desequilíbrio entre os candidatos na corrida eleitoral, não haveria que se falar em ofensa à lei eleitoral. Ora, o desiderato do art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/97 é justamente garantir a igualdade de oportunidades entre os candidatos, condenando o uso do aparelho estatal de modo a corromper o eleitorado.

Sobre o assunto, a doutrina especializada exige que a conduta supostamente ilegal atenda a requisitos mínimos de razoabilidade e proporcionalidade, a fim de possibilitar a violação do postulado legal. Nesse sentido, Marcos Ramayana[13] defende que: "*As condutas de mínima lesividade não podem ser consideradas para incidir as sanções impostas. Deve existir um grau de proporcionalidade ou razoabilidade no panorama da eleição. Não é suficiente a adequação formal da conduta ao postulado legal. Por fim, não é exigível que as condutas causem desequilíbrio nas eleições, mas que afetem a isonomia da campanha eleitoral*".

Não obstante estes entendimentos iniciais, certo é que o texto legal não é claro quanto ao alcance da vedação nele insculpida, ao ponto que, para uns, a norma teria como destinatários os agentes públicos de todas as esferas administrativas, ao passo que, para outros, a vedação se restringiria à circunscrição do pleito. Nesse último sentido, o Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Goiás (TRE/GO) já se manifestou que:

> (…) ao se interpretar de forma extensiva a questionada norma, 75% (setenta e cinco por cento) do mandato do gestor público estaria enfaixado, isto é, nada poderia fazer no campo das políticas sociais. Não pode ter sido

12 MEDEIROS, Marcilio Nunes. *Legislação Eleitoral comentada e anotada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1318.

13 RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 715.

> essa a intenção da norma. (...) De mais a mais, se o §10, do art. 73, for estendido a todas as esferas da Administração, os administradores teriam uma espécie de álibi para não inovarem em políticas sociais por três anos, deixando para lançá-los no cabo do terceiro ano de mandato com vistas à produção de todos os efeitos eleitoreiros às vésperas de sua campanha à reeleição ou à eleição de seu substituto. (TRE/GO. Consulta nº 37, classe CTA nº 39404/2009, acórdão nº 010245, Juíza Rel.(a) ILMA VITÓRIO ROCHA, j. em 11.11.2008).

Buscando outorgar maior segurança jurídica para os gestores públicos estaduais, a Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, por meio do Parecer nº 15.000, de 22 de março de 2010, fixou as seguintes orientações na interpretação deste dispositivo legal (art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/1997) (destacamos):

> a) devem ser suspensas a partir de 01 de janeiro de 2010, até o término do ano, toda a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios que não se enquadrem nas exceções legais da Lei 9.504/97, quais sejam, atendimento de situações de urgência e de calamidade pública ou para dar seqüência a programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior" (Parecer 14.827, de 12.02.08; Nota Jurídica 1.796, de 17.10.08; Nota Jurídica 1.723, de 22.07.08; Nota Jurídica 1.794, de 15.10.08; Nota Jurídica 1.806, de 06.11.08; Nota Jurídica 1.874, de 09.03.09; Nota Jurídica 1.754, de 22.08.08; Nota Jurídica 1.722, de 22.07.08);
> b) fica vedado, em princípio, o ajustamento de convênio entre Estado e entidades privadas sem fins lucrativos, prevendo o repasse de bens, valores e serviços para reverter para a população, já que o convênio é uma das formas jurídicas mais comuns por meio da qual o Estado repassa gratuitamente bens para associações privadas: por meio do convênio o Estado pode promover o repasse para entidades privadas assistenciais, sem fins lucrativos, para que estas realizem a distribuição de bens, recursos ou serviços para pessoas carentes, dentro de programas sociais. Com isso, esse tipo de convênio com entidades assistenciais privadas estaria abrangido pela proibição do art. 73, § 10, da Lei 9.504/97, de modo que o Estado só pode repassar bens para associações privadas, a fim de que estas promovam o auxílio ou ajuda para a população carente, no âmbito de programas sociais, se estes programas estiverem criados em lei e em execução em exercícios anteriores (Nota Jurídica 1.874, de 09.03.09);
> c) **deve ser tratada com atenção especial as hipóteses de convênio entre o Estado e entidades privadas, quando o convênio preveja contrapartida, pois mesmo em tais casos, quando, por exemplo, a contrapartida do ente privado for muito reduzida, pode haver infringência ao art. 73, § 10, da Lei 9.504/97, em razão de se configurar a situação como doação dissimulada sob a forma jurídica convênio** (Nota Jurídica 1.723, de 22.07.08);

d) a interpretação do art. 73, § 10, da Lei 9.504/97, acrescido pela Lei 11.300/06, no que diz respeito ao lapso temporal da vedação deve ser literal: proibida a distribuição gratuita de bens ou benefícios pela Administração Pública durante todo o ano eleitoral e não só até a data da eleição, como ocorre nas hipóteses de transferência voluntária prevista no art. 73, VI, "a", da Lei 9.504/97 (Notas Jurídicas 1.247 e 1.248, ambas de 24.08.06; Nota Jurídica 1.806, de 06.11.08); Nota Jurídica 1.818, de 20.11.08);
e) durante a vedação prevista no art. 73, § 10, da Lei 9.504/97, e mesmo após o encerramento do pleito eleitoral, mas ainda dentro do ano de eleição, a Administração Pública Estadual não pode promover a distribuição gratuita de bens, ou seja, firmar, executar novos convênios, ou realizar novas transferências para entidades privadas sem fins lucrativos, ou aditar convênios, a não ser nas hipóteses excepcionais já previstas no citado art. 73, § 10, da Lei 9.504/97, acrescido pela Lei 11.300/06, quais sejam, dar continuidade a programas sociais em andamento, previstos em lei e já em execução orçamentária em exercício anterior, ou para atender situações de urgência ou calamidade pública (Nota Jurídica 1.247, de 24.08.06);

Entretanto, cumpre salientar que o significado do termo "*benefícios*" não foi especificado ou aclarado pela norma, o que pode levar o intérprete a compreender tal vedação como a concessão de quaisquer benefícios, inclusive os fiscais/tributários.

Nessa toada, o Colendo Tribunal Superior Eleitoral possuía entendimento mais restritivo sobre o tema, vedando a concessão de benefício fiscal em ano eleitoral, bem como o encaminhamento do respectivo projeto de lei com esse desiderato, o qual restou sintetizado na ementa da seguinte Consulta:

> "DÍVIDA ATIVA DO MUNICÍPIO - BENEFÍCIOS FISCAIS - ANO DAS ELEIÇÕES. A norma do § 10 do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997 é obstáculo a ter-se, no ano das eleições, o implemento de benefício fiscal referente à dívida ativa do Município bem como o encaminhamento à Câmara de Vereadores de projeto de lei, no aludido período, objetivando a previsão normativa voltada a favorecer inadimplentes. (Consulta nº 153169, Acórdão, Relator(a) Min. Marco Aurélio, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 207, Data 28/10/2011, Página 81)"

Por essa razão, no ano de 2013, a Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais emitiu a Nota Jurídica nº 3.653, de 24 de setembro de 2013, por meio da qual manifestou o entendimento de que, a partir do precedente do Tribunal Superior Eleitoral fixado na Consulta 153.169, "*resta claro que em ano eleitoral, como é o caso de 2014, não pode o Estado de Minas Gerais conceder anistia ou benefício fiscal/tributário e nem mesmo enca-*

minhar projeto de lei neste sentido, sob pena de tal perspectiva configurar conduta vedada prevista no art. 73, §10, da Lei 9.504/97".

Ocorre que, passados alguns anos, foi possível perceber uma flexibilização ao entendimento firmado na Consulta TSE nº 153.169, conforme se verifica em acórdão exarado pelo Tribunal Superior Eleitoral no ano de 2015, em resposta à Consulta nº 36815, assim ementado:

> CONSULTA. VEDAÇÃO. ART. 73, §10, DA LEI Nº 9.504/1997. LANÇAMENTO DE PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL (REFIS). MUNICÍPIOS. ANO DE ELEIÇÕES FEDERAIS E ESTADUAIS. A validade ou não de lançamento de Programa de Recuperação Fiscal (Refis) em face do disposto no art. 73, §10, da Lei nº 9.504/1997 deve ser apreciada com base no quadro fático-jurídico extraído do caso concreto. (TSE. Consulta nº 36815, acórdão de 03/03/2015, Rel. Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, Rel. designado Min. GILMAR FERREIRA MENDES, Publicação: DJE – Diário de justiça eletrônico, Tomo 65, Data 08/04/2015, Página 146.

Nesse cenário, a Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, novamente instada a se manifestar, emitiu o Parecer nº 15.669, de 25 de abril de 2016, do qual se extrai o entendimento de que "[d]*e acordo com os critérios rígidos e em total desconsideração à realidade fática fixados pela Consulta TSE nº 153169, estaria peremptoriamente vedado até mesmo o encaminhamento das minutas de decreto com a finalidade de instituição de qualquer espécie de benefício fiscal em ano eleitoral*". Assim, entendeu tal postura como fruto de um legalismo estéril e de uma "cultura do não", somando-se, de nossa parte, como distante da realidade administrativa.

Apesar de emitido em 2016, verifica-se que este Parecer estava, desde já, alinhado com a percepção geral de que o intérprete do direito deve sopesar a realidade fática e as dificuldades práticas para a tomada de decisões e ações na esfera pública. Foi justamente tendo isto em mente que o legislador decidiu, no ano de 2018, pela inclusão na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro do art. 20, que prevê que "[n]*as esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão*", e do art. 22, que preconiza que "[n]*a interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados*"[14].

14 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 18 nov. 2020.

Na mesma linha, o Tribunal Superior Eleitoral já se posicionou nesse sentido, enfatizando que "(…) *a intervenção da Justiça Eleitoral há de se fazer com o devido cuidado no que concerne ao tema das condutas vedadas, a fim de não impor, sem prudencial critério, severas restrições ao administrador público*"[15].

Ainda no que toca à interpretação do § 10 do art. 73 da Lei nº 9.504/1997, o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência consolidada no sentido de que as exceções somente podem ser interpretadas de maneira restritiva, sendo certo que as condutas vedadas por este dispositivo legal são exceções àquilo que é ordinariamente autorizado ao gestor fazer[16].

Por outro lado, no contexto dos incentivos fiscais de ICMS, derivados de Convênios CONFAZ (Conselho Nacional de Política Fazendária) e, ainda, no âmbito dos Protocolos de Intenções celebrados no Estado de Minas Gerais, é possível observar uma evolução jurisprudencial do Colendo Tribunal Superior Eleitoral, a qual se encontra fundamentada, em grande parte, no caráter gracioso ou não do benefício concedido e na sua origem.

Daí porque, antes de analisar propriamente a vedação prevista no § 10 do art. 73 da Lei nº 9.504/97 frente aos benefícios fiscais derivados de Convênios CONFAZ, cabe ao intérprete primeiro definir o que são benefícios fiscais, uma vez que não se verifica na legislação a menção específica à palavra "benefício", mas às expressões "incentivo", "subsídio" "incentivo fiscal", "isenção", "redução da base de cálculo" e outras assemelhadas. Além disso, é preciso esclarecer a sua origem e características para, por fim, tratar sobre a possibilidade de aplicação da referida vedação eleitoral.

3. SOBRE O CONCEITO DE BENEFÍCIO FISCAL

Na doutrina[17], costuma-se equiparar as expressões benefícios fiscais e incentivos fiscais, ou, quando muito, utilizar o termo benefícios fiscais como um gênero, sendo que os incentivos fiscais e outras figuras desonerativas estariam na condição de espécies.

---

15 TSE. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 2499, acórdão nº 24989, de 31/05/2005, Rel. Min. CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS, Publicação: DJ – *Diário de Justiça*, Volume I, Tomo, Data: 26/08/2005.

16 RE nº 288640 AgR, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 06/12/2011.

17 MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS*: teoria e prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 297.

Conforme conceito encontrado no portal eletrônico da Secretaria de Fazenda do Estado de São Paulo, o benefício fiscal pode ser considerado como uma redução ou eliminação de ônus tributário nos termos da lei ou norma específica[18]. Ainda neste portal, citando o art. 14 da Lei Complementar nº 101/2000, os benefícios fiscais são caracterizados como: anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo.

Seja como for, o que realmente importa é dizer que os benefícios fiscais se situam no campo do direito financeiro, uma vez que representam um gasto ou dispêndio financeiro para o Poder Público e, por isso, devem obedecer aos critérios da Lei Complementar nº 101/2000, bem como da Constituição Federal e da Lei Complementar nº 24/1975, no caso específico dos benefícios envolvendo o ICMS.

Para o assunto específico deste trabalho, interessa-nos descrever o artigo 150, § 6º, da Constituição Federal, o qual dispõe que: *"Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g*".

Mais especificamente, para a concessão de incentivos fiscais no âmbito do ICMS, a Lei Complementar nº 24/1975 exige a concordância da unanimidade dos Estados da Federação, por meio da celebração de Convênios no âmbito do CONFAZ, nos termos do seu art. 2º, § 2º[19].

4. SOBRE O CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA – CONFAZ

O Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ é um colegiado formado pelos Secretários de Fazenda dos Estados e do Distrito Federal e presidido pelo Ministro da Economia, constituindo-se em um órgão vinculado à Secretaria Especial da Fazenda do Ministério da Economia, competindo-lhe, precipuamente, celebrar convênios para efeito de concessão ou revogação de isenções, incentivos

18 Disponível em: <https://portal.fazenda.sp.gov.br/acessoinformacao/Paginas/Beneficios-Fiscais-Concedidos.aspx>. Acesso em: 18 nov. 2020.

19 Art. 2º (…) § 2º - A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes.

e benefícios fiscais e financeiros do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação – ICMS.

Nos termos do art. 2º, § 2º, da Lei Complementar nº 24/1975, "[o]s *convênios a que alude o art. 1º, serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo federal*"[20].

A Constituição Federal, no artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea "g", estabelece que "*cabe à lei complementar: (....) g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados*"[21].

Destarte, para a concessão de benefícios fiscais no ICMS é necessária a aprovação unânime de todos os representantes dos Estados e Distrito Federal presentes no âmbito do referido Conselho de Política Fazendária.

Isto demonstra que, em regra, a concessão do benefício fiscal no âmbito do ICMS não ocorre de maneira isolada, pois depende necessariamente da participação de todos os entes da Federação, o que lhe confere a característica de ser universal, uma vez que ele é aprovado para ser aplicado a todos os entes federados.

Corroborando o exposto, o art. 7º da Lei Complementar nº 24/75 dispõe que "[o]s *convênios ratificados obrigam todas as Unidades da Federação inclusive as que, regularmente convocadas, não se tenham feito representar na reunião*"[22].

De outro lado, mesmo no caso dos benefícios fiscais concedidos unilateralmente, ao arrepio do art. 155, § 2º, inciso XII, alínea "g", da Constituição Federal, a Lei Complementar Federal nº 160 de 2017, regulamentada no âmbito do CONFAZ pelo Convênio nº 190/2017, permitiu expressamente a convalidação e a reinstituição de benefícios fiscais antes tidos como irregulares, nos prazos e nas condições especificados no referido convênio, o qual, por sinal, alcança também todos os Estados e Distrito Federal.

---

20 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp24.htm>. Acesso em: 18 nov. 2020.

21 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 18 nov. 2020.

22 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp24.htm>. Acesso em: 18 nov. 2020.

Assim, é possível dizer que todos os benefícios fiscais previstos em Protocolos de Intenções possuem hoje fundamento nos Convênios CONFAZ, seja diretamente, em Convênios específicos, seja indiretamente, no Convênio ICMS nº 190/2017, que, repita-se, autorizou a convalidação e a reinstituição de benefícios fiscais antes tidos como irregulares, nos prazos e condições especificados.

No Parecer nº 15.669, de 25 de abril de 2016, da Consultoria Jurídica da Advocacia-Geral do Estado, tratou-se da possibilidade de encaminhamento de minuta de decreto que concedia *"isenção de ICMS nas operações com produtos nacionais e estrangeiros destinados aos jogos Olímpicos e Paraolímpicos, bem como a prorrogação da isenção do ICMS na saída, em operação interna e interestadual, de ovinos e caprinos vivos"*, cabendo a transcrição das suas conclusões:

> Já no tocante à **segunda situação**, salientamos inexistir na doutrina e na jurisprudência lições que versem especificamente sobre a Lei Eleitoral e os benefícios fiscais instituídos no âmbito do CONFAZ, o que diminui a margem de certeza da atuação do gestor. Contudo, existem argumentos jurídicos aptos a justificar que a conduta não infringe o disposto no §10 do artigo 73 da Lei 9.504/73. Na linha do entendimento mais arrojado sobre a temática - que sublinha a necessidade de apreciação com base no quadro fático-jurídico concreto para que se possa aferir a violação à Lei Eleitoral, que nega a presunção jure et jure das condutas vedadas, que as submete ao princípio da tipicidade e da legalidade estrita e que exige restar comprovado o desequilíbrio [d]a igualdade de oportunidade entre os candidatos - a PGFN redigiu o Parecer PGFN/CAT nº 110/2014. Transcrevemos alguns trechos cruciais para o deslinde da controvérsia:
> "Por fim, resta a análise dos convênios firmados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária. O CONFAZ é o colegiado previsto pela Lei Complementar nº 24 de 7 de janeiro de 1975, que é presidido pelo Governo Federal e tem por função celebrar convênios para concessão ou revogação de benefícios fiscais relativos ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS por parte das unidades federadas. […] **[O] poder decisório é unicamente dos Estados e do Distrito Federal e somente por unanimidade.** Encontram-se presentes os secretários de fazenda de todo os Estados. Encontram-se presentes os secretários de fazenda de todos os Estados do país e do Distrito Federal, representando todas as vertentes partidárias, **e com finalidade de se conceder tratamento harmônico para todos os contribuintes do ICMS. Entendemos que os benefícios fiscais promovidos pelos convênios firmados pelo CONFAZ se distanciam da hipótese vislumbrada pelo TSE.** Principalmente porque se trata de previsão constitucional, uma vez que a própria Carta Magna

> traz seu funcionamento e atribuição como forma de concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais do ICMS. Em outro aspecto, é possível perceber que por se tratar de medida que somente produzirá efeitos se aprovada por todos os Estados da federação e pelo Distrito Federal, qualquer forma de interferir no resultado das eleições seria barrada no âmbito do próprio Conselho. **Dessa forma, não seria o caso de aplicação do art. 73 da Lei 9.504 de 1997, por ausência do pressuposto de afetar a igualdade de oportunidades entre os candidatos nos pleitos**.

Portanto, considerando que os convênios celebrados no âmbito do CONFAZ o poder de decisão é dos Estados e do Distrito Federal, aprovados somente por unanimidade, o eventual benefício fiscal previsto não interfere no resultado das eleições, funcionando o próprio Conselho como órgão garantidor da observância do atendimento às vedações da legislação eleitoral.

Destarte, na linha do entendimento externalizado pelo órgão de consultoria jurídica do Estado de Minas Gerais, conclui-se que, ao menos no que toca aos benefícios fiscais concedidos no âmbito dos Convênios CONFAZ – e, relembre-se, todos os benefícios fiscais previstos em Protocolos de Intenções estão previstos em Convênios CONFAZ –, não há que se falar em conduta tendente a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais, por ausência desse pressuposto.

5. SOBRE A APLICABILIDADE DAS VEDAÇÕES À CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS EM ANO ELEITORAL AOS PROTOCOLOS DE INTENÇÕES

Neste cenário, como já definido acima, os Protocolos de Intenções constituem um instrumento jurídico por meio do qual benefícios fiscais do ICMS são concedidos, conforme art. 1º do Decreto Estadual nº 48.026, de 26/08/2020[23].

Sobre esse aspecto, é importante salientar que, nos Protocolos de Intenções, a concessão de benefícios fiscais por parte do Estado de

---

23 Art. 1º – Este decreto dispõe sobre a celebração de protocolo de intenções entre o Estado de Minas Gerais e investidor.

Parágrafo único - Para fins deste decreto, entende-se por protocolo de intenções o instrumento jurídico por meio do qual o Estado de Minas Gerais por intermédio de seus órgãos e entidades, em conjunto ou individualmente, firmam compromisso com investidor para a promoção de investimento no Estado. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=48026&comp=&ano=2020>. Acesso em: 18 nov. 2020.

Minas Gerais depende do cumprimento, pelo investidor, da implementação efetiva de investimentos, previsão de faturamento e arrecadação e geração de empregos.

Ou seja, percebe-se, de antemão, que os benefícios fiscais concedidos no bojo de um Protocolo de Intenções não possuem o caráter de gratuidade ou de mera liberalidade como se imaginaria em uma leitura descontextualizada destes benefícios, eis que se exigem diversas contrapartidas do investidor, a depender do caso concreto.

Prova disso é que, no âmbito do Estado de Minas Gerais, o Decreto Estadual nº 47.587[24], de 28 de dezembro de 2018, estabelece sanções ao investidor que descumpre os compromissos firmados e expressos em metas quantificáveis, sendo que, neste caso, serão exigidos os tributos que foram dispensados, de maneira proporcional ao benefício auferido.

Por essa razão, como conclusão inarredável, estaria descaracterizado o requisito de gratuidade para se aferir à vedação disciplinada no § 10 do art. 73 da Lei nº 9.504/97.

Esta circunstância foi muito bem percebida pelo Colendo Tribunal Superior Eleitoral no âmbito do julgamento do Recurso Ordinário nº 1718-21.2014.6.15.0000[25], destacando-se, do seu inteiro teor, o seguinte trecho em que se percebe uma mudança ou uma evolução de sua jurisprudência para se analisar o caso concreto em suas especificidades, merecendo o nosso destaque (destacamos):

> (...) **o entendimento consignado na. Cta. 1531-6.9.2010.6.00.0000/DF - em ano de eleição, é vedado ao gestor instituir benefícios fiscais referentes à dívida ativa OU encaminhar projeto de Lei com essa finalidade para favorecer inadimplentes foi superado pelas conclusões oriundas do julgamento da Cta 0000368-15.2014.6.00.0000/DE**, segundo o qual a validade ou não de lançamento de Programa ide Recuperação Fiscal (REFIS), em

24 Art. 4º - O descumprimento de condições expressas em metas quantificáveis ou em atos e procedimentos especiais caracteriza o descumprimento do protocolo de intenções no respectivo exercício, com a exigência dos tributos dispensados pelo tratamento tributário relativo ao crédito presumido e dos acréscimos legais, proporcionalmente às metas, aos atos e aos procedimentos descumpridos, ainda que o contribuinte tenha cumprido o respectivo regime especial. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=47587&comp=&ano=2018>. Acesso em: 18 nov. 2020.

25 TSE, Recurso Ordinário nº 171821, Acórdão, Relator(a) Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 126, Data 28/06/2018, Página 29-32.

face do disposto no art. 73, § 10, da Lei 9.504/97, **deve ser apreciada com base no quadro fático-jurídico extraído do caso concreto (Cta 368-15IDF, Rel. designado Min. GILMAR MENDES, DJe de 8.4.2015).** Neste contexto, a renúncia de créditos tributários relativos ao IPVA e a taxas do DETRAN no ano de 2014, concedida pela MP 215/2013, convertida na Lei 10.312/2014, alterada pela MP 226/2014, não se subsume no conceito de distribuição gratuita exigido para caracterizar a conduta vedada do art. 73, § 10, da Lei 9.504/97, que veda a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública no ano em que se realizar eleição.

Destarte, a par das razões acima, o que se percebe é que o próprio TSE sinaliza claramente a superação – *overruling* – do precedente inicial invocado inicialmente (Consulta nº 153.169), no sentido de que a análise da vedação eleitoral prevista no § 10 do art. 70 da Lei 9.504/97 deve ser aferida com base no caso concreto, sem a utilização de presunções ou ideias apriorísticas, as quais ofenderiam, em última análise, os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade.

Como bem esclarece o processualista Fredie Didier Jr.[26]: "o *Overruling é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (overruled) por outro precedente. O próprio tribunal que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro, caracterizando o overruling*".

No mesmo sentido das conclusões do Recurso Ordinário nº 1718-21.2014.6.15.0000, citamos o Recurso Especial Eleitoral nº 5619, Acórdão, Relator(a) Min. Og Fernandes, Publicação: DJE – Diário de justiça eletrônico, Data 19/08/2020 e o REsp nº 555-47/PA, rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 4.8.2015, DJe de 21.10.2015, ambos com a seguinte conclusão: "*Nos termos da jurisprudência do TSE, excluída a gratuidade do benefício, elemento normativo da conduta, afasta-se a ocorrência da conduta vedada prevista no art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/1997*".

Como se não bastasse e conforme já visto, no que toca os benefícios fiscais concedidos no âmbito dos Convênios CONFAZ – reitera-se que todos os benefícios fiscais previstos em Protocolos de Intenções estão previstos em Convênios CONFAZ –, não há que se falar em conduta tendente a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais, por ausência desse pressuposto.

Por todas essas razões, conclui-se que os benefícios fiscais previstos em Protocolos de Intenções celebrados pelo Estado de Minas Gerais nos

26 DIDIER JR., Fredie; e outros. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 507-508.

termos do Decreto Estadual nº 48.026, de 26 de agosto de 2020, não ofendem a igualdade entre os candidatos e, portanto, não se subsumem nas vedações tratadas no § 10 do art. 73 da Lei Federal nº 9.504/1997.

6. CONCLUSÃO

Considerando a relevância da celebração de Protocolos de Intenções para o fomento da atividade econômica dos entes estatais, a evolução jurisprudencial do Tribunal Superior Eleitoral, as manifestações exaradas pelo órgão de consultoria jurídica do Estado de Minas Gerais e as peculiaridades na concessão de benefícios fiscais por meio deste instrumento – em especial, eles não possuem o caráter de gratuidade ou de mera liberalidade e, ainda, estão todos eles, direta ou indiretamente, previstos em Convênios celebrados no âmbito do CONFAZ –, não se vislumbram impeditivos à assinatura destes ajustes em anos eleitorais, por não restar caracterizada a vedação prevista no § 10 do art. 73 da Lei nº 9.504/97.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. ***Dalla struttura alla funzione:*** nuovi studi di teoria del diritto. Bari: Editori Laterza, 2007.

DIDIER JR., Fredie e outros. ***Curso de direito processual civil:*** teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MEDEIROS, Marcilio Nunes. ***Legislação eleitoral comentada e anotada***. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

MELO, Jose Eduardo Soares de. ***ICMS:*** teoria e prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

RAMAYANA, Marcos. ***Direito eleitoral***. 15.ed. Rio de Janeiro: Ímpetos, 2016.

Referência:

VALLE, Gabriel Arbex; GROSSI, Plínio José de Aguiar. Do tratamento tributário previsto em protocolos de intenções celebrados pelo Estado de Minas Gerais em anos eleitorais. ***Direito Público***: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v.18, n.1, p. 172-189, jan./dez., 2021.

OS USOS DO TOMBAMENTO E O TOMBAMENTO DE USO

LIANA PORTILHO[1]

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O tombamento como instrumento de proteção cultural: origens e cenário atual. 3 Obsolescência programada: hipóteses e fatores que dificultam o uso do tombamento. 4 Tombamento de uso: uma desvirtuação do instrumento. 5 Conclusão.

RESUMO: O presente trabalho objetiva investigar os atuais usos do tombamento, fazendo uma breve incursão sobre as origens do instrumento técnico-jurídico de proteção ao patrimônio cultural, com a edição do Decreto-Lei nº 25, de 1937, e as evoluções pelas quais passaram os campos protetivos e patrimoniais, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988. A partir dessa reconstrução, elaboraremos um diagnóstico circunstanciado de hipóteses e fatores que ensejariam dificuldades no emprego da ferramenta e das distorções que ela vem sofrendo, dentre as quais se destaca a inadmissível modalidade de tombamento de uso. Paralelamente à diagnose mencionada, proporemos meios para a ressignificação do instrumento, visando à efetivação da função social do patrimônio cultural.

PALAVRAS-CHAVE: Tombamento; Proteção Cultural; Função Social do Patrimônio Cultural.

1 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Análise Urbana pela Escola de Arquitetura da Universidade Federal de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Procuradora do Estado de Minas Gerais. Advogada e professora especialista em Direito Urbanístico, Imobiliário, Ambiental. Na administração pública, exerceu, entre outras, as funções de Presidente do Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais – IEPHA/MG; Subsecretária de Estado de Ensino Superior da Secretaria de Estado de Ciência, Tecnologia e Ensino Superior; Chefe de Gabinete da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. Tem diversas publicações na área do Direito Urbanístico, entre os quais, Estatuto da Cidade Comentado (Mandamentos, 2002); Função Social da Propriedade à luz do Estatuto da Cidade (Temas & Idéias, 2003); Nova Ordem Jurídico-Urbanística: Função Social da Propriedade na Prática dos Tribunais (Lumen Juris, 2006); Patrimônio Cultural e Movimento Modernista: a coisa literária como fonte da norma jurídica (Letramento, 2019).

1. INTRODUÇÃO

O patrimônio cultural qualifica-se, hoje, como um conceito em movimento, estreitamente ligado às dinâmicas sociais estabelecidas entre grupos e indivíduos. Trata-se, portanto, de uma construção coletiva, realizada a partir da seleção de valores cuja proteção é fundamental para a conservação das memórias e narrativas sociais dos povos. Nesse movimento, deve-se primar pelo respeito e a conservação das características transdisciplinares, intersubjetivas e plurais que conformam o conjunto patrimonial, ponderando os interesses em jogo para que se atinja a função social do patrimônio cultural.

Moldando-se à atual configuração da sociedade, a ordem constitucional inaugurada em 1988 promoveu uma ampliação dos bens culturalmente acauteláveis, com a inclusão daqueles de cunho imaterial, e dos modos de acautelamento. Com isso, o tombamento, que desde a edição do Decreto-Lei nº 25, de 1937, é o instrumento utilizado pelos órgãos técnicos habilitados a promover a política de proteção cultural, passa a conviver com outras ferramentas.

O fato é que o tombamento foi e continua sendo um instrumento protetivo polêmico, por vezes deturpado e visto até mesmo como "maldito" por proprietários de imóveis urbanos, tendo sofrido, nos últimos anos, um arrefecimento em sua implementação, fenômeno cujas causas iremos investigar, a fim de buscar soluções para o equacionamento de seus usos à nova realidade patrimonial nacional.

2. O TOMBAMENTO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO CULTURAL: ORIGENS E CENÁRIO ATUAL

Embora na década de 1920, com a crise da República Velha e a ascensão do movimento modernista, já existissem manifestações em face do descaso do poder público para com o patrimônio cultural brasileiro[2], a gênese dos mecanismos jurídicos efetivos de proteção a bens com valor histórico e artístico somente pôde ocorrer a partir do momento em que a intervenção na propriedade privada passou a ser lastreada pela noção fundamental de função social. Esta somente seria positivada no ordenamento jurídico pátrio com a promulgação da Constituição 1934, à data de 16 de julho do referido ano. As previsões

2 COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da. *O Poder Legislativo no desenho institucional da política de preservação do patrimônio cultural no Brasil*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019.

contidas em seus artigos 113, alínea 17, e 148[3], das quais se desdobram, respectivamente, a função social da propriedade e a proteção dos "objetos de interesse histórico" e do "patrimônio artístico do país", deram sustentação aos instrumentos de proteção ao patrimônio cultural posteriormente concebidos[4].

Após a promulgação da Carta de 1934, intelectuais e políticos brasileiros passaram à gestação de anteprojetos de lei de proteção do patrimônio cultural. Em 13 de janeiro de 1937, é publicada a Lei nº 378, que, ao reestruturar o Ministério da Educação e Saúde Pública, Pasta então titularizada por Gustavo Capanema[5], organizou o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – SPHAN – e seu Conselho Consultivo, "com a finalidade de promover, em todo o Paiz e de modo permanente, o *tombamento*, a conservação, o enriquecimento e o conhecimento do patrimônio histórico e artístico nacional"[6], conforme previsão do artigo 46.

No fim do ano de 1937, tendo por base o anteprojeto de Rodrigo Melo Franco, o qual prevaleceu sobre aquele de autoria do escritor modernista Mário de Andrade[7], foi editado o Decreto-Lei nº 25. Este contempla

---

3 É a redação dos referidos dispositivos da Constituição de 1934: "Art. 113, al. 17 - É garantido o direito de propriedade, que não pode ser exercido contra o interesse social ou coletivo na forma que a lei determinar". E: "Art. 148 – Cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual".

4 Para uma reconstituição mais detalhada do percurso formativo da proteção ao patrimônio cultural no Brasil, cf. PORTILHO, Liana. *Patrimônio Cultural e Movimento Modernista*: a coisa literária como fonte da norma jurídica. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019.

5 Mineiro natural de Pitangui e membro do conhecido grupo de "intelectuais da rua da Bahia", Gustavo Capanema foi o Ministro da Educação mais longevo no cargo, ocupando-o de 1934 a 1945. Durante sua atuação à frente do Ministério, foi responsável pela implementação de projetos inovadores nas áreas de educação e proteção cultural.

6 Redação original.

7 O anteprojeto de Mário de Andrade "desenvolveu uma concepção de patrimônio extremamente avançada para seu tempo, que em alguns pontos antecipa, inclusive, os preceitos da Carta de Veneza, de 1964. Ao reunir num mesmo conceito – arte – manifestações eruditas e populares, Mário de Andrade afirma o caráter ao mesmo tempo particular/nacional e universal da arte autêntica, ou seja, a que merece proteção. É a noção de arte, portanto, o conceito unificador da ideia de pa-

critérios restritivos para a escolha de bens a serem protegidos pelo poder público, "entre os quais se incluía a ideia de monumento como símbolo de lembranças memoráveis, dotado de características excepcionais, que denotavam poder, grandeza e síntese de uma identidade unívoca da nação"[8]. Nesse diapasão, o Decreto-Lei nº 25, de 1937, reportava apenas à proteção de bens materiais, móveis ou imóveis, sendo o tombamento o instrumento legal adotado para tal fim. O mencionado diploma normativo estava, assim, alinhado à previsão da Constituição de 1937, que instituiu o Estado Novo. Dispunha o artigo 134 da "Polaca":

> Art 134 - ***Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais*** da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional. (g.n.)

Os aspectos materiais e de monumentalidade do patrimônio cultural permaneceram como único foco protetivo por muitas décadas, sendo a proteção aos bens imateriais, de caráter intangível, inseridos no ordenamento jurídico apenas com o advento da Constituição de 1988[9]. A ampliação do catálogo de bens componentes do patrimônio cultural se deu após edição de variados contratos e convenções internacionais mais abrangentes, mas também graças a uma mudança interna de paradigmas, a qual informa uma maneira diferenciada de ver e tratar manifestações culturais populares e tradicionais, primando pela conservação da memória e da identidade do povo brasileiro e de sua base culturalmente diversa e heterogênea.

---

trimônio no anteprojeto do 'patrimônio artístico nacional' (PAN)". FONSECA, Maria Cecília Londres. *O patrimônio em processo*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2009, p. 99.

8 PORTILHO, Liana. *Patrimônio Cultural e Movimento Modernista:* a coisa literária como fonte da norma jurídica. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019, p. 155.

9 De acordo com o *caput* do artigo 216 da Constituição de 1988, "Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico".

O artigo 216 da Constituição de 1988 não ampliou apenas os bens componentes do patrimônio cultural brasileiro, como também trouxe em seu § 1º uma gama maior de instrumentos aptos a promoção e proteção desse patrimônio, em um rol aberto ou não taxativo. O dispositivo constitucional, todavia, não abandonou o tombamento como instrumento técnico-jurídico de acautelamento dos bens culturais materiais, sendo espécie do gênero proteção cultural.

O Decreto-Lei nº 25, de 1937, foi recepcionado pela nova ordem constitucional inaugurada em 1988, permanecendo como o diploma normativo regulamentador do tombamento e, portanto, prevendo seu objeto, forma de uso e efeitos legais, sendo aplicável não apenas em âmbito federal, como ainda nas esferas estadual, distrital e municipal, dado seu caráter de norma geral. Nesse sentido, leciona Sonia Rabello[10]:

> Não há qualquer óbice legal de que o tombamento seja imposto pelos três níveis de interesse público na preservação do bem – o nacional, o estadual e o municipal – desde que se reconheça a existência do interesse cultural para os três níveis da sociedade. Nesse caso, o bem terá restrições de preservação impostas nos três níveis, devendo se adequar à mais restritiva. Isso porque, cumprindo a mais restritiva, estará também atendendo às demais. Contudo, se as restrições impostas à conservação do bem forem incompatíveis entre si, deverá ser seguida a regra de prevalência da hierarquia de interesses: o interesse nacional sobre o estadual e o estadual sobre o municipal.

Assim, em que pese a evolução do conceito de proteção cultural promovido pelo Texto Constitucional de 1988, tanto sob o aspecto do alargamento dos objetos tutelados quanto dos meios de tutela, percebe-se que o tombamento permanece como uma forma de seleção de coisas, bens móveis ou imóveis, que, por seu valor cultural, devem ser resguardadas contra deformações e destruição. Nesse processo de acautelamento, tais bens integram o direito ao patrimônio cultural, de natureza social e coletiva, ao mesmo passo que informam um dever de conservação, atribuído a particulares e ao poder público.

A permanência da previsão não se confunde, porém, com a manutenção do ritmo de tombamentos realizados. Ao contrário, é possível constatar um arrefecimento na predisposição para tombar por parte da Administração

10 CASTRO, Sonia Rabello de. O tombamento. In: REZENDE, Maria Beatriz; GRIECO, Bettina; TEIXEIRA, Luciano; THOMPSON, Analucia (Orgs.). *Dicionário IPHAN de Patrimônio Cultural*. Rio de Janeiro, Brasília: IPHAN/DAF/Copedoc, 2015, p. 6.

Pública. Para Botelho e Andrade[11], em pesquisa que teve por escopo a utilização do instrumento pelo Município de Belo Horizonte, através do Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural, a queda do número de atos administrativos de tombamento expedidos estaria relacionada a dois fatores simultâneos: a convicção de já terem sido realizados esforços suficientes para a proteção da memória arquitetônica da cidade; e o receio em relação às reações negativas dos proprietários de imóveis tombados. A pesquisa demonstrou que o número de bens imóveis tombados passou de 113 (cento e treze) no ano de 1994 para 12 (doze) em 2000, com um total de 404 (quatrocentos e quatro) imóveis tombados no período[12]. Passadas duas décadas, em consulta à listagem de bens tombados mantida pela Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, percebe-se que no período de 2001 a 2021 houve um aumento no número tombamentos de imóveis praticamente idêntico àquele observado no período de 1994 a 2000[13], o que confirma a continuidade do desaceleramento após a virada do século.

Já em âmbito estadual, tendo como base de análise as "Relações de Bens Protegidos em Minas Gerais apresentados ao ICMS Patrimônio Cultural" emitidas pela Diretoria de Promoção do IEPHA/MG nos exercícios de 2012, com dados coletados até 2011, e de 2015, com dados coletados até 2014, observou-se um aumento exponencial do número de registros[14] em detrimento do baixo crescimento dos bens tombados. Houve um aumento de 153 (cento e cinquenta e três) para 290 (du-

11 BOTELHO, Tarcísio R.; ANDRADE, Luciana Teixeira de. Cidade e patrimônio: o tombamento na percepção dos proprietários de imóveis em Belo Horizonte. In: *Sociedade e Cultura* – Revista de Pesquisas e Debates em Ciências Sociais, v. 8, n. 2. Goiânia: UFG, 2005, p. 91-101. Disponível em: < https://www.revistas.ufg.br/fcs/article/view/1014>. Acesso em set. 2021.

12 BOTELHO; ANDRADE, *op. cit.*, 2005, p. 96.

13 A Listagem pode ser consultada no endereço eletrônico <https://prefeitura.pbh.gov.br/fundacao-municipal-de-cultura/patrimonio>. Pela contagem de bens inseridos no documento, há um total aproximado de 810 (oitocentos e dez) bens tombados em Belo Horizonte atualmente. Assim, enquanto no período de 1994 a 2000 teriam sido realizados 404 (quatrocentos e quatro) tombamentos, de 2001-2021 realizaram-se aproximadamente 406 (quatrocentos e seis).

14 O registro é o instrumento técnico-jurídico de proteção aos bens culturais intangíveis ou imateriais. A partir dele, as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver e os conhecimentos produzidos individual ou comunitariamente são catalogados, perenizando-se a memória de sua produção e etapas evolutivas, bem como protegendo a identidade dos grupos e atores sociais envolvidos em sua produção. Assim, o registro "tem por objeto preservar os modos tradicionais de 'fazer',

zentos e noventa) bens registrados, representando um crescimento de aproximadamente 89,54% (oitenta e nove vírgula cinquenta e quatro por cento) em 3 (três) anos. Quanto aos bens tombados, houve um aumento de 3.871 (três mil e oitocentos e setenta e um) para 3.981 (três mil e novecentos e oitenta e um), representando um crescimento de aproximadamente 2,84% (dois vírgula oitenta e quatro por cento) em 3 (três) anos. O aumento dos bens registrados representou aproximadamente 55,46% (cinquenta e cinco vírgula quarenta e seis por cento) do aumento total de bens protegidos em 3 (três) anos, período em que foram registrados e tombados 247 (duzentos e quarenta e sete) bens. É preciso considerar como fator de influência para os dados averiguados na esfera do Estado de Minas Gerais o fato de o registro, instrumento técnico-jurídico de proteção de bens imateriais, ter sido regulamentado apenas em agosto de 2000, com a edição do Decreto nº 3.551.

Não obstante, comparando os dados quantitativos aferidos em âmbito estadual, a partir dos relatórios consolidados do IEPHA-MG, e no Município de Belo Horizonte, é possível identificar um padrão de redução dos tombamentos efetivados com o passar dos anos. Dessa maneira, importante averiguar as hipóteses e os fatores que dificultam a prática do tombamento, o que se passa a fazer a seguir.

3. OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA: HIPÓTESES E FATORES QUE DIFICULTAM O USO DO TOMBAMENTO

Como visto no tópico anterior, os órgãos e entidades públicos competentes para a implementação da política de proteção ao patrimônio cultural têm diminuído o número de tombamentos efetuados. Percebemos que uma das motivações para esse declínio é a longevidade do instrumento técnico-jurídico[15]. De fato, durante suas mais de oito décadas de existência, tanto jurídica e institucionalmente quanto academicamente, a noção de conservação patrimonial esteve estritamente relacionada à instituição do tombamento, o que, inclusive, contribuiu para a estagnação evolutiva de outras modalidades de proteção[16]. Por muitos anos o instrumento foi utilizado de forma indiscri-

sem, no entanto, congelar o patrimônio, cuja vivacidade lhe é inerente". COSTA, *op. cit.*, 2019, p. 200.

15 BOTELHO; ANDRADE, *op. cit.*, 2005.

16 LIMA, Jayme Wesley de. Tem que tombar? Patrimônio moderno e forma alternativa de conservação. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação

minada, gerando um "sistema do tombamento no varejo"[17] e refletindo diretamente na dificuldade de gestão patrimonial. Após esse movimento ascendente, o declínio na expedição de atos de tombamento enseja um questionamento: há ainda o que tombar?

Respondemos a essa pergunta afirmativamente, tendo em vista que a construção histórico-social de uma nação é contínua. Assim, não entendemos como esgotáveis os bens cujo valor cultural e a relevância para a constituição identitária de comunidades e grupos sociais indiquem a necessidade de especial acautelamento. Ao contrário, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, o que se afere é uma ampliação do conceito de patrimônio, que passa a abarcar não apenas bens tangíveis, como também os intangíveis. Seguindo Laurent Lévi-Strauss, na nova configuração do patrimônio cultural brasileiro, os aspectos de materialidade e imaterialidade "não aparecem mais como duas áreas separadas, mas como um conjunto único e coerente de manifestações múltiplas, complexas e profundamente interdependentes dos inúmeros componentes da cultura de um grupo social"[18].

Nesse sentido, a ampliação do conjunto patrimonial exige uma renovação dos meios que compõem a política protetiva nacional, o que não perpassa, necessariamente, pelo abandono das velhas fórmulas, mas sim por sua modernização e adequação. Nesse sentido, empregando o conceito de campo elaborado por Pierre Bourdieu, descrito como o "espaço social constituído a partir da forma de atuação de um conjunto de atores sociais que o reproduzem de forma integral ou modificada"[19], Jayme Lima indica que "entender o campo patrimonial em sua dinâmica histórica e social permite identificar como ele muda os seus objetos patrimoniais e a forma de lidar com eles, e ainda como

---

em Arquitetura e Urbanismo da Universidade de Brasília. Brasília, 2017.

17 REIS FILHO, Nestor Goulart. Arquitetura não é goiabada; sou contra adotar o sistema de tombamento no varejo. Entrevista concedida a Adilson Melendez e Fernando Serapião. Projeto Design, 2004, n.p.

18 LÉVI-STRAUSS, Laurent. Patrimônio imaterial e diversidade cultural: o novo decreto para a proteção dos bens imateriais. In: BRASIL. Executivo. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. O Registro do Patrimônio Imaterial. Dossiê final das atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial. Brasília, 2006, p. 79. Disponível em: < http://portal.iphan.gov.br/uploads/publicacao/PatImaDiv_ORegistroPatrimonioImaterial_1Edicao_m.pdf>. Acesso em set. 2021.

19 LIMA, *op. cit.*, 2017, p. 16.

ele mantém no tempo a sua lógica, a instância última de sua razão de ser, sua historicidade"[20].

Feitas essas considerações, aduzimos que a atual dificuldade de uso do tombamento e as críticas direcionadas ao instrumento perpassam por sua obsolescência e consequente inaptidão, na forma como é implementado pelo poder público, para acompanhar e servir a uma concepção de patrimônio em movimento, segundo as dinâmicas de uma sociedade também em movimento.

Podemos apontar como fator central à atrofia do instrumento técnico-jurídico a desatualização de seu tratamento na instância infraconstitucional. Como relatado, embora a ordem constitucional inaugurada em 1988 tenha revitalizado a política nacional de proteção cultural, o Decreto-Lei nº 25, de 1937, continua vigente, tendo sido recepcionado com força de lei. O texto normativo da longínqua década de 1930 encontra-se defasado relativamente aos parâmetros protetivos contidos nos artigos 215 e 216 da Constituição. Assim, sua permanência no ordenamento jurídico sem a devida adaptação aos contemporâneos preceitos protetivos dificulta a gestão dos bens culturais, prejudicando sua efetiva conservação[21].

Como marca dessa defasagem, podemos apontar a complexidade do procedimento administrativo de tombamento e, especialmente, o desequilíbrio entre, de um lado, as obrigações impostas aos proprietários dos bens tombados e, de outro, as medidas compensatórias pelas limitações aos direitos de uso, gozo, fruição e disposição que compõem o direito de propriedade.

Sobre o último ponto, o Decreto-Lei nº 25, de 1937, disciplinou os efeitos decorrentes do tombamento, anunciando restrições ao exercício do direito de propriedade e atribuindo obrigações a proprietários, terceiros e ao poder público. Pela leitura do diploma normativo é perceptível não haver igualdade na distribuição dos deveres afetos à preservação, recaindo eles precipuamente sobre os titulares dos bens tombados. Essa disparidade, em si, não seria antijurídica, tendo em vista

---

20 LIMA, *op. cit.*, 2017, p. 17.

21 COSTA, Rodrigo Vieira. A ideia do código de proteção do patrimônio cultural enquanto paradigma da simplificação dos direitos culturais. In: Anais do IV ENECULT – Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura. Faculdade de Comunicação, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008. Disponível em: < http://www.cult.ufba.br/enecult2008/14298-02.pdf>. Acesso em set. 2021.

ser o direito de propriedade subordinado ao cumprimento da função social e à prevalência do interesse público sobre o particular.

Entretanto, o que se tem observado na prática é a irrazoabilidade na condução da gestão patrimonial dos bens tombados, posto que, muitas das vezes, os proprietários são os únicos atores imbuídos do dever de conservação, não contando com qualquer auxílio das instâncias públicas executivas, e as contrapartidas não são suficientes à compensação das perdas, em clara violação ao princípio da justa distribuição de benefícios e ônus dos processos de urbanização. Sob esse aspecto:

> O tombamento (…) pode ser considerado o principal instrumento de preservação de bens culturais no país, embora não obtenha, atualmente, a eficácia social e normativa ao qual se propunha quando da edição de seu texto legal, face a marca de autoritarismo estatal que lhe é manifesta, e ao grande número de obrigações e restrições impostas aos proprietários dos bens sob sua salvaguarda[22].

Some-se a isso a adoção de critérios subjetivos ou a indefinição de critérios técnicos e objetivos de análise do estado de conservação utilizados pelos órgãos públicos que atuam na esfera da proteção do patrimônio cultural. A zona cinzenta regulamentar em que a temática protetiva se encontra dificulta a execução de manutenções e reparos do bem tombado. Essa dificuldade, em algumas hipóteses, dá causa ao adiamento de ações de conservação[23], o que, por sua vez, pode ensejar a deterioração do bem e, por conseguinte, a atribuição da responsabilidade reparatória e a aplicação de multa ao proprietário. Nesse caso, há patente abusividade, tendo em vista que a omissão do poder público dá causa à omissão do particular, mas apenas esta é sancionada. Dessarte, não provoca estranhamento o fato de o tombamento ser visto como um instrumento maldito por muitos proprietários de bens tombados e que não haja um engajamento efetivo destes com a causa protetiva.

Perceptível, portanto, que mais do que o simples declínio do número de tombamentos realizados ao longo dos anos, há uma problemática maior implicada: a ausência de cooperação e comunicação entre a esfera pública e a privada, que se torna um impeditivo para que o meio alcance

---

22 TORRES, Caroline de Fátima Silva. A efetividade da tutela do patrimônio cultural brasileiro e o instituto municipal dos Imóveis Especiais de Preservação. In: Anais do II EIDC – II Encontro Internacional de Direitos Culturais. Fortaleza, 2013, p. 3. Disponível em: < https://www.direitosculturais.com.br/anais_interna.php?id=3>. Acesso em set. 2021.

23 LIMA, *op. cit.*, 2017.

o fim protetivo ao qual se propõe. Para reverter essa situação, a atuação da administração pública não pode se adstringir à promoção do tombamento e à punição de particulares com base em análises subjetivas. Deve, antes, promover o diálogo e a participação popular para construção conjunta da agenda protetiva, estabelecer parâmetros e diretrizes técnicos para a gestão do patrimônio cultural, além de contribuir com a realização de ações de conservação dos bens tombados, dando efetividade, por exemplo, à previsão do artigo 19 do Decreto-Lei nº 25, de 1937, que indica a possibilidade de assunção do restauro pelo poder público, e às ferramentas urbanísticas passíveis de adoção enquanto medidas compensatórias pelo gravame auferido pelo proprietário.

Com isso, o processo de tombamento:

> deixa de ser "meio de estabilização do interesse estatal a ser preservado e de engessamento do bem protegido, para ser uma via norteadora da gestão dos bens tombados pelos órgãos administrativos especializados" e instrumento de reconhecimento do valor que a própria comunidade atribui a dado bem como referente de sua cultura e identidade, bem assim, como objeto de fruição[24].

Para que o tombamento cumpra com sua função de proteção ao patrimônio cultural no dinâmico contexto contemporâneo, onde "o que antes era *permanência* e *duração* funde-se e confunde-se com transição e momentaneidade"[25], é preciso, ainda, cuidar para que o instrumento não seja deturpado e utilizado com o propósito de tolher os usos possíveis dos bens culturais, compatíveis com a conservação das narrativas e lugares da memória social.

4. TOMBAMENTO DE USO: UMA DESVIRTUAÇÃO DO INSTRUMENTO

Identificados os fatores determinantes da dificuldade contemporânea do uso do tombamento, notável que as estratégias para sua superação perpassam pela construção integrativa de ações e processos de acautelamento do patrimônio cultural, tendo a comunidade participação

---

24 COSTA, *op. cit.*, 2019, p. 199. No trecho reproduzido, Mila Costa cita COSTA, Mila Batista Corrêa da; MATTOS, Liana Portilho; PIRES, Maria Coeli Simões. Gestão do Patrimônio Cultural. In: CASTRO, Carmem L. F.; GONTIJO, Cynthia R.B; PINTO, Luciana M.R.S. (org.). *Dicionário de Políticas Públicas*. V. 2. Barbacena: Editora Universidade do Estado de Minas Gerais, 2015, p. 209.

25 LIMA, *op. cit.*, 2017, p. 21.

fundamental na seleção de valores e bens a serem preservados. Sobre o tema, já indicamos que:

> (…) assimilar a imperatividade do princípio da função social da propriedade sobre as normas de preservação do patrimônio cultural é a tarefa mais básica, resultando em uma nova ideia síntese: ***a função social do patrimônio como critério de aferição de valor sociocultural***.
> Assim, se a propriedade de cunho cultural, erigida ao patamar de patrimônio cultural, é direito fundamental, é certo que esse direito fundamental há de ser protegido, gerido e exercido, levando-se em conta a função social da coisa, entendida no sentido de se atingir o melhor interesse social a que o bem protegido se destina.
> Firmado o paradigma da função social da propriedade cultural, ou da função social do patrimônio cultural, ou da função sociocultural do patrimônio e da propriedade, tem-se que os bens patrimoniais devem prestar-se à finalidade que justifique o seu acautelamento. Não é fácil, contudo, a definição exaustiva dessa finalidade, sendo de entrevê-la apenas em concreto[26]. (g.n.)

A finalidade do acautelamento está, portanto, como o próprio conceito de patrimônio cultural, em movimento, sendo influenciada por fatores contextuais, intersubjetivos e transdisciplinares não predeterminados ou predeterminâveis, mas que se mostram caso a caso. Assim, não há que se falar de usos que, *a priori*, ensejem o engessamento da destinação do bem acautelado, o que corresponderia à famigerada modalidade de tombamento do uso.

Paradigmático o entendimento de Sonia Rabello, que afirma ser:

> (…) insusceptível de tombamento o uso específico de determinado bem. Ainda que se tombe o imóvel, não poderá a autoridade tombar o seu uso, uma vez que o uso não é objeto móvel ou imóvel. Com relação ao aspecto do uso, o que pode acontecer é que, em função da conservação do bem, ele possa ser adequado ou inadequado. Assim, se determinado imóvel acha-se tombado, sua conservação se impõe; em função disto é que se pode coibir formas de utilização da coisa que, comprovadamente, lhe causem dano, gerando sua descaracterização. Nesse caso, poder-se-ia impedir o uso danoso ao bem tombado, não para determinar um uso específico, mas para impedir o uso inadequado[27].

O posicionamento doutrinário colacionado serviu também de base à consolidação de precedente até então definidor da posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. No julgamento do Recurso Extraordinário

---

26 PORTILHO, *op. cit.*, 2019, p. 244-245.

27 CASTRO, Sonia Rabello de. *O Estado na preservação dos bens culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 108.

nº 219.292[28], sob a relatoria do Ministro Octávio Gallotti, firmou-se o entendimento quanto à inadmissibilidade do tombamento de uso. Tal prática ensejaria uma deturpação do instrumento técnico-jurídico, representando excessiva ingerência sobre o direito de propriedade. No caso em monta, havia discussão sobre a possibilidade de limitação de uso dos imóveis tombados Cine Pathé e Cine Brasil, localizados no Município de Belo Horizonte, exclusivamente à realização de atividades artístico-culturais. De acordo com a Suprema Corte, o instrumento adequado para os fins pretendidos seria a desapropriação, não o tombamento.

Ocorre que, em que pese a doutrina e a jurisprudência serem unísonas quanto à inaceitabilidade do tombamento de uso, é comum que os órgãos técnicos e executivos da política protetiva promovam interpretações literais e restritivas das normas contidas no Decreto-Lei nº 25, de 1937, especialmente quando da implementação de projetos de reforma ou de obras de restauro e conservação de imóveis tombados, bem como da possibilidade de sua redestinação a uso diverso daquele para o qual foi originalmente planejado[29].

Emblemático exemplo de entraves hermenêuticos na utilização de bens tombados ocorreu quando da implantação do Circuito Cultural Praça da Liberdade[30], que ensejou o ajuizamento de ações pelo Ministério Público de Minas Gerais em face da proposta de realização de alterações físicas nos imóveis tombados antes utilizados como sede de órgãos e entidades da Administração Pública estadual e sua transformação em equipamentos culturais. Na oportunidade:

---

28 "EMENTA: Tombamento de bem imóvel para limitar sua destinação a atividades artístico-culturais. Preservação a ser atendida por meio de desapropriação. Não pelo emprego da modalidade do chamado tombamento de uso. Recurso da Municipalidade do qual não se conhece, porquanto não configurada a alegada contrariedade, pelo acórdão recorrido, do disposto no art. 216, § 1º, da Constituição". (RE 219292, Relator(a): OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 07/12/1999, DJ 23-06-2000 PP-00031 EMENT VOL-01996-01 PP-00118)

29 PORTILHO, *op. cit.*, 2019.

30 O caso do Circuito Cultural Praça da Liberdade foi objeto de manifestação jurídica da Advocacia-Geral do Estado, bem como de estudo específico, ambos de nossa autoria. Cf. PORTILHO, Liana. Parecer. Circuito Cultural Praça da Liberdade. In: *Revista da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais,* v. 4, n. 1, 2007, Belo Horizonte, p. 117-132; PORTILHO, Liana. Patrimônio Cultural e Cultura Patrimonial: reflexões sobre a gestão dos bens tombados no Brasil. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coords.). *Revisitando o Instituto do Tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 419-441.

> (…) sob a alegação de que a adaptação dos edifícios tombados a um uso cultural inevitavelmente lhes acarretaria "destruição, demolição e mutilação", o órgão ministerial promoveu uma interpretação literal do art. 17 do Decreto-lei n. 25, de 1937, em total desconformidade com o texto constitucional, e foi a Juízo defender que a redestinação de uso e as adaptações correlatas eram ilegais e, portanto, deveriam ser proibidas.[31]

Não obstante a argumentação desenvolvida pelo *Parquet* estadual, não é possível atribuir ao artigo 17 do Decreto-Lei nº 25, de 1937, uma interpretação de acordo com a qual o dispositivo estaria proibindo a realização de alterações nos bens tombados. A previsão do referido dispositivo expõe apenas, com fins de acautelamento preventivo, que as modificações nesses bens deverão passar pelo crivo dos órgãos técnicos competentes antes de sua realização.

A disciplina normativa do tombamento deve estar voltada à máxima preservação do bem cultural no tempo, não à sua permanência absoluta e imutável. Assim, impedir que sejam realizadas intervenções nos imóveis tombados ou fixar sua destinação a apenas uma finalidade comprometeria o cumprimento da função social do patrimônio. Nesse sentido, devem prevalecer sobre a interpretação literal dos textos legislativos as interpretações históricas e sistêmicas, com a ponderação de interesses em disputa, oferecendo "condições de uso mais efetivo e eficiente do bem, sem que, com isto, ocorra a destruição de seu valor singular no contexto cultural"[32].

5. CONCLUSÃO

O Decreto-Lei nº 25, de 1937, constitui, até hoje, o principal repositório normativo sobre a proteção ao patrimônio cultural no Brasil, produto de uma tradição que relaciona valor cultural à materialidade, exaltando o concreto e visível aos olhos. Nessa imbrincada trama, convencionou-se relacionar a ideia de conservação a tombamento, em uma clara confusão entre fim e meio. Apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o monumental abre espaço ao intangível, exaltando formas de expressão, saberes e tradições comunitárias, de forma a reconhecer e valorizar a heterogeneidade basilar à cultura brasileira.

---

31 PORTILHO, *op. cit.*, 2019, p. 247.

32 MINAS GERAIS. Judiciário. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo nº 1.0024.06.994200-1/001. Comarca de Belo Horizonte. Agravante(s): Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Agravado(a)(s): Estado de Minas Gerais, Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Cultural de Minas Gerais, Instituto Arquitetos do Brasil Departamento MG. Relator: Desembargador Alberto Villas Boas. Decisão Judicial de 11 set. 2007.

Passa-se a observar, então, um movimento descendente da prática de tombamentos pelos órgãos competentes para a implementação da política de proteção patrimonial, voltando-se eles, com mais afinco, aos novos instrumentos técnico-jurídicos de conservação dos bens culturais. O que está em jogo, não é uma mera preferência da Administração Pública, mas uma efetiva dificuldade em tombar, que decorre não particularmente do exaurimento da ferramenta, mas, principalmente, de fatores como a indefinição e o subjetivismo dos critérios de seleção e manutenção de bens culturais; a atribuição do dever de conservação somente aos particulares, em um claro e irrazoável descumprimento do princípio da justa distribuição de benefícios e ônus; e a insuficiência dos instrumentos urbanísticos empregados como medidas compensatórias dos gravames suportados pelos proprietários.

Apesar da decadência do instrumento e de sua utilização, no mais das vezes, deturpada, produto de uma interpretação restritiva da legislação de regência, que provoca o engessamento dos usos dos bens tombados e na prática inadmissível do tombamento de uso, entendemos que não deve ser ele abandonado.

Antes, é essencial que a figura do tombamento passe por um processo de ressignificação, de modo a promover a participação social na identificação de bens passíveis de conservação por tal modalidade e a ponderação dos interesses em disputa, buscando-se sempre a efetivação da função social do patrimônio cultural. É esta, aliás, que permitirá analisar a adequação do uso proposto para o bem tombado, identificando se está ele apto ou não a cumprir os objetivos do acautelamento estatal e a contribuir com a sustentabilidade das dinâmicas urbanas e sociais.

REFERÊNCIAS

BELO HORIZONTE. Diretoria de Patrimônio Cultural e Arquivo Público. ***Listagem de bens tombados***. Disponível em: <https://prefeitura.pbh.gov.br/fundacao-municipal-de-cultura/patrimonio>. Acesso em set. 2021.

BOTELHO, Tarcísio R.; ANDRADE, Luciana Teixeira de. Cidade e patrimônio: o tombamento na percepção dos proprietários de imóveis em Belo Horizonte. In: ***Sociedade e Cultura*** – Revista de Pesquisas e Debates em Ciências Sociais, v. 8, n. 2. Goiânia: UFG, 2005, p. 91-101. Disponível em: < https://www.revistas.ufg.br/fcs/article/view/1014>. Acesso em: set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 219.292/MG. Recorrente: Secretaria Municipal de Cultura de Belo Horizonte. Recorrido: Cinemas e Teatros de Minas Gerais S.A. Relator Ministro Octavio Gallotti. Julgamento 07 dez. 1999. ***Diário de Justiça***, p. 31, 23 jun. 2000.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 16 jul. 1934.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 10 nov. 1937.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*. Brasília, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937. Dá nova organização ao Ministério da Educação e Saúde Pública. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 15 jan. 1937.

BRASIL. Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 06 dez. 1937.

CASTRO, Sonia Rabello de. *O Estado na Preservação dos Bens Culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

CASTRO, Sonia Rabello de. O tombamento. In: REZENDE, Maria Beatriz; GRIECO, Bettina; TEIXEIRA, Luciano; THOMPSON, Analucia (Orgs.). *Dicionário IPHAN de Patrimônio Cultural*. Rio de Janeiro, Brasília: IPHAN/DAF/Copedoc, 2015.

COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da. O Poder Legislativo no desenho institucional da política de preservação do patrimônio cultural no Brasil. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019.

COSTA, Rodrigo Vieira. A ideia do código de proteção do patrimônio cultural enquanto paradigma da simplificação dos direitos culturais. In: *Anais do IV ENECULT* – Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura. Faculdade de Comunicação, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008. Disponível em: < http://www.cult.ufba.br/enecult2008/14298-02.pdf>. Acesso em set. 2021.

FONSECA, Maria Cecília Londres. *O patrimônio em processo*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2009.

LÉVI-STRAUSS, Laurent. Patrimônio imaterial e diversidade cultural: o novo decreto para a proteção dos bens imateriais. In: BRASIL. Executivo. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. *O registro do patrimônio imaterial*. Dossiê final das atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial. Brasília, 2006, p. 77-83. Disponível em: < http://portal.iphan.gov.br/uploads/publicacao/PatImaDiv_ORegistroPatrimonioImaterial_1Edicao_m.pdf>. Acesso em set. 2021.

LIMA, Jayme Wesley de. *Tem que tombar?* Patrimônio moderno e forma alternativa de conservação. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Arquitetura e Urbanismo da Universidade de Brasília. Brasília, 2017.

MINAS GERAIS. Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais. Diretoria de Promoção. Relação de Bens Protegidos em Minas Gerais apresentados ao ICMS Patrimônio Cultural até o ano de 2011 - exercício 2012. Belo Horizonte, 2012. Disponível em: < https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=-web&cd=&ved=2ahUKEwjz0vzkm4fzAhUvrpUCHeLnCyEQFnoECAIQAQ&url=ht-

tps%3A%2F%2Fwww.mpmg.mp.br%2Flumis%2Fportal%2Ffile%2FfileDownload.jsp%3FfileId%3D8A91CFA947BB6ED60147F9A6DBD0782E&usg=AOvVaw2JValV-2vZSQ6AzzMCN0ERp>. Acesso em set. 2021.

MINAS GERAIS. Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais. Diretoria de Promoção. Relação de Bens Protegidos em Minas Gerais apresentados ao ICMS Patrimônio Cultural até o ano de 2014 - exercício 2015. Belo Horizonte, 2015. Disponível em: < https://www.mpmg.mp.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A91CFA952870871015288723 3BE40F3>. Acesso em: set. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo nº 1.0024.06.994200-1/001. Comarca de Belo Horizonte. Agravante(s): Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Agravado(a)(s): Estado de Minas Gerais, Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Cultural de Minas Gerais, Instituto Arquitetos do Brasil Departamento MG. Relator: Desembargador Alberto Villas Boas. Decisão Judicial de 11 set. 2007.

PORTILHO, Liana. Parecer. Circuito Cultural Praça da Liberdade. ***Revista da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais,*** v. 4, n. 1, 2007, Belo Horizonte, p. 117-132.

PORTILHO, Liana. Patrimônio Cultural e Cultura Patrimonial: reflexões sobre a gestão dos bens tombados no Brasil. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coords.). ***Revisitando o Instituto do Tombamento***. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 419-441.

PORTILHO, Liana. ***Patrimônio Cultural e Movimento Modernista:*** a coisa literária como fonte da norma jurídica. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019.

REIS FILHO, Nestor Goulart. Arquitetura não é goiabada; sou contra adotar o sistema de tombamento no varejo. Entrevista concedida a Adilson Melendez e Fernando Serapião. ***Projeto Design***, 2004.

TORRES, Caroline de Fátima Silva. A efetividade da tutela do patrimônio cultural brasileiro e o instituto municipal dos Imóveis Especiais de Preservação. In: Anais do II EIDC – II Encontro Internacional de Direitos Culturais. Fortaleza, 2013, p. 3. Disponível em: <https://www.direitosculturais.com.br/anais_interna.php?id=3>. Acesso em: set. 2021.

Referência:

PORTILHO, Liana. Os usos do tombamento e o tombamento de uso. *Direito Público:* Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v.18, n.1, p. 190-206, jan./dez., 2021.

A POSSIBILIDADE DE VINCULAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE A FUNDOS DE PREVIDÊNCIA

MARCELO BARROSO LIMA BRITO DE CAMPOS[1]
ONOFRE ALVES BATISTA JÚNIOR[2]

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Da constituição dos fundos previdenciários do art. 249 da CRFB/1988. 3 A vinculação do IRPF ao fundo previdenciário do art. 249 da CRFB/1988. 4 Fundos previdenciários de natureza pública. 5 Conclusão.

RESUMO: O presente artigo discorre sobre a transição demográfica do país, a evolução da legislação previdenciária, passando pela crise financeira e a criação dos fundos previdenciários, abordando ainda a sustentabilidade das políticas previdenciárias para os regimes previdenciário e o déficit atuarial.

1 Procurador do Estado de Minas Gerais (AGE). Pós-Doutorando em Direito pela UFMG. Doutor em Direito Público (PUCMINAS). Mestre em Administração Pública (FJP). Bacharel em Direito (UFMG). Professor de Direito Previdenciário e Constitucional da Graduação e do Mestrado (Universidade FUMEC). Advogado associado da Advocacia Brito Campos. Associado Benemérito e Conselheiro do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP). Membro da Comissão de Direito Previdenciário (OAB/MG). Presidente do Conselho Deliberativo da Fundação de Previdência Complementar de Minas Gerais (PREVCOM-MG). Membro do corpo editorial da Revista Brasileira de Direito Previdenciário. Membro da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social (ABDSS). Professor do Instituto de Estudos Previdenciários (IEPREV).

2 Professor Associado de Direito Público do Quadro Efetivo da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. 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. Diretor Científico da Associação Brasileira de Direito Tributário - ABRADT. Conselheiro Curador da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais – FAPEMIG. Ex-Coordenador do Centro de Estudos da Advocacia-Geral de Minas Gerais - AGE. Conselheiro Consultivo do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais do Estado e do Distrito Federal – CONPEG. Ex-Advogado Geral do Estado de Minas Gerais. Ex-Procurador do Estado de Minas Gerais.

PALAVRAS-CHAVE: Aposentadoria. Contribuição previdenciária. Crise financeira. Déficit Atuarial. Fundo previdenciário. Regime Geral de Previdência. Regime Próprio de Previdência.

1. INTRODUÇÃO

É consabido que o Brasil vem mesmo passando por uma rápida transição demográfica, com as pessoas vivendo cada vez mais (a expectativa de vida ao nascer passou de 45 anos (em 1940) para 76 anos nos dias de hoje. De acordo com o IBGE, chegaremos a 80 anos em 2042).[3] O aumento incessante do número de aposentados e pensionistas no Brasil faz com que o número de idosos seja muito maior, apesar de o número de pessoas em idade ativa (que são potenciais contribuintes para a previdência) se manter praticamente o mesmo. O envelhecimento da população em larga medida afeta a sustentabilidade das políticas previdenciárias na medida em que os gastos se elevam permanentemente.

Como ressabido, todos os Estados, o Distrito Federal e os 2.077 Municípios, incluindo todas as capitais dos Estados, têm regimes próprios de previdência social para seus servidores titulares de cargos efetivos (Regime Próprio de Previdência Social - RPPS).

A crise financeira dos Estados é, sobretudo, agravada pela CRISE PREVIDENCIÁRIA. Os gastos dos Estados com aposentadorias e pensões já ultrapassam a cifra de R$ 160 bilhões, razão pela qual se justificaram as reformas normativas.[4] Com efeito, as reformas nos RPPS dos Estados e Municípios se deram sobre normas constitucionais e infraconstitucionais.

No âmbito constitucional, o art. 40 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) é o centro da disciplina dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e, como tal, foi alvo de diversas alterações.

A histórica ausência de contribuição previdenciária (cota-parte do servidor titular de cargo efetivo e cota-parte ente federativo) para o custeio da aposentadoria dos agentes públicos foi a mola propulsora das reformas constitucionais.

---

3 Vale visitar https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/.

4 Cf. BANCO MUNDIAL. *Relatório: Gestão de pessoas e folha de pagamentos no setor público brasileiro. O que os dados dizem?* 2020. Disponível em: http://obsestadosocial.com.br/obs/wp-content/uploads/2020/09/GEST%C3%83O-DE-PESSOAS-E-FOLHA-DE-PAGAMENTOS-NO-SETOR-P%C3%9ABLICO-BRASILEIRO.pdf. Extraído em: 01 jun. 2021.

A medida inicial foi tomada pelo constituinte derivado, ao tramitar e promulgar a Emenda à Constituição nº 3, de 17 de março de 1993, alterando a redação do § 6º do art. 40, estabelecendo que as aposentadorias e pensões dos servidores federais seriam custeadas com **recursos provenientes da União** e das **contribuições dos servidores**, na forma da lei. Confira-se:

> Art. 40. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019) […].
> Incluído pela EC nº 3/1993:
> § 6º. As aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da **lei**.
> Com a redação dada pela EC nº 20, de 15/12/98:
> § 6º Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto neste artigo.
> Com a redação dada pela EC 103/2019:
> § 6º Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta de regime próprio de previdência social, aplicando-se outras vedações, regras e condições para a acumulação de benefícios previdenciários estabelecidas no Regime Geral de Previdência Social. […].

Atualmente, vale frisar, após a Emenda Constitucional nº 103, de 2019, o *caput* do art. 40 da CRFB/1988, determina que o regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos deve ter **caráter contributivo** e **solidário**, e deve ser mantido com aportes decorrentes de contribuição do respectivo ente federativo, contribuição de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas.

Aos Estados, Distrito Federal e Municípios, a CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PARA CUSTEIO DA APOSENTADORIA DOS RESPECTIVOS SERVIDORES foi prevista na redação original do art. 149, parágrafo único, da CRFB/1988, de forma facultativa.

> (Redação original, já alterada e renumerada, do art. 149 da CRFB/1988):
> Art. 149. […]. Parágrafo único. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social.

Como se pode verificar, na redação original da Carta Magna de 1988, havia previsão de custeio da aposentadoria dos servidores públicos somente para Estado, Distrito Federal e Município, ainda assim, de forma facultativa. Não havia previsão de contribuição para aposentadoria de qualquer espécie no âmbito federal, que foi prevista de forma obrigatória somente em 1993, com a Emenda Constitucional nº 3/1993. Mesmo assim, nessa ocasião, o pagamento de contribuição não era requisito para a aposentadoria, uma vez que se considerava o tempo de serviço e não o tempo de contribuição, que apenas passou a ser exigido após a EC nº 20/1998. Ademais, a mera previsão constitucional do tributo (contribuição) pela EC nº 3/1993 não foi suficiente para a instituição, na prática, da **contribuição previdenciária dos servidores**, que só se efetivou após a EC nº 20/1998 com o advento da Lei 9.783/1999 (já revogada pela Lei 10.887/2004). Vale conferir a sucessão de alterações do texto constitucional:

> (Parágrafo renumerado pela EC nº 33/2001 e com a redação dada pela EC nº 41/2003)
> Art. 149. […]. § 1º. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.

Em que pese a significativa alteração promovida pela EC nº 3/1993, ela não estabeleceu, propriamente, uma efetiva "reforma" no sistema previdenciário nacional. As reformas mais incisivas no sentido de reestruturação dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos titulares de cargos efetivos vieram em momentos distintos.

A necessidade de uniformizar os diversos regimes próprios de previdência dos entes federativos foi sentida por meio da EC nº 20, promulgada em 16 de outubro de 1998, que foi a base da reestruturação do sistema constitucional de previdência social dos servidores públicos, acompanhada pelas Leis nº 9.717/1998 e nº 9.796/1999. A EC nº 20/98 remodelou completamente os Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS) na medida em que transformou o requisito de aposentadoria de tempo de serviço em tempo de contribuição, deixando a marca da contributividade desse sistema.

Em pouco mais de cinco anos, quando a sociedade brasileira, as unidades federativas e os servidores pacificavam a compreensão e se acostumavam com as novas regras da EC nº 20/1998, foi promulgada a Emenda à Constituição n. 41, de 19 de dezembro de 2003, publicada em 31 de dezembro de 2003.

A Emenda à Constituição nº 47/2005 cuidou, principalmente, da aposentadoria especial dos servidores públicos vinculados ao RPPS, permitindo aposentadorias com idade precoce aos servidores com deficiência, que exercessem atividade de risco ou que exercesse suas funções em condições especiais que colocassem em risco a saúde ou a integridade física, já que não exigia idade mínima. Registre-se, ainda, que a EC n. 47/2005 inseriu como norma de transição o art. 3º, garantindo a integralidade no cálculo do benefício e paridade no reajuste para servidores que ingressaram antes da EC nº 20/1998. Tais alterações, por certo, oneraram os RPPS.

A Emenda à Constituição n. 70, de 29 de março de 2012, acrescentou o art. 6º-A à EC nº 41/2003, para estabelecer critérios para o cálculo pela integralidade e a correção dos proventos pela paridade para as hipóteses aposentadoria por invalidez dos servidores públicos que ingressaram no serviço público até a data da publicação daquela EC nº 41/03. Por sua vez, a Emenda à Constituição nº 88, de 2015, alterou a idade da aposentadoria compulsória para 75 anos, em sintonia com a Lei Complementar nº 152/2015.

Recentemente, a Emenda à Constituição nº 103, de 12 de novembro de 2019, alterou significativamente o RPPS, impondo como limite ao pagamento de benefício previdenciário o valor utilizado no Regime Geral de Previdência Social (RGPS), muito menor que o valor teto outrora aplicado, que era aquele previsto no art. 37, XI, da CRFB/1988, bem como teto e subtetos de remuneração no serviço público. Impôs, ainda, aos RPPS, a criação dos Regimes de Previdência Complementar (RPC) para os servidores titulares de cargos efetivos. E, a despeito de conferir maior autonomia aos Entes Federativos, com a desconstitucionalização de várias regras, manteve um conjunto de normas autoaplicáveis aos Estados e Municípios, além da União.

Com isso, pode-se classificar as sete "ondas" da reforma previdenciária constitucional:

a. a primeira, com a Emenda à Constituição nº 3/1993;
b. a segunda, com a Emenda à Constituição nº 20/1998;
c. a terceira, com a Emenda à Constituição nº 41/2003;
d. a quarta, com a Emenda à Constituição nº 47/2005;
e. a quinta, com a Emenda à Constituição nº 70/2012;
f. a sexta, com a Emenda à Constituição nº 88/2015;
g. a sétima, com a Emenda à Constituição nº 103/2019.

Ocorre que, as reformas previdenciárias levadas a cabo no passado definiram regras de transição alongadas, mantendo direitos anteriores que oneraram, em alguma medida, os RPPS, porquanto as "novas" regras convencionais ainda demoram para surtir seus efeitos.

A realidade atual é a de ausência de mecanismos práticos e eficazes para saldar o passivo atuarial acumulado e de sustentabilidade previdenciária dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos. Apenas entre 2016 e 2017, como afirmam, a despesa previdenciária dos Estados aumentou em mais de 10% acima da inflação.

Até a EC 20/98, não havia nenhuma preocupação com o equilíbrio financeiro e atuarial desses regimes. Todos os RPPS adotaram o **modelo de repartição simples** e "em muitos casos não havia nenhuma contribuição dos servidores ou elas eram apenas simbólicas". Além disso, as contas da Previdência Social com frequência se misturavam com os custos da saúde dos servidores. Após a referida emenda e a Lei n. 9.717/1998, deu-se início a uma verdadeira reorganização dos RPPS estaduais e municipais.

Os RPPS mais antigos, anteriores à EC 20/98, em especial os regimes da União, dos Estados e das capitais, têm um enorme passivo referente ao período em que não havia nenhuma capitalização.

Os economistas estimam que o déficit atuarial da Previdência dos servidores civis e militares da União está em **R$ 1,8 trilhão** (com taxa de desconto de 5,75% ao ano); o déficit atuarial dos Estados, em dezembro de 2017, usando a mesma taxa de desconto, girava em torno de **R$ 1,9 trilhão**; o déficit das capitais está em cerca de **R$ 447 bilhões**.[5]

No que diz respeito aos Estados, esse déficit corresponde a **3,4 vezes a Receita Corrente Líquida** (RCL); para as capitais, o déficit equivale, da mesma forma, a cerca de **3,4 vezes a RCL**; no que diz respeito à União,

5 Nesse sentido, vale conferir MINISTÉRIO DA FAZENDA. Relatório da Avaliação Atuarial do Regime Próprio de Previdência Social - RPPS da União. Anexo IV - Metas Fiscais. IV.7 – Avaliação Atuarial do Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Civis. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiwgcTZv9fyAhUaILkGHcWaDFYQFnoECAMQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.gov.br%2Feconomia%2Fpt-br%2Fassuntos%2Fplanejamento%2Forcamento%2Forcamentos-anuais%2F2019%2Fpldo%2Fanexo-iv-7-avaliacao-atuarial-do-regime-proprio-de-previdencia-social-dos-servidores-civis.docx&usg=AOvVaw3_APUe1Flh1Gh3LENl9NNY. Extraído em: 01 jun 2021.

o déficit previdenciário gira em torno de **2,5 vezes a RCL**. Por certo, trata-se de uma "dívida contraída para com os servidores púbicos" que representa um dos maiores desafios fiscais dos entes federados para as próximas duas décadas.

Em 2017, a necessidade de suplementação financeira das aposentadorias e pensões pelos Estados foi de R$ 86,2 bilhões (15,4% da RCL) e esse valor deverá **crescer** a uma taxa média real de **3,8% ao ano**. A despesa dos RPPS estaduais quase dobrou em valores reais nos últimos 12 anos, em razão, sobretudo, do "aumento no número de aposentados e pensionistas", bem como da "maior duração dos benefícios" em virtude do aumento da expectativa de vida.[6]

O que fica evidenciado, sobretudo, é que os Estados enfrentam severas dificuldades para fazer frente às despesas previdenciárias, que alternativas precisam ser traçadas e planos esboçados, urgentemente, para que se possa atingir o equilíbrio financeiro e atuarial do regime de previdência social.

O "ESTADO DE CALAMIDADE FINANCEIRA" por que passam os Estados é agravado, em grande medida, pela CRISE DA PREVIDÊNCIA, e a ideia em análise visa exatamente servir de remédio para esses sérios e graves problemas.

2. DA CONSTITUIÇÃO DOS FUNDOS PREVIDENCIÁRIOS DO ART. 249 DA CRFB/1988

O art. 40 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) dispõe, *verbis*:

> Art. 40. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

Firma-se, nesse compasso, na própria CRFB/1988, que os regimes de previdência devem ser equilibrados sob o ponto de vista financeiro e

---

6 Na União, em 2017, somando os militares, o déficit de seu RPPS ficou em R$ 86,3 bilhões. Nas capitais, o déficit financeiro, em 2016, foi de R$ 6,1 bilhões. Nos demais Municípios, houve um superávit de R$ 17,1 bilhões. Nesse sentido, vale conferir RAUL VELOSO. *Instituto Millenium*. https://www.institutomillenium.org.br/author/raul-veloso/.

atuarial, recebendo recursos de **contribuições dos entes públicos**, **dos servidores**, dos **aposentados** e dos **pensionistas**.

Com efeito, os RPPS devem observar critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, a fim de assegurar e consolidar a saúde financeira do regime. O equilíbrio se refere à relação entre receitas e despesas, ou seja, o regime não pode gastar mais do que arrecada. Equilíbrio financeiro significa que as contribuições devem ser suficientes para cobrir os compromissos em um exercício financeiro. Equilíbrio atuarial significa que o total dos recursos deve ser capaz de saldar os compromissos assumidos a médio e longo prazo, no tempo previdenciário.

O Supremo Tribunal Federal (STF), em diversos precedentes, reforçou a necessidade de manter o equilíbrio financeiro e atuarial do RPPS, como no julgamento da ADI 3.628/AP, no qual julgou inconstitucional a transferência para a Autarquia Amapá Previdência (APREV) da responsabilidade pelo pagamento das aposentadorias e pensões que tivessem sido concedidas pelos Poderes do Estado, pelo Ministério Público ou pelo Tribunal de Contas, sem contrapartida dos segurados ou do próprio Estado, eis que acarretaria grave ofensa à regra em comento. Nesse caso a responsabilidade é do Tesouro estadual, segundo o trecho do voto do Ministro Dias Toffoli que vale destacar:

> Essa regra destinar-se-ia à preservação da suficiência presente e futura do fundo de previdência, tendo em vista o equilíbrio entre as receitas e as despesas com os benefícios, que ficariam prejudicados com a assunção de obrigação desprovida de contraprestação pecuniária".

O citado art. 40 da CRFB/1988 destaca a principal fonte de custeio do RPPS, consistente nas contribuições previdenciárias. As contribuições previdenciárias do RPPS são aquelas cujos recursos só podem se destinar ao custeio de despesas dos benefícios previdenciários dos respectivos regimes dos Estados, Municípios e Distrito Federal (art. 149, § 1º, da CRFB/1988), sendo vedada a destinação para fins diversos, ressalvadas apenas as despesas administrativas destes regimes (art. 1º, III, da Lei 9.717/1998). Confira-se:

> Art. 149 da CRFB/1988. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 1º. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, por meio de lei, contribuições para custeio de regime próprio de previdência social, cobradas dos servidores ativos, dos aposentados e dos pensionistas, que poderão ter alíquotas progressivas de acordo com o valor da base de contribuição ou dos proventos de aposentadoria e de pensões.

Art. 1º da Lei 9.717/1998. Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal deverão ser organizados, baseados em normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir o seu equilíbrio financeiro e atuarial, observados os seguintes critérios: […];

III - As contribuições e os recursos vinculados ao Fundo Previdenciário da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e as contribuições do pessoal civil e militar, ativo, inativo, e dos pensionistas, somente poderão ser utilizadas para pagamento de benefícios previdenciários dos respectivos regimes, ressalvadas as despesas administrativas estabelecidas no art. 6º, inciso VIII, desta Lei, observado os limites de gastos estabelecidos em parâmetros gerais; […]. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.187-13, de 2001)

Essa vinculação da receita advinda dos recursos da contribuição previdenciária foi reforçada pela Emenda à Constituição n. 103/2019, que deu nova redação ao art. 167, inciso XII, para estender a proibição de utilização diversa de todos os recursos quem compõem o sistema de pagamento dos benefícios do RPPS, *verbis*:

Art. 167. São vedados: […];

XII - Na forma estabelecida na lei complementar de que trata o § 22 do art. 40, a utilização de recursos de regime próprio de previdência social, incluídos os valores integrantes dos fundos previstos no art. 249, para a realização de despesas distintas do pagamento dos benefícios previdenciários do respectivo fundo vinculado àquele regime e das despesas necessárias à sua organização e ao seu funcionamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

As contribuições previdenciárias ao RPPS se subdividem em:

(a) Contribuições previdenciárias a cargo dos servidores públicos ativos, inativos e dos pensionistas (art. 40, ***caput*** c/c/ art. 149, § 1º CRFB/1988, e art. 1º, II, da Lei 9.717/1998). No caso da contribuição dos aposentados e pensionistas, o § 18 do art. 40 da CRFB/1988 previu que só incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo RPPS que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos. Ocorre que essa contribuição dos aposentados e pensionistas, quando houver dé-

> ficit atuarial, poderá incidir sobre o valor dos proventos de aposentadoria e de pensões que supere o salário-mínimo nos termos do § 1º - A, do art. 149, da CFRB com a redação dada pela EC n. 103/2019;
> (b) Contribuições previdenciárias a cargo dos entes públicos – unidades federadas e suas entidades da Administração indireta (art. 40, ***caput***, da CRFB/1988 e art. 1º, II, da Lei 9.717/1998).

Como se pode verificar, o § 1º do art. 149 da CRFB/1988, com a redação dada pela EC nº 41/2003, determinou aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de contribuição cobrada de seus servidores para custeio somente de regime de previdência, cuja contribuição não poderá ser inferior à contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União. Na redação anterior tratava-se de uma mera faculdade (poderão instituir). Com o advento da característica contributiva dos regimes de previdência, a instituição da contribuição previdenciária passou a ser obrigatória reforçando o caráter tributário. Outro ponto que interessa observar é que não mais se pode instituir cobrança de contribuição social (tributo) para benefícios assistenciais como se permitia na redação anterior do texto constitucional. Nada obstante, os Estados mantêm sistemas de saúde para servidores com contribuição, não caracterizadas como tributo.

O § 1º do art. 195 da CRFB/1988 reforça a autonomia das pessoas políticas para gerirem os recursos próprios a fim de custear a seguridade social de seus servidores, não integrando o orçamento da União, nestes exatos termos:

> Art. 195. […]. § 1º As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União.

Em que pese ser a contribuição previdenciária a forma de custeio mais evidente, os RPPS podem ter diversas outras fontes de custeio. A previdência social brasileira está sujeita ao princípio da diversidade da base de custeio, que se aplica ao RPPS, a que se refere o art. 194, IV, da CRFB/1988:

> Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.
> Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: […];
> VI - Diversidade da base de financiamento, identificando-se, em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência social, preservado o caráter

> contributivo da previdência social; [...]. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

Com efeito, pela diversidade da base de custeio (art. 194, parágrafo único, VI, da CRFB/1988) o RPPS deve ter diversas fontes de custeio, atuando como princípio de proteção, de forma a impedir que eventuais deficiências de uma dessas fontes comprometam a possibilidade de fazer face aos benefícios. Apesar de a CRFB/1988 se referir a financiamento, melhor seria ter empregado a expressão "custeio", porque aquela denota retorno dos recursos àquele que financia, o que não ocorre com a seguridade social, que é custeada pelos poderes públicos e pela sociedade. Com o perdão da expressão, como afirma o adágio popular, "não se deve colocar todos os ovos na mesma cesta", mas é preciso ter várias fontes de receita.

Nesse sentido, a legislação própria de cada ente federado deve prever, de modo expresso, além da contribuição previdenciária do ente político e dos servidores ativos, inativos e pensionistas, também, as demais fontes de custeio do RPPS, como aquelas previstas no art. 23 da Orientação Normativa SPS/MPS 02/2009:

> (a) As **receitas decorrentes investimentos**;
> (b) As **receitas patrimoniais**;
> (c) Os **valores recebidos a título de compensação financeira** (art. 201, § 9º, da CRFB/1988; Lei 9.796/1999);
> (d) Os **valores de qualquer natureza** aportados pelo ente federativo;
> (e) As **demais dotações** previstas no orçamento das unidades federadas;
> (f) **Quaisquer direitos**, **bens** e **ativos**.

As receitas advindas das diversas fontes de custeio do RPPS, podem ser aportadas em um **fundo previdenciário** com essa finalidade. Foi para isso que a EC nº 20/1998 incluiu o art. 249, no texto da CRFB/1988, *verbis*:

> Art. 249. Com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento de proventos de aposentadoria e pensões concedidas aos respectivos servidores e seus dependentes, **em adição aos recursos dos respectivos tesouros**, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão constituir fundos integrados pelos **recursos provenientes de contribuições** e por **bens**, **direitos** e **ativos de qualquer natureza**, mediante lei que disporá sobre a natureza e administração desses fundos.

É a própria CRFB/1988 que já apresenta o caminho das soluções para enfrentar a possibilidade de ocorrência de déficits previdenciários.

No texto constitucional, fica evidenciado que os recursos que devem servir de lastro para o pagamento dos benefícios relativos ao RPPS, em primeiro lugar, devem vir do Tesouro dos entes federados (cota do ente federado), dos servidores ativos, aposentados e pensionistas (cota do servidor), mediante contribuições previdenciárias. Entretanto, a CRFB/1988 firma que o ente federado pode criar FUNDO para custear, de forma complementar, o pagamento dos benefícios do RPPS, inclusive com o **aporte de bens**, **direitos e ativos** do ente.

Registre-se que a criação, manutenção e extinção desses fundos é decidida no âmbito da autonomia do ente federativo (art. 18 da CRFB/1988).[7] Trata-se de **fundo previdenciário de natureza facultativa**, cuja instituição e permanência depende do ente federado, ainda que sob a orientação e supervisão da União (art. 9º da Lei n. 9.717/98). Tanto é assim que o art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.717/1998 determina categoricamente que os fundos de finalidade previdenciária são instituídos pelos respectivos RPPS, *verbis:*

> Lei nº 9.717/1998 - Art. 1º. [...] § 1º. Aplicam-se adicionalmente **aos regimes próprios de previdência social** as disposições estabelecidas no art. 6º desta Lei relativas **aos fundos com finalidade previdenciária por eles instituídos.** (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 13.846, de 2019)

Convém observar que o fundo previdenciário do art. 249 da CRFB/1988 é constituído para **complementar os recursos normalmente advindos do RPPS**, especialmente das contribuições previdenciárias. Certamente a constituição do fundo tem finalidade de ser um aditivo ao pagamento dos benefícios previdenciários e favorecer o recebimento de recursos de diversas outras fontes.

Note-se, ainda, que o dispositivo constitucional dispõe que a natureza e a forma de administração desse FUNDO devem ser definidas por **lei** de cada pessoa política que o constituir.

3. A VINCULAÇÃO DO IRPF AO FUNDO PREVIDENCIÁRIO DO ART. 249 DA CRFB/1988

O **passivo atuarial** é o maior desafio para a sustentabilidade dos fundos de previdência. Uma das razões da falência do modelo se deve ao fato de nunca ter sido implementada capitalização por parte da União,

---

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

dos Estados e de alguns Municípios. Prova disso está no fato de que diversos Municípios que têm sua Previdência capitalizada e bem gerida apresentam equilíbrio financeiro e atuarial, mesmo com alíquotas de contribuição patronal menor que a do INSS.

Para viabilizar uma capitalização dos RPPS de forma sustentável é preciso definir um plano de saneamento do passivo atuarial por meio de **aporte de ativos** como imóveis, ações de empresas estatais e recebíveis, como o fluxo futuro da dívida ativa, royalties e compensação financeira de petróleo, energia, utilização de recursos hídricos e mineração. Parece mesmo haver a necessidade de o fundo de previdência ter liquidez para pagar benefícios.

Entretanto, em diversos entes federados não existem ativos em volume suficiente para saldar o **passivo atuarial**. Mesmo se implementadas medidas como a suplementação de alíquotas (tanto dos servidores, aposentados e pensionistas, quanto patronal), como fizeram vários Estados e Municípios, ainda faltaria um montante elevado para cobrir o restante do passivo atuarial já existente.

É por isso que exsurge a ideia de aportar a receita transferida do Imposto de Renda da Pessoa Física Retido na Fonte (IRRF) dos servidores públicos do ente federado, **por um determinado período de anos**, para o FUNDO em estudo.

Essa receita futura do IRRF dos servidores, como sabido, é um **ativo** que conta com grande sintonia com a Previdência, uma vez que tem uma **base de contribuição similar**. Além disso, trata-se de ativo de grande previsibilidade e baixa volatilidade. Resta, assim, verificar a **possibilidade jurídica de se fazer o aporte do IRRF ao RPPS**.

A CRFB/1988, com a redação dada pela EC 42/2003, em seu art. 167, IV, veda a vinculação de impostos, *verbis*:

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

Todavia, a Carta Maior não proíbe que os entes federados vinculem as receitas decorrentes de sua participação em tributos de outros entes.

Esse, a propósito, é o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal na decisão transcrita a seguir do Ministro Ricardo Lewandowski, que segue a mesma linha de decisões dos Ministros Celso de Mello e Carmen Lúcia.

> Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão que entendeu pela impossibilidade de homologar acordo judicial para parcelamento de dívida de município com concessionária de energia elétrica, em que se previa a retenção, pelo banco estadual, dos valores de participação do município na arrecadação do ICMS no caso de inadimplemento. Para tanto, concluiu-se na decisão atacada pela impossibilidade de o credor particular e o próprio Poder Judiciário se imiscuírem na função orçamentária exercida pelo Poder Executivo. Neste RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, alegou-se, em suma, ofensa aos artigos 2º, 5º, XXXV, e 167, IV, da mesma Carta. Sustentou-se que a CF não veda a execução direta, pela retenção e transferência de receita proveniente de ICMS, ao pagamento de contas de energia elétrica caso não adimplidas, conforme acordado em contrato de parcelamento de débito firmado entre a concessionária de energia elétrica e a municipalidade. A pretensão recursal merece acolhida. Isso porque o acórdão recorrido está em dissonância ***à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmada no sentido de que inexiste proibição constitucional de que os municípios vinculem verbas decorrentes de sua participação no Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS ao pagamento de débitos com energia elétrica***. A questão já foi objeto de análise pela Segunda Turma deste Tribunal no julgamento do RE 184.116/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, de cuja ementa destaco o seguinte trecho: "CONDENAÇÃO JUDICIAL - ACORDO - PARCELAMENTO. Em se tratando de acordo relativo a parcelamento de débito previsto em sentença judicial, possível é a dispensa do precatório uma vez não ocorrida a preterição. ACORDO - DÉBITO - ICMS - PARTICIPAÇÃO DO MUNICÍPIO. **Inexiste ofensa ao inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal, no que utilizado o produto da participação do município no ICMS para liquidação de débito**. A vinculação vedada pelo Texto Constitucional está ligada a tributos próprios" (grifos meus). Na mesma linha, cito os seguintes precedentes: AC 421-MC/RS, Rel. Min. Celso de Mello e RE 460.345/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia. Isso posto, conheço do recurso e dou-lhe provimento (CPC, art. 557, § 1º-A). Honorários a serem fixados pelo juízo de origem, nos termos da legislação processual. Publique-se. Brasília, 13 de novembro de 2013. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI - Relator - (RE 626532, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 13/11/2013, publicado em DJe-227 DIVULG 18/11/2013 PUBLIC 19/11/2013)

O IRRF dos servidores públicos é um tributo da União. Isto está materializado de forma inquestionável no art. 157 da CRFB/1988, que o coloca junto com o Fundo de Participação dos Estados (FPE):

> Art. 157. Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal:
> I - O produto da arrecadação do **imposto da União** sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;
> II - Vinte por cento do produto da arrecadação do imposto que a União instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelo art. 154, I.

O aporte do IRRF para o fundo do RPPS, criado nos termos do art. 249 da CRFB/1988, faz com que este **deixe de ser um recurso do ente federado** disponível para os gastos correntes e uso imediato. Nesse compasso, salvo melhor juízo, não se vislumbra inconstitucionalidade no aporte pelo Estado do IRRF para seu RPPS, sobretudo porque tudo isso se dá em consonância com o disposto no art. 249, da CRFB/1988 e para cumprir a finalidade de interesse público. Afinal, a **previdência social** é um direito fundamental de índole social, como determina o art. 6º, da CRFB/1988:

> Art. 6º. São **direitos sociais** a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Se, nos termos do art. 6º da CRFB/1988, a previdência social é direito fundamental de índole constitucional, seu provimento exsurge como dever de Estado, que tem a incumbência de promovê-lo e garanti-lo. Enfim, a previdência social é DEVER DO ESTADO e quem a promove favorece o atendimento a um DIREITO FUNDAMENTAL SUBJETIVO PÚBLICO DO CIDADÃO.

Por outro giro, o art. 249 da CRFB/1988, ao admitir a possibilidade de os entes federados constituírem fundos integrados por recursos provenientes de contribuições e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, firma, de forma inquestionável, um mecanismo constitucionalmente modelado para assegurar recursos para o pagamento de proventos de aposentadoria e pensões concedidas aos respectivos servidores e seus dependentes. A constituição desses fundos, assim, vem exatamente para assegurar ao cidadão (no caso, servidor público), seu direito fundamental à previdência social. Em outras palavras, é para

realizar o direito fundamental à previdência social que esses fundos são constituídos.

Nesse compasso, toda compreensão do dispositivo constitucional, das leis infraconstitucionais e dos procedimentos necessários à constituição do fundo deve se dar no sentido de privilegiar e realizar o direito fundamental à previdência social, viabilizando sua efetivação e desonerando sua viabilização. Não cabem, portanto, interpretações restritivas ou mesmo determinações formais ("legalismos estéreis") que possam obstaculizar a realização do direito fundamental à previdência social, sobretudo quando a alternativa abraçada é exatamente a determinada pela CRFB/1988.

Como ressabido, toda interpretação da própria Constituição e da legislação infraconstitucional deve privilegiar o atendimento aos direitos fundamentais, razão pela qual se impõe a necessidade de interpretar adequadamente as normas que favoreçam o atendimento do direito fundamental de índole social à previdência social. É de se frisar que a luz irradiada de um sistema objetivo de normas de direitos fundamentais (sociais) ilumina o direito infraconstitucional, cabendo ao operador do direito enxergar tal sistema no momento de interpretar e aplicar as normas que conduzirão o caso,[8] **a fim de otimizar e se fazer concretizar os direitos fundamentais**.[9]

---

8 Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho (Direito constitucional e teoria da constituição. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1141): Como se deduz das considerações do texto, as normas dos direitos fundamentais são entendidas como exigências ou imperativos de optimização que devem ser realizadas, na melhor medida possível, de acordo com o contexto jurídico e respectiva situação fática.

9 Nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 240. Como afirmam os Autores, "o tema da eficácia e efetividade da constituição relaciona-se com o plano da concretização constitucional, no sentido da busca da aproximação tão íntima quanto possível entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. Nessa perspectiva, o princípio da máxima eficácia e efetividade (também chamado de princípio da eficiência) implica o dever do intérprete e aplicador de atribuir o sentido que assegure maior eficácia às normas constitucionais. Assim, verifica-se que a interpretação pode servir de instrumento para assegurar a otimização da eficácia e da efetividade, e, portanto, também da força normativa da constituição." Como afirma Luís Roberto Barroso (*Curso de direito constitucional contemporâneo:* Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 306), "**efetividade** significa a **realização do Direito**, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela

Se faz necessária, portanto, uma hermenêutica vinculada aos direitos fundamentais, os direitos fundamentais (sociais) como eixo central, vetor interpretativo de todo o ordenamento jurídico. As normas infraconstitucionais devem ser interpretadas à luz (por este motivo o "efeito de irradiação"), dos direitos fundamentais sociais.

Nesse sentido, a **interpretação conforme os direitos fundamentais**, no caso, **sociais**, é técnica que **inspira e conforma o próprio agir estatal e judicial**. *Pari passu*, condiciona a interpretação e a aplicação da lei financeira e previdenciária, devendo o intérprete observar os conceitos presentes na legislação no intuito de otimizar, facilitar, estimular e fomentar a promoção dos direitos sociais.

Enfim, um entendimento que admitisse a proibição da afetação dos valores resultante da participação do Estado na receita tributária de um tributo federal (no caso, IRRF) ao fundo previdenciário estaria limitando a operacionalização do mecanismo previsto no art. 249 que foi constitucionalmente modelado para favorecer a realização de um direito fundamental à previdência social. Nesse compasso, um entendimento assim errôneo e enviesado estaria dificultando, desestimulando e prejudicando a promoção dos direitos fundamentais de índole social.

Registre-se que o STF, ao analisar o fundo previdenciário a que se refere o art. 250, da CRFB/1988 (Fundo do Regime Geral de Previdência Social - FRGPS)[10] procedeu a uma interpretação conforme a constituição e entendeu, de forma ampliativa, que a previsão de aportar bens, direitos e ativos de qualquer natureza, não deveria excluir a hipótese de os demais recursos pertencentes à previdência social também serem aportados. Veja o julgado:

---

tutelados. Simboliza, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade concreta. **O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição**: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.

10 Art. 250. Com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento dos benefícios concedidos pelo regime geral de previdência social, em adição aos recursos de sua arrecadação, a União poderá constituir fundo integrado por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, mediante lei que disporá sobre a natureza e administração desse fundo.

> Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. LC 101, de 4-5-2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). MP 1.980-22/2000. (…) LC 101/2000. Vícios materiais. Cautelar indeferida. (…) Art. 68, caput: o art. 250 da Carta Cidadã, ao prever a instituição de fundo integrado por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, não excluiu a hipótese de os demais recursos pertencentes à previdência social, até mesmo os provenientes da arrecadação de contribuições, virem a compor o referido fundo. Ademais, nada impede que providência legislativa de caráter ordinário seja veiculada em lei complementar. LC 101/2000. Interpretação conforme a Constituição. (ADI 2.238MC, Rel. p/ o ac. Min. Ayres Britto, julgamento em 9-8-2007, Plenário, DJE de 12-9-2008.)

Obviamente, há de se atentar que, nos termos do art. 165, § 9º, da CRFB/1988, cabe à lei complementar de cada ente federado estabelecer as condições para a instituição e funcionamento de fundos. Confira-se:

> Art. 165. […] § 9º. Cabe à lei complementar:
> II - Estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

Nesse compasso, diversas leis complementares foram exaradas pelos Estados para disciplinar a constituição de fundos e seu funcionamento. Nesse sentido, em cada um desses entes federados deve-se observar o que determina a lei complementar, de forma que a lei ordinária de que trata o art. 249 da CRFB/1988 que dispuser sobre a natureza e administração do fundo deve estar em conformidade com a norma geral do ente federado prevista no art. 165, § 9º, da CRFB/1988.

Por fim, vale ressaltar que essa espécie de "gestão pública" que o fundo previdenciário previsto no art. 249 da CRFB/1988 possibilita, deve observar as determinações da Lei 4.320, de 7 de março de 1964, *verbis*:

> Art. 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.
> Art. 72. A aplicação das receitas orçamentárias vinculadas a fundos especiais far-se-á através de dotação consignada na Lei de Orçamento ou em créditos adicionais.
> Art. 73. Salvo determinação em contrário da lei que o instituiu, o saldo positivo do fundo especial apurado em balanço será transferido para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo.
> Art. 74. A lei que instituir fundo especial poderá determinar normas peculiares de controle, prestação e tomada de contas, sem de qualquer modo, elidir a competência específica do Tribunal de Contas ou órgão equivalente.

Naturalmente, a lei pode estabelecer mecanismos peculiares de controle, prestação e tomadas de contas, mas não pode afastar as verificações de estilo dos tribunais de contas. Entretanto, salvo melhor juízo, nada se pode observar, nas normas gerais nacionais, que obste tanto a constituição de fundo, como a vinculação ao fundo das receitas decorrentes do IRRF.

4. FUNDOS PREVIDENCIÁRIOS DE NATUREZA PÚBLICA

Se os RPPS fossem equilibrados financeira e atuarialmente, não faria sentido os recursos transitarem pelo orçamento do ente federativo. Nesse compasso, mostra-se interessante um modelo de organização dos RPPS com fundos destinados a custear os benefícios, uma vez que se trata de recurso dos servidores públicos e não da sociedade como um todo.

A ideia de **fundos privados** faz com que os RPPS funcionem de forma similar ao que se modelou para a previdência complementar. Esse fundo, porém, se destina a pagar os benefícios definidos na legislação, portanto, não apresenta contas individualizadas.

É importante destacar que o dispositivo constitucional é expresso ao prever que compete à lei do ente federado definir a natureza do fundo. A competência é da lei do ente federado em razão do princípio federativo (art. 1º da CFRB/1988) e da autonomia (art. 18 da CFRB/1988), bem como da expressa disposição do art. 249 da CRFB/1988, que determina que cada um dos entes federados é que deve criar seu fundo. Note-se que o art. 249 da CRFB/1988 não determina a natureza do fundo (público ou privado), ao contrário, pelo menos à primeira vista, deixa a fixação dessa natureza a cargo da lei de cada um dos entes federativos que o instituir.

É verdade que, quando o constituinte quis definir a natureza (pública) de um fundo, ele o fez de forma expressa, como ocorre no caso do Regime de Previdência Complementar, que até o advento da EC nº 103/2019 só podia ter natureza pública e, depois da referida emenda constitucional, passou a poder ter natureza pública ou privada. Vejamos a redação do § 15, do art. 40 da CRFB/1988, na redação anterior e posterior à EC nº 103/2019:

> Art. 40. […] § 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por inter-

médio de entidades fechadas de previdência complementar, **de natureza pública**, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.
(Redação dada pela EC nº 41/2003, revogada pela EC nº 103/2019)
Art. 40. […] § 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 oferecerá plano de benefícios somente na modalidade contribuição definida, observará o disposto no art. 202 e será efetivado por intermédio de entidade fechada de previdência complementar ou de entidade aberta de previdência complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

Percebe-se que a Constituição de 1988 não define expressamente a natureza do fundo a que se refere o seu art. 249, mas atribui à lei do ente federado essa tarefa.

Em uma primeira verificação, em princípio, parece não existir entrave constitucional a adoção de fundo de natureza privada. Em reforço a essa ideia, é preciso recordar que essa não é uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, pois, conforme demonstrado, o fundo do Regime de Previdência Complementar (RPC) também poderá ser gerido por entidade de natureza aberta, privada, ainda que esteja a depender de lei específica (art. 33, da EC nº 103/2019).

No âmbito da legislação infraconstitucional, a regência normativa dos fundos previdenciários consta do art. 6º da Lei n. 9.717/98, *litteris*:

Art. 6º Fica facultada à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a constituição de **fundos** integrados de bens, direitos e ativos, com finalidade previdenciária, desde que observados os critérios de que trata o artigo 1º e, adicionalmente, os seguintes preceitos:
I - ~~Estabelecimento de estrutura técnico-administrativa, com conselhos de administração e fiscal e autonomia financeira;~~ (Vide Medida Provisória nº 2.043-20, de 2000) (Revogado pela Medida Provisória nº 2.187-13, de 2001)
II - Existência de conta do fundo distinta da conta do Tesouro da unidade federativa;
III - ~~Aporte de capital inicial em valor a ser definido conforme diretrizes gerais;~~ (Vide Medida Provisória nº 2.187-12, de 2001) (Revogado pela Medida Provisória nº 2.187-13, de 2001)
IV - Aplicação de recursos, conforme estabelecido pelo Conselho Monetário Nacional;
V - Vedação da utilização de recursos do fundo de bens, direitos e ativos para empréstimos de qualquer natureza, inclusive à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a entidades da administração indireta e aos respectivos segurados;

VI - Vedação à aplicação de recursos em títulos públicos, com exceção de títulos do Governo Federal;
VII - Avaliação de bens, direitos e ativos de qualquer natureza integrados ao fundo, em conformidade com a Lei 4.320, de 17 de março de 1964 e alterações subsequentes;
VIII - Estabelecimento de limites para a taxa de administração, conforme parâmetros gerais;
IX - Constituição e extinção do fundo mediante **lei**.
Parágrafo único. No estabelecimento das condições e dos limites para aplicação dos recursos dos regimes próprios de previdência social, na forma do inciso IV do caput deste artigo, o Conselho Monetário Nacional deverá considerar, entre outros requisitos: (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)
I - A natureza pública das unidades gestoras desses regimes e dos recursos aplicados, exigindo a observância dos princípios de segurança, proteção e prudência financeira; (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)
II - A necessidade de exigência, em relação às instituições públicas ou privadas que administram, direta ou indiretamente por meio de fundos de investimento, os recursos desses regimes, da observância de critérios relacionados a boa qualidade de gestão, ambiente de controle interno, histórico e experiência de atuação, solidez patrimonial, volume de recursos sob administração e outros destinados à mitigação de riscos. (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)

Evidencia-se nos preceitos descritos no art. 6º, da Lei n. 9.717/1998, que nenhum deles determina que o fundo previdenciário instituído no RPPS, nos moldes do permissivo constitucional do art. 249, da CRFB/1988, tenha, necessariamente, que ser de natureza pública.

Destaca-se ainda o disposto no inciso I, do parágrafo único, do art. 6º, da Lei n. 9.717/1998, que menciona a natureza pública das unidades gestoras do regime (RPPS), que, no ente federado, pode ser da Administração Direta (uma Secretaria, por exemplo) ou da Administração Indireta (Autarquia, normalmente). Veja que dispõe sobre a natureza pública do RPPS e não do fundo previdenciário, que continua, em um primeiro olhar, podendo ter natureza privada.

Cumpre sobrelevar que o inciso II, do parágrafo único, do art. 6º da Lei nº 9.717/98 exige das instituições públicas ou privadas que administrem os fundos a conduta que nele está descrita. Público ou privado, existem regras específicas para disciplinarem os procedimentos de gestão do fundo.

Entretanto, em que pesem os argumentos esgrimidos, é preciso ter em conta que **os recursos aportados para o fundo são públicos**. Em outras palavras, existe "dinheiro público" que deve ser aportado ao

fundo do art. 249 da CRFB/1988. Em tese, os recursos se destinam a pagar benefícios para servidores públicos, portanto, "pertencem", em alguma medida, aos servidores. Da mesma forma, é verdade que se pode aportar dinheiro público em fundo privado, quando assim determinar a lei (tal como quando se destina recursos para uma empresa pública ou para uma sociedade de economia mista). Porém, a mera destinação das contribuições previdenciárias não exaure o dever estatal de custeio do regime previdenciário.

Diferentemente do que ocorre com o regime próprio de previdência (que pode vir a contar com os recursos do fundo previsto no art. 249 da CRFB/1988), o regime de previdência complementar tem contribuição definida e, uma vez vertidas as contribuições, estas passam a integrar, definitivamente, o patrimônio do servidor, exaurindo-se a responsabilidade do ente público. No caso em estudo, todavia, a responsabilidade do ente público persevera, ao contrário do que se dá no regime de previdência complementar.

Ao transferir recursos para um fundo privado, o Estado não teria qualquer contrapartida, mas apenas estaria transferindo a gestão de recursos públicos para um fundo privado. Como se não bastasse, o ente público seguiria responsável por arcar com as despesas com a previdência social do servidor público se o fundo não for capaz de suportar os gastos. Não existiria, na hipótese de se adotar um fundo previdenciário de natureza privada, cotas individualizadas de servidores públicos, mas os recursos deveriam fazer face a gastos que, se não forem suficientes, devem ser suplementados por recursos do Erário.

Se o fundo em estudo for privado, caberia questionar quem seria o proprietário dos recursos. Ao contrário, no fundo de previdência complementar, cada servidor tem uma cota (passível de ser multiplicada pelo montante vertido). No caso de um eventual fundo previdenciário privado (do art. 249 da CRFB/1988) não existe uma cota que possa pertencer a cada servidor público de forma individualizada. E a despesa para fazer face às aposentadorias, na insuficiência dos recursos do fundo, seguiria sendo pública.

Em linha de conclusão, em que pese o art. 249 da CRFB/1988 não determinar a natureza do fundo (público ou privado), deixando a fixação dessa natureza a cargo da lei de cada um dos entes federativos que o instituir, parece mesmo que não se poderia admitir a existência de um fundo privado que deva receber aportes de recursos públicos,

mantendo o Estado a responsabilidade pelos dispêndios com a previdência. A natureza do fundo do art. 249, salvo melhor juízo, parece, necessariamente, ter de ser, assim, pública.

5. CONCLUSÃO

À luz do exposto e, salvo melhor juízo, conclui-se que não é possível a constituição de fundo de natureza privada para se dar atendimento ao disposto no art. 249 da CRFB/1988. Por outro giro, é possível a vinculação do aporte da receita transferida do Imposto de Renda da Pessoa Física Retido na Fonte (IRRF) dos servidores públicos do ente federado, por um determinado período de anos ao fundo público de que trata o art. 249 da CRFB/1988. A vinculação dos repasses do IRRF, por lei ordinária estadual, para cobertura do déficit atuarial de seu regime próprio de previdência através de seu aporte em fundos de natureza pública de que trata o artigo 249 da CRFB/1988 deve observar o que determina a lei complementar editada nos termos do art. 165, § 9º, da CRFB/1988 de cada um dos entes federados.

Referência:

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. A possibilidade de vinculação do imposto de renda retido na fonte a fundos de previdência. *Direito Público*: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v.18, n.1, p. 207-229, jan./dez., 2021.

REFLEXÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR DANOS AMBIENTAIS

PAULO DE TARSO JACQUES DE CARVALHO[1]

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A tutela ao meio ambiente no ordenamento jurídico pátrio. 3. A responsabilidade civil do Estado e suas modalidades. 4. A responsabilidade civil pelos danos ambientais, seu fundamento, limites e objetivos. 5. Considerações finais.

RESUMO: A responsabilidade do Estado por danos ao meio ambiente, decorrente de condutas omissivas na autorização e no licenciamento de atividades potencialmente degradadoras, é de índole subjetiva. Admissão das causas excludentes adotadas pelo Direito Administrativo brasileiro, como a força maior, o caso fortuito e o fato de terceiro.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade do Estado. Meio ambiente. Licenciamento. Atividade ambiental. Tutela do Meio Ambiente. Dano Ambiental. Reparação.

1. INTRODUÇÃO

A crescente preocupação com a tutela do meio ambiente, espraiada pelo ordenamento jurídico pátrio e pelos debates que envolvem a sociedade civil e as organizações ambientais, traz à tona, com certa recorrência, tema altamente relevante, porque sensível à recomposição do dano ambiental, qual seja, a natureza e os limites da responsabilidade civil do Estado.

Conhecida corrente doutrinária, cujo entendimento vem ganhando cada vez mais adeptos nas decisões judiciais sobre o tema, advoga a tese de que a responsabilidade civil do Estado por danos ambientais é de índole objetiva – desvinculada, portanto, do elemento subjetivo (culpa ou dolo) que anima a conduta do agente – e solidária com a do empreendedor, porque responsável pela autorização ou pelo licenciamento da atividade potencialmente degradadora.

1 Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado.

Essa corrente postula, ainda, que, dada a natureza e relevância do bem jurídico tutelado – direito intergeracional, indispensável à saudável qualidade de vida, tal como enunciado pela Constituição da República do Brasil (cf. art. 225, *caput*) –, não são aplicáveis, para fins de excluir-se, ou de se mitigar, a responsabilidade civil, as causas excludentes do dever de indenizar, contempladas pelo Direito Administrativo, de que são exemplos a força maior, o caso fortuito e o fato de terceiro.

Objetiva-se suscitar o debate acerca da natureza e dos lindes da responsabilidade civil do Estado pela causação dos danos ambientais. Busca-se investigar se, em razão de seu papel no licenciamento das atividades ambientais, o Poder Público equipara-se ao próprio empreendedor para fins de responder, objetivamente, pela reparação do dano ambiental. Pretende-se, outrossim, analisar se o princípio da ampla reparação do dano ambiental, um dos pilares do Direito Ambiental, justifica a adoção da teoria do risco integral para obrigar-se o Estado a reparar o dano, independentemente da investigação da presença de concausas para a ocorrência do evento lesivo.

Aqui se procurará evidenciar, à luz da interpretação das normas de Direito Ambiental entronizadas no ordenamento jurídico pátrio, que o entendimento acima referenciado, o qual tem em mira concretizar o princípio da ampla reparação do dano ambiental, não encontra amparo no arcabouço jurídico pátrio. Daí, sem embargo da natureza e relevância do bem jurídico tutelado, tem-se que a responsabilidade civil do Estado, em matéria ambiental, não discrepa do delineamento traçado pela Constituição da República para outros segmentos da atuação estatal.

2. A TUTELA AO MEIO AMBIENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

A Constituição da República, em seu art. 225, enuncia ser direito de todos o desfrute do meio ambiente ecologicamente equilibrado, indispensável à sadia qualidade de vida. Este direito, de natureza difusa e indisponível, é corolário do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, encartado no inciso III do art. 1º da Carta Política de 1988. Sua indisponibilidade decorre, ainda, do princípio da solidariedade intergeracional preconizado pelo mandamento contido no *caput* do citado preceptivo constitucional.

Esse bem jurídico é definido pela mais abalizada doutrina como "[…] a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e cultu-

rais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas", constituindo "bem de fruição humana coletiva" (SILVA, 2007:20/22) ou coisa comum a todos, como lembra ANTUNES (2007).

Trata-se de bem cuja extensão extrapola a acanhada conceituação legalmente consagrada – art. 3º, inciso I, da Lei n. 6.938/81, a qual dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Prova-o a amplitude que lhe é conferida pelo Texto Constitucional, em diversos de seus preceptivos, tais como os artigos 21, inciso XX, 182, 200, inciso VIII, 215, 216 e o já referido artigo 225, *caput* e § 1º. Enfim, o direito ao meio ambiente é

> "[…] típico direito de terceira geração que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade – de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações" (cf. STJ, Mandado de Segurança n. 22.164-0/SP, DJU de 17/11/1995). Disponível em: http://www.stf.jus.br Acesso em 27 ago. 2021.

Enfim, a Carta Política assegura a todos a fruição do meio ambiente equilibrado, imprescindível à sadia qualidade de vida, entronizando-o a direito fundamental do ser humano, de uso coletivo, como verbera o art. 2º, inciso I, da Lei nº 6.938/81. Noutro dizer, assegura-se a fruição, pelo gênero humano, de condições de vida adequada, assim entendidas aquelas que lhe permitam o desenvolvimento de suas potencialidades de maneira digna, voltadas ao seu bem-estar.

Não se assegura, assim, simplesmente o direito à vida, mas sim à qualidade de vida, para o que é imprescindível assegurar-se um meio ambiente equilibrado, o qual admita a exploração racional dos recursos naturais, de maneira equânime por todos, de sorte a que também as gerações futuras possam usufruí-los. Citando RAMÓN, MACHADO (2009:61) sublinha que: "A qualidade de vida é um elemento finalista do Poder Público, onde se unem a felicidade do indivíduo e o bem comum, com o fim de superar a estreita visão quantitativa, antes expressa no conceito de nível de vida."

Equilíbrio ecológico, naturalmente, não significa inalterabilidade das condições ambientais. Até porque, a Constituição da República, no Título reservado à ordem econômica e financeira, ao enaltecer os princípios da função social da propriedade e da defesa do meio ambiente (cf. art. 170, incisos III e VI), assimilou o conceito do desenvolvimento sustentável, levando em conta as necessidades das gerações futuras.

Desenvolvimento sem destruição – esta a fórmula que expressaria, com alguma precisão, a aspiração do desenvolvimento sustentável. Feita essa ressalva, a sanidade dos diversos elementos que integram a ecologia – populações, ecossistemas e a biosfera – deverá ser preservada pelo Poder Público, pela sociedade e pelas pessoas individualmente.

A tutela ao meio ambiente inspira-se em alguns princípios, dentre os quais ganham relevo os da prevenção, da precaução e da reparação do dano ambiental. O ordenamento jurídico conclama a todos, sociedade e Poder Público, a velar pelo meio ambiente, cometendo-lhes o dever jurídico de evitar danos a esse bem difuso. Como lembra MACHADO (2009:355), não é aceitável, sob o ponto de vista social e ecológico, descurar-se do dever de prevenir, na medida em que há danos ambientais irreversíveis. Já o princípio da reparação é abrangente, abarcando também o dever de restaurar o meio ambiente, restabelecendo, o quanto possível, o estado anterior à degradação. Nesse cenário, descortina-se a responsabilidade civil por danos ambientais. Segundo STEIGLEDER (2004:187), ela surge

> "[…] com o desafio de superar as contradições da sociedade contemporânea, tornando-se, de um lado, instrumento do desenvolvimento sustentável, pois atua na forma de produção e geração de riscos ambientais, e, por outro, com a função de discutir a relação de apropriação dos recursos naturais, o que faz mediante o reconhecimento da reparabilidade do valor intrínseco da Natureza. Amplia-se, então, a noção de dano, não mais redutível à perspectiva individualista do dano privado, gerado por intermédio da degradação ambiental, e busca-se reparar a qualidade inerente dos elementos naturais, indispensáveis ao equilíbrio ecológico-planetário e à sobrevivência das gerações futuras, humanas ou não".

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E SUAS MODALIDADES

O fundamento da responsabilidade civil repousa na reparação do dano, a fim de que se restabeleçam a ordem e a paz sociais. Provém do princípio do *neminem laedere* (não lesar ninguém). STOCO (2007:114), citando TOMASZEWSKI, pontifica que

> "Porque vive em sociedade, o homem tem que pautar a sua conduta de modo a não causar dano a ninguém, de forma que ao praticar os atos da vida civil, ainda que lícitos, deve observar a cautela necessária para que de sua ação ou omissão, não resulte lesão a algum bem jurídico alheio. A moderna doutrina convencionou chamar essa cautela, atenção ou diligência, de 'dever de cuidado objetivo' (*Separação, Violência e Danos*

Morais – A Tutela da Personalidade dos Filhos, São Paulo: Paulistana Jur, 2004, p. 245)".

Para que o dever de indenizar tenha lugar, faz-se preciso a concorrência de três requisitos: a) o dano, assim entendido como a violação da esfera jurídica de outrem, seja patrimonial ou extrapatrimonial; b) a ação ou omissão do agente, resultante na aludida violação e c) o nexo de causalidade entre ambos, segundo o qual o primeiro é resultado da conduta do agente. A regra, em se tratando de responsabilidade civil, é que ela seja aferida em razão da conduta do agente causador do dano; é dizer, a par do dano e do nexo causal, exige-se que a conduta do agente, contrária ao Direito, seja informada por culpa ou dolo.

Enfim, a responsabilidade, na modalidade subjetiva, é a regra. Sem embargo, dita diretriz vem sendo mitigada em todos os ordenamentos jurídicos dos povos civilizados, valendo destacar que, no Brasil, a edição de diplomas legais, como a Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 (em seu art. 927) apresentam inovações, direcionando a migração para o campo da responsabilidade sem culpa.

A responsabilidade civil do Estado, desde a Constituição da República de 1946 (cf. art. 194), é objetiva, fundada na teoria do risco administrativo – desvinculada, portanto, do elemento subjetivo (culpa ou dolo) que anima a conduta do agente. Assim, por imperativo de solidariedade social, criou-se, para o Estado, o dever de indenizar, desde que comprovados o dano e seu nexo de causalidade com o atuar estatal. O dano, se decorrente, direta ou indiretamente, do risco criado pela atividade estatal, empenha a responsabilidade do ente público, pouco importando se a conduta de seu agente foi culposa ou dolosa.

Disse-se acima que a responsabilidade objetiva do Estado, alicerçada na teoria do risco administrativo, funda-se na ideia de solidariedade social. E assim o é porque todos devem auferir as benesses e os encargos da atuação administrativa, na justa medida em que são afetados por umas e outros. Daí, se a atuação estatal enseja prejuízo a alguém, a ordem jurídica impõe, em nome da citada solidariedade, que o ente público recomponha esse prejuízo, a ser suportado, em última análise, pela coletividade, da qual são hauridos os recursos, sobretudo pelo pagamento de tributos, que mantêm os serviços estatais.

MELLO (2006:965) enfatiza que "quem aufere os cômodos deve suportar os correlatos ônus. Se a Sociedade, encarnada juridicamente no Estado,

colhe os proveitos, há de arcar com os gravames econômicos que infligiu a alguns para o benefício de todos." A formulação do instituto da responsabilidade civil do Estado – da completa irresponsabilidade, inspirada na doutrina do *the king can do no wrong*, até a adoção da teoria objetiva, fundada no risco – contemplou a formulação de diversas correntes.

Dentre elas, aquela que contempla, no mandamento inserto no art. 37, § 6º, da Constituição da República, a teoria do risco integral, segundo a qual, verificado o dano e a atuação estatal, o ente público há de responder sempre, pouco importando a interferência de outros fatores ou agentes, como a força maior, o caso fortuito, o fato de terceiro e a culpa exclusiva da própria vítima. Em outro dizer, o traço distintivo entre as teorias do risco e do risco integral consiste na admissão, ou não, das excludentes da responsabilidade civil.

Na doutrina, não obstante se façam distinções entre as origens da força maior e do caso fortuito, , na prática, a mesma consequência: a de infirmar o nexo causal, alforriando-se o pretenso responsável pelo dano do dever de reparar. Assim é que o caso fortuito seria o acontecimento natural, derivado da natureza ou do fato das coisas, de que são exemplos conhecidos a inundação, o terremoto, o temporal etc. Já a força maior pressupõe a participação humana, citando-se, como hipóteses, a atuação das autoridades (fato do príncipe ou da Administração), a revolução, o furto ou o roubo, dentre outros.

Ambos, o caso fortuito e a força maior, abarcam dois elementos: a) o objetivo, também chamado de interno, traduzido na inevitabilidade do evento e b) o subjetivo, ou externo, consistente na ausência de culpabilidade do devedor da prestação. STOCO (2007:180), citando MEDEIROS, lembra que não se pode fazer a caracterização da força maior ou do caso fortuito *a priori*, mas sim casuisticamente, examinando-se as circunstâncias do caso concreto, por meio das quais serão aferidos tanto o contexto fático que ensejou a excludente como a conduta assumida pelo pretenso devedor antes e no curso do evento.

Também a culpa exclusiva da própria vítima tem o condão de romper o nexo causal, arredando o dever de indenizar. A vigente lei civil substantiva, ainda que reflexamente, contempla essa dirimente, em seu art. 945, enunciando que "se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano" (cf. Código Civil de 2002).

Já o fato de terceiro também elide o nexo de causalidade. De acordo com a mais abalizada doutrina, fato de terceiro constitui na inter-

venção de um estranho à relação obrigacional que intervém, decisivamente, para a causação do dano. No dizer de DIAS (*apud* STOCO, 2007:191), o fato de terceiro só exonera o devedor da prestação se lhe for absolutamente estranho, a ponto de eliminar a relação de causalidade entre o dano e a conduta do devedor originário da prestação.

Ao discorrer sobre o fato de terceiro, STEIGLEDER (2004:213/214) admite sua aplicação no campo do Direito Ambiental, frisando que, neste caso, a degradação foi causada por estranho ao empreendimento, o que derrui a autoria do evento danoso. Em prol de seu entendimento, a referida autora lembra que essa excludente foi admitida no Código de Defesa do Consumidor, diploma que, sabidamente, entroniza a responsabilidade civil objetiva.

Feita essa breve digressão acerca das excludentes de responsabilidade civil, tem-se que o entendimento de que a "Administração é solidária, objetiva e ilimitadamente responsável", como enunciado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n. 1.071.741/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin (DJe de 16/12/2010), levaria a responsabilização civil do ente público aos confins do infinito, equiparando-o a "segurador universal", na conhecida dicção de MELLO, aceita em sede jurisprudencial (cf. STJ, 2ª Turma, REsp n. 721.439/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 31/08/2007, p. 221). Não discrepa desse entendimento CAVALIERI FILHO (2006:157/158), para quem:

> "A teoria do risco integral é uma modalidade extremada da doutrina do risco destinada a justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência do nexo causal. Mesmo na responsabilidade objetiva, conforme já enfatizado, embora dispensável o elemento culpa, a relação de causalidade é indispensável, todavia, o dever de indenizar se faz presente tão só em face do dano, ainda nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior. Dado o seu extremo, o nosso Direito só adotou essa teoria em casos excepcionais […]".

A respeito, SILVEIRA (1998:170) é enfático em pontificar que a responsabilidade civil do Estado por danos ambientais segue o regime geral da responsabilização estatal, com fulcro na teoria do risco, o que, de resto, é ratificado pela Lei n. 6.938/81 em seu art. 14, § 1º. Este entendimento é perfilhado por MUKAI (2004: 203), para quem o art. 37, § 6º e o referido dispositivo legal harmonizam-se no sentido de que a responsabilidade civil por danos ambientais inspira-se na teoria do risco criado, e não na do risco integral.

A adoção da teoria do risco integral ensejaria, portanto, toda sorte de abusos e fraudes, onerando injustamente a sociedade, na medida

em que não se pode desconsiderar que os eventos acima cogitados ilidem o próprio nexo causal, requisito indispensável ao dever de indenizar. Uma vez desaparecido o nexo causal, inexiste o dever de reparar. Assim, mesmo em matéria de dano ambiental, não podem ser afastadas as dirimentes tradicionalmente previstas na teoria da responsabilidade civil. A mesma opinião é adotada por VELLOSO, citado por STOCO (2007:1012), para quem a responsabilidade civil do Estado é lastreada na teoria do risco administrativo que, ao contrário do risco integral, admite abrandamentos, traduzidos nas apontadas excludentes.

ADAMEK (2008:124) obtempera que "Recusar às excludentes, de modo categórico, qualquer eficácia nas hostes do direito ambiental, de certo levará a situações iníquas que ao Direito repugna". OLIVEIRA (1990:48) compartilha do entendimento, sublinhando que a norma contida no art. 37, § 6º, da Constituição brasileira não empenhou a responsabilidade do Poder Público por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais danosos aos particulares.

Relevante o registro, nessa seara, de que a imprevisibilidade não é requisito necessário para a configuração do caso fortuito ou da força maior, vez que, não raro, o evento, embora previsível, advém de forma indomável e irresistível, obstando qualquer reação voltada a impedi-lo.

Daí, se o dano ambiental enfeixa-se no modelo de responsabilidade civil delineado pelo multicitado art. 37, § 6º, da Carta da República, não há razão, juridicamente sustentável, para arredarem-se as excludentes de responsabilidade que, consoante pacificado entendimento doutrinário e jurisprudencial, derruem o nexo causal e, consequentemente, o próprio dever de indenizar.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS DANOS AMBIENTAIS: SEU FUNDAMENTO, LIMITES E OBJETIVOS

É fato que ponderável corrente doutrinária e jurisprudencial pontifica o entendimento de que a responsabilidade civil do Estado em decorrência de danos ambientais deva ser objetiva e solidária como a do empreendedor. O tema, por sua abrangência e recorrência, é merecedor de reflexão mais detida, sobretudo quando se considera, como se verá a seguir, que não há amparo, na Constituição da República, para que o Poder Público responda, sempre na modalidade objetiva, pelo dano ambiental causado pelo empreendedor.

Destarte, a máxima, cunhada por MIRRA, segundo a qual "no Direito brasileiro vigora a cominação: responsabilidade sem culpa, indenização ilimitada" (*apud* MACHADO 2009:364), deve ser recebida com temperamento. A norma constitucional reitora da responsabilidade civil do Estado, como sabido, encontra-se encartada no art. 37, § 6º. Em harmonia com o referido mandamento constitucional, o vigente Código Civil enuncia que os entes públicos são responsáveis pelos danos causados a terceiros "por atos dos seus agentes" (cf. art. 43), o que explicita, a mais não poder, que a responsabilidade civil objetiva só abarca a conduta comissiva dos prepostos do Poder Público.

Daí, todo e qualquer silogismo a ser desenvolvido em torno do tema, em qualquer dos ramos do Direito a ser trilhado, não poderá perder de vista a diretriz constitucional e legal em apreço, qual seja, a de que o ente público responde objetivamente pelos danos causados por seu agente que, nesta qualidade, tenha causado ao prejudicado. É imprescindível, timbre-se, que o dano seja resultado de uma ação positiva, de um *facere*, isto é, de uma conduta comissiva. Não há espaço para outro entendimento, à luz do reiterado entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, o qual pode ser sintetizado no seguinte julgado:

> "Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes - a negligência, a imperícia ou a imprudência - não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço - ***faute du service*** dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro" (cf. STF, 2ª Turma, RE 382.054-RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 01/10/2004, p. 37). Disponível em: http://www.stf.jus.br; acesso em 27/08/2021).

Também o Superior Tribunal de Justiça já esposou idêntico entendimento:

> "ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO OMISSIVO – QUEDA DE ENTULHOS EM RESIDÊNCIA LOCALIZADA À MARGEM DE RODOVIA.
> 1. A responsabilidade civil imputada ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-se o dever de indenizar quando houver dano ao patrimônio de outrem e nexo causal entre o dano e o comportamento do preposto.
> 2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior, ou decorrer de culpa da vítima.
> 3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes da responsabilidade objetiva e da responsabilidade subjetiva,

> prevalece, na jurisprudência, a teoria subjetiva do ato omissivo, só havendo indenização culpa do preposto.
> 4. Recurso especial improvido" (cf. STJ, 2ª Turma, REsp 721.439/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 31/08/2007, p. 221; disponível em: http://www.stj.jus.br; acesso em 27/08/2021).

A análise detida da fundamentação do citado aresto evidencia que grassa, tanto em sede doutrinária, quanto jurisprudencial, dissensão acerca da natureza da responsabilidade civil do Estado por atos comissivos, se objetiva ou subjetiva. Após identificar MELLO como o maior expoente da segunda corrente doutrinária, o referido aresto, após analisar a orientação do Supremo Tribunal Federal a respeito, pontifica que:

> "O dano causado a uma vítima pode derivar de uma atuação ou de uma omissão.
> Se há ação causadora de dano, não há dúvida de que temos a responsabilidade objetiva, ou seja, a vítima de uma ação estatal deve ser objetivamente ressarcida, muito embora, no exame do nexo de causalidade, seja necessário, muitas vezes, incursão no aspecto subjetivo do preposto estatal. Outras vezes, é preciso analisar o elemento subjetivo para que comprove o Estado culpa da vítima, o que afasta a sua responsabilidade.
> A questão muda de ângulo, quando se está diante de danos causados por omissão, ou seja, quando houve falta do agir por parte de quem tinha o dever legal de agir e não agiu, ou agiu tardia ou ineficientemente.
> Se é verdade a afirmação, a consequência inarredável é de que, na responsabilidade estatal por omissão, a referência é sempre sobre o elemento subjetivo, dolo ou culpa, visto que só a inação estatal ilícita rende ensejo a indenização."

Disso se conclui que a responsabilização estatal por omissão pressupõe que ela seja ilícita, é dizer, o Estado tinha o dever legal de agir, a fim de evitar o dano, e não o fez ou o fez tardia ou ineficazmente. E, ainda, que essa omissão seja específica, e não genérica – assim adjetivada por CAVALIERI FILHO, citado no julgado em apreço –, vez que o Estado não é segurador universal. Noutro dizer, para se empenhar a responsabilidade estatal nesta hipótese, é preciso que haja ato ilícito, o que afasta a aplicação da teoria objetiva.

O julgado em comento é altamente ilustrativo dessa inteligência, vez que, assevera que a jurisprudência da Suprema Corte "vem adotando o entendimento da subjetividade da responsabilidade por ato omissivo". Note-se que o caso submetido a julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça veicula, em sua origem, questão de índole ambiental, já que se analisava a responsabilidade estatal pelo indevido depósito de entulhos

às margens de rodovia federal, prejudicando as casas ali situadas. Daí, não se pode pretender que, em razão da natureza do dano ambiental, se altere o regime constitucionalmente delineado para a configuração da responsabilidade civil do Estado. Enfim, com respaldo na jurisprudência das Cortes Superiores, pode-se afirmar que:

> "Quando o dano foi possível em decorrência de uma ***omissão*** do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade ***subjetiva***. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja ***obrigado a impedir*** o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se ***descumpriu dever legal*** que lhe impunha obstar ao evento lesivo.
>
> Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ***ilícito***. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do ***Estado*** (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva" (MELLO, 2006:966/967).

Nesse cenário, não soa compreensível, não obstante a existência de ponderáveis entendimentos em sentido contrário, que se possa divisar, do teor da norma esculpida na letra do art. 225, § 3º, da Carta Política, que, em se tratando de dano ambiental, a responsabilidade do Estado deva ser, sempre objetiva e solidária a do degradador, responsável direto pelo dano.

Evidentemente, disso não cogita a norma em apreço; ela cuida, sim, de estatuir a tríplice, e abrangente, responsabilização pelo dano ambiental (penal, civil e administrativa), cometendo-a às pessoas físicas e jurídicas – cuja responsabilização penal, sublinhe-se, causa acesa controvérsia –. A propósito, embora defensor de entendimento contrário, ANTUNES (2007:199) reconhece que a Constituição não definiu, no campo do Direito Ambiental, se o regime de responsabilidade é objetivo ou subjetivo. Anote-se, por oportuno, que o Texto Constitucional ressalvou, de modo expresso, os danos nucleares (cf. art. 21, inciso XXIII, alínea *d*).

Assim, não se concebe que, ao discorrer sobre a responsabilidade civil por dano ambiental, o constituinte tenha, de modo implícito, excepcionado a norma contida no art. 37, §6º, para o fim de empenhar a responsabilidade estatal à margem dos requisitos ali encarecidos.

Melhor explicitando: para que o Estado responda objetivamente, faz-se imperioso que o dano seja provocado pela ação de seus agentes, ainda que se trate de dano ao meio ambiente.

Daí, sem embargo da natureza do bem jurídico tutelado e da relevância de sua proteção para fins da própria preservação da espécie humana, tem-se que a responsabilidade civil do Estado, em matéria ambiental, não discrepa do delineamento traçado pelo Direito Positivo para outros segmentos da atuação estatal. Tratando-se de conduta omissiva, ela é subjetiva, na forma preconizada pelo art. 37, § 6º, do texto constitucional.

Ratifica esse inteligir a constatação de que o legislador constituinte, ao tencionar excepcionar a norma, o fez de modo explícito e inequívoco, ao prever, no já referido art. 21, inciso XXIII, alínea *d*, que "a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa". FERRAZ (*apud* FREITAS 2006:214) realça a excepcionalidade da norma ao regime delineado pelo art. 37, § 6º, da Constituição da República, ao asseverar que:

> "Em particular, entende-se que o art. 21, XXIII, 'd', diferentemente do art. 37, §6º, contemplou a teoria da responsabilidade do Estado pelo risco integral. É que quando o constituinte se valeu da expressão 'independentemente de culpa' para reconhecer aí a responsabilidade estatal, excluiu, de plano, a possibilidade de se cogitar de culpa, seja ela do Estado, da vítima ou mesmo derivada de evento alheio à ação ou omissão de ambos: desde que configurado o dano e o nexo causal, inexistente a possibilidade de excludente de responsabilidade de parte do Estado. Caso contrário, a prescrição do art. 21, XXIII, 'c' seria completamente desnecessária."

É dizer, o constituinte admitiu a responsabilização objetiva do Estado, pouco importando se por ação ou omissão, em norma excepcional, restrita ao dano de natureza nuclear. Não há outra conclusão possível. A responsabilização objetiva por dano ambiental, pouco importando a natureza da conduta do agente, é, portanto, tratada de maneira excepcional pela Carta Política, motivo por que não se pode estendê-la para outras hipóteses, que não aquela versada pelo citado art. 21, inciso XXIII, alínea *d*. Portanto, em razão do inegável risco da atividade e da evidente potencialidade danosa da extensão de suas consequências, a Constituição ressalvou, peremptoriamente, o regime delineado pelo art. 37, § 6º, fazendo-o para impor a adoção da teoria objetiva, em qualquer hipótese, para o caso de dano nuclear.

A inteligência de que o Poder Público deve responder objetivamente pelo dano ambiental, por ação ou omissão, encontra seu estuário no disposto no art. 14, § 1º, combinado com o art. 3º, inciso IV, ambos da Lei nº 6.938, de 31/08/1981. A norma inserta no art. 14, § 1º, como se sabe, encampou o princípio do "poluidor-pagador" no ordenamento jurídico pátrio, também expresso no art. 16 da Declaração do Rio de Janeiro (1992). Por ele, o responsável pela atividade propiciadora do risco deve ser responsável pelas consequências de sua atuação. Fundado no risco empresarial, dito princípio comete àquele que aufere os bônus do exercício de sua atividade lucrativa o correlato ônus de responder pelos danos dela decorrentes. Elucidativa, a propósito, a definição de ADAMEK (2008:131), pela qual:

> "O princípio do poluidor pagador inspira-se na teoria econômica segundo a qual os custos sociais externos que acompanham a produção industrial (dentre os quais o custo resultante da poluição) devem ser internalizados, isto é, suportados pelos agentes econômicos dentro de seus custos de poluição".

Ora, o Estado, enquanto responsável pela licença ambiental, não pode ser equiparado, para fins de responsabilização civil, ao próprio empreendedor, isto é, àquele que auferirá o lucro decorrente de sua atividade empresarial. Só o será se, observada a diretriz inserta no art. 37, § 6º, da Constituição da República, houver atuado diretamente para a consecução do dano. Nítido, portanto, o viés econômico do princípio que informa a responsabilidade civil.

"Quem cria o perigo, por ele é responsável. O perigo, muitas vezes, está associado ao dano; e, dessa forma, não é razoável tratá-los completamente separados" (MACHADO, 2009:354). A assertiva, para fins de responsabilização civil, deve ser interpretada com cuidado. O risco da atividade empresarial, isto é, daquele que se dedica a tal atividade com o objetivo de lucro, não é criado pelo Estado. Este não assume a responsabilidade por ela. Cabe ao Poder Público, como parece claro, autorizar, conceder ou licenciar a atividade ou a utilização de um bem público por um particular, assumindo, a partir daí, um mister fiscalizador. O risco criado por sua atividade não pode ser equiparado àquele que é inerente ao exercício de uma atividade econômica, voltada para o lucro.

Não se afigura adequado, portanto, equiparar o Poder Público, para fins de responsabilidade civil, àquele que, com sua atividade, propicia e assume o risco. Assim, o Estado será responsabilizado objetivamente se tiver licenciado atividade ou empreendimento que não poderia

sê-lo; se houver expedido licença sem que os requisitos legais para tanto estivessem satisfeitos pelo empreendedor.

De se observar que a Lei nº 6.938/81 define degradação e poluição ambientais: trata-se de modificações deletérias das características, dos componentes do meio ambiente ou, ainda, do equilíbrio que rege a interação entre eles, se adotada a expressão consagrada no referido art. 225, *caput*, da Constituição brasileira. Pois bem. Ao fazê-lo, aquele diploma legal vincula a poluição à prática de atividades que afetam os bens e valores jurídicos previstos nas alíneas do inciso III do referido art. 3º. Daí, a própria lei que estrutura a Política Nacional do Meio Ambiente pressupõe que o poluidor, para ser qualificado como tal, deverá agir, isto é, deverá exercer uma atividade. Esta conclusão é ratificada pelo disposto em seu art. 14, § 1º, segundo o qual, o poluidor é obrigado a indenizar ou reparar os danos gerados "por sua atividade".

Nesse contexto, não se pode aceder ao entendimento de que o Poder Público deva ser objetivamente responsabilizado, como pretensamente apregoado pelo preceptivo legal em comento, a não ser na hipótese em que ele pratique uma ação, é dizer, exerça uma atividade que, direta ou indiretamente, propicie o dano ambiental. Assim, sua omissão é insuscetível de responsabilizá-lo objetivamente. Ao se referir ao risco administrativo como fundamento para a responsabilização objetiva, NORONHA (1999:37) alude à atividade promovida pelo Estado na promoção do bem comum, o que realça a natureza comissiva de sua conduta.

A recepção da Lei nº 6.938/81 pela Carta de 1988 pressupõe, portanto, que o comando contido no referido art. 14, § 1º, seja delimitado ou coarctado pelo mandamento inscrito no art. 37, § 6º, da Constituição brasileira, o qual, viu-se acima, somente admite a responsabilidade objetiva do Estado por conduta comissiva, ativa ou seja, conduta que materializa uma ação ou atividade. Exegese em sentido diverso daquela norma legal afronta o citado comando constitucional.

O ente público será responsabilizado, enfim, se tiver incorrido em omissão no dever de fiscalizar o estrito cumprimento das condicionantes predispostas no licenciamento ambiental ou, ainda, se não tiver tolhido, através do exercício do seu poder de polícia, a utilização clandestina dos recursos naturais. Entretanto, nestas últimas hipóteses, faz-se preciso provar a omissão estatal e, ainda, que ela contribuiu decisiva, ou especificamente para a ocorrência do dano (cf. STJ, 2ª Turma, REsp 721.439/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 31/08/2007, p. 221). Do contrário, inexistirá o dever estatal de indenizar.

Faz-se preciso, para a configuração da omissão estatal, que o Poder Público quede-se inerte no cumprimento de um dever legal de agir e que desta incúria resulte o dano (CARVALHO FILHO, 2020:621). LUCARELLI (1994:20) admite que o Estado seja solidariamente responsável com o empreendedor, desde que omisso em seus deveres de prevenção e fiscalização e, mais, que essa omissão seja causa eficiente para o advento do dano.

Parece claro, procedendo-se a uma interpretação sistemática e harmônica das normas contidas no art. 21, inciso XXIII, alínea *d*, no art. 37, § 6º, e no art. 225, § 3º, todos da Constituição brasileira, que somente na primeira das hipóteses acima alvitradas o Poder Público responderá objetivamente. Não se pode baralhar o risco administrativo, que informa a atuação estatal e empenha seu dever de indenizar, objetivamente, pelos danos por ele causados, com o risco empresarial que move a atividade do empreendedor, a quem o princípio do poluidor-pagador comete o encargo de responder pelos danos advindos do exercício dessa mesma atividade. São riscos distintos, entre si inconfundíveis.

Daí, o Estado somente poderá ser equiparado a poluidor, como o deseja o legislador infraconstitucional, se tiver praticado ato que concorra, ou contribua, para a causação do dano. Não há outra interpretação possível sob os auspícios da diretriz enunciada pelo art. 37, § 6º, da Carta da República. A interpretação dos referidos permissivos da Lei n. 6.938/81, editada antes do vigente Texto Constitucional, há de fazer-se em conformidade com este último, pena de reputarem-se não recepcionados por ele. É que:

> "Causa é o evento que produz um efeito, e condição, o acontecimento cuja ausência permite a produção do efeito; não gera o efeito, mas sua presença é imprevidente dele, donde sua ausência permite a produção do efeito. O art. 37, § 6º, reporta-se a comportamento comissivo do Estado, pois só uma atuação positiva pode gerar, causar, produzir um efeito. A omissão pode ser uma condição para que outro evento cause o dano, mas ela mesma – a omissão – não pode produzir o efeito danoso. ***A omissão poderá ter condicionado sua ocorrência, mas não o causou.*** Portanto, no caso de dano por comportamento omissivo, a responsabilidade do Estado é subjetiva, porquanto supõe dolo ou culpa em sua modalidade de negligência, imperícia ou imprudência, embora possa tratar-se de uma culpa não-individualizável na pessoa de tal ou qual funcionário, mas atribuída genericamente ao serviço estatal" (SILVEIRA, 1998:179).

O fundamento que informa o princípio encartado no art. 14, § 1º, do aludido diploma legal é de matiz econômico: a apropriação, pelo empresário, dos custos externos gerados por sua atividade lucrativa. O Estado não é sócio do empreendedor, não se associa a ele ao licenciar sua ati-

vidade, pelo que a ele não pode ser atribuído dito custo, excetuada a hipótese de haver praticado ato que tenha contribuído para o evento danoso. Com propriedade, STEIGLEDER (2004:219) identifica a dissensão doutrinária acerca da exegese daquele comando legal. Confira-se:

> "O art. 3º, inc. IV, da Lei nº 6.938/81, permite a responsabilização do Poder Público por danos ambientais, devendo-se aqui apontar a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre se o Estado responderia em todas as circunstâncias de forma objetiva; ou se esta modalidade de responsabilidade incidiria apenas quando se tratasse de dano perpetrado mediante ação dos agentes estatais, quando, então, teria plena aplicabilidade o art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988.
> A questão é polêmica, sendo possível distinguir três situações em que o Poder Público seria responsável pela reparação de danos ambientais.
> A primeira situação define-se pelo dano provocado diretamente pelo Poder Público, mediante ***ação de agentes estatais,*** ou por meio de concessionária de serviço público. Neste caso, aplicam-se os arts. 3º, inc. IV, e 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81, combinados com o art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Há nexo de causalidade direto entre a ação do agente estatal ou da concessionária e o resultado lesivo, aplicando-se responsabilização objetiva, fundada no risco administrativo."

A seguir, a citada autora, detendo-se sobre a hipótese de omissão do Poder Público – sobre a qual igualmente identifica cizânia doutrinária –, sublinha que:

> "Veja-se que, nesta hipótese, inexiste nexo de causalidade direto entre o dano ambiental e a atividade estatal, uma vez que o dano resultou de uma atividade clandestina do particular ou de uma atividade lícita do particular empreendida em virtude de uma autorização administrativa ou licenciamento ambiental irregular ou deficiente. Trata-se de uma responsabilidade indireta, decorrente de omissão, reputada uma das condições do evento lesivo, pelo que se deve demonstrar que o Estado omitiu-se ilicitamente, 'por não ter acorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível'." (cf. ***op. cit.***, 221).

Não se trata de entendimento isolado. Assim:

> "É que, para as situações em geral, a responsabilidade estatal por omissão é do tipo subjetiva, ao contrário do que ocorre com os atos comissivos, em que, por força do art. 37, § 6.º, da CF/88, independe da demonstração de elemento anímico. É o que se chama culpa administrativa. Com base nesse argumento, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que, mesmo para as demandas ambientais, seria subjetiva a responsabilidade do Estado por ter falhado em seu dever fiscalizatório". (RODRIGUES, 2015, p. 444).

E a exegese que ora se atribui aos preceptivos da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente encontrou eco na jurisprudência, como se verifica nos julgados seguintes:

> "No caso, responsabilizar os entes públicos pelo pagamento de indenização pecuniária por danos morais difusos significa penalizar a própria sociedade, que arcará com os custos de tal indenização mesmo diante da inexistência de qualquer elemento que aponte que os entes públicos em questão tenham auferido vantagens econômicas decorrentes da instalação da barragem que se rompeu. A Fazenda Pública – ente abstrato aqui representado pela União, pelo Estado de Minas Gerais e pela autarquia ambiental federal - está sujeita ao regime de precatório, tornando-se evidente a ineficácia da indenização a ser paga pelos entes federados à sociedade, titular do meio ambiente. Eventual quitação com recursos públicos irá onerar ainda mais a sociedade, que arcará com o custo de seu pagamento" (cf. TRF-2ª Região, 5ª Turma Especializada, Apelação Cível n. 0001143-73.2005.4.02.5103, Rel. Des. federal Ricardo Perlingeiro; DJe de 13/08/2018; Disponível em https://www10.trf2.jus.br; Acesso em: 27 ago. 2021).
>
> "EMENTA: DIREITO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA - RESPONSABILIDADE POR DANO AMBIENTAL - SOLIDARIEDADE DOS DEMANDADOS: EMPRESA PRIVADA, ESTADO E MUNICIPIO. 'CITIZEN ACTION'. 1 - A ACAO CIVIL PUBLICA PODE SER PROPOSTA CONTRA O RESPONSAVEL DIRETO, O RESPONSAVEL INDIRETO OU CONTRA AMBOS, PELOS DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE, POR SE TRATAR DE RESPONSABILIDADE SOLIDARIA, A ENSEJAR O LITISCONSORCIO FACULTATIVO. 'CITIZEN ACTION' PROPOSTA NA FORMA DA LEI. 2 - A OMISSAO DO PODER PUBLICO NO TOCANTE AO DEVER CONSTITUCIONAL DE ASSEGURAR PROTECAO AO MEIO AMBIENTE NAO EXCLUI A RESPONSABILIDADE DOS PARTICULARES POR SUAS CONDUTAS LESIVAS, BASTANDO, PARA TANTO, A EXISTENCIA DO DANO E NEXO COM A FONTE POLUIDORA OU DEGRADADORA. AUSENCIA DE MEDIDAS CONCRETAS POR PARTE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E DO MUNICIPIO DE PORTO ALEGRE TENDENTES, POR SEUS AGENTES, A EVITAR A DANOSIDADE AMBIENTAL. RESPONSABILIDADES RECONHECIDAS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E RESPONSABILIDADE 'IN OMMITENDO'. CULPA. EMBARGOS ACOLHIDOS. (33FLS.)" (cf. TJRS, 1º Grupo de Câmaras Cíveis, Embargos Infringentes n. 70001620772, Rel. Des. Carlos Roberto Lofego Caníbal, julgado em 01/06/2001; Disponível em: http://www.tjrs.jus.br; Acesso em: 27 ago. 2021).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em razão do exposto, afigura-se inconcebível, a partir das normas insertas no art. 3º, inciso IV, e no art. 14, § 1º, ambos da Lei n. 6.938/81, alterar a exegese do comando contido no art. 37, § 6º, da Constituição da República. A recepção daquela por esta não permite a conclusão de

que, em se tratando de dano ambiental, o Estado responderia objetivamente por ato omissivo, ressalvada a hipótese de dano nuclear. Não se olvide da advertência de ANTUNES (2007:130):

> "Há uma crença no sentido de que *'muitos dos postulados fundamentais do Direito Administrativo são incompatíveis com os postulados do Direito Ambiental'*, como eu mesmo, em edições anteriores desta obra cheguei a sustentar. Com efeito, devo admitir que a minha orientação anterior era equivocada. A proteção ambiental se faz no interior do Estado de Direito Democrático e com a utilização dos instrumentos da ordem jurídica democrática. Hoje, o processo civil brasileiro é dotado de instrumentos bastante céleres e aptos para assegurar a tutela de urgência que se faça necessária para o enfrentamento de que questões ambientais complexas. Não se pode opor indiscriminadamente princípios de Direito Ambiental aos princípios de Direito Administrativo; antes, é necessário estabelecer um regime que os harmonize e os torne compatíveis. Princípios como a presunção de legalidade do ato administrativo não são contraditórios ao princípio da precaução, por exemplo. Ao contrário, a precaução é adotada segundo regras jurídicas. A mera invocação da cautela ou da precaução não é motivo juridicamente relevante para que se desconsiderem atos administrativos que, em princípio, sejam praticados de acordo com a lei".

O entendimento que se acaba de expor não afronta a proteção augurada pelo legislador constituinte ao meio ambiente, arrimada no binômio "precaução-reparação". Antes prestigia a força normativa da Constituição, em oposição àquilo que BARROSO (1993:63), citando VERDU, denominou de "otimismo juridicizante" de algumas disposições constitucionais:

> "O Direito, enquanto sistema de normas, tem limites e possibilidades. O 'otimismo juridicizante' de certas normas constitucionais, para utilizar a expressão de Verdu, compromete a força normativa da Constituição ao pretender normatizar o inalcançável. O excesso de ambição, colidindo com as possibilidades reais do Estado e da sociedade, carreia para a Constituição descrédito e desprezo".

Ainda a respeito do tema, PRADO e BATISTA (2008:19) observam que:

> "Em magistral exposição acerca dos efeitos negativos da aplicação indiscriminada da responsabilidade solidária do Estado por dano de terceiro, sustenta Álvaro Luiz Valery Mirra: A objeção que tem sido levantada, aqui, é a de que, acionar indiscriminadamente o Estado, em caráter solidário com o terceiro degradador, pela sua omissão em fiscalizar e impedir a ocorrência do dano ambiental, significaria, no final das contas, transferir à própria vítima da degradação – a sociedade – a responsabilidade pela reparação do prejuízo, com todos os ônus daí decorrentes, quando, na verdade, a regra deve ser da individualização do verdadeiro e principal responsável, evitan-

> do-se, assim, com isso, indesejável socialização dos encargos necessários à reparação de danos ambientais praticados por particulares – pessoas físicas e jurídicas – que podem ser determinados".

Essa, portanto, a inteligência a ser emprestada ao disposto na Lei Nacional de Política do Meio Ambiente acerca da responsabilidade civil por dano ambiental. Não se concebe que se atribua ao Estado, de maneira incondicionada ou irrefletida, responsabilidade objetiva e solidária em toda e qualquer situação de dano ambiental. Faz-se imprescindível que se analise, inicialmente, a natureza da participação do ente público na causação do evento danoso; se omissiva ou comissiva e, mais, se esta conduta foi decisiva para que o dano ocorresse. Imprescindível, por outro lado, que se investigue a ocorrência de alguma excludente do nexo de causalidade, verificando-se se ela foi facilitada pela inação do empreendedor ou do próprio Estado.

O princípio da ampla reparação do dano ambiental não há de ser concretizado em desmedido sacrifício da própria coletividade, penalizada com a indiscriminada responsabilização do Estado, pena de se frustrar a própria ontologia do princípio do poluidor-pagador. Afinal, a indevida atribuição de responsabilidade ao Poder Público, à margem do regime constitucional delineado pela Constituição de 1988, acabaria por alforriar o empreendedor, verdadeiro responsável pela poluição, do dever de reparar, frustrando-se a finalidade preventiva da responsabilidade civil. Entendimento em sentido diverso atentaria contra a teleologia da Lei nº 6.938/81 e a própria coletividade, sobre a qual recairiam as consequências decorrentes da reparação do dano pelo Poder Público, frustrando-se a efetiva responsabilização do verdadeiro causador do evento danoso.

REFERÊNCIAS

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Passivo ambiental*. Direito Ambiental em Evolução, n. 2, 2008, 113.

ANTUNES, Paulo de Bessa, *Direito ambiental*. 10.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 988p.

BARROSO, Luís Roberto. Proteção do meio ambiente na Constituição Brasileira. *Revista Trimestral de Direito Público*, Malheiros Editores, n. 2, 1993, p. 58.

BRASIL. Constituição (1988). Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001. 405p.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31/08/1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br (acesso em 27/08/2021).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 22.164-0/SP, DJU de 17/11/1995, Disponível em: http://www.stf.jus.br, Acesso em: 27 ago. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 34.ed. São Paulo: Atlas, 2020. 1.364p.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil.* São Paulo: Malheiros, 1996, 381p.

FREITAS, Juarez. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

LUCARELLI, Fábio Dutra. *Responsabilidade civil por dano ecológico.* Revista dos Tribunais, v. 700, fev. 1994, p. 7.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro.* São Paulo: Malheiros, 2009. 1136p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2006. 1040p.

MUKAI, Toshio. *Temas atuais de direito urbanístico e ambiental.* Belo Horizonte: Fórum, 2004. 350p.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, v. 761, mar. 1999, p. 31.

OLIVEIRA, Helli Alves de. *Da responsabilidade do Estado por danos ambientais*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. 105p.

PRADO, Alessandro Martins & BATISTA, Cláudia Karina Ladeia. *A responsabilidade civil do Estado por dano ambiental: uma análise da teoria do risco integral*, 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org> Acesso em: 27 ago. 2021.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental esquematizado*. Marcelo Abelha Rodrigues; coordenação Paulo Lenza, 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental:* as dimensões do dano ambiental no Direito Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 287p.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 351p.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. Responsabilidade civil da Administração Pública por dano ambiental. Porto Alegre, *Ajuris*, v. 72, mar, 1998. p.162.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade civil* - doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1.949p.

Referência:

CARVALHO, Paulo de Tarso Jacques de. Reflexões sobre a responsabilidade do Estado por danos ambientais. *Direito Público*: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v.18, n.1, p. 230-249, jan./dez., 2021.

FEDERALISMO DE COOPERAÇÃO NAS COMPRAS PÚBLICAS DESTINADAS AO ENFRENTAMENTO DO COVID-19 E A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA ALIENAÇÃO DE BENS PÚBLICOS NO ÂMBITO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

RAFAEL FERREIRA TOLEDO[1]

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Desenvolvimento. 2.1 Federalismo de cooperação nas compras públicas destinadas ao enfrentamento do Covid-19. 2.2 Inexigibilidade de licitação para alienação de bens públicos no âmbito do sistema único de saúde. 3 Conclusão.

RESUMO: Este artigo traz os contornos jurídicos do Programa Protege Minas, utilizado como alternativa eficaz para o suprimento da demanda por equipamentos de proteção individual dos pequenos municípios e hospitais filantrópicos integrantes do Sistema Único de Saúde no estado de Minas Gerais, necessários ao enfrentamento da pandemia causada pelo Covid-19. O objetivo é demonstrar a inexigibilidade de licitação para alienação de bens públicos a entidades privadas e outros entes da federação integrantes do Sistema Único de Saúde, à luz de um federalismo cooperativo.

PALAVRAS-CHAVE: COVID-19; Alienação de bens público; Inexigibilidade de licitação; Federalismo cooperativo.

1. INTRODUÇÃO

É fato público e notório que a pandemia causada pelo Coronavírus – COVID-19, tem impactado nas políticas públicas tanto do Estado de Minas Gerais quanto de tantos outros organismos nacionais e internacionais que, diariamente, publicam medidas que visam

1 Procurador do Estado de Minas Gerais. Assessor Jurídico Chefe da Secretaria de Estado de Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Ex-Assessor Jurídico Chefe da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão, Ex-Assessor Jurídico Chefe da Secretaria de Estado de Saúde, Ex-Procurador Chefe do Instituto Mineiro de Gestão das Águas, Ex-Advogado da Petrobrás, Ex-Advogado da Empresa Brasil de Comunicação, nomeado Procurador da Fazenda Nacional-AGU (2013). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF.

minimizar os impactos na saúde, bem como os impactos financeiros, dentre tantos outros que nascem diariamente em tempos de pandemia.

Surge, nesse contexto, a necessidade de criar políticas públicas para atendimento e auxílio aos pequenos Municípios e hospitais filantrópicos para enfrentamento dos efeitos calamitosos do COVID-19. Isso porque, os Municípios de menor porte e hospitais filantrópicos encontram dificuldades na aquisição de insumos, pois não conseguem escala suficiente para a aquisição do material que se tornou escasso no mercado, o que leva, de um lado, ao superdimensionamento do quantitativo para gerar volume suficiente exigido pelos fornecedores para compra ou, de outro, o potencial desabastecimento dos materiais. Além do mais, essas entidades ficam sujeitas a prática de preços excessivos em comparação com a economia gerada pelo ganho em escala.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. FEDERALISMO DE COOPERAÇÃO NAS COMPRAS PÚBLICAS DESTINADAS AO ENFRENTAMENTO DO COVID-19

A Constituição Federal de 1988 instituiu expressamente o Federalismo Cooperativo dispondo matérias de competência comum entre todos os entes federados, especialmente no que tange às ações e serviços públicos de saúde (art. 198, § 1º da CF[2]).

> […] num Estado intervencionista e voltado à implementação de políticas públicas, as esferas subnacionais não têm mais como analisar e decidir, originariamente, sobre inúmeros setores da atuação estatal, que necessitam de tratamento uniforme em escala nacional[3].

Há necessidade de unidade no planejamento e direção das tarefas, com a finalidade de evitar choques e dispersão de recursos e esforços, coordenando-se as ações das pessoas políticas, com vistas à obtenção de resultados mais satisfatórios.

---

2 Art. 198, §1º da CF:O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

3 BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. 2004, p. 57-58

No que interessa ao exame em questão, verifica-se que o Estado de Minas Gerais[4], optou, tendo em vista a escassez de EPI (Equipamento de proteção individual) disponíveis no mercado para o enfrentamento da COVID-19 e em virtude da economia de escala, por adquirir diretamente tais equipamentos, com o intuito de repassá-los ao preço de custo de aquisição, aos Municípios e eventualmente à hospitais filantrópicos que atuem complementarmente ao SUS (devidamente contratualizados).

Trata-se de alternativa à adoção do Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei 8.666/93 e regulamentado, no âmbito da Administração Pública Federal, pelo Decreto 7.892/2013 e no Estado de Minas Gerais pelo Decreto Estadual nº 46.311/13, que permitem que outros entes da federação se valham de suas atas de registro de preço, por meio do instituto da Compra Nacional e da Compra Estadual.

Isso porque, em virtude da alta demanda pelos materiais, com o consequente risco de desabastecimento, em um primeiro momento, a adoção do sistema de registro de preço não seria a melhor solução, já que este sistema é adequado quando não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração e for conveniente a aquisição de bens com entregas parceladas.

O sistema de registro de preços não obriga a contratação e gera incerteza, para a empresa vencedora do certame, do fornecimento à Administração Pública que possui a obrigação de manter o preço registrado por um lapso de até 01 (um) ano. Consequentemente, na formação do preço final, as empresas participantes de licitação para registro de preços levam em consideração esses fatores, que podem elevar o preço de referência, como, por exemplo, a projeção da inflação para o período de vigência da ata de registro de preços.

Diante desse cenário, resta demonstrar a viabilidade jurídica da alienação onerosa dos EPI´s (Equipamentos de proteção individual) adquiridos em grande escala pelo Estado, aos Municípios e hospitais filantrópicos integrantes da rede SUS a despeito da realização do procedimento licitatório.

---

4 Programa Protege Minas. Portal de Compras MG. Disponível em: <http://www.compras.mg.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1172&Itemid=#:~:text=O%20Protege%20Minas%20tem%20como,combate%20%C3%A0%20pandemia%20do%20Coronavirus.>. Acesso em: 17/09/202.

2.2. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA ALIENAÇÃO DE BENS PÚBLICOS NO ÂMBITO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Decorre diretamente da Constituição Federal o dever de licitar, nos termos do art. 37, XXI, *in verbis*:

> […] 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. (grifo nosso)

Outrossim, cumpre observar, considerando a previsão do art. 22, XXVII, da CF, que compete à União editar normas gerais sobre licitações e contratos administrativos. De todo modo, no âmbito da Administração Pública de Minas Gerais a alienação de bens móveis está disciplinada no art. 18, § 1º da Constituição Estadual de acordo com o art. 17, inciso II, da Lei 8666/93, *in verbis*:

> Constituição Estadual
> Art. 18 – A aquisição de bem imóvel, a título oneroso, depende de avaliação prévia e de autorização legislativa, exigida ainda, para a alienação, a licitação, salvo nos casos de permuta e doação, observada a lei.
> § 1º – A alienação de bem móvel depende de avaliação prévia e de licitação, dispensável esta, na forma da lei, nos casos de:
> I – doação;
> II – permuta
>
> Lei nº 8.666/93
> 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:
> II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:
> a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação;
> b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;
> c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;
> d) venda de títulos, na forma da legislação pertinente;
> e) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades;

> f) *venda de materiais e equipamentos* para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, *sem utilização previsível* por quem deles dispõe.

Pelo disposto na alínea "f" do inciso II do art. 17 da Lei 8.666/93, *autoriza-se a alienação onerosa de bens* que componham o patrimônio da Administração Pública, independentemente de prévio procedimento licitatório, desde que tal negócio seja celebrado com outra entidade da Administração Pública.

Segundo prevê a mencionada alínea "f" do inciso II do art. 17 do Diploma Federal Licitatório, caso uma unidade administrativa não possua mais previsão da utilização de determinado material ou equipamento, poderá aliená-lo a outro órgão ou entidade da Administração Pública, como forma de evitar-se que o mesmo se deteriore pela falta de uso.

Note-se que, nesse caso, não se trata de bem inservível, mas de bem que, sem uma utilização previsível, possa ser aproveitado de imediato, e antes que se perca pela ação do tempo, em outro órgão ou entidade estatal.

Apesar de a venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública ser hipótese de licitação dispensada, há que se investigar a extensão desse permissivo, se abrangeria entidades de outra esfera de governo[5].

A nosso sentir, a licitação dispensada, em referência, abrangeria toda a Administração Pública, conceituada na forma do art. 6º, XI, da Lei nº 8.666/93, compreendida como a "*a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*…".

A razão de inclusão deste permissivo legal está na tentativa de alcançar-se o interesse público, que é a finalidade precípua do Estado, *independentemente de quem seja a pessoa estatal que o faça.*

É por essa razão que as hipóteses previstas no art. 17 tratam da *licitação dispensada*, hipótese em que o legislador se antecipou à discricionariedade do gestor público para preestabelecer a inconveniência da licitação, *cabendo ao agente administrativo, no caso de decidir pela contratação, apenas reconhecer a situação de dispensa.*

Quanto à licitação dispensada, leciona Joel de Menezes Nieuhr[6]:

---

5 Veja que em relação aos bens imóveis o disposto no art. 17, I, e da Lei 8.666/93, foi expresso: e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, *de qualquer esfera de governo.*

6 Niebuhr, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de Licitação Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 372-373.

> **É solar a diferença de sentido entre algo que se declara dispensado e outro que se declara dispensável**. Dispensada significa que a licitação pública já foi efetivamente afastada do legislador, em virtude do que a competência do agente administrativo é vinculada, cabendo-lhe, diante de uma das figuras contratuais enunciadas, apenas reconhecer a dispensa. A discricionariedade do agente administrativo, nesses casos, resume-se na avaliação da oportunidade e conveniência de realizar uma das espécies de contrato qualificadas, efetivamente, como de licitação dispensada. Realizado esse juízo, tendo-se decidido a respeito da celebração de tais contratos, a dispensa se impõe.

Por outro lado, resta indagar a respeito da exigência de licitação, em relação às entidades privadas. Em princípio, apesar de o art. 22, § 5º, da Lei 8.666/93 não exigir autorização legislativa para alienação de bens móveis, impõe, via de regra, a licitação na modalidade leilão, *in verbis*:

> Art. 22. São modalidades de licitação:
> V – leilão.
> § 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de ***bens móveis inservíveis para a administração*** ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

Vê-se, então, que para que um bem público seja alienado na modalidade supra referida, é necessário que, dentre outras especificidades, se trate de um bem móvel inservível[7], o que não é o caso, uma vez que os mesmos visam *aparelhar as entidades integrantes do Sistema Único de Saúde*.

Além do mais, parece-nos presente a situação de inviabilidade de licitação, amparada no *caput* do art. 25 da Lei Federal nº 8.666/93, considerando que no caso não se pretende propriamente a alienação de bens à um terceiro (Art. 2º da Lei Federal nº 8.666/93), mas, unicamente, a uma entidade privada que integra o Sistema Único de Saúde – SUS, ainda que complementarmente, conforme autoriza o art. 199, § 1º da CRFB/88, *in verbis*:

> Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

---

7 Bens inservíveis, de igual modo, induzem tratar-se de bens que não mais podem ser utilizados, que se tornaram sucata. Ferreira Neto (2003, p.9) esclarece que: Bens inservíveis são aqueles de que a Administração Pública não mais necessita, ou seja, não têm mais utilidade para o Estado, mas têm ou poderão ter utilidade para os particulares, razão por que são alienados, o que significa que bens inservíveis, no contexto da Lei n.º 8.666/93, não são bens imprestáveis, mas sim desnecessários para um ente determinado, qual seja, a Administração Pública.

> § 1º - As ***instituições privadas poderão participar*** de forma complementar ***do sistema único de saúde***, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.
>
> Lei Federal nº 8.666/93:
> Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, ***quando contratadas com terceiros***, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

A inviabilidade de competição se configura não apenas quando a ausência de pluralidade de alternativas afasta a possibilidade de seleção. Pode configurar-se inviabilidade de competição, para os fins do art. 25 da Lei nº 8.666/93, também nos casos em que houver impossibilidade de seleção entre as diversas alternativas segundo um critério objetivo ou quando o critério da vantajosidade for incompatível com a natureza da necessidade a ser atendida, tal como ocorre no presente caso, uma vez que os bens foram adquiridos para atender a demanda das entidades integrantes do Sistema único de Saúde.

Essa é a tese defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello[8], ao afirmar que o art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666/93 contém uma regra geral autorizadora da contratação direta nas hipóteses em que a realização da licitação frustrasse a finalidade da atividade administrativa. É o que se retrata no trecho seguinte:

> Em suma: sempre que se possa detectar uma induvidosa e objetiva contradição entre o atendimento a uma finalidade jurídica que incumba à Administração perseguir para bom cumprimento de seus misteres e a realização de certame licitatório, porque este frustraria o correto alcance do bem jurídico posto sob sua cura, ter-se-á de concluir que está ausente o pressuposto jurídico da licitação e, se esta não for dispensável com base em um dos incisos do art. 24, deverá ser havida como excluída com supedâneo no art. 25, *caput*.

Além disso, *no presente caso, a alienação de bens pretendida possui destinatários específicos*, uma vez que *a aquisição deles é para atender toda rede integrante do Sistema Único de Saúde, em virtude de uma situação de calamidade pública e não para gerar receita para o Estado*. Nesse sentido, inaplicável o disposto no inciso XXI do art. 37 da CRFB/88, que visa assegurar igualdade de condições a todos aqueles que queiram contratar com o Poder Público e a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

8 MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*.14.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.501.

A habilitação dos Municípios e hospitais filantrópicos para participarem do Programa deverá ser realizada de forma impessoal, obedecendo aos critérios objetivos definidos pela Secretaria Estadual de Saúde, o que assegura a isonomia e inviabiliza qualquer forma de competição, já que todos os beneficiários do Programa serão atendidos, inserindo-se, portanto, no disposto no art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666/93.

Importante frisar, que o referido programa governamental não se trata de atividade econômica em sentido estrito, uma vez que a alienação será feita a preço de custo de aquisição, mas mero instrumento para assegurar a manutenção da prestação do serviço público de saúde em virtude das restrições de oferta que acometeram o mercado fornecedor.

Saliente-se que, notadamente do ponto de vista da *aquisição dos equipamentos pelos Municípios, além de abarcados pelo raciocínio exposto, estes estão expressamente dispensados de licitar, conforme autoriza o art. 4º da Lei nº 13.979/2020*, a qual dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus[9]. E, se o podem fazer junto à entes privados, com maior razão podem adquirir tais materiais junto à outro ente federativo que lhe seja parceiro na gestão do Sistema Único de Saúde, mormente em razão da vantajosidade em relação aos preços que seriam praticados por particulares.

Conforme já mencionado, a alienação de bens pretendida possui destinatários específicos, uma vez que a razão da aquisição dos bens visa atender toda rede integrante do Sistema Único de Saúde em virtude de uma situação de calamidade pública e não para gerar receita para o Estado. Ante o exposto, não há que se perquirir a respeito de proposta mais vantajosa para a Administração "fornecedora" nem de ofensa ao princípio da isonomia, já que nenhum outro sujeito se encontra em situação idêntica à dos destinatários.

---

9 Art. 4º da Lei nº 13.979/2020: **É dispensável a licitação para aquisição de bens**, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, entendemos que o Federalismo Cooperativo impõe às maiores unidades políticas da federação o dever de apoiar os entes menores, coordenando as ações públicas que lhes sejam comuns, com vistas à obtenção de resultados mais satisfatórios, principalmente no cenário de calamidade pública causado pela pandemia do COVID-19. Nos limites da análise alhures empreendida, pugnamos pela possibilidade de os Estados constituírem estoque e transferirem de maneira onerosa os equipamentos de proteção individual (EPI´s) para Municípios e hospitais filantrópicos que componham a rede SUS a despeito da realização de procedimento licitatório antecedente à essa alienação.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. 2004, p. 57-58

FERREIRA NETO, Francisco Damasceno. *O leilão*. Brasília, n. 59, p.9-16, mai.2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 990.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*.14.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.501.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 372-373.

TOLEDO, Rafael Ferreira. Federalismo de cooperação nas compras públicas destinadas ao enfrentamento da COVID-19 e a inexigibilidade de licitação para alienação de bens públicos no âmbito do sistema único de saúde. *Direito Público*: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v.18, n.1, p. 250-258, jan./dez., 2021.

PARECERES

PARECER

PROCEDÊNCIA: Secretaria-Geral do Estado de Minas Gerais

INTERESSADO: Secretário-Geral do Estado de Minas Gerais

NÚMERO: **16.256**

DATA: 15 de setembro de 2020

PRECEDENTES: Pareceres AGE/NCCJ nºs: 15.170/2012, 15.476/2015, 15.507/2015, 15.723/2016, 15.892/2017, 15.998/2018 e 16.243/2020. Notas Jurídicas AGE/NCCJ nº 4.321/2015 e nºs. 5.537 e 5.541/2020.

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ESTRUTURA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA. CENTROS DE COMPETÊNCIAS LEGAIS. ÓRGÃOS E ENTIDADES PÚBLICAS. SEGREGAÇÃO DE FUNÇÕES. REPRESENTAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL, CONSULTORIA E ASSESSORAMENTO JURÍDICO. COMPETÊNCIA PRIVATIVA E IRRENUNCIÁVEL DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO (AGE). FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA. ART. 132 DA CR/88 E ART. 128 DA CEMG. LEIS COMPLEMENTARES ESTADUAIS NºS. 75/04, 83/05 E Nº 151/2019. DECRETO ESTADUAL Nº 47.963/2020. RESOLUÇÃO AGE Nº 26/2016. CONTROLE INTERNO. COMPLEXIDADE. LIMITES E DISTINÇÕES. CONTEÚDO DO ATO. RESERVA DE COMPETÊNCIA. GESTOR PÚBLICO. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA. LEGITIMIDADE. RESPONSABILIDADES. CONCERTAÇÃO ADMINISTRATIVA. ATIVIDADES INERENTES À ADVOCACIA. LEI Nº 8.906/1994. CONSENSUALIDADE. LEI FEDERAL Nº 13.140/2015. LEI ESTADUAL Nº 23.172/2018. PROCESSO JUDICIAL. ART. 3º, § 3º, 15, 166 E 174 DO CPC E RESOLUÇÃO AGE 61/2020 (CÂMARA DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA DE CONFLITOS-CPRAC).

REFERÊNCIAS NORMATIVAS:

> Art. 132 da CR/88 e 128 da CEMG. Leis Complementares nº 83/2005, nº 75/2004 e nº 151/2019; Lei 8.906/1994. Art. 3º, § 3º, 15, 166 e 174 da Lei nº 13.105/2015. Lei Federal nº 13.140/2015. Lei Estaduais nºs. 14.184/2002, 23.172/2018 e 23.304/2019. Decreto Estadual nº 47.963/2020. Resoluções AGE nºs. 26/2017 e 61/2020. Decreto Federal nº 9.830/2019.

I. DA CONSULTA

A Secretaria Geral do Estado de Minas Gerais, tendo em vista algumas dúvidas sobre os limites das competências de alguns outros órgãos - notadamente à vista de critérios de intersetorialidade, transversali-

dade, integração e efetividade das ações governamentais que devem orientar a atuação de órgãos como a Secretaria de Governo, que seria responsável pela elaboração de políticas, normas e diretrizes a serem seguidas pelos demais órgãos e entidades do Poder Executivo, nos termos do art. 4º da Lei Estadual nº 23.304/2019[1] - resolve consultar a Advocacia-Geral do Estado.

De acordo com o art. 128 da Constituição do Estado de Minas Gerais, a Advocacia-Geral do Estado ("AGE"), subordinada ao Governador do Estado, representa o Estado judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que sobre ela dispuser, as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo.

O art. 1º-A da Lei Complementar nº 83/2005 preceitua que a AGE tem por finalidade o exercício de funções essenciais à Justiça, nos termos da Constituição da República e da Constituição do Estado, e dispõe, em seus incisos, sobre as competências privativas do órgão, destacando-se, entre elas, a de representar, judicial e extrajudicialmente, o Estado e suas autarquias e fundações, dentro ou fora de seu território, em qualquer instância, juízo ou tribunal, ou, por determinação do Governador, em qualquer ato; defender, judicial e extrajudicialmente, ativa e passivamente ou na qualidade de terceiro interveniente, os atos, direitos, interesses e prerrogativas do Estado; prestar consultoria e assessoramento jurídicos aos órgãos e às entidades do Estado; exercer o controle interno de constitucionalidade, legalidade e juridicidade dos atos da administração pública estadual.

Em certas situações, há dúvidas sobre a distinção entre competências técnicas e jurídicas, bem como se não se trata de espaço reservado à discricionariedade do gestor. Então, é importante o esclarecimento de questões afetas, por exemplo, à obrigatoriedade, ou não, de ser ouvida a Advocacia-Geral e em que tipo de circunstância; a situações de divergência entre orientação já feita pela AGE e sua aplicação a casos concretos similares; qual o entendimento a que o gestor está obrigado a seguir.

Outro aspecto importante e que demanda orientação da AGE diz respeito aos precedentes administrativos e suas revisões e quais seriam, em tese, algumas causas que justificariam novo exame, tendo em vista o sistema estabelecido no Código de Processo Civil de 2015 e para aumentar a segurança jurídica.

Além disso, com o advento das alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei nº 13.655/2018 e a previsão do art. 30, entende-se recomendável a fixação de seu alcance e o esclarecimento sobre a vinculatividade.

Assim, solicita-se análise e orientação da AGE em relação às seguintes indagações:

> a) Qual é o alcance da representação judicial e extrajudicial e de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo?
> b) Em caso de divergências de interpretação jurídica, a competência para dirimi-las é somente do Advogado-Geral do Estado?
> c) Sempre que houver alguma dúvida jurídica, é necessário solicitar orientação da Advocacia-Geral do Estado, ou seja, a consulta é obrigatória?
> d) Em caso de existência de parecer jurídico da Advocacia-Geral, mas sobrevindo alteração legislativa ou evolução da jurisprudência, é possível a aplicação direta sobre casos concretos ou é necessário pedir revisão de entendimento para a AGE?
> e) Qual o significado e alcance de parecer vinculativo, previsto no art. 30 da LINDB? As regras estaduais em vigor são compatíveis com essa previsão?
> f) No âmbito da competência da Secretaria de Estado de Governo, por exemplo, de coordenar parcerias e convênios, em havendo divergências entre o setor técnico e de gestão da execução e o de assessoramento jurídico, o gestor está obrigado a seguir qual orientação? Como deve ser o procedimento?
> g) Em hipóteses de controvérsias judicializadas, em que o gestor entender que há possibilidade de se firmar acordo, como se deve proceder? Como ficam as atribuições quanto às cláusulas a serem acordadas, ou seja, ao objeto mesmo do acordo? Inclusive em relação a eventual encaminhamento à CPRAC recentemente regulamentada?

Expostos os contornos gerais da consulta, passa-se ao exame e fundamentação.

II. REPRESENTAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL E DE CONSULTORIA E ASSESSORAMENTO JURÍDICO DO PODER EXECUTIVO. PRIVATIVIDADE DAS COMPETÊNCIAS DA AGE. UNICIDADE ORGÂNICA.

Desde 1936, quando a Lei nº 157[2] foi sancionada e passou a dispor sobre o Serviço Contencioso e de Consultas Jurídicas do Estado, esta Casa vem desempenhando o papel de representação judicial e extrajudicial do Estado de Minas Gerais.

Com as reorganizações ocorridas em 1955[3], 1977[4] e 1980[5], essa função foi sendo aperfeiçoada, ganhando contornos ainda mais nítidos que seriam coroados com o advento da Constituição

da República de 1988 e, como não poderia deixar de ser, com a Constituição Estadual de 1989.

Tanto o art. 132 da Constituição da República de 1988 - CR/88, no capítulo IV, "Das funções essenciais à justiça", quanto a respectiva norma de repetição do art. 128 da Constituição do Estado de Minas Gerais - CEMG veiculam regras de organização administrativa, atribuindo, aos Procuradores de Estado, **privativamente**, as atividades de representação judicial, consultoria e assessoramento jurídico, conferindo unidade à atuação judicial e de consultoria jurídica do Estado de Minas Gerais.

A privatividade das atribuições e a unicidade orgânica da Advocacia Pública Estadual é firmemente reconhecida e fixada pelo Supremo Tribunal Federal - STF, órgão do Poder Judiciário ao qual cabe, precipuamente, a guarda da Constituição, nos termos dos arts. 92, I, e 102 da CR/88, cuja interpretação constitucional exerce papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, sendo-lhe atribuída a "singular prerrogativa de dispor do monopólio da **última** palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental"[6].

As ementas transcritas a seguir revelam o entendimento consolidado na jurisprudência do STF, com julgados que remontam ao ano de 1993:

> E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI COMPLEMENTAR 11/91, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (ART. 12, CAPUT, E §§ 1º E 2º; ART. 13 E INCISOS I A V) - ASSESSOR JURÍDICO - CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO - FUNÇÕES INERENTES AO CARGO DE PROCURADOR DO ESTADO - USURPAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES PRIVATIVAS - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. - O desempenho das atividades de assessoramento jurídico no âmbito do Poder Executivo estadual traduz prerrogativa de índole constitucional outorgada aos Procuradores do Estado pela Carta Federal. **A Constituição da República, em seu art. 132, operou uma inderrogável imputação de específica e exclusiva atividade funcional aos membros integrantes da Advocacia Pública do Estado, cujo processo de investidura no cargo que exercem depende, sempre, de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos**.
>
> (ADI 881 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/1993, DJ 25-04-1997 PP-15197 EMENT VOL-01866-02 PP-00238) - g.n.
> Ementa: Direito Constitucional e Administrativo. Ação direta de inconstitucionalidade. Emenda à Constituição Estadual que cria o cargo de Procurador Autárquico, em estrutura paralela à Procuradoria do Estado. Inconstitucionalidade formal e material.

1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que viola a separação dos poderes emenda à Constituição Estadual que trate de regime jurídico de servidores públicos, em razão de se tratar de matéria reservada à lei ordinária e de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo. Precedentes.

2. **O exercício da atividade de representação judicial e de consultoria jurídica no âmbito dos Estados e do Distrito Federal é de competência exclusiva dos Procuradores do Estado (art. 132, CF/88)**, sendo vedada a criação de Procuradoria Autárquica para a consultoria e o assessoramento jurídico das autarquias e fundações estaduais.

3. O modelo constitucional da atividade de representação judicial e consultoria jurídica dos Estados exige a **unicidade orgânica da advocacia pública estadual,** incompatível com a criação de órgãos jurídicos paralelos para o desempenho das mesmas atribuições no âmbito da Administração Pública Direta ou Indireta, com exceção dos seguintes casos: (i) procuradorias jurídicas nas Assembleias Legislativas e Tribunais de Contas para a defesa de sua autonomia e assessoramento jurídico de suas atividades internas (ADI 94, Rel. Min. Gilmar Mendes); (ii) contratação de advogados particulares em casos especiais (Pet 409-AgR, Rel. Min. Celso de Mello); e (iii) consultorias paralelas à advocacia estadual que já exerciam esse papel à época da promulgação da Constituição de 1988 (art. 69 do ADCT).

(…)

6. Procedência do pedido, com a fixação da seguinte **tese: "É inconstitucional a criação de Procuradorias Autárquicas no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, em razão da violação à unicidade orgânica da advocacia pública estadual".**

ADI 5215, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-167 DIVULG 31-07-2019 PUBLIC 01-08- 2019.

A Constituição Federal estabeleceu um modelo de exercício **exclusivo**, pelos procuradores do estado e do Distrito Federal, de toda a atividade jurídica das unidades federadas estaduais e distrital – o que inclui as autarquias e as fundações -, seja ela consultiva ou contenciosa. A previsão constitucional, também conhecida como princípio da unicidade da representação judicial e da consultoria jurídica dos estados e do Distrito Federal, estabelece competência funcional exclusiva da procuradoria-geral do estado.
ADI 145, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe162 DIVULG 09-08-2018 PUBLIC 10-08-2018.

É inconstitucional o diploma normativo editado pelo Estado-membro, ainda que se trate de emenda à Constituição estadual, que outorgue a exercente de cargo em comissão ou de função de confiança, estranho aos quadros da Advocacia de Estado, o exercício, no âmbito do Poder Executivo local, de atribuições inerentes à representação judicial e ao desempenho da atividade de consultoria e de assessoramento jurídicos, pois **tais encargos traduzem prerrogativa institucional outorgada, em caráter de exclusividade, aos Procuradores do Estado pela própria Constituição da República.** Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Magistério da doutrina. – 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.

(…)

(No corpo do voto:)

"**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**. "

ADI 4843 MC-ED-Ref, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 11/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015. (Destaques nossos)[7]

A jurisprudência consolidada do STF não deixa dúvidas, portanto, quanto ao caráter privativo das competências previstas no art. 132 da CR/88, repetidas no art. 128 da CEMG.

O *status* constitucional da Advocacia Pública, e porque não dizer sua inscrição no capítulo das funções essenciais à justiça, vai além do exercício da defesa do interesse do Estado em juízo, posição essencial para a consecução dos valores inerentes ao Direito e à democracia. Conforme a percepção da doutrina especializada:

> Ocorre que esse projeto de Estado, insculpido desde o art. 1º da Constituição Brasileira, seria esvaziado se não existissem, no nível das instituições, instrumentos aptos à realização concreta e efetiva de tal programa. E a Advocacia Pública é a função de Estado por excelência a que o constituinte conferiu, precisamente, a missão de estabelecer uma comunicação entre os subsistemas sociais da política e do Direito. Isto é: é o elo entre a democracia e a juridicidade.
>
> Realmente, cabe a cada órgão da Advocacia Pública, no exercício das atribuições de que a Constituição os incumbiu – ou seja, a representação judicial e extrajudicial dos entes públicos, a consultoria e o assessoramento jurídico: (i) viabilizar, no plano jurídico, as políticas públicas definidas pelos agentes políticos eleitos – e nisso reside o seu ***compromisso democrático***; e (ii) ajustar os atos dos gestores públicos e do aparato administrativo ao quadro de possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento jurídico, na realização de um controle de juridicidade que é tanto prévio quanto sucessivo – o que constitui o seu ***compromisso jurídico***.
>
> Ao exercer o primeiro desses compromissos, consistente na viabilização de políticas públicas legítimas, o Advogado Público exerce papel que é necessariamente dinâmico. Não se trata do exercício de um "sim" ou um "não". Não se cuida de proferir um ***decisum*** estático, como faz a magistratura. Nem de exercer a ***opinio delicti***, como compete ao Ministério Público. O papel do Advogado Público é compreender a política pública que se deseja implementar, expressão da vontade popular intermediada por seus representantes eleitos, e buscar estabelecer os mecanismos que viabilizem a realização dessa política.
>
> (…)
>
> De sua vez, o compromisso jurídico dos Advogados de Estado, consistente na imposição de limites à vontade e aos atos de gestores públicos, é condição ***sine qua non*** da Advocacia Pública, que, nesse ponto, se diferencia da Advocacia Privada. Se o Advogado Privado é o profissional que atende aos interesses do seu cliente, dentro das fronteiras da sua ciência, da sua consciência e da ética profissional, o Advogado Público deve reverência, além disso, aos limites impostos pelo ordenamento jurídico, sendo um agente promotor do princípio da juridicidade.[8]

Ou seja, é incumbência da Advocacia Pública, guiada por seu compromisso jurídico, viabilizar políticas públicas legítimas, atuando de forma dinâmica e, sempre, observada a conformidade da gestão com

as leis, inclusive por meio de orientação sobre necessárias adequações e evolução legislativa, respeitados os limites da Constituição.

O Ministro Ayres Britto, em retificação de voto emitido por ocasião do julgamento da ADI 2581/SP, apenas quanto ao seu ponto de vista acerca do processo legislativo, de cunho principiológico, com sua inteligência, ressalta:

> (…) Porém, ocorre-me que a Constituição tem outras razões, tem outras lógicas. E, quando a Constituição separa, destaca, isola uma instituição, é para prestigiá-la, assim com a Ordem dos Advogados do Brasil, os advogados em geral, as universidades, os sindicatos, os partidos políticos, as Procuradorias de Estado. A Constituição não isola uma instituição senão para conferir a ela um "status", uma dignidade maior. É o modo pelo qual a Constituição revela o seu especial apreço por essa instituição."[9]

O saudoso e influente administrativista, professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, com sua peculiar perspicácia, deixou assentado:

> 8. O autor deste estudo tem sustentado, desde a instituição constitucional dessas funções e de suas respectivas carreiras públicas, em mais de vinte sucessivos artigos e conferências, produzidos durante esses últimos dezoito anos, os seguintes princípios constitucionais informativos da Advocacia de Estado: essencialidade, institucionalidade, igualdade, unidade, organicidade unipessoal, independência funcional, inviolabilidade, autonomia administrativa e autonomia de impulso, expostos como modesto adminículo ao desenvolvimento de uma doutrina consistente sobre as delicadas funções da Advocacia de Estado, na medida em que o Direito Público, e, em especial, o Direito Administrativo, vão ganhando importância nesta dinâmica era pós-moderna como o direito comum das cada vez mais intensas e complexas relações jurídicas entre cidadão e Estado.[10]

Nessa ordem, pode-se afirmar que qualquer manifestação administrativa que envolva controle de juridicidade de ato ou procedimento, não importa a espécie, dúvida sobre interpretação e aplicação de lei, é de competência **exclusiva** da Advocacia-Geral do Estado – órgão central no âmbito de suas respectivas competências, nos termos do art. 4º da Lei nº 23.304/2019 –, que estende seus braços para espraiar a orientação jurídica e realizar a defesa do Estado, lotando os Procuradores na própria AGE - sede e regionais em várias regiões do Estado de Minas, nas assessorias jurídicas dos órgãos da Administração Direta do Poder Executivo e nas procuradorias das autarquias e fundações estaduais (art. 3º, incisos I, II e III, da LC 81/04), inclusive com assessoria de representação no Distrito Federal (art. 2º e 22 do Decreto Estadual

nº 47.963/2020), conforme recentemente pontuou-se no Parecer AGE/NCCJ nº 16.243/2020.

É evidente que esse traço de exclusividade não impede que outros órgãos e entidades ligados à Administração promovam, no desempenhar de suas funções cotidianas, a verificação primeira da adequação da conduta às normas legais existentes.

Na verdade, é justamente esse proceder, essa descentralização de atribuições executivas e conferência, em alguns casos, de caráter vinculativo à conduta de determinados órgãos e entidades, que acaba gerando dúvidas quanto às linhas de divisão e de distinção dos plexos de competências de cada um deles.

Mas, a partir do momento em que se verifica que a norma examinada por esse órgão ou entidade comporta mais de uma interpretação, que seu alcance não é suficientemente claro ou que sua aplicação depende da integração, confluência ou aglutinação de outras normas ou princípios com igual ou menor conteúdo normativo de eficácia, deve-se reconhecer, *incontinenti,* que **a competência para emitir a orientação última e definitiva ao gestor público é da Advocacia-Geral do Estado, com seus Procuradores, e de ninguém mais**.

Do mesmo modo que o Supremo Tribunal Federal se apresenta como a derradeira instância do Poder Judiciário para dizer sobre a constitucionalidade das normas em geral, a Advocacia-Geral também detém o monopólio da **última palavra** sobre controle de legalidade e de juridicidade dos atos administrativos, dos procedimentos e processos realizados na concretização de políticas públicas, no exercício dos poderes administrativos hierárquico, disciplinar, regulamentar e regulatório, "de polícia" ou do Estado ordenador, enfim, de todos os comportamentos, atos e fatos administrativos necessários ao funcionamento da máquina estatal.

E é bom que se diga que isso se deve ao fato de a CR/88 e a CEMG, em capítulo específico, terem conferido à Advocacia Pública competências **privativas** e **irrenunciáveis**, elevando sua atuação à condição de função essencial à administração da justiça.

Desta feita, a busca pela boa e eficiente administração e o ideário de integração de órgãos e entidades no desempenho de políticas públicas, atuando de forma organizada e em rede, assegurando a difusão do poder decisório, a participação democrática e a transparência não pode prescindir dessa **noção maior**, qual seja, a de que foi o próprio texto

constitucional e a legislação complementar que foi editada com base nele que conferiram à Advocacia-Geral do Estado competências muito claras e inconfundíveis, que não podem ser usurpadas por terceiros.

A compatibilização da atuação da Advocacia-Geral do Estado como órgão central e das demais Secretarias e entidades da Administração mineira deve ter em conta essa dinâmica, reconhecendo-se que os juízos primários de legalidade empreendidos pelos órgãos e entidades, como etapa de atos que tenham que praticar, não afastam nem diminuem a competência desta Casa para dizer, em caráter definitivo e como última instância, qual é o verdadeiro sentido da lei, norma ou princípio de direito aplicado ou aplicável ao caso concreto. Pois, como dito acima, **a Advocacia Pública é o elo, a peça de comunicação entre os subsistemas sociais da política e do Direito**.

Posta a questão nesses termos, fica fácil reconhecer a essencialidade e exclusividade da Advocacia Pública como atributos de sua condição de função típica de Estado. Além de o STF assim se pronunciar, de modo expresso e reiterado, tem-se o advento das inovações feitas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro-LINDB pela Lei nº 13.655/2018, fixando-se elementos estruturantes da interpretação de todo o direito público, com referência, no art. 30, à segurança jurídica e à atuação da consultoria jurídica, por meio de respostas a consultas, acabando por fortalecer essa posição institucional da Advocacia Pública, engrandecendo, ainda mais, o exercício das atribuições dos cargos de Procuradores do Estado. Veja:

> "Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.
> Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão **caráter vinculante** em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão" – g.n.

Dentro desse espectro de coisas, e sem perder de vista os limites materiais constitucionalmente impostos, as normas estaduais promulgadas no tempo também se prestaram a cumprir o mesmo papel, replicando a competência exclusiva da Advocacia-Geral do Estado para o exercício das funções de assessoramento, consultoria e representação aqui descritas.

As Leis Complementares (LC) nºs 30/1993, 35/1994, 75/2004 e, mais recentemente, a 83/2005 (com as alterações promovidas pela LC nº

151/2019), trataram de descrever as funções privativas da AGE, repetidas no recente Decreto Estadual nº 47.963/2020. Entre essas funções privativas destacam-se[11]:

> i. de representar judicial e extrajudicialmente o Estado, suas autarquias e fundações;
> ii. exercer o controle interno de constitucionalidade, legalidade e juridicidade dos atos da administração pública estadual;
> iii. fixar a interpretação da Constituição do Estado, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida pelos órgãos e pelas entidades da administração pública estadual;
> iv. unificar a jurisprudência administrativa;
> v. garantir a correta aplicação das leis; e
> vi. prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da administração pública estadual

II.1. RESPONSABILIDADES: PROCURADOR (A) DE ESTADO - PARECERISTA E GESTOR(A) PÚBLICO(A).

Ao mesmo tempo em que o ordenamento jurídico confere à Advocacia Pública exclusividade para dizer, como última instância administrativa, em que exata medida e sentido as normas aplicáveis ao(à) gestor(a) público(a) devem ser entendidas, o art. 133 da Constituição Federal também garantiu a inviolabilidade do advogado público (e do privado), no exercício de suas funções, por seus atos e manifestações. *In verbis: Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.*

Como já pontificou o Eminente Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal:

> "A proclamação constitucional da inviolabilidade do Advogado, por seus atos e manifestações, traduz significativa garantia de exercício pleno dos relevantes encargos cometidos pela ordem jurídica a esse indispensável operador do direito" (RHC 81750. 2ª T. Julgado em 12.11.2002).

A dicotomia entre o papel do(a) parecerista jurídico(a) e do(a) gestor(a) tem tanta relevância que o próprio STF a proclamou, indicando que o(a) advogado(a) público(a) não poderia, de ordinário, ser chamado(a) a responder pelo conteúdo das suas manifestações[12].

Sobre a possibilidade de responsabilização do(a) advogado(a) público(a), Gustavo Binenbojm faz séria advertência sobre as repercussões prejudiciais que o alargamento do conceito de erro grosseiro traria às atribuições inerentes a esse cargo. Para este festejado autor, a natu-

reza das funções institucionais da Advocacia Pública passa [ou deve passar] pela **autonomia técnica**, pelo debate e confronto de opiniões como elementos para o aperfeiçoamento do controle de juridicidade, reclamando segurança jurídica para que o agente público se pronuncie quando chamado a emitir parecer, com independência e sem o temor de ser (injustamente) responsabilizado.

Com muita razão, observa o doutrinador que o elastecimento do conceito de erro grosseiro

> "(i) pode constranger os Advogados Públicos federais a não emitirem opiniões jurídicas e a não agirem de acordo com o seu verdadeiro entendimento, enfraquecendo sua autonomia técnica; (ii) desestimula debates profícuos na Instituição, que são fundamentais para robustecer o controle de juridicidade no Estado democrático de direito"(…)[13].

Fixada essa perspectiva, é preciso ter em mente que, mesmo quando subsidia a tomada de decisões pelo(a) gestor(a), o(a) Advogado(a) Público(a) atua sob o viés puramente jurídico, de controle da legalidade do ato administrativo que se pretende praticar. Não há usurpação nem transferências de papéis ou de juízos de oportunidade. Ao(À) Advogado(a) Público(a) continua sendo vedado imiscuir-se em aspectos técnicos, financeiros ou muito menos atrelados à conveniência administrativa[14], devendo seu parecer ser encarado como mera opinião.

Aliás, tradicionalmente, sempre se entendeu que o parecer jurídico contém apenas uma opinião de quem o proferiu, não se caracterizando como um ato administrativo propriamente dito, por não produzir, por si, efeitos sobre a esfera jurídica de terceiros, mas apenas conferir suporte à decisão do(a) gestor(a) público(a). Ou, conforme outra corrente doutrinária, como um ato administrativo meramente enunciativo, que, do mesmo modo, não tem a força de, por ele próprio, produzir efeitos jurídicos.

Conforme esta Advocacia-Geral do Estado já teve oportunidade de se posicionar, os(as) Procuradores(as) do Estado, à vista da independência funcional que lhes é garantida em lei, a natureza autônoma do órgão e a inadmissibilidade de um sistema de controle que inviabilize a efetividade das atividades próprias do cargo sujeitam-se exclusivamente ao poder disciplinar de sua própria Corregedoria[15], podendo vir a ser responsabilizados pessoalmente por suas opiniões técnicas somente nos casos de dolo ou erro grosseiro, nos termos do art. 28 da LINDB.[16]

Oportuno atentar, no ponto, para o que dispõe o Decreto Federal nº 9.830/2019[17], que regulamenta o disposto nos art. 20 ao 30 da

LINDB, estabelecendo alguns parâmetros relativos à responsabilização do agente público por suas decisões e opiniões técnicas, bem como para a decisão do Supremo Tribunal Federal no bojo da ADI 6428, em que foi arguida a inconstitucionalidade parcial do Decreto-Lei nº 4.657/1942, com redação dada pela Lei Federal nº 13.655/2018 (LINDB), e total da Medida Provisória – MP nº 966, de 13 de maio de 2020,[18] cujas diretrizes devem nortear decisões sobre eventual apuração e responsabilização administrativa.

O STF, por maioria, deferiu parcialmente a cautelar na ADI 6428, conferindo interpretação conforme à Constituição ao art. 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades, de *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos pelos órgãos competentes, bem como os princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

Na mesma decisão, o STF também conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 1º da MP 966/2020 para explicitar que, para os fins deste artigo, a autoridade à qual compete a decisão deve exigir que a opinião técnica trate expressamente das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria e que observe os mesmos princípios da precaução e prevenção.

Foram firmadas, afinal, as seguintes teses:

> "Foram firmadas as seguintes teses:
> "1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.
> 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos". Tudo nos termos do voto do Relator."[19]

Sob a ótica estabelecida pelo STF, prossegue-se em relação às decisões do(a) gestor(a) público(a), para entender que, informadas que sejam, ou não, pelos subsídios jurídicos de um parecer exarado pelo órgão competente, adotando-os, ou não, como motivação para a prática do ato, é certo que sua atuação tem outros contornos, na medida em que busca

ou tem aptidão para declarar, resguardar, modificar ou extinguir direitos, impor obrigações, aplicar sanções, constituir limitações ao próprio ente público, visando à consecução do interesse público finalístico.

Não por outra razão é que se diz que os atos administrativos, quanto à sua natureza, podem ser classificados em *atos de administração ativa,* como "os que visam a criar, produzir, uma utilidade pública, constituindo situações jurídicas", a exemplo de autorizações, licenças, nomeações, concessões, etc. e atos de *administração consultiva,* assim entendidos "os que visam a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa."[20]

Como, então, é possível compatibilizar a natureza meramente enunciativa dos pareceres e opiniões emitidas pela Advocacia Pública com o atributo de **vinculatividade** de que trata o parágrafo único do novel art. 30 da LINDB?

Por ora, basta dizer o seguinte: quando o legislador faz alusão a isso, ele está, a um só tempo, indicando a necessidade de se ter uma atuação mais previsível, em que o ato praticado não se distanciará do posicionamento jurídico materializado em regulamentos ou respostas já expedidas nem do sistema de precedentes administrativos porventura existente (súmulas administrativas), e reforçando a competência exclusiva do órgão jurídico (no caso de Minas Gerais, a Advocacia-Geral do Estado) para promover o assessoramento, a consultoria e a representação judicial ou extrajudicial do ente público.

Mas o certo é que esse caráter vinculativo não impede o(a) gestor(a) de decidir de forma diferente da recomendada no parecer – até porque há uma infinidade de atos administrativos que são praticados cotidianamente sem qualquer participação do órgão de assessoramento jurídico. **Porém**, neste específico caso, se o agente resolve se afastar de orientação formal já expedida pela Advocacia Pública ele deve fazê-lo motivadamente (como, ademais, consiste em exigência legal para a juridicidade de qualquer ato administrativo, conforme art. 20, parágrafo único, e art. 21 da LINDB), **responsabilizando-se, sozinho, pela escolha que fez e que pode vir a ser ou não considerada ilegítima por órgãos externos de controle.**

É claro que a **discricionariedade administrativa**, entendida enquanto possibilidade de escolha de uma entre duas ou mais alternativas legalmente viáveis para acomodar o ato administrativo não tem aptidão para configurar, por si só, infração do(a) gestor(a). Mas, mesmo nesse caso, a presunção de regularidade da escolha feita pelo(a) gestor(a)

continua dependendo da existência de manifestação antecedente a respeito da legalidade dessas alternativas, incumbência que o legislador reservou para a Advocacia Pública, que é a única, como já dissemos, detentora do monopólio da última palavra na interpretação da lei e das normas aplicáveis à Administração.

Nesse contexto é que se deve compreender as responsabilidades do(a) Procurador(a) Parecerista e a vinculação da sua manifestação em face do(a) Gestor(a) Público(a).

III. DIVERGÊNCIAS DE INTERPRETAÇÃO JURÍDICA. COMPETÊNCIA DO ADVOGADO-GERAL DO ESTADO.

Os fundamentos expostos na presente manifestação já dão sustentação à tese de que, se é da competência do órgão de consultoria e assessoramento jurídico dos Estados manifestar-se sobre o alcance das normas, *a fortiori* lhe incumbe dirimir quaisquer divergências jurídicas surgidas entre aqueles que podem "dizer o direito".

Assim também o é no Estado de Minas, competindo ao Advogado-Geral do Estado eliminar as controvérsias entre os setores de assessoramento jurídicos do Estado e/ou entre Procuradores do Estado, nos termos do art. 3º, parágrafo único, da Lei Complementar Estadual nº 75/2004, art. 3º, inciso XXXI, do Decreto Estadual nº 47.963/2020 e art. 14 da Resolução AGE nº 26/2017, este transcrito a seguir:

> Art. 14 - O expediente que envolva ações conjuntas entre órgãos e entidade da administração pública estadual, aprovado por nota jurídica da respectiva assessoria ou procuradoria jurídica no qual se originou, poderá ser dispensado de nova análise jurídica.
> § 1º - O órgão ou entidade de origem encaminhará o expediente aos demais, acompanhado da respectiva manifestação jurídica.
> § 2º - Na hipótese de divergência de entendimentos, os pontos jurídicos conflitantes, devidamente fundamentados, deverão ser submetidos à apreciação do Advogado-Geral do Estado, conforme trâmite definido em Ordem de Serviço do Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica.

Em caso de divergência doutrinária ou jurisprudencial, cumpre ao assessoramento jurídico levar ao conhecimento do(a) gestor(a), para indicar a possibilidade de escolha motivada e razoável. Conforme preleciona Marçal Justen Filho, se a escolha do gestor for por uma

> "solução desarrazoada, tecnicamente indefensável, incompatível com os fatos concretos, não respaldada pela doutrina ou pela jurisprudência acar-

reta a responsabilização de seu autor ainda que o parecer seja facultativo e não vinculante".[21]

Certo é que competência administrativa decorre de lei e está reservada ao Advogado-Geral do Estado a de dirimir as controvérsias eventualmente registradas entre os órgãos de consultoria e assessoramento jurídicos do Estado, respeitando-se a unicidade orgânica e a privatividade das competências da AGE.

IV. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA. PARECER JURÍDICO. FACULTATIVIDADE. OBRIGATORIEDADE.

Divergências porventura existentes no âmbito de posições técnicas e/ou meramente administrativas, com potencialidade de reverberar em dúvidas de natureza jurídica, são indicação clara da existência de situações em que, embora seja facultativo o parecer jurídico, o(a) gestor(a) acaba por precisar solicitar o exame da questão controvertida para conferir segurança jurídica à sua decisão.

Primacialmente, é de se ressaltar que a solicitação de emissão de opinião jurídica não é, em regra, obrigatória. Inclusive, a praxe administrativa é de condução da gestão de políticas públicas e adoção de comportamentos administrativos em todas as esferas de competência, como já mencionado (fiscalização, atividade disciplinar, imposição de sanções…), sem solicitar análise jurídica, o que, inclusive, se apresentaria como uma prática ineficiente.

Os servidores públicos promovem o andamento dos serviços a seus cargos, baseados em estudos e notas técnicas, na experiência e nas leis de regência, apresentando consulta jurídica, portanto, apenas quando emergirem dúvidas de natureza jurídica.

Para extremar as competências jurídicas da AGE, elucidando melhor o que se quer vir, afinal, a afirmar, tomam-se em conta situações exemplificativas e potencialmente aptas a se concretizarem a partir da organização administrativa do Poder Executivo do Estado.

Como primeiro exemplo, cogita-se situação envolvendo outro órgão central do Estado, a Consultoria Técnico-Legislativa, nos termos do art. 4º da Lei nº 23.304/2019.

O art. 2º, III, do Decreto nº 47.083/2019, que dispõe sobre a organização da Consultoria Técnico-Legislativa, prevê, como competência da CTL, a análise prévia da constitucionalidade, legalidade e juridicidade

dos atos normativos de governo, com vistas a subsidiar as decisões do Governador no desempenho de suas atribuições constitucionais e legais, em articulação com a Advocacia-Geral do Estado – AGE.

A interpretação jurídica dessa competência articulada, conforme à Constituição e harmônica com a firme jurisprudência do STF acerca da unicidade da representação judicial e consultoria e assessoramento jurídico das unidades federadas, é no sentido de que à CTL competirá contribuir com a avaliação de natureza técnico-legislativa e com a decisão de gestão do Governador do Estado juntamente com o órgão em cuja esfera de competência se situar a matéria que constituirá o conteúdo ou objeto de regulamento, reservando-se a análise de juridicidade formal e de conformidade com o ordenamento jurídico vigente à Advocacia Geral do Estado.

Outro exemplo: À Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico - SEDE compete organizar, dirigir, coordenar, executar, controlar e avaliar ações setoriais do Estado relativas às políticas públicas relativas à ciência, à tecnologia e à inovação (art. 2º, IV, do Decreto nº 47.785/2019). A execução de quaisquer dessas competências verbalizadas envolve questões de juridicidade dos necessários instrumentos legais a serem utilizados, como, por exemplo, convênio de saída, parceria, contrato administrativo precedido de licitação, apresentando-se a competência privativa da AGE, que não se estende aos aspectos de definição das políticas na área de ciência, tecnologia e inovação ou da definição da alocação dos recursos. De outro lado, em havendo dúvida jurídica, para além do controle obrigatório, previsto no art. 38 da Lei nº 8.666/93, esta somente pode ser solucionada pela AGE.

IV.1. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA.

Além do que já tivemos a oportunidade de consignar anteriormente, sobre caber à própria Advocacia Pública dizer, no contexto da discricionariedade administrativa, se a opção escolhida pelo legislador é juridicamente válida, é preciso analisar a questão sob o prisma das competências que são próprias do(a) gestor(a).

De fato, não se pode deixar de fazer o exame concatenado das competências reservadas à Advocacia Pública com a ideia de discricionariedade administrativa, que, no Estado de Direito Democrático, continua a se apresentar como um dever-poder jurídico, dependendo do grau

que o legislador deixa em aberto ao gestor – e sem adentrar, aqui, ao tema complexo das cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados - mas sempre limitado por princípios constitucionais, explícitos e implícitos, que regem a atuação administrativa. Isto é, espaço para a decisão que melhor atenda ao interesse público e respeitada a juridicidade desse comportamento administrativo.

O estudo da discricionariedade administrativa envolve aprofundamentos diante da complexidade teórica do tema, mas para o fim da presente manifestação, cumpre frisar a definição básica, no sentido de discricionariedade como uma faculdade conferida por lei à Administração para *"apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito"*.[22]

Concepção mais pormenorizada acerca do instituto sob enfoque é obtida na obra do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem:

> *discricionariedade é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente*.[23]

A seara da discricionariedade administrativa é reservada, pois, ao gestor, não podendo nela se imiscuir o Advogado Público. Entrementes, há muitos atos e processos que exigem prévia manifestação do órgão jurídico, a exemplo do previsto no art. 26 da LINDB e no art. 38 da Lei nº 8.666/93.

No âmbito das licitações públicas, como ressaltado pelos citados professores Maria Sylvia e Fabrício Motta, há vários atores nas atividades administrativas ligadas, como o agente que requisitou a compra, membros da comissão de licitação, assessoria jurídica, autoridade superior, ordenador de despesa, cada qual no exercício de sua competência legal. Estes renomados autores, no que diz respeito à análise jurídica, argumentam que há diferentes possibilidades e graus. E esclarecem:

> Inicialmente, a análise jurídica das minutas de editais, contratos, acordos, convênios é obrigatória, consistindo em etapa necessária de qualquer procedimento licitatório.

> A **minuta, como se sabe, é um esboço inicial que não produz, de per si, efeitos jurídicos. A lei não impõe a análise obrigatória, por exemplo, do contrato administrativo (firmado, apto a produzir os seus efeitos jurídicos para as partes), mas somente de sua minuta, que constitui anexo do edital** (art. 40, §2º, III). Em se tratando de contratação direta, a minuta do futuro contrato também deve ser aprovada.
> Em sua livre análise, certamente pode a assessoria jurídica determinar correções que condicionarão o juízo de aprovação.
> (…)
> A análise jurídica [no caso], além de obrigatória é vinculante: as minutas devem ser analisadas e aprovadas.(…) Tais manifestações, **quando acolhidas pela autoridade competente para decidir,** constituem a própria **motivação** ou fundamentação do ato.A aprovação, no caso, integra o próprio procedimento e equivale a um ato de **controle de legalidade e não de mérito**; trata-se de hipótese em que o parecer é obrigatório e vinculante." [24]

São muito oportunas, ainda, as considerações seguintes dos mesmos autores:

> A regra contida no artigo 38, parágrafo único, não foi muito feliz, ao atribuir competência ao órgão jurídico para "aprovar" as minutas de editais e contratos, **dando a impressão de que a aprovação, no caso, teria a natureza jurídica de ato administrativo produtor de efeitos jurídicos, vinculante para a Administração, e não mera opinião jurídica**. Existe a possibilidade de que o gestor não submeta os atos referidos à aprovação ou discorde do ato exarado pela assessoria jurídica. Não se poderia imaginar que o gestor estivesse obrigado a concordar com análise jurídica que considera, por exemplo, absolutamente ilegal. A jurisprudência do Tribunal de Contas da União trata da questão:
> O parecer jurídico e técnico não vincula o gestor, que tem a obrigação de examinar a correção dos pareceres, até mesmo para corrigir eventuais disfunções na administração e, portanto, não afasta, por si só, a sua responsabilidade por atos considerados irregulares pelo TCU. (Acórdão 206/2007 - Plenário).
> Na verdade e na prática, deve ser reconhecida a **existência de um espaço decisório para a atuação do gestor que possui competência para firmar obrigações comprometendo o Estado.** Contudo, sua **discordância relativa ao juízo negativo — reprovação — por parte da assessoria jurídica tem o condão de lhe atribuir responsabilidade exclusiva** com relação aos eventuais problemas apontados pela assessoria. Por outro lado, a não submissão das minutas para análise e aprovação caracteriza descumprimento de dever legal, imposto por lei, e como tal é sujeito a sancionamento por parte dos órgãos de controle interno e externo.[25]

Chama-se a atenção, portanto, para a abrangência e os limites da análise jurídica, para a multiplicidade de competências de agentes que interagem no procedimento, cuja reflexão se inicia excetuando

da análise jurídica a decisão pela necessidade pública a ser satisfeita, o momento em que se vai desencadear a ação com tal finalidade pública, a forma de concretizar essa satisfação; enfim, tem-se situação de competência discricionária do gestor, fora do alcance do parecer jurídico. Assim, novamente exemplificando:

> inexiste competência para análise jurídica da escolha da autoridade entre comprar material de expediente ou combustível, diante de orçamento limitado. Da mesma forma, é passível de análise técnica — mas não jurídica — a escolha de determinada quantidade de impressoras com cartuchos de tinta em detrimento de impressoras a laser. A necessidade de análise técnica e a desnecessidade de análise jurídica ficam ainda mais evidentes quando se trata de objetos cuja descrição demanda conhecimentos especializados, que transbordam do senso comum. Não seria passível de análise jurídica a descrição de uma turbina de avião ou de um complexo aparelho de ressonância magnética, por exemplo.
> O Manual de boas práticas consultivas da AGU resume a questão ao estabelecer: "O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade".
> É possível tentar estabelecer um elenco exemplificativo de questões que estão, em princípio, fora do raio de alcance da análise jurídica:
> - oportunidade e conveniência da contratação;
> - descrição do objeto, à exceção da indicação injustificada de marca
> - conteúdo dos projetos básico e executivo
> - indicativos de quantidade, estimativas de consumo
> - planilhas de preço, incluindo sua composição
> - critérios para aceitabilidade de preços
> - questões que demandem conhecimentos técnicos específicos (incluindo os serviços técnicos profissionais especializados)
> - execução do contrato e sua fiscalização
> - comprovação dos fatos invocados como suporte para alterações contratuais.[26]

A conclusão, a partir dessa linha de pensamento, é, portanto, pela necessidade de checar a presença dos elementos exigidos por lei, **mas não o seu conteúdo**[27], o que nos parece suficiente para indicar os limites de competência da Advocacia-Geral do Estado para situações similares e, em sentido oposto, os dos órgãos e entidades, no exercício de suas atribuições, quando os atos ou processos dependam de análise jurídica ou quando esta se mostre essencial para garantir a segurança jurídica da decisão administrativa, que é sempre do gestor.

Deveras, em se tratando de decisão que esteja na esfera de discricionariedade administrativa do(a) gestor(a), de escolha conforme a conve-

niência e a oportunidade, que decorre da hipótese, do comando ou da finalidade da norma, não compete ao órgão de consultoria e assessoramento jurídico imiscuir-se em nenhum desses aspectos ou caracteres.

O(a) gestor(a) tem legitimidade de promover a apreciação subjetiva, desde que este(a) cumpra seu dever de eleger a opção idônea, assim entendida aquela que a própria lei traz de modo expresso ou a que o órgão de assessoramento jurídico e consultoria do Estado houver identificado como tal, ao atingimento da finalidade legal, à vista da situação fática concreta:

> *A discrição administrativa vai se expressar em um único elemento que é o conteúdo do ato*, porque é na ocasião em que se pratica o ato, elegendo o ato tal ou o ato qual, uma vez decidido o instante de praticá-lo (quando há discrição também quanto a isto), é na providência adotada que realmente se traduz a discrição.(…) *Quando a lei lhe faculta agir ou não, se se omitir em praticar o ato, a discrição vai se traduzir nesta omissão.[28]*

Vale mencionar, em reforço à orientação doutrinária que reconhece a legitimidade da escolha feita no contexto da discricionariedade administrativa, a Recomendação Conjunta nº 2, de 19 de junho de 2020, recém editada pela Presidência do Conselho Nacional do Ministério Público.[29]

Referida norma recomenda aos ramos e às unidades do Ministério Público brasileiro critérios de atuação na fiscalização de políticas públicas e estabelece, entre outros fundamentos, o respeito aos limites das atribuições de cada órgão daquela instituição, bem como a atenção à missão primordial dos órgãos correcionais, de atuar pelo aperfeiçoamento e fortalecimento institucional.

Mencionada Recomendação **reconhece que a decisão administrativa, em geral, e a execução de políticas públicas, em particular, são atribuições exclusivas do gestor e que, por isso mesmo, não incumbe ao Parquet eleger qual, dentre as possíveis opções, deveriam ser indicadas. Os artigos 1º e 2º dessa Recomendação ainda fazem séria advertência aos membros do Ministério Público sobre a importância de se preservar a autonomia administrativa do gestor, a fim de se evitar invasão indevida das atribuições alheias e a multiplicação dos conflitos daí resultantes.**

Confira-se:

> Art. 2º Recomendar aos membros do Ministério Público brasileiro que, na fiscalização de atos de execução de políticas públicas, seja respeitada a autonomia administrativa do gestor e observado o limite de análise objetiva de sua legalidade formal e material.

> Parágrafo único. Diante da falta de consenso científico em questão fundamental à efetivação de política pública, é atribuição legítima do gestor a escolha de uma dentre as posições díspares e/ou antagônicas, não cabendo ao Ministério Público a adoção de medida judicial ou extrajudicial destinadas a modificar o mérito dessas escolhas.

Fazendo coro a essa autonomia do(a) gestor(a), que tem a discricionariedade como instrumento para a tomada de decisões, o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA aprovou, durante o seminário docente realizado em junho de 2019, intitulado "Impactos de Lei nº 13.655/18 no Direito Administrativo", vários enunciados sobre como a decisão administrativa deve ser orientada e interpretada, à luz dos novos paradigmas traçadas pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB. Veja:

> Três: A abertura a distintas "possíveis alternativas", prevista no parágrafo único do art. 20, é imposta a todos os destinatários da LINDB. Os controles administrativo e judicial devem considerar o cenário vivenciado pela Administração ao tempo da decisão ou opinião**, reservando-se a possibilidade de indicação pelo controlador, sem juízo de invalidação ou reprovação, de alternativas administrativas mais adequadas para o futuro**.
> Quatro: As "consequências práticas" às quais se refere o art.20 da LINDB devem considerar, entre outros fatores, interferências recíprocas em políticas públicas já existentes.
> Cinco: A avaliação das consequências práticas, jurídicas e administrativas é indispensável às decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial, embora não possa ser utilizada como único fundamento da decisão ou opinião.
> Treze: A competência para dizer qual é a melhor decisão administrativa é do **gestor**, não do controlador. O ônus argumentativo da ação controladora que imputa irregularidade ou ilegalidade à conduta é do controlador, estabelecendo-se diálogo necessário e completo com as razões aduzidas pelo gestor.
> Dezoito: A LINDB é norma jurídica que impacta todas as regras de direito público, especialmente aquelas que tratam da responsabilização dos agentes públicos que decidem ou emitem opiniões técnicas.
> Vinte: O art.28 da LINDB, para os casos por ele especificados (decisões e opiniões técnicas) disciplinou o § 6º do artigo 37 da Constituição, passando a exigir dolo ou erro grosseiro (culpa grave) também para fins da responsabilidade regressiva do agente público.[30]

No que toca à discricionariedade técnica, Maria Sylvia ensina, a partir do direito italiano, que se trata de uma discricionariedade imprópria, ou seja, neste caso, ao invés de se apresentar discricionariedade administrativa no sentido de apreciação do interesse público a ser perseguido mediante critérios estritamente administrativos, como a oportunidade para abertura de um concurso público ou uma licitação, deverá advir uma decisão

mediante avaliação à base de dados ou critérios eminentemente técnicos, como, por exemplo, um ato administrativo que decide pelo fechamento de um estabelecimento com fundamento em insalubridade.[31]

A discricionariedade técnica indica situações em que, apesar de o ato a ser praticado depender de uma averiguação técnica prévia, a lei faculta à Administração a possibilidade de valorar o fato nela previsto no que concerne à sua importância ou gravidade, de modo a se verificar ou não o cabimento e a necessidade de uma só conduta. Quando a hipótese envolver discricionariedade técnica, cabe, portanto, **ao gestor, e não ao Advogado Público**, observar os dados, elementos, estudos apresentados pelo setor técnico competente, os quais, inclusive, orientarão a valoração jurídica, quanto às normas incidentes na espécie.

Em processo de licenciamento ambiental, por exemplo, cabe ao órgão estadual seccional do Sistema Nacional de Meio Ambiente orientar, analisar e decidir; bem como manifestar-se tecnicamente sobre, por exemplo, a implantação de determinada atividade potencialmente poluidora, cuja atribuição, na tarefa de aplicar a lei, dependerá de uma ponderação entre os impactos negativos, de um lado, e o exercício da atividade econômica, de outro (art. 225 e 170 da CR.88).

Esse processo é acompanhado por corpo técnico que apresenta sua análise baseada em dados concretos, à vista de normas técnicas previamente estabelecidas, da legislação e estudos, como o Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto Ambiental (EIA-RIMA), processo muito complexo e que demanda, na forma dos regulamentos estaduais, valoração técnica, em relação à qual não cabe o órgão jurídico se pronunciar. **No entanto, se houver dúvidas de enquadramento da situação na legislação de regência ou sobre determinada exigência legal, como de uma compensação ambiental, ou de dever imposto por lei de reposição florestal, o órgão competente para esse exame de natureza jurídica é exclusivamente a** AGE.

Vale dizer: da mesma forma que não cabe à AGE, no desempenho de suas atribuições institucionais, questionar dados de natureza técnica, como quanto a ser, ou não, significativo um impacto ambiental, de modo a impor, ou não, o dever de compensar; ou à existência de alternativa técnica ou locacional para implantação de um empreendimento, e intentar decidir a esse respeito, não competindo ao técnico do órgão ambiental a análise sobre a incidência desta ou daquela regra de direito, em havendo dúvida de natureza jurídica.

V - RATIFICAÇÃO E REVISÃO DE PARECER JURÍDICO. PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS. SEGURANÇA JURÍDICA. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA AGE.

Como afirmado, a carreira da Advocacia Pública tem *status* constitucional, cuja essencialidade e exclusividade no desempenho dessa função típica de Estado, de representação judicial e extrajudicial e de consultoria e assessoramento jurídico das unidades federadas, vem sendo soberanamente reconhecida e consolidada pelo STF.

Em sendo atribuição privativa da AGE realizar o controle interno de juridicidade dos atos administrativos, bem como representar o Estado, judicial e extrajudicialmente, sem maiores dúvidas, compete, também, à AGE, **e somente a ela**, rever orientações jurídicas suas, estabelecidas por meio de pareceres, notas jurídicas ou por outras formas oficiais de manifestação.

Numa perspectiva dialógica, a revisitação de orientações jurídicas pela AGE, no exercício de seu múnus constitucional, contribui, ou deve contribuir, com a formação coerente dos precedentes jurídico-administrativos, inclusive por intermédio da atuação judicial, na atividade contenciosa da advocacia pública, de construção de provimentos a serem prolatados em decisões judiciais com efeitos expansivos – como se tem denominado, na doutrina e jurisprudência, **de objetivação** das decisões judiciais para além das características próprias de ações de controle de constitucionalidade de leis - como são o caso de Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDRs, repercussão geral em Recurso Extraordinário, Incidentes de Assunção de Competência – IACs e recursos representativos de controvérsia - repetitivos.

O controle interno de juridicidade dos deveres-poderes administrativos exige coerência e integridade, no ideário de construção e reconstrução sempre em cadeia, de modo a assegurar conformidade de atos posteriores com anteriores, concretizando-se os princípios da segurança jurídica, da isonomia e da eficiência administrativa, inclusive como determinado na legislação estadual, de edição de pareceres referenciais e súmulas administrativas, e no art. 30 da LINDB.

Além disso, ele permite concretizar os desígnios do novo Código de Processo Civil, de cuja interpretação, em sua unidade, emerge o intento de comparticipação e cooperação, pautado nos direitos fundamentais, e no qual todos os sujeitos processuais assumem responsabilidades e possibilidade de interlocução ativa.[32]

Logo, o objetivo de se assegurar coerência e estabilidade na formação de precedentes administrativos tem como instrumento e suporte as regras do processo civil, aplicáveis subsidiariamente aos processos administrativos. De acordo com o art. 10 da Lei Geral do Processo Administrativo no Estado, nº 14.184/2002, todo assunto submetido ao conhecimento da Administração tem natureza de processo administrativo.

A respeito, Tereza Wambier confere interpretação ao art. 15 do CPC, como já tivemos a oportunidade de mencionar, que o robustece em sua adoção para o processo administrativo:

> "O legislador disse menos do que queria. Não se trata somente de aplicar as normas processuais aos processos administrativos, trabalhistas e eleitorais quando não houver normas, nestes ramos do direito, que resolvam a situação. A aplicação subsidiária ocorre também em situações nas quais não há omissão. Trata-se, como sugere a expressão 'subsidiária', de uma possibilidade de enriquecimento, de leitura de um dispositivo sob outro viés, de extrair-se da norma processual eleitoral, trabalhista ou administrativa um sentido diferente, iluminado pelos princípios fundamentais do processo civil. A aplicação supletiva é que supõe omissão. Aliás, o legislador, deixando de lado a preocupação com a própria expressão, precisão da linguagem, serve-se das duas expressões. Não deve ter suposto que significam a mesma coisa, se não, não teria usado as duas. Mas como empregou também a mais rica, mais abrangente, deve o intérprete entender que é disso que se trata".[33]

Ademais, importante ter em mente que a atuação estatal em rede, colaborativa, transversal, para o atingimento das finalidades públicas, não prescinde da atenção aos precedentes jurídicos, publicados sob a forma de pareceres do Advogado-Geral do Estado, com o estabelecimento de novas interpretações, com a revisão de orientações postas ou a distinção para situações concretas.

Dado o valor da adoção dos precedentes administrativos, que ganhou corpo com a entrada em vigor do CPC de 2015, estudiosos do assunto vêm aprofundando a investigação para fundamentar uma teoria de precedentes administrativos no exercício da função administrativa; para demonstrar o proveito de se instituir uma teoria própria para eles, ao nível de direito comparado e ao lado da teoria dos precedentes judiciais no que se coaduna com a **vinculatividade** atribuída à resposta às consultas, conforme o preceito do art. 30 da LINDB.[34]

Mas esse atributo, como vimos, deve ser compreendido no contexto da *liberdade* que detém o gestor público, de não seguir a recomendação do órgão jurídico sem que isso esvazie o monopólio conferido, pela própria Constituição, à Advocacia Pública para emitir a última orientação jurídica sobre qualquer tema que toque à Administração Pública à qual está vinculada.

V.I PRECEDENTES JURÍDICOS E IRRETROATIVIDADE. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE DISTINÇÃO ESPECÍFICA PARA O PRESENTE CASO.

Sob a perspectiva dos precedentes jurídicos da Advocacia-Geral do Estado (pareceres normativos, referenciais, pareceres, notas jurídicas) não se pode deixar de abordar, ainda na esfera da segurança jurídica, a **irretroatividade** de novas interpretações jurídicas, em cumprimento ao disposto no art. 5º, XXXVI, da CR/88 e arts. 6º e 22 da LINDB - diretriz estabelecida no art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei Federal n.º 9.784/99, cuja

> "ideia subjacente é a de que atribuir nova interpretação administrativa a um enunciado normativo significa produzir uma nova norma jurídica e a regra, quanto às novas normas, é a sua irretroatividade."
>
> (…)
>
> [Contudo,]
>
> É preciso deixar claro que a preservação dos atos ou de comportamentos omissivos adotados, com base na irretroatividade da nova interpretação, não significa que a Administração Pública está livre da obrigação de invalidar os atos praticados com vícios insanáveis, assegurando a retroatividade destrutiva e construtiva do ato que decreta a nulidade, observada a ampla defesa e contraditório prévios. A regra geral permanece: excluída a hipótese de decadência (artigo 54 da Lei Federal nº 9.784 e dispositivos da legislação estadual ou municipal como o artigo 65 da Lei Mineira nº 14.184/2002), diante de um vício grave e inconvalidável, é dever do Poder Público suprimir retroativamente o ato contaminado, destruindo os efeitos dele decorrentes e construindo a realidade que deveria ocorrido se não presente o ato ilícito. Tal conclusão prevalece quando o gestor público identifica o vício insanável e, principalmente, quando tal vício é indicado em parecer jurídico sobre a matéria, com garantia, sempre, de ampla defesa e de contraditório.[35]

Nessa linha de pensamento, é indispensável fazer-se **distinção para a manifestação jurídica aqui esgrimida**, porque, para além da vinculatividade do parecer jurídico - e se recomendará que este seja publi-

cado na forma de parecer normativo -, **as competências privativas da Advocacia Geral do Estado decorrem diretamente do texto constitucional** - art. 132 da CR/88 e 128 da CEMG, das LCs nº 83/2005 e nº 75/2004 e respectivos regulamentos.

O alcance das atribuições institucionais das Procuradorias dos Estados vêm sendo estabelecido, sempre na mesma direção de entendimento pelo STF e as manifestações da AGE também, como não poderia deixar de ser, vêm ratificando sua competência privativa para controle de juridicidade, decorrente, diretamente, da Constituição, sendo oportuno mencionar recente parecer jurídico-normativo, de nº 18.350, de julho de 2020, da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, conforme parte da ementa a seguir:

> PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA UNIFORMIDADE DA JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO ÓRGÃO CENTRAL DO SISTEMA DE ADVOCACIA DE ESTADO DE ASSEGURAR UNIDADE JURÍDICA AO ESTADO. CARÁTER VINCULANTE DA INTERPRETAÇÃO DE NORMA JURÍDICA FIXADA NAS CONCLUSÕES DOS PARECERES E MANIFESTAÇÕES OFICIAIS DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO.
>
> 1. Da adequada aplicação dos princípios da segurança jurídica e da uniformidade da jurisprudência administrativa, bem como da competência constitucional do órgão central de coordenação do Sistema de Advocacia de Estado de assegurar unidade jurídica ao Estado e promover a unificação da jurisprudência administrativa do Estado, conforme o disposto no art. 115, inciso III, da Constituição do Estado, bem como no art. 2º, inciso IX, da Lei Complementar nº 11.742, de 17 de janeiro de 2002, e no art. 1º, inciso I, da Lei nº 13.116, de 30 de dezembro de 2008, decorre o caráter vinculante da interpretação das normas jurídicas fixada nas conclusões dos Pareceres e demais manifestações oficiais da Procuradoria-Geral do Estado, os quais encerram a jurisprudência administrativa do Estado, a todos os órgãos e entidades da Administração Pública Estadual Direta e Indireta.
>
> 2. O caráter vinculante da interpretação das normas jurídicas fixada nas conclusões dos Pareceres e demais manifestações oficiais da Procuradoria-Geral do Estado, em respeito ao primado da segurança jurídica, impõe a sua estrita observância pelos órgãos e entidades da Administração Pública Estadual Direta e Indireta no caso de efetiva prática de ato com fundamento na norma objeto de interpretação e orientação jurídicas, respeitadas as suas competências legais e constitucionais, bem como possibilitado pedido formal de revisão ao Procurador-Geral do Estado mediante manifestação fundamentada acolhida pela autoridade máxima do órgão consulente ou do órgão de controle interno.

Portanto, toda a fundamentação expendida no corpo do presente parecer, que subsidiará a resposta à consulta que o motivou e, de conseguinte, as próprias conclusões e assertivas que serão fixadas, têm caráter **interpretativo**, não se tratando, na oportunidade, de fixar nova orientação ou de alterar orientação jurídica já estabelecida, até porque não há divergência jurídico-constitucional acerca da natureza das competências da procuradoria/advocacia de Estado.

Por esta razão, entende-se que, **independentemente de orientação jurídica sobre as competências privativas do órgão de representação judicial e extrajudicial e de consultoria e assessoramento jurídico, que, no âmbito estadual, é a AGE, eventuais atos e processos praticados e decididos com usurpação das suas competências sujeitam-se, em tese, à invalidação.**

VI - PARECER VINCULATIVO. INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL CONFORME O ART. 30 DA LINDB.

A Lei Complementar Estadual nº 75/2004 preceitua, em seu art. 7º, o seguinte:

> Art. 7º – O parecer do Advogado-Geral do Estado, aprovado pelo Governador do Estado:
> I – quando publicado, obriga toda a Administração;
> II – quando não publicado, obriga as autoridades que dele devam tomar conhecimento.
> § 1º – Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral do Estado aqueles que, emitidos pelas Assessorias Jurídicas, sejam por ele aprovados e submetidos ao Governador do Estado.
> § 2º – Os pareceres aprovados pelo Advogado-Geral do Estado inserem-se em coletânea denominada «Pareceres do Advogado-Geral do Estado», a ser editada pelo órgão oficial de imprensa do Estado.

As recomendações expedidas pelo Advogado-Geral do Estado têm natureza **vinculante**[36] e são de observância obrigatória, nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei Delegada nº 103/2003, ratificada no art. 4º, VIII, da Lei Complementar nº 81/2004:

> Art. 1º – Sujeitam-se à orientação normativa e à supervisão técnica do Procurador-Geral do Estado os órgãos, assessorias e unidades jurídicas das autarquias estaduais e fundações instituídas e mantidas pelo Estado, bem como a Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual.
> Parágrafo único – A supervisão técnica a que se refere este artigo compreende a prévia manifestação do Procurador-Geral do Estado sobre os

nomes indicados para a chefia dos órgãos, assessorias e unidades jurídicas referidos no "caput".
Art. 2º – Cabe ao Procurador-Geral do Estado, quando necessário, expedir recomendações dirigidas aos órgãos, assessorias e unidades jurídicas das autarquias e fundações mencionadas no artigo 1º, e à Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual, no sentido de que sejam alteradas as teses jurídicas sustentadas nas ações da responsabilidade daquelas entidades, visando a adequá-las à jurisprudência dominante no Tribunal de Justiça do Estado, nos Tribunais Superiores e no Supremo Tribunal Federal.
Parágrafo único – Têm natureza vinculante e são de observância obrigatória as recomendações expedidas pelo Procurador-Geral do Estado com base no "caput" deste artigo.
(…)
Art. 4º – São atribuições do Procurador do Estado da carreira da Advocacia Pública do Estado:
(…)
VIII – subsidiar a orientação normativa e a supervisão técnica exercidas pelo Advogado-Geral do Estado nas assessorias jurídicas dos órgãos da Administração direta do Poder Executivo e nas procuradorias das autarquias estaduais e das fundações instituídas e mantidas pelo Estado, sem prejuízo do disposto nas Leis Delegadas nº 103, de 29 de janeiro de 2003, e nº 110, de 31 de janeiro de 2003;

Ao seu turno, a Resolução AGE nº 26, de 2017[37], que dispõe sobre a organização, competências e procedimentos da Consultoria Jurídica, estabelece que os pareceres visam responder às consultas de maior complexidade ou de grande repercussão, e serão aprovados pelo Advogado-Geral do Estado (art.11). Os pareceres referenciais devem ser observados pelos órgãos e entidades do Estado, bem como pelas unidades setoriais da AGE, estando dispensada nova análise individualizada pelos órgãos consultivos, devendo a área técnica atestar, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação (art. 12). E, quanto aos pareceres normativos, aprovados pelo Governador do Estado, obrigam toda a Administração, quando publicado no Diário Oficial do Estado; e todas as autoridades que deles tiverem de ter conhecimento, quando não publicados (art. 13).

Para finalizar, toma-se em consideração a LINDB, da qual se extraem normas que impactam todas as regras de direito público, cujo art. 30 dispõe sobre o **aumento da segurança jurídica**, determinando que as autoridades públicas atuem para concretizar esse princípio de direito, inclusive por meio da observância das orientações contidas em respostas a consultas, cujo instrumento terá caráter vinculante em relação ao

órgão ou entidade a que se destina, até ulterior revisão, nos termos do parágrafo único do mesmo artigo.

A infringência a esse conjunto de normas coloca o gestor público em zona de exposição e risco, invertendo, *ipso facto*, a presunção que antes militava a seu favor sobre a regularidade do ato administrativo. Afinal, se a orientação era vinculante e obrigava toda a Administração, não há porque o Administrador se afastar dela.

VII - CONTROVÉRSIA JUDICIALIZADA. CONSENSUALIDADE. COMPETÊNCIA. CONTEÚDO. LEGALIDADE. ESPAÇO DE CONFORMAÇÃO. SUBMISSÃO À CPRAC.

A análise a ser feita no presente tópico pretende acrescer aos fundamentos já expostos, que dão os contornos das competências privativas da AGE, inclusive e especialmente para a vertente de desjudicialização, de controle de juridicidade de ajustes, acordos e congêneres e de utilização dos mecanismos de consensualidade, mais elementos que conformam e orientam a atuação dos Procuradores do Estado em juízo e fora dele.

Conforme demonstrado, a representação judicial e extrajudicial do Estado se insere no âmbito das competências da AGE, cujas atividades são inerentes à advocacia, conforme Lei nº 8.906/1994. A atuação da advocacia pública para o fim de desjudicialização, que já era crescente no mundo inteiro, passou a ser uma diretriz estabelecida de modo expresso no art. 26 da LINDB:

> Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

No Estado de Minas, essa diretriz já estava contemplada na Lei n.º 23.172, de 2018, que fomenta a **prevenção da judicialização** de conflitos entre particulares e o Estado de Minas Gerais pela utilização de meios consensuais de sua resolução.

A seu turno, a Lei Complementar Estadual nº 151, de 17 de dezembro de 2019, que dispõe sobre a estrutura orgânica da Advocacia-Geral do Estado - AGE e dá outras providências, prevê mecanismos internos para maior eficiência e celeridade na execução de suas atividades con-

sultivas e contenciosas, inclusive com a promoção de atos de conciliação visando à mediação de conflitos, judicializados ou não, de interesse da administração pública estadual (art. 1º-A, inciso XXVIII).[38]

O CPC de 2015 também conferiu fundamento de validade à adoção de instrumentos consensuais, com maior destaque aos arts. 3º, 4º, 6º, 8º e 174, claramente incentivando a **solução consensual** dos conflitos, em tempo razoável, de maneira cooperativa e visando o bem comum, **inclusive e mais especialmente no âmbito da Administração Pública**.

A promulgação da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, passou a prever, de modo expresso, a possibilidade jurídica de conflitos entre particulares e a administração pública virem a ser resolvidos de forma consensual (art. 32, inciso II).

Todo esse sistema assegura um importante passo para a consagração definitiva da **consensualidade** no Direito Administrativo brasileiro, na mesma linha da moderna tendência mundial de *concertação administrativa* e atuação do Estado em rede. Nesse sentido, ao examinar a juridicidade do projeto de lei que resultou na Lei nº 13.655, de 2018, que introduziu modificações na LINDB, a Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara de Deputados assim se pronunciou sobre a o tema:

> "No tocante aos arts. 26 e 27 do projeto, conforme consignado no Parecer (SF) nº 22, de 2017, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, seu objetivo, de fato, é o reforço da prática da administração pública consensual ou dialógica, uma concepção moderna de Estado, que preza pela cultura do diálogo entre a sociedade e os órgãos e entes públicos, em contraponto à administração pública monológica, resistente a esse processo comunicacional. (…) Tais dispositivos buscam uma aproximação entre o administrador e o cidadão, permitindo que estes, por meio do diálogo e do consenso, encontrem soluções que atendam à eficiência administrativa, respeitando-se os direitos e garantias individuais". [39]

Como se vê, há farta legislação reconhecendo o fenômeno da expansão do consensualismo na Administração Pública, o que, para a doutrina estrangeira, "**implica a substituição das relações baseadas na imposição e na autoridade por relações fundadas sobre o diálogo e na busca do consenso**"[40]. E nesse sentido, é preciso não perder de vista o fato de que:

> "(…) a consensualidade **não** oferece riscos aos princípios da legalidade, da indisponibilidade do interesse público ou da supremacia do interesse público. Ao contrário, visa concretizá-los de forma mais adequada e eficiente, em vista das novas características sociais".[41]

Decerto que remanescem, no âmbito de conflitos que envolvem direitos indisponíveis, aspectos em relação aos quais há possibilidade de transacionar ou acordar. O ordenamento jurídico não esgota todas as possibilidades de garantia ou de exercício do direito, havendo espaços, por exemplo, quanto à forma mais efetiva de se cumprir o que está determinado em lei, sendo certo que disponibilidade não equivale a transigibilidade. É possível, por exemplo, que o Poder Público, no exercício da atividade de fomento, faça doação de imóvel a particular para que este implante, ali, determinado empreendimento, de interesse público.[42]

Essa mesma compreensão, nos idos do ano de 2002 – e, portanto, muito antes das inovações legislativas, que vieram para incentivar e estabelecer, como opções para a Administração Pública atuar de forma eficiente, a conciliação e a mediação[43] – o Supremo Tribunal Federal já se posicionava pela legitimidade de acordo firmado por municipalidade, como se extrai da posição externada pela Ministra Ellen Gracie, ao fixar a validade de uma transação, ao entendimento de que:

> Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF).[44]

Ao seu turno, a arbitragem, como forma de heterocomposição de conflitos, também se constitui em legítimo instrumento de que se pode valer a Administração Pública, nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.307/96, com a redação da Lei nº 13.129/2015.[45] É prevista no art. 23-A da Lei nº 8.987/95, incluído pela Lei nº 11.196/2005, como mecanismo privado hábil para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas a contratos de concessão, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.[46]

A arbitragem, no atual estágio legislativo, é reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça como instrumento viável para ser adotado pela Administração Pública, direta e indireta, bem como da arbitrabilidade nas relações societárias, a teor das alterações promovidas pelas Leis nº 13.129/2015 e 10.303/2001.[47]

O mesmo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de controvérsia relativa a reequilíbrio econômico-financeiro de contrato administrativo, precedido de licitação, após firmar que, tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, consagrou o entendimento de que o restabelecimento de equilibro econômico e financeiro de contrato administrativo tem caráter eminentemente patrimonial e, portanto, constitui direito disponível para fins de aferição quanto ao cabimento e prevalência da arbitragem.[48]

Por fim, e não menos importante, convém discorrer sobre a atuação do Advogado Público em juízo, no contexto das competências aqui mencionadas e da discricionariedade administrativa (técnica e administrativa).

Conforme se referiu acima, são atividades **privativas** de advocacia a postulação ao Poder Judiciário e aos juizados especiais, bem como as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas, nos termos do art. 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.906/94, sendo o advogado indispensável à administração da justiça (art. 3º), cujo exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional exercem atividade de advocacia e se sujeitam-se ao regime da Lei nº 8.906/94, além do regime próprio a que se subordinem.

Este regime próprio a que estão subordinados os Procuradores do Estado, aliado ao ente público que "presentam" em Juízo ou extrajudicialmente, é o que os distingue dos advogados privados, eis que a legitimidade que detém o advogado público para representar a pessoa jurídica de direito público decorre diretamente do texto constitucional, **o que não afasta a natureza inerente à atividade de advocacia.**

Nesse sentido, os(as) Advogados(as) Públicos(as) estão submetidos a todas as regras atinentes ao exercício da advocacia, integrando obrigatoriamente a Ordem dos Advogados do Brasil, arcando cada qual com o pagamento de suas anuidades, submetendo-se aos deveres e sendo destinatários das prerrogativas enunciadas no Estatuto da Ordem. Em

outras palavras, são advogados como quer a própria Constituição, no Título da Seção 11, do Capítulo IV e seus artigos subsequentes (arts. 131 e 132), com todos os ônus e bônus da profissão.

Conclui-se, pois, que os(as) Procuradores(as) do Estado, como advogados(as) que são, em sua atuação judicial e extrajudicial, quer seja na elaboração de impugnações, defesas e recursos, quer seja no assessoramento jurídico à solução consensual de conflitos, previamente ou de forma intercorrente em processo judicial, fazendo análise jurídica prévia à celebração de compromissos para eliminar incertezas e irregularidades, **não têm modificada a natureza da atividade que exercem: advocacia típica.**

É bem de se ver, inclusive, que o Estatuto da OAB não faz qualquer distinção entre a figura do advogado privado com o público. E muito embora a atuação desse último se dê nos limites de suas competências institucionais, é certo e inarredável que seu mister continua possuindo caráter estritamente jurídico.

Dito de outro modo, o(a) advogado(a), público(a) ou privado(a), não pode ser chamado(a) a responder pelas escolhas daquele que representa, não tendo qualquer responsabilidade sobre o mérito de acordos, ajustes, compromissos ou adequação das alternativas eleitas pelo(a) gestor(a) ou cliente. No âmbito do direito público, todo esse conjunto de coisas se insere no rol de competências que recaem exclusivamente sobre o(a) gestor(a), a quem compete exercitar, por sua própria conta, sem intervenção do(a) Procurador(a) do Estado, todos os juízos de natureza técnica, financeira, orçamentária e de escolha da melhor opção de política pública, conforme ao direito.

PROPOSIÇÕES CONCLUSIVAS

Diante da fundamentação expendida, em resposta à consulta, podem-se estabelecer as seguintes diretivas:

> i. A natureza privativa das competências de representação judicial e extrajudicial e de consultoria e assessoramento jurídico do Estado pela Advocacia-Geral do Estado decorre diretamente do texto constitucional, conforme a consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 132 da CR/88 e 128 da CEMG, encontrando respaldo, ainda, no caso de Minas Gerais, nas LCs nº 151/2019, nº 83/2005 e nº 75/2004 e respectivos regulamentos, bem como do Estatuto da OAB, Lei 8.906/1994.
> ii. Compete privativamente ao Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais dirimir divergências ou conflitos de natureza jurídica entre assessorias

e/ou procuradorias e Procuradores e rever orientações jurídicas para atualizá-las, harmonizá-las com leis novas e com a evolução jurisprudencial.
iii. Sempre que houver dúvidas de natureza jurídica é a Advocacia- Geral do Estado o órgão competente para, com exclusividade, estabelecer a devida orientação à administração ativa e revê-la, quando for o caso.
iv. O presente parecer, de natureza interpretativa, não estabelece nova orientação nem altera orientação jurídica já estabelecida pela AGE. Ao mesmo tempo, ele confere fundamento de validade e orienta eventuais invalidações de atos e processos pretéritos, praticados e decididos com usurpação das competências privativas da instituição, de representação judicial e extrajudicial e de consultoria e assessoramento jurídico do Estado de Minas Gerais.
v. Não se pode afirmar a existência de conflito entre posições de natureza técnica e jurídica, dada a distinção de áreas de conhecimento e o regime de competências segregados por área de atuação entre órgãos e entidades estaduais, inclusive entre setores administrativos de um mesmo órgão ou entidade.
vi. A valoração de elementos de natureza técnica pode, contudo, abrir espaço para decisões distintas, permitindo, legitimamente, ao (à) gestor(a) público(a), na esfera de sua competência, fazer opção que exija valoração jurídica sob outra perspectiva, sem significar que esse exame de natureza jurídica se confunda com aspectos de natureza técnica e/ou possa prejudicar ou interferir no dever que toca ao (à) gestor(a) público(a) de decidir, na esfera da discricionariedade administrativa ou técnica e com obediência aos princípios fundantes do Estado de Direito Democrático e aos princípios fundamentais e regras constitucionais e infraconstitucionais.
vii. O plexo de competências da Advocacia-Geral do Estado, centrado no controle de juridicidade de atos e processos administrativos e na representação judicial extrajudicial do Poder Executivo do Estado, abrange suas atribuições clássicas e não se modifica ou se desnatura quando do exercício de outra faceta de suas atribuições, como de participação em reuniões, assessoramento para elaboração e revisão de acordos ou instrumentos afins, inclusive por meio de mecanismos legais de consensualidade, limitando-se à sua competência estritamente jurídica e não usurpando o espaço de discricionariedade administrativa e/ou técnica, própria à atuação da gestão administrativa, nos termos e limites legais.
viii. O princípio da eficiência administrativa determina os termos e a forma de organização da administração pública com a atribuição legal das respectivas competências, promovendo-se a segregação de funções e a viabilidade de atuação por meio de instâncias de governança de forma intersetorial, transversal e integrada, visando à efetividade das ações governamentais e à concretização do ideal do Estado em rede, sempre respeitadas as respectivas competências legais.
ix. O respeito às competências legais é imprescindível, não apenas à organização interna como também à apuração e à definição de responsabilidades, em casos de abusos e consequente vulneração de princípio(s) que rege(em) a administração pública e danos ao patrimônio público.

x. A atuação da Advocacia Pública na defesa do Estado em juízo respalda-se no regime constitucional próprio a que se subordina e ao Estatuto da OAB, Lei nº 8.906/94, constituindo-se, a obrigação de advogado, em obrigação de meio e não de resultado e nos limites deste mister, em qualquer seara de atuação.

Recomenda-se a adoção do presente parecer como "Parecer Normativo" e sua publicação do Diário Oficial do Estado para lhe conferir a eficácia prevista no art. 7º, inciso I, da Lei Complementar Estadual nº 75/2004 combinado com o art. 30, parágrafo único, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

É como se submete à consideração superior.

Nilza Aparecida Ramos Nogueira
Procuradora do Estado de Minas Gerais

Wallace Alves dos Santos
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica

Aprovado.

Ana Paula Muggler Rodarte
Advogada-Geral Adjunta

Sérgio Pessoa de Paula Castro
Advogado-Geral do Estado

Aprovo do Parecer.

ROMEU ZEMA NETO
Governador do Estado de Minas Gerais

REFERÊNCIAS

[1] que estabelece a estrutura orgânica do Poder Executivo do Estado.

[2] MINAS GERAIS. Lei 157/1936. Dispõe sobre a organização do Serviço Contencioso e de Consultas Jurídica do Estado.

[3] MINAS GERAIS. Lei nº 1.271/1955. Regula a cobrança da dívida ativa estadual, reorganiza o Departamento Jurídico do Estado e dá outras providências.

[4] MINAS GERAIS. Lei nº 7.130/1977. Dispõe sobre a reorganização do Departamento Jurídico do Estado e dá outras providências.

[5] MINAS GERAIS. Lei nº 7.900/1980. Institui a Procuradoria Geral do Estado de Minas Gerais e dá outras providências.

[6] ADI 3.345, rel. min. Celso de Mello, j. 25-8-2005, P, *DJE* de 20-8-2010.], = AI 733.387, rel. min. Celso de Mello, j. 16-12-2008, 2ª T, *DJE* de 1º-2-2013). Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1079>

[7] Julgados disponíveis em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=advocacia%20de%20estado&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 30 jul. 2020.

[8] BINENBOJM, Gustavo. *Parecer.* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-gustavo-binenbojm-projeto.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2020.

[9] Inteiro teor do acórdão, p. 77. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=541503>. Acesso em 31 jul. 2020.

[10] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***A responsabilidade do advogado do Estado***. Artigo disponível em: <http://abrap.org.br/wp-content/uploads/2012/12/res.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2020.

[11] Art. 1º-A da LC 83/05.

[12] Não desconhecemos quem sustente que, quando a manifestação do Procurador Parecerista assumir um efeito vinculante, esse traço pode trazê-la, de arrasto, para a mesma posição do gestor, como se houvesse compartilhamento do poder decisório administrativo. Foi o que deu a entender o Ministro Joaquim Barbosa, por ocasião do julgamento do MS nº 24.631-6/DF, no qual ponderou que toda vez que a lei estabelecer a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixaria de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. Com o devido respeito e acatamento, não perfilhamos desse entendimento, que é isolado, contraria o regime de competências previsto na própria Constituição Federal e, no nosso caso, na Constituição do Estado de Minas Gerais e na legislação infraconstitucional;, afasta-se da realidade da Advocacia Pública e, além de tudo isso, foi objeto de críticas insuperáveis por juristas de escol. Entre todos, citamos Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Fabrício Motta, para quem: "*Seria inteiramente irrazoável pretender punir o advogado só pelo fato de sua opinião não coincidir com a do órgão controlador, até mesmo levando em consideração que nem sempre os técnicos e membros dos Tribunais de Contas têm formação jurídica que os habilite a exercer atividade de con-*

sultoria, assessoria e direção jurídicas, ***que é privativa da advocacia, nos termos do artigo 1º, II, do Estatuto da OAB.*** *Mesmo em se tratando de controle exercido por membros do Ministério Público, nada existe em suas atribuições institucionais que lhes permita* ***censurar ou corrigir opinião emitida licitamente por qualquer advogado, seja público ou privado****. Por isso mesmo, sua responsabilização depende da demonstração de que o advogado, ao proferir sua opinião, agiu de má-fé, com culpa grave ou erro grosseiro. De outro modo,* ***faltará aos advogados o mínimo de segurança jurídica*** *para o exercício de suas funções, consideradas essenciais à justiça pelos artigos 131 e 133 da Constituição Federal, com a garantia da inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão. O fato é que, se o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável, se está alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência (que constituem fontes do direito), não há como responsabilizar o advogado pela opinião manifestada em parecer jurídico nem a autoridade que, com base nele, proferiu a decisão. Não parece que o caráter vinculante ou facultativo do parecer, na classificação do Ministro Joaquim Barbosa, seja relevante para fins de responsabilização do advogado público.* ***O que é relevante é a verificação do elemento subjetivo com que atuou. Se agiu de má-fé, se praticou erro grosseiro, se atuou com dolo, cabe a sua responsabilização."*** (Advocacia pública e sua atuação no procedimento licitatório: fundamentos, limites e responsabilização. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de janeiro, v. 270, p. 285-299.2015, p. 297-298.) (Negritamos).

[13] BINENBOJM, Gustavo. Parecer citado, p. 28.

[14] É exatamente isso o que estabelece o art. 17 da Resolução AGE nº 26/2017, que dispõe sobre a organização, competências e procedimentos da Consultoria Jurídica na Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, ***verbis***: Art. 17. As minutas de editais de licitação, bem como as de contratos, convênios, parcerias, acordos ou ajustes sujeitas ao exame da Consultoria Jurídica ou de assessorias e procuradorias jurídicas do Estado, devem ser encaminhadas com, no mínimo, 12 (doze) dias de antecedência em relação à data preestabelecida para sua publicação ou celebração, nos termos do Decreto nº 43.224, de 21 de março de 2003. (…) §3º A nota jurídica ou parecer jurídico deve se restringir à análise jurídica da questão submetida à consulta, sendo **defeso** ao Procurador adentrar na análise de aspectos técnicos, econômicos e financeiros, bem como nas questões adstritas ao exercício da competência e da discricionariedade administrativa, a cargo das autoridades competentes" – negritamos.

[15] Parecer AGE/NCCJ nº 15.723/2016. Disponível em < http://www.age.mg.gov.br/institucional/bases-juridicas/2329>. Acesso em 10 ago. 2020.

[16] Nesse sentido, tratando de agentes públicos, Parecer AGE/NCCJ nº 15.998, de 2018. Disponível em <http://www.age.mg.gov.br/institucional/bases-juridicas/2495>. Acesso em 05 ago. 2020.

[17] BRASIL. Decreto nº 9.830/2019. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm>. Acesso em 10 ago. 2020.

[18] BRASIL. MP 966, de 13 de maio de 2020. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em 8 ago. 2020.

[19] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6428. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5913301> Acesso em 10 ago. 2020.

[20] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

[21] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14.ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 526-529.

[22] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2007 p. 67.

[23] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle judicial*. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.48. (Em itálico no original)

[24] Di Pietro; Motta. Artigo citado, pp. 287 e 289.

[25] Di Pietro; Motta. Artigo citado, p. 289.

[26] DI PIETRO; MOTTA. Artigo citado, pp. 292-294.

[27] Até mesmo porque escapam ao domínio do conhecimento e competência da Advocacia Pública aspectos técnicos, operacionais, financeiros, orçamentários, que permeiam atos, procedimentos, acordos administrativos, a exemplo de Termos de Compromisso e de Ajustamento de Conduta, cujos valores indicados em tais instrumentos, a sistemática de adimplemento, os mecanismos de aferição e fiscalização das obrigações de fazer e de pagar, entre outros, não são compreendidos pelas competências do órgão de consultoria jurídica; ou mesmo em contratos, em que o seu objeto se constitui em ato de gestão sobre a necessidade pública que será atendida com sua celebração e são estipulados deveres, obrigações e direitos das partes, ficando por conta, mesmo, das respectivas áreas técnicas e do gestor público essa tarefa.

[28] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 21 e 22. (Em itálico no original)

[29] Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/RECOMENDAO-CONJUNTA-PRESI-CN-N-2-DE-19-DE-JUNHO-DE-2020-1.pdf>. Acesso em 30 jul 2020.

[30] Disponível em < http://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova--enunciados-sobre-a-lindb>. Acesso em: 31 jul. 2020 – g.n.

[31] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 112.

[32] THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco e PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC*: fundamentos e sistematização. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 20.

[33] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. P*rimeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil – artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 75.

[34] Conferir: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Precedentes no Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018).

[35] CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. ***Jurisprudência nova, mudança na interpretação administrativa: irretroatividade da nova orientação***. 22.10.2019. Disponível em: <http://raquelcarvalho.com.br/2019/10/22/jurisprudencia-nova-mudanca-na-interpretacao-administrativa-irretroatividade-da-nova-orientacao/#:~:text=A%20ideia%20subjacente%20%C3%A9%20a,normas%2C%20%C3%A9%20a%20sua%20irretroatividade.>. Acesso em 03 ago. 2020.

[36] No sentido de que constituem a última palavra no tocante à orientação jurídica ali mencionada, prevalecendo sobre qualquer outra porventura emitida, inclusive com aptidão para tornar ineficaz manifestação, anterior ou posterior, que a contrarie.

[37] Disponível em < http://www.age.mg.gov.br/images/stories/downloads/resolucoes/2017-resolucao-26c.pdf>. Acesso em 31 jul. 2020.

[38] De que podem ser exemplos controvérsias acerca de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, as quais, nos termos do enunciado 19 da I Jornada de Direito Administrativo do STJ, "integram a categoria das relativas a direitos patrimoniais disponíveis, para cuja solução se admitem meios extrajudiciais adequados de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem". (Disponível em <https://www.dizerodireito.com.br/2020/08/enunciados-da-i-jornada-de-direito.html#more>. Acesso em 10 ago. 2020).

[39] Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1598338&filename=Tramitacao-PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+7448/2017>.

[40] CHEVALLIER, Jacques. Synthèse. In: FORTIN, Yvonne (Dir.) ***La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980***. Paris: L'Harmattan, 1999. p. 397-414. p. 403.

[41] MEGNA, Bruno Lopes. A Administração Pública e os meios consensuais de solução de conflitos ou "enfrentando o Leviatã nos novos mares da consensualidade". In: ***Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo***. São Paulo, n. 82, p. 1-30, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/TEMP/df94c644-0220-47b2-be50-bb6722b18022.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2020. ***apud*** CASTRO, Sérgio Pessoa de Paula. Desjudicialização e atuação preventiva como pilares da Advocacia Pública: inovações, resultados e perspectivas no âmbito da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. ***Revista da AGU***, 2020 – g.n.

[42] Cuida desse assunto a autora Luciane Moessa de Souza, em sua obra ***Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos:*** Negociação, Mediação e Conciliação na esfera Administrativa e Judicial. Belo Horizonte: Fórum. 2012, pp. 70, 71 e 170, 171, citando BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. ***Transações administrativas***. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 521.

[43] Podendo-se mesmo entender que "o ordenamento jurídico brasileiro já contempla **uma obrigação administrativa de preferência pela busca de uma solução consensual de conflitos intersubjetivos de interesses que alcancem os da própria administração pública** (…)". NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. ***Revista de Informação Legislativa***, v. 55,

n. 218, p. 63-84, abr./jun. 2018. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63.pdf) – g.n.

[44] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 253885, Relator(a): ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 04/06/2002, DJ 21-06-2002 PP-00118 EMENT VOL-02074-04 PP-00796

[45] Vale citar aqui a feliz síntese de Carlos Alberto Carmona, para quem a autonomia contratual do Estado só pode ser negada se ele agir *como Poder Público* (*hipótese em que não haveria margem para disponibilidade do direito*) [ou seja, em situações de efetivos direitos-poderes indisponíveis, a exemplo do dever de fiscalização do contrato. *In Arbitragem e Processo: um comentário à lei 9.307/96*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 45.

[46] BRASIL. Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987compilada.htm>. Acesso em 10 ago. 2020.

[47] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC 151.130/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/11/2019, DJe 11/02/2020. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=ADMINISTRA%C7%C3O+E+P%DABLICA+E+ARBITRAGEM&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 10 ago. 2020.

[48] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 904.813-PR. 3. Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 20.10.2011. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1099244&num_registro=200600381112&data=20120228&formato=PDF>. Acesso em 10 ago. 2020.

Referência:

MINAS GERAIS. Advocacia-Geral do Estado. Parecer 16.256, de 15 de setembro de 2020. *Direito Público*: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v.18, n.1, p. 261-301, jan./dez., 2021.

PARECER

PROCEDÊNCIA: Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão.

INTERESSADOS: Ministério Público e Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, Vale S/A, Ministério Público Federal.

NÚMERO: 16.299

DATA: 20 de janeiro de 202l.

PRECEDENTES: Parecer Jurídico AGE/CJ 15.613. Parecer Normativo AGE 16.256

EMENTA: ROMPIMENTO DAS BARRAGENS B-I, B-IV e B-IVA DA MINA CÓRREGO DO FEIJÃO, DE RESPONSABILIDADE DA VALE S/A. OCORRÊNCIA DE SEVEROS DANOS AMBIENTAIS E SOCIOECONÔMICOS. AJUIZAMENTO DE AÇÕES CIVIS PÚBLICAS BUSCANDO A REPARAÇÃO INTEGRAL DOS DANOS. CELEBRAÇÃO DE DIVERSOS TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA ENTRE ÓRGÃOS DE CONTROLE E A VALE S/A. VANTAGENS DA SOLUÇÃO NEGOCIADA SOBRE A MULTIPLICIDADE DE DEMANDAS JUDICIAIS PRESENTES E FUTURAS. TERMO DE COMPROMISSO PARA REPARAÇÃO DO DANO. SISTEMATIZAÇÃO DAS AÇÕES E MEDIDAS DESTINADAS À PRESERVAÇÃO DA POSSIBILIDADE DE SE BUSCAR A REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO. NÃO EXAURIMENTO DAS AÇÕES E MEDIDAS PELO TERMO DE COMPROMISSO. PREVISÃO DE PROGRAMAS E PROJETOS DE REPARAÇÃO E COMPENSAÇÃO SOCIOAMBIENTAL E SOCIOECONÔMICA. PARTICIPAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES ENVOLVIDAS E DOS ATINGIDOS.

REFERÊNCIAS NORMATIVAS:

> Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB. Código de Processo Civil. Leis Federais ns. 7.347, de 1985, e 13.105, de 2015; 13.140, de 2015; Lei estadual n. 23.172, de 2018, e Lei Complementar 151, de 2019.

RELATÓRIO

1. Trata-se de solicitação de análise acerca da juridicidade da minuta preliminar, ainda em construção, de Termo de Compromisso a ser firmado entre o Estado de Minas Gerais, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, o Ministério Público Federal e a Vale S/A, tendo por objeto a definição das obrigações de fazer e de pagar para a Vale S/A, visando à reparação de danos, impactos e prejuízos causados em decorrência do rompimento das barragens B-I, B-IV e B-IVA, da mina Córrego do Feijão.

2. Como é notório, em 25 de janeiro de 2019, ocorreu o rompimento das Barragens B-I, B-IV e B-IVA da mina denominada Córrego do Feijão, correspondente ao Complexo Minerário Paraopeba II, situado no município de Brumadinho e de responsabilidade da empresa Vale S/A, o que causou severos prejuízos não só a ele, mas também a, pelo menos, 22 (vinte e dois) outros municípios que compõem a denominada Bacia do Rio Paraopeba[1].

3. Desde então, foram movidas diversas ações judiciais pela Advocacia Geral do Estado, pelo Ministério Público Estadual e pela Defensoria Pública Estadual em face da Vale S/A, buscando a reparação integral dos danos causados pelo rompimento da barragem, tanto voltada para a recuperação do eixo socioambiental quanto para a do eixo socioeconômico.

4. Para além das muitas liminares e tutelas de urgência deferidas contra a empresa, tem-se notícia de que também foram celebrados inúmeros Termos de Ajustamento de Conduta, versando sobre o rompimento e seus desdobramentos, nos quais se percebe, com enorme clareza, a complementaridade, sinergia e interseção das medidas judiciais e extrajudiciais voltadas à reparação, recuperação e compensação dos danos aqui mencionados.

5. Já decorreu mais de um ano desde que o Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública Estadual da Comarca de Belo Horizonte proferiu sentença parcial de mérito reconhecendo, no bojo das ações nº 5026408-67.2019.8.13.0024, 5044954-73.2019.8.13.0024 e 5087481.2019.8.13.0024, a responsabilidade da mineradora pela ocorrência do rompimento aqui noticiado. Ao mesmo tempo em que a decisão definiu que a responsabilidade pelo rompimento

---

1 Segundo se extrai da leitura das informações disponibilizadas pelo Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco – CBHSF, criado por decreto presidencial de 5 de junho de 2001 no sítio eletrônico https://cbhsaofrancisco.org.br/comites-de-afluentes/cbh-do-rio-paraopeba-sf3-minas-gerais/, a Bacia Hidrográfica do Rio Paraopeba é formada por 48 municípios, a saber: Belo Vale; Betim; Bonfim; Brumadinho; Cachoeira da Prata; Caetanópolis; Casa Grande; Congonhas; Conselheiro Lafaiete; Contagem; Cristiano Otoni; Crucilândia; Curvelo; Desterro de Entre Rios; Entre Rios de Minas; Esmeraldas; Felixlândia; Florestal; Fortuna de Minas; Ibirité; Igarapé; Inhaúma; Itatiaiuçu; Itaúna; Itaverava; Jeceaba; Juatuba; Lagoa Dourada; Maravilhas; Mario Campos; Mateus Leme; Moeda; Ouro Branco; Ouro Preto; Papagaios; Pará de Minas; Paraopeba; Pequi; Piedade dos Gerais; Pompéu; Queluzito; Resende Costa; Rio Manso; São Brás do Suaçuí; São Joaquim de Bicas; São José da Varginha; Sarzedo; Sete Lagoas.

recai mesmo nas mãos da Vale S/A, ela determinou que os danos decorrentes desse fatídico evento sejam apurados no futuro, por meio de liquidação de sentença, o que ainda não foi levado a cabo.

6. Talvez por isso mesmo as instituições que integram o polo ativo das ações civis públicas e a própria Vale S/A, estimuladas e aconselhadas pelo Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte/MG e pelo CEJUSC de 2º Grau, tenham seguido em negociações paralelas até chegarem a um consenso quanto à celebração do Termo de Compromisso anexo e encerramento dos litígios existentes. E ao que inferimos, tudo isso está sendo feito com vistas a tornar mais eficiente a implantação das medidas de reparação, recuperação, mitigação, reabilitação, remediação e compensação dos danos, em benefício dos atingidos, sem ter que obrigá-los a percorrer a *via crucis* da liquidação de sentença.

7. É nesse contexto que a minuta do Termo de Compromisso anexa nos é apresentada para análise, que é empreendida previamente à celebração do documento e prolação de qualquer decisão pelo CEJUSC 2º Grau, homologatória da transação que os partícipes acima nomeados pretendem realizar.

PARECER

8. De plano, cabe repisar que a análise empreendida por esta Consultoria Jurídica se restringirá aos aspectos puramente legais da minuta trazida pela Consulente. Como o art. 17, § 3º, da Resolução AGE nº 26/2017, veda que o procurador do Estado adentre em qualquer aspecto técnico, econômico ou financeiro, bem como em questões adstritas ao exercício da competência e da discricionariedade administrativa, ocupar-nos-emos apenas da adequação do Termo de Compromisso no que tange aos seus aspectos jurídicos e redacionais.

9. Até porque o expediente e as notícias veiculadas amplamente após cada uma das audiências preliminares ocorridas indica que os aspectos técnicos e operacionais do acordo em referência, os valores pretendidos, a sistemática de adimplemento e os mecanismos de aferição e fiscalização das obrigações de fazer e de pagar, entre outros, foram exaustivamente discutidos pelas áreas técnicas do Estado de Minas Gerais (reunidas no chama-

do Comitê Gestor Pro-Brumadinho[2]), do Ministério Público Estadual e Federal e da Defensoria Públicas Estadual, com oitiva dos representantes das próprias comunidades ou populações atingidas e da Vale.

10. Com efeito, vale ressaltar que muitas das discussões relativas a esses pontos e/ou aos seus reflexos foram levadas ao próprio Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública de Belo Horizonte e ao CEJUSC 2º grau, que vêm exercendo papel singular e indispensável de mediação do conflito existente, estimulando as partes, desde o início e mesmo após a prolação da sentença parcial, a obterem uma solução **consensada**.

11. Nesse particular, já é possível observar que a atuação dos partícipes do Termo de Compromisso aqui mencionado encontra **fundamento** e **validade** no próprio Código de Processo Civil de 2015 que, com maior destaque aos artigos 3º[3], 4º[4], 6º[5], 8º[6] e 174[7], claramente incentiva a **solução consensual** dos conflitos,

---

2 Criado pelo Decreto com numeração especial 176, de 26 de fevereiro de 2019, o Comitê Gestor Pro Brumadinho reúne vários órgãos do governo do Estado de Minas Gerais que atuam de forma intersetorial em colaboração institucional no âmbito governamental e extragovernamental, tenho como objetivo coordenar as ações estaduais de recuperação, mitigação e compensação dos danos causados à população dos municípios atingidos pelo rompimento da Barragem I da Mina Córrego do Feijão no município de Brumadinho.

3 Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

4 Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

5 Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

6 Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

7 Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo

em tempo razoável, de maneira cooperativa e visando ao bem comum, **inclusive e mais especialmente no âmbito da administração pública**.

12. Nesse mesmo ano, a promulgação da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública passou a prever, de modo expresso, a possibilidade jurídica de conflitos entre particulares e a administração pública virem a ser resolvidos de forma consensual (art. 32, inciso II)[8].

13. As alterações legislativas promovidas[9], em 25 de abril de 2018, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942), asseguraram um importante passo para a consagração definitiva da **consensualidade** no Direito Administrativo, prevendo de modo expresso a possibilidade de celebração de termo de compromisso para eliminar incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público (art. 26)[10].

14. Aliás, ao examinar a juridicidade do projeto de lei que resultou na materialização das alterações acima mencionadas, a Comissão

---

órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

8 Lei nº 13.140/2016. Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: (…) II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público.

9 Pela Lei nº 13.655/2018.

10 LINDB – Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. § 1º O compromisso referido no caput deste artigo: I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; II – (VETADO); III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara de Deputados assim se pronunciou sobre a evolução do direito administrativo em direção a uma moderna tendência mundial de *concertação administrativa*[11] e atuação do Estado em rede[12]:

> "No tocante aos arts. 26 e 27 do projeto, conforme consignado no Parecer (SF) nº 22, de 2017, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, seu objetivo, de fato, é o reforço da prática da administração pública consensual ou dialógica, uma concepção moderna de Estado, que preza pela cultura do diálogo entre a sociedade e os órgãos e entes públicos, em contraponto à administração pública monológica, resistente a esse processo comunicacional. (…) Tais dispositivos buscam uma aproximação entre o administrador e o cidadão, permitindo que estes, por meio do diálogo e do consenso, encontrem soluções que atendam à eficiência administrativa, respeitando-se os direitos e garantias individuais"[13].

15. Na esfera estadual, a Lei nº 23.172, de 20 de dezembro de 2018, fomenta a **prevenção da judicialização** de conflitos entre particulares e o Estado de Minas Gerais pela utilização de meios consensuais de sua resolução. A seu turno, a Lei Complementar Estadual nº 151, de 17 de dezembro de 2019, que dispõe sobre a estrutura orgânica da Advocacia-Geral do Estado - AGE e dá outras providências, prevê mecanismos internos para maior eficiência e celeridade na execução de suas atividades consultivas e contenciosas, inclusive com a promoção de atos de conciliação visando à mediação de conflitos judicializados ou não, de interesse da administração pública estadual (art. 1º-A, inciso XXVIII)[14].

---

11 Dito de outro modo, a terminação consensual de conflitos. Ou como prefere Vital Moreira, "concertação é o esquema que consiste em as decisões serem apuradas como resultado de negociações e do consenso estabelecido entre o Estado e as forças sociais interessadas, limitando-se o Governo e a Administração a dar força oficial às conclusões alcançadas" (*In* Auto-regulação profissional e administração pública. Coimbra: Almeida, 1997. p. 57).

12 Expressão disseminada por Castells (1999) e que se caracteriza pela integração de órgãos e entidades no desempenho de políticas públicas, o que assegura difusão do poder decisório, participação democrática e transparência.

13 Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1598338&filename=Tramitacao-PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+7448/2017

14 Lei Complementar 151/2019. Art. 1º-A. Art. 1º-A – A AGE tem por finalidade o exercício de funções essenciais à Justiça, nos termos da Constituição da República e da Constituição do Estado, competindo-lhe privativamente: (…) XXVIII – promover,

16. Como se vê, há farta legislação reconhecendo o fenômeno da expansão do consensualismo na administração pública, o que, para a doutrina estrangeira, "**implica a substituição das relações baseadas na imposição e na autoridade por relações fundadas sobre o diálogo e na busca do consenso**"[15]. E nesse sentido, é preciso não perder de vista o fato de que:

> "(…) a consensualidade **não** oferece riscos aos princípios da legalidade, da indisponibilidade do interesse público ou da supremacia do interesse público. Ao contrário, visa concretizá-los de forma mais adequada e eficiente, em vista das novas características sociais"[16].

17. Portanto, é inegável a **possibilidade jurídica** da celebração de Termo de Compromisso trazido pela Consulente que, como dito, visa justamente ao rápido e eficaz atendimento do interesse público, consistente na abreviação do fim de processos judiciais e administrativos que poderiam se alongar e impedir que a reparação dos danos causados pelo rompimento da barragem fosse efetuada.

18. Sendo viável a celebração desse ajuste[17], deve ser reforçada a constatação de que a juridicidade da proposta em análise também reside no fato de as cláusulas e disposições deste Termo de Compromisso terem sido amplamente verificados, em seus aspectos técnico-operacionais, pelos órgãos do Poder Executivo Estadual e demais instituições jurídicas signatárias do instrumento, sendo de se destacar sobretudo as revisões e aperfeiçoamen-

---

por meio de conciliação, mediação e outras técnicas de autocomposição, a solução dos conflitos, judicializados ou não, de interesse da administração pública estadual;

15 CHEVALLIER, Jacques. Synthèse. In: FORTIN, Yvonne (Dir.) La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980. Paris: L'Harmattan, 1999. p. 397-414. p. 403.

16 MEGNA, Bruno Lopes. A Administração Pública e os meios consensuais de solução de conflitos ou "enfrentando o Leviatã nos novos mares da consensualidade". In: Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, n. 82, p. 1-30, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/TEMP/df-94c644-0220-47b2-be50-bb6722b18022.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2020. Apud CASTRO, Sérgio Pessoa de Paula. Desjudicialização e atuação preventiva como pilares da Advocacia Pública: inovações, resultados e perspectivas no âmbito da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. Revista da AGU, 2020 – g.n.

17 Que, inclusive, tem estrutura semelhante à de outra transação firmada pelo Estado de Minas Gerais e a União Federal com a Samarco, no contexto do incidente envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, no complexo minerário de Germano, em Mariana, visando a extinção das ações judiciais propostas à época.

tos que teriam sido empreendidos pelas Secretarias de Estado de Saúde, de Infraestrutura e Mobilidade, de Planejamento e Gestão e de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável.

19. Esse proceder indica o exercício efetivo da **discricionariedade administrativa** por parte de quem ostenta deter competência para a prática dos atos que culminarão na assinatura e/ou homologação de um Termo de Compromisso ou documento equivalente pelas autoridades investidas dos Poderes Judiciário e Executivo, Ministério Público e Defensoria Pública.

20. E se essa discricionariedade alcançou tanto os aspectos de ordem técnica quanto os de natureza administrativa e de governança das obrigações e compromissos previstos no aludido instrumento, nada há o que ser acrescido nesse particular. Significa dizer: cabia mesmo aos órgãos técnicos, de direção e controle social (no caso do Ministério Público) escolher, **entre as múltiplas possibilidades existentes**, quais aquelas que deveriam traduzir as obrigações previstas na minuta em análise.

21. Como esse juízo de oportunidade e conveniência está devidamente materializado nos *Considerandos* e cláusulas constantes de um Termo de Compromisso que tem, na sua construção, a própria intervenção do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, resta a esta Consultoria Jurídica apenas e tão somente o papel de verificar a adequação formal do texto proposto.

22. **Sob esse prisma, entendemos que as disposições se encontram redigidas de forma clara e consentânea com a estrutura do documento e os objetivos traçados pelos próprios partícipes. Firmes no princípio da consensualidade e em tudo o que dele deriva, inclusive em termos de buscar a realização mais rápida e eficiente do interesse público, não visualizamos nenhuma irregularidade na redação do Termo de Compromisso proposto**.

23. Pelo contrário. A nosso sentir, o texto apresentado observa a dicotomia entre reparação e compensação socioambiental, ressalvando o que será alcançado pela transação e o que não será, em que eixos temáticos e a qual beneficiários as medidas ali previstas deverão ser endereçadas e quem não se encontra alcançado pela transação que aqui se pretende validar.

24. Esse primeiro cuidado já denota adequado tratamento legal do Termo de Compromisso sobre o que é disponível e, portanto, passível de disposição e transação, e o que não o é.

25. **Assim, o que diz respeito a direitos indisponíveis ou particulares até pode estar mencionado no corpo da minuta, desde que devidamente excluído da esfera de abrangência do documento em questão ou tratado como mínimo de indenização (não sujeita a qualquer limite pecuniário máximo)**. Por outro lado, no que tange aos direitos disponíveis, verificamos que o acordo, tal qual se encontra redigido, envolve, nesse ponto, quitação ampla dos pagamentos devidos ao erário, de sorte que os gestores precisam estar cientes de que **todos** os custos diretos e indiretos relacionados ao cumprimento dessa parte do acordo estão compreendidos no preço global que está sendo negociado pelas partes e que eventual excedente haverá de ser suportado exclusivamente pelo próprio orçamento das Pastas envolvidas em cada um dos projetos.

26. Dentro dessa lógica, todo o Termo de Compromisso está orientado pela noção de que a reparação do meio ambiente precisa atender à diversidade dos danos decorrentes do rompimento, incluindo os danos de natureza continuada, os danos intercorrentes (que são aqueles gerados ao ecossistema desde o rompimento até a completa recuperação socioambiental), os danos ainda em estado latente, a compensação pelos danos ambientais não recuperáveis ou irreversíveis, os danos morais coletivos e os danos sociais (Cláusula 1.1).

27. Adotou-se, inclusive, a premissa de que as medidas de reparação socioambiental corresponderão à recuperação **integral** dos impactos e danos causados pelo rompimento **e não estarão sujeitas a limite pecuniário**, sendo que os valores dispendidos para a reparação socioambiental e os projetos a ela relacionados, à exceção da compensação ambiental, não serão considerados para fins de cálculo do valor total pactuado no termo (Cláusula 2.1).

28. Do mesmo modo, também foram previstas medidas de compensação socioambiental correspondentes às ações, projetos, obras, atividades e medidas executadas como forma de **compensação aos impactos e danos socioambientais que não possam ser reparados integralmente**, cujos valores a serem fixados e despendidos para sua realização contemplam apenas os danos socioambientais já conhecidos (Cláusula 4.2), e não a compensação de eventuais danos ambientais decorrentes do Rompimento, que não estejam referenciados no Anexo IX e que sejam considerados irrecuperáveis (Cláusula 4.3, alínea "d").

29. Paralelamente, também há previsão de execução de projetos socioambientais e socioeconômicos, considerados como tais o conjunto de outras medidas a cargo da Vale S/A, idealizadas e apresentadas pelo Poder Executivo de Minas Gerais, de acordo com programas tecnicamente fundamentados, e que são considerados adequados para promover a reparação integral pelos danos socioambientais e socioeconômicos decorrentes do rompimento (Cláusula 4.4.3 e seguintes).

30. Como se observa da leitura do Termo em questão, o valor total a ser desembolsado pela Vale S/A, conforme cronograma, para o cumprimento das medidas e ações de reparação socioeconômica e de compensação socioeconômica, por meio da execução de Programas elaborados pelo Poder Executivo Estadual, ainda não consta da minuta, sendo objeto de discussão que, ao que tudo indica, só será finalizada por ocasião da derradeira homologação da transação, se houver. Mas como essa questão é **eminentemente técnica**, cabendo às áreas responsáveis aferir a suficiência dos valores acordados, a ausência da especificação de valores não obsta a análise de juridicidade requerida da Advocacia-Geral do Estado.

31. Basta aqui que anotemos que, do total a ser definido, parte será destinada aos Projetos de Demandas das Comunidades Atingidas (Cláusula 4.4.1), parte ao Programa de Transferência de Renda à População Atingida (Cláusula 4.4.2), que é solução definitiva do Pagamento Emergencial, parte aos Projetos de Segurança Hídrica (Cláusula 4.4.7), parte ao Programa de Mobilidade a ser gerido e executado diretamente pelo Poder Executivo Estadual (Cláusula 4.4.8) e parte ao Programa de Fortalecimento do Serviço Público (Cláusula 4.4.9). Todas essas transferências consubstanciam obrigação de pagar cargo da Vale S/A. E ainda haverá uma outra parte que será destinada à realização dos programas cuja forma de execução (obrigação de fazer) será definida mais adiante, no processo de detalhamento de projetos, e deverá ser levada a efeito pela própria Vale S/A, podendo, excepcionalmente, ser realizada pelo Poder Executivo de Minas Gerais ou por empresas ou instituições contratadas com a observância das previsões legais incidentes.

32. Cumpre observar que houve grande preocupação em **excluir** desse teto de gastos as despesas com: a) restauração e recuperação socioambiental integral, inclusive dos danos desconhecidos, futuros ou supervenientes; b) indenizações referentes aos direi-

tos individuais; c) execução das obrigações previstas nos termos de compromisso e acordos judiciais referentes ao Rompimento já firmados e não novados ou extintos expressamente por este Acordo; d) compensação de eventuais danos ambientais decorrentes do Rompimento, que não estejam referenciados no Anexo IX e que sejam considerados irrecuperáveis; e) execução das demandas emergenciais, exceto do pagamento emergencial, com destaque para o abastecimento de água potável, aquisição de insumos e equipamentos para ações de monitoramento em saúde executadas pela Fundação Ezequiel Dias (FUNED) em função do rompimento, fornecimento de silagem e para as obras relacionadas às estruturas remanescentes, cujos valores não poderão ser descontados da reparação socioeconômica e socioambiental; f) monitoramento da água subterrânea para consumo humano conforme plano de monitoramento a ser submetido pela Vale e aprovado pela SES, sem prejuízo da continuidade das ações de monitoramento e de instalação de tecnologias de tratamento de água subterrânea, que já estão em curso, até que ocorra a aprovação pela SES do referido plano de monitoramento; g) custeio das ações desenvolvidas pelo auxiliar técnico do Juízo competente, ou que sejam determinadas por este; h) referentes ao deslocamento compulsório temporário decorrente do Rompimento, de obras emergenciais ou de reparação, e consequente alocação, que deve se dar em moradia temporária adequada, qual seja, em condições similares à moradia do realocado, enquanto perdurar a causa do deslocamento. Devem ser observadas as especificidades locais e a vontade das pessoas atingidas, se serão alocadas em hotéis ou em casas disponibilizadas pela Vale, enquanto perdurar a causa do deslocamento. Os valores decorrentes destas medidas não poderão ser descontados da reparação socioeconômica e socioambiental (Cláusula 4.3).

33. De uma forma ou de outra, consta do acordo que os parâmetros utilizados para fins de verificação da quitação das obrigações de recuperação integral socioambiental serão aqueles previstos nas normas brasileiras e nos indicadores definidos no Plano de Reparação Socioambiental que vier a ser aprovado pelo SISEMA, levando-se em conta, ainda, a situação anterior ao rompimento, como não poderia deixar de ser (Cláusula 2.2).

34. Em termos de governança, o Termo de Compromisso também prevê a necessidade de estabelecimento de instrumentos específicos para alguns projetos (Cláusula 4.5) e de outro sistema de governança com modelagem própria já definida em cada um dos Anexos que compõem o acordo (Cláusulas 4.11, 7.6.1 e 11.7, entre outros).

35. Tudo isso visa a garantir que esse processo seja ao mesmo tempo **participativo** e **efetivo**, com previsão clara das competências de cada organismo, fluxos, prazos, marcadores e foro para definição de eventuais inflexões, contando com a participação de pessoas atingidas diretamente ou por meio das assessorias técnicas. Isso porque **o Termo de Compromisso assegura aos atingidos o direito à ampla participação no âmbito da governança do processo de reparação integral dos danos socioeconômicos decorrentes do rompimento**, o que reforça a noção de consensualidade e de eficiência no atingimento célere do interesse público (Cláusulas 5.1 e seguintes).

36. E por fim, anotamos que o Termo de Compromisso também institui garantia financeira para os pedidos não extintos (Cláusula 8.1.1) e autoriza, desde logo, que os valores atualmente bloqueados pelo Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte/MG, nas ações civis públicas que tiverem como causa de pedir o rompimento das Barragens B-I, B-IV e B-IVA, da Mina denominada *"Córrego do Feijão"*, no Município de Brumadinho sirvam para custear o cumprimento das obrigações assumidas pela Vale S/A (Cláusula 8.1).

37. Esse breve resumo das principais pactuações propostas para o Termo de Compromisso indica rigor e aprimoramento técnico na sua elaboração, orientado a alcançar a máxima efetividade das ações e medidas, por meio da reparação integral dos danos provocados pelo rompimento das barragens da Mina *"Córrego do Feijão"*, no menor lapso temporal possível.

38. Para além do resguardo jurídico dos interesses individuais, difusos e coletivos e do interesse secundário do Poder Público, o que sempre foi motivo de redobrada preocupação pelas instituições que firmarão o Termo de Compromisso com a Vale S/A, seus aspectos técnicos foram devidamente aferidos pelas áreas competentes, inclusive as Secretarias de Estado de Saúde, de

Infraestrutura e Mobilidade, de Planejamento e Gestão e de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável.

39. E como se já não bastasse esse controle prévio, também houve a estipulação de uma rígida sistemática de verificação do devido cumprimento do objeto, contando, para tanto, com o apoio de estruturas técnicas operativas e qualificadas e da atuação de órgãos externos ao Poder Executivo estadual. Nesse tocante, observa-se que foi inclusive conferida certa primazia ao Ministério Público Estadual no que respeita à aprovação dos projetos e seus detalhamentos e acompanhamento da execução de ações voltadas às reparações socioambientais (vide, exemplificativamente, o disposto nas Cláusulas 3.8, 5.1 e 6.3).

40. Dentro de toda essa perspectiva, ainda que o instrumento proposto não consolide todas as medidas e ações para a reparação integral do dano, não há como negar que a solução ajustada por meio deste Termo de Compromisso **tende** a ser mais vantajosa, do ponto de vista temporal e de resolução definitiva do litígio, que a inauguração de várias frentes de atuação nas ações civis públicas em curso, por sistematizar os esforços em um grande conjunto orgânico de ações e medidas paralelas e multissetoriais.

41. Sobre esse ponto, a advertência constante do Parecer AGE nº 15.613/2016, que tratava do incidente de rompimento da barragem da Samarco S/A, em Mariana, ainda se apresenta atual e replicável para esse caso:

> "Tal qual sucedeu no caso do Golfo do México, **as causas envolvendo a Samarco e suas controladoras, tendo em vista a defesa dos interesses coletivos, também demandam uma análise holística, de modo a permitir um melhor aproveitamento do rito processual e esgotamento dos meios de prova, evitando-se, dessa maneira, a fragmentação da solução final, que poderá 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 (…)".

CONCLUSÃO

42. Como se verifica da narrativa acima desenvolvida, cuida a minuta em análise de tema permeado de grande tecnicidade que foi resultado da ampla participação direta das respectivas áreas finalísticas do Poder Executivo, dos seus secretários e dirigentes e de agentes externos, como a Defensoria Pública do Estado e os Ministérios Públicos Federal e do Estado.

43. Existe uma performance proativa e cooperativa das entidades públicas envolvidas e da própria Vale S/A, para o alcance do interesse público em jogo. A atuação do Poder Judiciário no caso está indo além do papel homologatório, sendo certo que o MM. Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública de Belo Horizonte e os Desembargadores do CEJUSC de 2º Grau assumiram feição tipicamente mediadora, com intensiva estimulação das partes e ordenação das tratativas que culminaram na proposição deste Termo.

44. Sendo resultado da negociação de tantos atores, a possibilidade de descumprimento de obrigações mutuamente aceitas e acordadas acaba por ser reduzida, sendo essa outra grande virtude do consensualismo na Administração. Os interesses públicos continuam preservados e a transação **abrevia** o fim dos litígios, possibilitando que a reparação e compensação dos danos descritos naquele instrumento seja alcançada de forma mais célere, eficaz e aderente aos anseios da própria população atingida pelo desastre.

45. As disposições do Termo de Compromisso, para muito além de evidenciarem o interesse das partes que exerceram a discricionariedade técnica, administrativa e de governança afetas aos seus respectivos cargos, observam a natureza do dano ambiental e só tratam sobre aquilo que comporta transação.

46. Nesse sentido, está suficientemente claro que as obrigações contratuais ali assumidas não esgotam a responsabilidade da Vale S/A, em especial na seara socioambiental, salvaguardando-se a necessidade de reparação dos prejuízos ainda não conhecidos, latentes e futuros.

47. Os mecanismos de controle, aprovação, execução das obrigações, correção dos valores no tempo e solução de controvérsias porventura oriundas do Termo de Compromisso também estão previstos, inclusive com eleição do Foro competente a tanto. Uma vez homologado, o acordo terá os efeitos estimados na Cláusula 11.20, com aptidão, inclusive, para promover, **nos casos em que**

referida disposição expressamente especifica, o encerramento da fase de acertamento (conhecimento), transformando-se em título executivo judicial para todos os fins de direito (art. 515 do CPC).

48. Ante todo o exposto, ressalvando-se que o presente parecer não aprecia questões de mérito administrativo ou aspectos técnicos, tampouco a viabilidade da sua assinatura pelos pontos de vista social, técnico, econômico e de suficiência ou adequação das medidas de caráter ambiental, **concluímos que as disposições constantes da minuta apresentada se encontram redigidas de forma clara e consentânea com a estrutura do documento e dos objetivos tracejados.**

49. Desde logo registramos que o fato de os membros desta Advocacia-Geral do Estado terem colaborado na interlocução com os demais órgãos externos e sugerido modificações na estrutura redacional ou obrigacional de uma ou mais cláusulas do Termo de Compromisso **não** altera a competência, a responsabilidade e nem a necessidade de as áreas técnicas do Poder Executivo atestarem a adequação das disposições aos objetivos por elas mesmas definidos, no exercício de uma discricionariedade que é delas e não dos procuradores de Estado.

50. Nos termos da Lei Complementar 151/2019, da própria Resolução AGE nº 26/2017 e do próprio Parecer Normativo nº 16.256, a representação judicial ou extrajudicial do Estado e o assessoramento jurídico dos órgãos e entidades do Poder Executivo estadual não podem ser confundidos com o exercício do juízo de conveniência e oportunidade do ato a ser defendido, o que continua sendo privativo do gestor público.

51. Firmes no princípio da consensualidade e em tudo o que dele deriva, inclusive em termos de buscar a realização mais rápida e eficiente do interesse público, entendemos que a minuta do Termo de Compromisso apresentada se reveste de juridicidade e amparo legal, traduzindo o que há de mais moderno e que já se tornou realidade no direito brasileiro , tudo isso permeado pela noção do que é possível no presente momento (e não apenas do que é ideal) e de que uma transação envolve, sempre, concessões recíprocas[18].

---

18 Há muito, o Professor Catedrático da UFM, Dr. Paulo de Neves Carvalho, utilizava-se da expressão "Direito Administrativo vivo" para expressar a ideia de um

52. Pelo menos do ponto de vista puramente abstrato, podemos concluir que a redação adotada no Termo de Compromisso permitirá que se imprima ao processo de reparação integral do meio ambiente e das condições socioeconômicas da região atingida maior celeridade, já que a solução negociada abreviará o tempo de espera da população impactada e do meio ambiente degradado pela restauração das condições anteriores ao desastre.

53. É o parecer.

Belo Horizonte/MG, 20 de janeiro de 2021.

Ricardo Agra Villarim
Procurador do Estado de Minas Gerais

Danilo Antônio de Souza Castro
Procurador do Estado de Minas Gerais

Wallace Alves dos Santos
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica

Aprovo:

Data supra.

---

direito que se faz aberto, consciente dos valores sociais em voga, não limitado à "letra fria da lei". Como apontam Luciana Moraes Raso Sardinha Pinto, Maria Isabel Araújo Rodrigues, Ana Luiza Gomes de Araujo e Evaristo Caixeta Pimenta, essa conceituação aponta para o fortalecimento da teoria do Estado em Rede, que supõe a participação ativa da sociedade por meio de instrumentos como a própria utilização de métodos e técnicas negociais no âmbito das atividades perpetradas pelos órgãos e entidades públicas (*in* O Estado em Rede na lógica do Direito Administrativo. Disponível em: http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/88). Hoje, em função até mesmo das recentes alterações legislativas promovidas e da evolução jurisprudencial, a doutrina reconhece sem dificuldade que "**o ordenamento jurídico brasileiro já contempla uma obrigação administrativa de preferência pela busca de uma solução consensual de conflitos intersubjetivos de interesses que alcancem os da própria administração pública**, inclusive no âmbito dessa mesma administração, notadamente por seus órgãos de advocacia pública, com base numa interpretação corretiva, tendente à máxima conservação das normas presentes nos dispositivos dos arts. 3o, § 2o, 15 e 174, II, do CPC (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, combinados com o art. 32 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015)" (NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 218, p. 63-84, abr./jun. 2018. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63.pdf) – g.n.

Ana Paula Muggler Rodarte
Advogada-Geral Adjunta do Estado de Minas Gerais

Sérgio Pessoa de Paula Castro
Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais

De acordo:

Data supra.

Romeu Zema Neto
Governador do Estado de Minas Gerais

Referência:

MINAS GERAIS. Advocacia-Geral do Estado. Parecer nº 16.299, de 20 de janeiro de 2021. ***Direito Público***: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v.18, n.1, p. 302-318, jan./dez., 2021.

PARECER

PROCEDÊNCIA: Procuradoria de Autarquias e Fundações da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais

INTERESSADO: Procurador Chefe da Procuradoria de Autarquias e Fundações da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais

NÚMERO: 16.301

DATA: 8 de fevereiro de 2021

PRECEDENTES: Parecer AGE/CJ nº 15.951

EMENTA: **PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RPPS. DEPENDENTES. UNIÃO ESTÁVEL**

1. O conceito de união estável está no domínio da Constituição de 1988 e na lei federal, mas os efeitos previdenciários da união estável, especialmente para fins concessão de pensão por morte no regime próprio de previdência social dos servidores públicos, pode ser disciplinada por norma estadual, desde que não invada o campo conceitual do instituto da união estável. Exegese do art. 22, I c/c art. 24, XII, da Constituição de 1988.

2. Para a caracterização da união estável não se exige, na legislação civil, um lapso mínimo de tempo necessário de relacionamento entre os conviventes.

3. O Direito Previdenciário se utiliza dos conceitos dos institutos próprios dos outros ramos do Direito e, sem ofensa a eles, marca sua nota característica. É o caso *sub examinen*, em que a união estável, uma vez caracterizada, pode surtir efeitos previdenciários, nos termos da legislação própria. Não é o caso de se desvirtuar o instituto ou exigir requisitos distintos para sua configuração, mas dar-lhe efeitos conforme peculiaridades previdenciárias.

4. A união estável para gerar direitos previdenciários no âmbito do RGPS deve seguir os comandos da Lei nº 8.213/91 e não somente a legislação civil. Não se trata de acrescer às normas civis exigências para caracterização da união estável, eis que os critérios acrescidos são para gerar o direito previdenciário e não para a caracterização, em si, da entidade familiar.

5.Para a caracterização da união estável, a lei mineira, não exige qualquer lapso temporal, adotando para fins previdenciários a lei civil, que não exige tempo mínimo de convivência (art. 4ª, I c/c §4º, LCE nº 64/2002 c/c art. 226, §3º, da CF/88 c/c art. 1.723, CC c/c art. 1º, da Lei nº 9.278/96).

6. A exigência prática de comprovação de união estável de 5(cinco) anos anteriores ao óbito como condição para a concessão de pensão, observada no inciso I, do art. 5º, do Manual em questão, constitui inovação normativa, de cuja prerrogativa não dispõe o manual em questão, eis que não encontra guarida na legislação federal e nem estadual, conforme demonstrado.

7. No caso de Minas Gerais, o Decreto nº 42.758, de 17/07/2002 não faz exigência da quantidade de provas. O ideal seria que fizesse para eliminar controvérsia. Outrossim, para que haja um mínimo normativo, desejável que o Decreto estadual definisse a quantidade de provas ou que se adotasse do disposto no art. 22, §3º, do Decreto nº 3.048/99 com a alteração do Decreto nº 10.410/2020, que exigem duas provas para a comprovação da união estável. A adoção da norma do RGPS encontra amparo do art. 40, §12, da Constituição de 1988.

8. Recomenda-se adotar no âmbito do Regime Próprio do Estado de Minas Gerais (RPPS) o conteúdo da norma constante do art. 22, §3º, do Decreto nº 3.048/99.

9. Desejável que tal adoção se fizesse por meio de Decreto estadual, alterando as disposições do Decreto nº 42.758, de 17/07/2002, mas se outro for o entendimento, considero defensável aplicar o próprio art. 22, do §3º, do Decreto 3.048/99, *ex vi* do art. 40, § 12 da Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS NORMATIVAS: Constituição da República Federativa do Brasil. Código Civil. Lei Complementar Estadual nº 64/2002.

RELATÓRIO

1. Por meio do Memorando AGE/PAF nº 320/2020, o ilustre Procurador-Chefe da Procuradoria de Autarquias e Fundações encaminha expediente nos seguintes termos:

> Cumprimentando-o cordialmente, vimos encaminhar consulta jurídica a fim de buscar a adequação do artigo 5º do Manual de Pensão do IPSEMG ao Parecer 15.951, no que tange aos requisitos para caracterização de união estável, em especial no que tange à exigência mínima de 05 (cinco) anos de comprovação da união.
> Na oportunidade, renovo as expressões de meu elevado apreço e distinta consideração.

2. Na árvore de movimentações do SEI consta troca de e-mails de Procuradores do Estado cujo assunto principal é a exigência ou não de lapso temporal para comprovação de união estável como requisito para concessão de benefício de pensão por morte pelo falecimento de servidor público estadual.
3. Anexo ao expediente também consta o Manual de Concessão de Benefícios de Pensão por Morte do IPSEMG.
4. Por fim, registre-se constar do presente expediente o Parecer CJ/AGE nº 15.951 assim ementado:

> MILITARES DO ESTADO. PENSÃO ACIDENTÁRIA. LEI ESTADUAL N. 9.683/88. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO E A NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DO ART. 3º, III, LEI 9.683/88 PARA PRESERVAR A IGUALDADE DE DIREITOS ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS UMA VEZ QUE A

CONSTITUIÇÃO FEDERAL AO REDEFINIR O CONCEITO DE FAMÍLIA NÃO ADMITE A HIERARQUIA OU DIFERENÇA DE QUALIDADE JURÍDICA ENTRE A FAMÍLIA CONSTITUÍDA PELO CASAMENTO OU PELA UNIÃO ESTÁVEL. SUPERADA A EXIGÊNCIA LEGAL DO REQUISITO TEMPORAL PARA CARACTERIZAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL.

5. Estudada a legislação, a doutrina e a jurisprudência aplicáveis à espécie, passo a manifestar em parecer, nos estritos limites das indagações postas pelo Consulente. Observo tratar-se de parecer, opinião jurídica, que não dispensa a necessária decisão do gestor como entender de direito e, ainda, que os desdobramentos, especialmente de casos específicos, decorrentes da aplicação do entendimento ora apresentado, devem ser analisados concretamente, com as nuances que cada situação comporta.

PARECER

6. A questão posta à análise demanda o conhecimento e a compatibilização entre dois ramos do Direito: Direito Civil (Direito das Famílias) e Direito Previdenciário.

7. O conceito e a caracterização da união estável pertencem ao Direito das Famílias, que faz parte do Direito Civil, que por seu turno é matéria de competência legislativa privativa da União, nos termos do art. 22, I, da Constituição de 1988.

8. A pensão por morte é um benefício regido pelo Direito Previdenciário, cuja competência legislativa é concorrente entre União e Estados, nos termos do art. 24, XII, da Constituição de 1988. Nessa senda, importante observar que em termos de competência legislativa concorrente, compete à União estabelecer normas gerais e ao Estado as normas específicas (CF, art. 24, §1º).

9. Os requisitos para a caracterização da união estável (hetero ou homoafetiva) são disciplinados pela Constituição e por normas gerais federais. É dizer, pois, que não compete ao Estado a definição de união estável, eis que cabe à Constituição e à União Federal, por meio de lei. Em que pese não competir ao Estado definir a união estável, compete a esse ente federado disciplinar os efeitos previdenciários desse instituto no âmbito de seu regime previdenciário.

10. Com efeito, é certo que o Estado federado não pode incluir no conceito de união estável um determinado requisito cuja com-

petência é da Constituição de 1988 e da Lei federal. No entanto, o Estado pode dispor, em norma própria, a forma de se provar a união estável para fins de concessão do benefício previdenciário no regime próprio de previdência social (RPPS), desde que não invada o campo específico da definição do instituto do Direito das Famílias.

11. Assim, já é possível estabelecer a premissa de que o conceito de união estável está no domínio da Constituição de 1988 e na lei federal, mas os efeitos previdenciários da união estável, especialmente para fins concessão de pensão por morte no regime próprio de previdência social dos servidores públicos, pode ser disciplinada por norma estadual, desde que não invada o campo conceitual do instituto da união estável.

12. A Constituição de 1988, em seu art. 226, §3º define a união estável:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> (…)
> § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

13. Segundo Fábio Zambitte Ibrahim:

> Nessa seara protetiva, uma companheira ou companheiro é pessoa que possui ***animus*** de convivência com o segurado, dividindo vida em comum e buscando uma sociedade conjugal, por afinidade de espírito e busca da plena realização. (IBRAHIM, Fábio Zambitte. ***Curso de Direito Previdenciário***. 16.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 528)

14. O Supremo Tribunal Federal já decidiu em sede de controle concentrado de constitucionalidade, com força vinculante, a possibilidade de caracterização de união estável entre pessoas do mesmo sexo:

> O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional

de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da CF de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do STF para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. União estável. Normação constitucional referida a homem e mulher, mas apenas para especial proteção desta última. (…) A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família". Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da CF, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem "do regime e dos princípios por ela adotados" (…). (…) Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do CC/2002, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. [ADI 4.277 e ADPF 132, rel. min. Ayres Britto, j. 5-5-2011, P, DJE de 14-10-2011.] = RE 687.432 AgR, rel. min. Luiz Fux, j. 18-9-2012, 1ª T, DJE de 2-10-2012 Vide RE 646.721, rel. p/ o ac. min. Roberto Barroso, j. 10-5-2017, P, DJE de 11-9-2017, Tema 498.

15. E, o Sodalício Excelso cada vez mais vem equiparando juridicamente o casamento à união estável, não permitindo discriminações entre os institutos, como fez na fixação da tese em repercussão geral nos Temas 498 e 809, a saber:

> É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002. (A mesma tese foi fixada para o Tema 809).

16. O Código Civil dedica os arts. 1.723 a 1.727 para reger a união estável:

> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.
> § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.
> § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.
> Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.
> Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.
> Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.
> Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

17. Percebe-se que nem a Constituição de 1988 e nem o Código Civil impõem lapso temporal como requisito para definir a união estável.

18. A Lei nº. 8.971/994, que regulamenta o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão foi a primeira a exigir o lapso temporal de 5(cinco) anos para caracterizar a união estável, *verbis:*

> Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

19. Ocorre que o art. 1º, da Lei nº 8.971/94 foi tacitamente revogado pelo art. 1º, da Lei nº 9.278/96, que suprimiu a exigência dos 5(cinco) anos, *verbis:*

> Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

20. Como se vê, atualmente, para a caracterização da união estável não se exige, na legislação civil, um lapso mínimo de tempo necessário de relacionamento entre os conviventes. Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> Em relação à exigência de estabilidade para configuração a união estável, apesar de não haver previsão de um prazo mínimo, exige a norma que a convivência seja duradoura, em período suficiente a demonstrar a intenção de constituir família, permitindo que se dividam alegrias e tristezas, que se compartilhem dificuldades e projetos de vida, sendo necessário um tempo razoável de relacionamento. (STJ, REsp 1761887 / MS, Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, T4 - QUARTA TURMA, DJe 24/09/2019).
>
> A lei não exige tempo mínimo nem convivência sob o mesmo teto, mas não dispensa outros requisitos para identificação da união estável como entidade ou núcleo familiar, quais sejam: convivência duradoura e pública, ou seja, com notoriedade e continuidade, apoio mútuo, ou assistência mútua, intuito de constituir família, com os deveres de guarda, sustento e de educação dos filhos comuns, se houver, bem como os deveres de lealdade e respeito. (STJ, REsp 1194059 / SP, Ministro MASSAMI UYEDA T3 - TERCEIRA TURMA, DJe 14/11/2012).

21. Outrossim, deve-se observar o que pontificou Fábio Zambitte Ibrahim:

> (…) a lei, ao disciplinar o tema, assume, por comodidade, conceitos de uso contínuo, como do de companheiro(a), mas sem necessariamente impor uma submissão plena aos preceitos civilistas da matéria. (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 16 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 528)

22. É dizer que o Direito Previdenciário se utiliza dos conceitos dos institutos próprios dos outros ramos do Direito e, sem ofensa a eles, marca sua nota característica. É o caso *sub examinen*, em que a união estável, uma vez caracterizada, pode surtir efeitos previdenciários, nos termos da legislação própria. Não é o caso de se desvirtuar o instituto ou exigir requisitos distintos para sua configuração, mas dar-lhe efeitos conforme peculiaridades previdenciárias.

23. O tempo de união estável (ou mesmo do casamento) no Regime Geral de Previdência Social (RGPS), associado a outros critérios define, por exemplo, o tempo de duração do benefício de pen-

são por morte. Com efeito, se a união estável (ou o casamento) durou menos de 2 anos e o segurado tiver pago 18 contribuições mensais, a pensão dura somente 4(quatro) meses. Se a união estável durar mais de 2 anos e o segurado tiver mais de 18 contribuições mensais, a pensão pode durar um tempo maior, de acordo com a idade do dependente. Eis o art. 77, da Lei nº 8.213/91.

> Art. 77. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais.
> (…)
> § 2º O direito à percepção da cota individual cessará:
> V - para cônjuge ou companheiro:
> V - para cônjuge ou companheiro: (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
> a) se inválido ou com deficiência, pela cessação da invalidez ou pelo afastamento da deficiência, respeitados os períodos mínimos decorrentes da aplicação das alíneas "b" e "c"; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
> b) em 4 (quatro) meses, se o óbito ocorrer sem que o segurado tenha vertido 18 (dezoito) contribuições mensais ou se o casamento ou a união estável tiverem sido iniciados em menos de 2 (dois) anos antes do óbito do segurado; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
> c) transcorridos os seguintes períodos, estabelecidos de acordo com a idade do beneficiário na data de óbito do segurado, se o óbito ocorrer depois de vertidas 18 (dezoito) contribuições mensais e pelo menos 2 (dois) anos após o início do casamento ou da união estável: (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
> 1) 3 (três) anos, com menos de 21 (vinte e um) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
> 2) 6 (seis) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
> 3) 10 (dez) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
> 4) 15 (quinze) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
> 5) 20 (vinte) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
> 6) vitalícia, com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade.

24. No RGPS o(a) companheiro(a) é dependente do segurado e a legislação de regência disciplina a prova de união estável para fins previdenciários, conforme novel §5º, do art. 16, da Lei 8.213/91, incluído pela Lei nº 13.846, de 2019, *verbis*:

> Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;
(…)
§ 5º As provas de união estável e de dependência econômica exigem início de prova material contemporânea dos fatos, produzido em período não superior a 24 (vinte e quatro) meses anterior à data do óbito ou do recolhimento à prisão do segurado, não admitida a prova exclusivamente testemunhal, exceto na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no regulamento. (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)

25. Como se vê, a união estável para gerar direitos previdenciários no âmbito do RGPS deve seguir os comandos da Lei nº 8.213/91 e não somente a legislação civil. Não se trata de acrescer às normas civis exigências para caracterização da união estável, eis que os critérios acrescidos são para gerar o direito previdenciário e não para a caracterização, em si, da entidade familiar.

26. No caso do regime próprio de previdência social, a recente reforma constitucional da previdência, consubstanciada na Emenda à Constituição nº 103/2019 disciplinou para os servidores federais, a pensão por morte, determinando no art. 23, §4º, *verbis*:

Art. 23 (…)
§ 4º O tempo de duração da pensão por morte e das cotas individuais por dependente até a perda dessa qualidade, o rol de dependentes e sua qualificação e as condições necessárias para enquadramento serão aqueles estabelecidos na Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

27. No caso dos servidores estaduais, prevalece o comando do art. 23, §9º, da EC nº 103/2019:

Art. 23 (…)
§ 8º Aplicam-se às pensões concedidas aos dependentes de servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios as normas constitucionais e infraconstitucionais anteriores à data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, enquanto não promovidas alterações na legislação interna relacionada ao respectivo regime próprio de previdência social.

28. Em Minas Gerais, o regime próprio de previdência dos servidores públicos é disciplinado pela Lei Complementar nº 64/2002, que foi recentemente alterada pela Lei Complementar nº 156/2020 e trata especificamente sobre a união estável para fins previdenciários nos seguintes termos:

Art. 4º – São dependentes do segurado, para os fins desta lei:

I – classe I: o cônjuge ou o companheiro ou a companheira, bem como o filho de qualquer condição que atenda a um dos seguintes requisitos:
(…)
§ 4º – Considera-se companheiro ou companheira a pessoa que mantenha união estável com o segurado, na forma da lei civil.
(…)
§ 6º – A prova de união estável para fins da concessão de pensão será disciplinada nos termos de regulamento, vedada a prova exclusivamente testemunhal.
Art. 5º – A perda da qualidade de dependente ocorre:
(…)
V – para o cônjuge, o companheiro ou a companheira, além das hipóteses previstas nos incisos I, II e IV:
a) pela cessação da invalidez ou pelo afastamento da deficiência, se inválido ou com deficiência, respeitados os períodos mínimos previstos nas alíneas "b" e "c" deste inciso;
b) pelo decurso de quatro meses, se o óbito do servidor ocorrer sem que este tenha efetuado dezoito contribuições mensais ou se o casamento ou a união estável tiverem sido iniciados menos de dois anos antes do óbito do servidor;
c) pelo decurso dos seguintes períodos, estabelecidos de acordo com a idade do dependente na data de óbito do servidor, depois de efetuadas dezoito contribuições mensais e pelo menos dois anos após o início do casamento ou da união estável:
1) três anos, se o dependente tiver menos de vinte e um anos de idade;
2) seis anos, se o dependente tiver entre vinte e um e vinte e seis anos de idade;
3) dez anos, se o dependente tiver entre vinte e sete e vinte e nove anos de idade;
4) quinze anos, se o dependente tiver entre trinta e quarenta anos de idade;
5) vinte anos, se o dependente tiver entre quarenta e um e quarenta e três anos de idade;
6) vitalícia, se o dependente tiver quarenta e quatro anos de idade ou mais;
(Inciso acrescentado pelo art. 3º da Lei Complementar nº 156, de 22/9/2020.)
§ 1º – Aplica-se a regra da alínea "a" ou os prazos da alínea "c" do inciso V do caput ao cônjuge, companheiro ou companheira, independentemente do recolhimento de dezoito contribuições mensais ou da comprovação de dois anos de casamento ou de união estável, se o óbito do servidor for decorrente de acidente de qualquer natureza ou de doença profissional ou do trabalho.

29. Como se vê, para a caracterização da união estável, a lei mineira, não exige qualquer lapso temporal, adotando para fins previdenciários a lei civil, que não exige tempo mínimo de convivência

(art. 4ª, I c/c §4º, LCE nº 64/2002 c/c art. 226, §3º, da CF/88 c/c art. 1.723, CC c/c art. 1º, da Lei nº 9.278/96).

30. A legislação mineira atribui ao regulamento a prova da união estável e estabelece uma única restrição de não admitir prova exclusivamente testemunhal (art. 4º, §6º, LCE nº 64/2002). A deferência ao regulamento para dispor sobre a prova da união estável não permite que este crie requisitos para a configuração deste tipo de relação humana. Há evidente exigência de lei (CF, art. 37).

31. Para José dos Santos Carvalho Filho "[p]oder regulamentar (…) é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação" (Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 33.ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 157).

32. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello "a finalidade da competência regulamentar é a de produzir normas requeridas para a execução de leis quando estas demandem uma atuação administrativa a ser desenvolvida dentro de um espaço de liberdade exigente de regulação ulterior, a bem de uma aplicação uniforme da lei, isto é, respeitosa do princípio da igualdade de todos os administrados" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 336).

33. O poder regulamentar é atividade típica do Poder Executivo, que consiste em dar fiel execução à lei, como determina o art. 84, IV, da Constituição de 1988, replicado, pelo princípio da simetria concêntrica, no art. 90, VII, da Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989.

34. A formalização do poder regulamentar se processa, basicamente, por decretos e regulamentos, tidos como atos de regulamentação em primeiro grau (ibidem, p. 159). Importante ressaltar que o poder regulamentar é subjacente à lei e pressupõe a existência dela, razão pela qual a ele não cabe contrariar a lei. É neste sentido que se diz que seu exercício somente pode se dar em conformidade com o conteúdo da lei e nos limites que esta impuser (*secundum legem*). Consectário lógico é que não podem os decretos e regulamentos criar direitos e obrigações, sendo, porém, legítima a fixação de obrigações subsidiárias ou derivadas, diversas das obrigações primárias ou originárias contidas na lei (ibidem, p. 161).

35. Nesse sentido, o conteúdo do decreto que esteja em desconformidade com a lei comete a denominada insubordinação executiva e configura crise de legalidade, devendo ser invalidado naquilo que extrapola o comando legal, como já assentou entendimento do Supremo Tribunal Federal.

> Se a interpretação administrativa da lei, que vier a consubstanciar-se em decreto executivo, divergir do sentido e do conteúdo da norma legal que o ato secundário pretendeu regulamentar, quer porque tenha este se projetado ***ultra legem***, quer porque tenha permanecido ***citra legem***, quer, ainda, porque tenha investido ***contra legem***, a questão caracterizará, sempre, típica crise de legalidade, e não de inconstitucionalidade, a inviabilizar, em consequência, a utilização do mecanismo processual da fiscalização normativa abstrata. O eventual extravasamento, pelo ato regulamentar, dos limites a que materialmente deve estar adstrito poderá configurar insubordinação executiva aos comandos da lei. (STF, ADI 996 MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 11-3-1994, P, DJ de 6-5-1994 e ADI 4.176 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 20-6-2012, P, DJE de 1º-8-2012)

36. *In casu*, o Decreto nº 42.758, de 17/07/2002, que regulamenta a Lei nº 64/2002, repete os seus dizeres quanto à definição de união estável nos termos da legislação civil (art. 7º), portanto não comete insubordinação executiva.

37. Se nem o Decreto tem o condão de inovar, muito menos o "MANUAL DE CONCESSÃO E MANUTENÇÃO DE BENEFÍCIOS DE PENSÃO POR MORTE", em cujo art. 5º dispõe:

> Art. 5º. Considera-se companheiro, na forma da lei civil, a pessoa que mantenha união estável com o segurado, desde que comprovada a união por no mínimo 05 anos, imediatamente anteriores à data do fato gerador, observando-se:
> I – a comprovação da união estável far-se-á mediante a apresentação de, no mínimo, três das provas constantes do formulário "Verificação de Documentos para Conferência e Montagem do Processo de Pensão" (RS 684-C);
> II - dentre as três provas de que trata o inciso anterior, pelo menos uma deve possuir data retroativa a cinco anos da data de falecimento do segurado, outra deve possuir data do período intermediário e outra referente ao mês anterior ao mês do referido óbito;
> III – a apresentação de sentença judicial declaratória de união estável, transitada em julgado, supre a apresentação de quaisquer outras provas da união previstas neste Manual.

38. A exigência prática de comprovação de união estável de 5(cinco) anos anteriores ao óbito como condição para a concessão de

pensão, observada no inciso I, do art. 5º, do Manual em questão, constitui inovação normativa, de cuja prerrogativa não dispõe o manual em questão, eis que não encontra guarida na legislação federal e nem estadual, conforme demonstrado.

39. A exigência da quantidade provas para união estável, a que se refere o inciso II, do art. 5º, do Manual, diz respeito a operacionalização do comando legal e está no âmbito da normatividade administrativa, encontrando parâmetro na Ordem Jurídica, por ter o teor similar ao do Decreto nº 3.048/99, consistente no Regulamento da Previdência Social (RPS), aplicável ao Regime Geral de Previdência Social. Com efeito, o §3º, do art. 22, do Decreto nº 3.048/99 exigia três provas de união estável em rol exemplificativo, tal exigência passou a duas provas após a alteração advinda do Decreto nº 10.410/2020.

40. No caso de Minas Gerais, o Decreto nº 42.758, de 17/07/2002 não faz essa exigência da quantidade de provas. O ideal seria que fizesse para eliminar controvérsia. Outrossim, para que haja um mínimo normativo, desejável que o Decreto estadual definisse a quantidade de provas ou que se adotasse do disposto no art. 22, §3º, do Decreto nº 3.048/99 com a alteração do Decreto nº 10.410/2020, que exigem duas provas para a comprovação da união estável. A adoção da norma do RGPS encontra amparo do art. 40, §12, da Constituição de 1988, que assim dispõe:

> CF, Art. 40 (...) § 12. Além do disposto neste artigo, serão observados, em regime próprio de previdência social, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o Regime Geral de Previdência Social.

41. Com relação a exigência do inciso III, do art. 5º, do manual, ao determinar que a apresentação de sentença judicial declaratória de união estável, transitada em julgado, supre a apresentação de quaisquer outras provas da união previstas neste Manual é uma norma limitativa da convicção administrativa e não encontra lastro na Lei Complementar Estadual nº 64/2002 ou no Decreto nº 42.748. Nessa senda, o ideal seria que se suprimisse essa exigência do inciso III, do art. 5º do Manual, constando apenas a exigência do inciso II do mesmo artigo que já disciplina à satisfação a matéria. Registre-se que no caso sentença judicial declaratória de união estável, transitada em julgado, deve se considerar que certamente no bojo do processo existem outras provas e também não elimina, para fins previdenciários, a possibilidade do inte-

ressado fazer outras provas para atender a exigência, devendo observar que não se admite prova exclusivamente testemunhal, §6ª, do art. 4º, da LCE nº 64/2002. No caso, a sentença seria uma, dentre duas provas exigíveis, conforme recomendado.

42. Assim, recomenda-se adotar no âmbito do Regime Próprio do Estado de Minas Gerais (RPPS) o conteúdo da norma constante do art. 22, §3º, do Decreto nº 3.048/99, a saber:

> Decreto nº 3.048/99
> Art. 22 (…)
> (…)
> § 3º Para comprovação do vínculo e da dependência econômica, conforme o caso, deverão ser apresentados, no mínimo, dois documentos, observado o disposto nos § 6º-A e § 8º do art. 16, e poderão ser aceitos, dentre outros: (Redação dada pelo Decreto nº 10.410, de 2020).
> I - certidão de nascimento de filho havido em comum;
> II - certidão de casamento religioso;
> III - declaração do imposto de renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente;
> IV - disposições testamentárias;
> ~~V - anotação constante na Carteira Profissional e/ou na Carteira de Trabalho e Previdência Social, feita pelo órgão competente; (Revogado pelo Decreto nº 5.699, de 2006)~~
> VI - declaração especial feita perante tabelião;
> VII - prova de mesmo domicílio;
> VIII - prova de encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil;
> IX - procuração ou fiança reciprocamente outorgada;
> X - conta bancária conjunta;
> XI - registro em associação de qualquer natureza, onde conste o interessado como dependente do segurado;
> XII - anotação constante de ficha ou livro de registro de empregados;
> XIII - apólice de seguro da qual conste o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária;
> XIV - ficha de tratamento em instituição de assistência médica, da qual conste o segurado como responsável;
> XV - escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome de dependente;
> XVI - declaração de não emancipação do dependente menor de vinte e um anos; ou
> XVII - quaisquer outros que possam levar à convicção do fato a comprovar.

CONCLUSÃO

Ex positis, a fim de adequar o MANUAL DE CONCESSÃO E MANUTENÇÃO DE BENEFÍCIOS DE PENSÃO POR MORTE do IPSEMG aos ditames legais, doutrinários e jurisprudenciais e evitar ou mesmo eliminar discussões judiciais recomenda-se não aplicar o art. 5º, do referido manual e adotar na legislação estadual, mediante ajustes necessários, o conteúdo do art. 22, §3º, do Decreto nº 3.048/99, que disciplina a prova de união estável para fins previdenciários no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Desejável que tal adoção se fizesse por meio de Decreto estadual, alterando as disposições do Decreto nº 42.758, de 17/07/2002, mas se outro for o entendimento, considero defensável aplicar o próprio art. 22, do §3º, do Decreto 3.048/99, *ex vi* do art. 40, § 12 da Constituição de 1988.

É o parecer que submetemos à elevada apreciação superior.

Belo Horizonte, aos 08 de fevereiro de 2020.

Marcelo Barroso Lima Brito de Campos
Procurador do Estado de Minas Gerais

Aprovado:

Ana Paula Muggler Rodarte
Advogada Geral Adjunta Consultivo

Sérgio Pessoa de Paula Castro
Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais

Referência:

MINAS GERAIS. Advocacia-Geral do Estado. Parecer 16.301, de 8 de fevereiro de 2021. *Direito Público*: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v.18, n.1, p. 319-333, jan./dez., 2021.

PARECER

PROCEDÊNCIA Secretaria de Estado da Educação

INTERESSADO Secretário de Estado da Educação

NÚMERO 8.480

DATA 23 de março de 1993

EMENTA SERVIDORES DA REDE ESTADUAL DE ENSINO. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE GESTANTES NA DESIGNAÇÃO PARA FUNÇÕES ADMINISTRATIVAS E DE MAGISTÉRIO EM ESCOLAS PÚBLICAS ESTADUAIS. É ilegal e até inconstitucional a exclusão de servidoras gestantes, designadas para funções de magistério e administrativas em escolas da rede estadual, com o fim de se evitar que elas se afastem do serviço, logo após entrarem em exercício, para gozo de licença maternidade.

PARECER

RELATÓRIO

O Sr. Secretário de Estado da Educação formula consulta a esta Procuradoria, indagando se é possível impedir a designação de servidoras na fase final de gestação para o exercício de funções de magistério e administrativas em escolas públicas.

Esclarece que a indagação se deve à ocorrência de situações em que servidoras gestantes designadas para funções nas escolas da rede estadual afastam-se em licença maternidade logo após assumirem o cargo.

É o relatório, passo a opinar.

FUNDAMENTAÇÃO

Sumário

1 Licença Maternidade e Proteção à Gestante

2 Disciplina Legal da Designação

3 Proteção Constitucional ao Trabalho da Mulher

DESENVOLVIMENTO

1 LICENÇA MATERNIDADE E PROTEÇÃO À GESTANTE

A licença maternidade é um instituto previsto no próprio texto constitucional, que dispõe, em seu art. 7º, inciso XVIII:

> Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
> (…)
> XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias;

Esse direito social foi estendido também aos servidores públicos, por força do art. 39, §2º, da Constituição Federal.

O instituto tem sua origem na Convenção nº 3, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, de 1919, e sua finalidade é assegurar um afastamento da gestante antes e depois do parto, de maneira a que ela possa receber a necessária assistência, bem como dá-la ao recém-nascido.

A Carta de 1988 ampliou essa licença, pois a CLT (art. 392) previa 12 semanas, e agora o prazo é de 120 dias.

Há no texto constitucional uma expressa intenção de se proteger o trabalho da mulher grávida. De fato, além da licença assegurada à gestante, existe também a sua estabilidade provisória, prevista no art. 10, II, b, do ADCT.

Em face disso, entende-se na doutrina serem as duas garantias correlatas, como anota AMAURI MASCARO NASCIMENTO:

> "… os dois institutos se combinam. Confirmada a gravidez, inicia-se a proibição da dispensa imotivada, no período adjacente ao parto." (***Curso de direito do trabalho***, 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p.538)

Delineados os contornos do instituto, da proteção constitucional do trabalho da gestante e da aplicabilidade da licença aos servidores públicos, vejamos a disciplina específica de designação das servidoras para escolas da rede estadual.

2 DISCIPLINA LEGAL DA DESIGNAÇÃO

No âmbito do Estado de Minas Gerais, o Quadro de Pessoal das unidades estaduais de ensino foi instituído pela Lei nº 9.381, de 18.12.86.

A Resolução nº 7.023/92, da Secretaria de Estado da Educação, estabelece normas complementares para organização desse Quadro de Pessoal.

Referida Resolução, em seu art. 25, disciplina a ordem de prioridade pra classificação dos candidatos a designação.

Se alguma candidata gestante qualificar-se para designação, dentro das prioridades fixadas pelo mencionado art. 25, não haverá fundamento legal para excluí-la, pois nem a Resolução preveem esse tipo de restrição.

E, se houvesse tal tipo de previsão, seria ela certamente inconstitucional, na medida em que estaria criando uma discriminação ao trabalho da mulher, o qual a Carta Política de 1988 procurou a toda vista proteger.

3 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO TRABALHO A MULHER

O art. 7º, inciso XXX, da Constituição de 1988, estabelece que:

> "Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
> (…)
> XXX – proibição de diferença de salários, de **exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade ou estado civil**."
> (g.n.)

Explicando o sentido da previsão constitucional, José Afonso da Silva esclarece que:

> "Não é igualdade perante a lei, mas igualdade em direitos e obrigações. Significa que existem dois termos concretos de comparação: homens de um lado e mulheres de outro. **Onde houver um homem e uma mulher qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional.**" (g.n.)

E acrescenta mais adiante:

> "Só valem as discriminações feitas pela própria Constituição e sempre em favor da mulher, como, p. ex., a aposentadoria da mulher com menos tempo de serviço e de idade que o homem (arts. 40, III, e 202, I a III) (***Curso de direito constitucional positivo***, 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 193)

Assim, não obstante seja condenável essa prática utilizada por algumas servidoras, de aceitarem a designação, cientes de que se afastarão logo depois em gozo de licença maternidade, parece-me inadmissível exigir-se da candidata à designação a prova negativa da gravidez, como condição para ser designada.

Com isso, apesar do relevante problema que o Consulente deseja evitar, nosso sistema jurídico-constitucional não acolhe qualquer restrição discriminatória que se pretenda fazer ao trabalho da mulher grávida.

CONCLUSÃO

Por todo exposto, concluo ser ilegal a exclusão de servidoras gestantes designadas para funções de magistério e administrativas em escolas da rede estadual, com o fim de se evitar que elas se afastem, logo após entrarem em exercício, para gozo de licença maternidade.

Dessa forma, muito embora reconhecendo a relevância e a pertinência do problema em tela, respondo negativamente à consulta formulada.

É o parecer, sub censura.

Belo Horizonte, 17 de março de 1993.

Celso Barbi Filho
Procurador do Estado

Visto.

De acordo com o Parecer.

Belo Horizonte, 17 de março de 1993.

José Maurício Penna
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica

Kildare Gonçalves Carvalho
Procurador-Geral do Estado

Referência:

MINAS GERAIS. Procuradoria-Geral do Estado. Parecer nº 8.480, de 23 de março de 1993. *Direito Público*: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v.18, n.1, p. 334-337, jan./dez., 2021.

PARECER

PROCEDÊNCIA: Secretaria de Estado da Educação

INTERESSADO: Escola Estadual "Professor Arlindo Pereira"

NÚMERO: 8.728

DATA: 03 de janeiro de 1994

EMENTA: ASSOCIAÇÃO CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. LEGALIDADE DE CONSTITUIÇÃO DE AUXILIAR A MANUTENÇÃO DE ESCOLA ESTADUAL. É legal a constituição de associação sem fins lucrativos com a finalidade de captar e gerir recursos para manutenção de centro educacional profissionalizante pertencente a escola da rede pública estadual. Não obstante, o estatuto desse tipo de associação deve estar adequado aos padrões daqueles de entidades com características e finalidades análogas, além de atender aos requisitos doutrinários básicos, definidos para tais entidades.

PARECER

RELATÓRIO

A Diretora da Escola Estadual Prof. Arlindo Pereira, de Poços de Caldas, MG, formulou consulta à Secretaria de Estado da Educação, relativa à criação de uma Associação sem fins lucrativos, destinada a auxiliar na manutenção de um centro de formação profissionalizante existente naquela escola.

Em seu expediente, informou que a Escola Estadual Prof. Arlindo Pereira funciona em Poços de Caldas desde 1975, nos padrões das escolas polivalentes. Em 1.988, com o início da implantação dos cursos de 2º grau profissionalizantes, construiu-se um prédio na área da escola, que passou a abrigar o Centro de Educação Politécnica de Poços de Caldas, oferecendo recursos didático-pedagógicos para o Curso Profissionalizante Técnico de Alimentos.

Essa construção ocupando uma área de 2.000m^2 abriga laboratório de microbiologia, biologia, química, análise sensorial, áreas de processamento de leite, carne, vegetais e derivados. Toda a construção e aquisição dos equipamentos se deu através do Programa Estadual de Cidades Intermediárias – PROECI, com verbas do BID.

Estando construído, equipado e instalado o Centro Politécnico, foi firmado convênio entre a Escola, a Secretaria de Educação e a Universidade de Campinas – UNICAMP, com a finalidade de que os

professores tivessem acesso a treinamento e assessoria, dando-se funcionamento pedagógico aos equipamentos.

Todavia, por falta de recursos financeiros, as áreas de processamento estão funcionando de forma precária, com 50% de sua capacidade operacional, faltando ainda, verbas destinadas ao funcionamento e manutenção dos laboratórios.

Além disso, noticia a consulente, o Centro Politécnico padece de deficiências no que tange ao quadro de pessoal, sendo que, desde 1990, a direção da Escola, juntamente com a 19ª DRE, tem conseguido autorização especial para implantar um quadro suplementar, de difícil renovação a cada início de ano.

Em suma, o funcionamento e a manutenção do Centro Politécnico dependem fundamentalmente de que sejam obtidas mais verbas para a entidade. Diante disso, a direção da Escola estudou algumas alternativas tendo sido aceita pelo Colegiado a criação de uma associação sem fins lucrativos, com a finalidade de gerir recursos dos laboratórios e concluir a instalação de equipamentos, além de viabilizar o funcionamento das áreas de processamento.

Tal associação foi efetivamente constituída e iniciou seu funcionamento experimental em agosto do corrente, com o registro de um primeiro estatuto elaborado pelos fundadores, sendo denominada Associação Centro de Educação Politécnica de Poços de Caldas.

Submetida a questão à Assessoria Jurídica da Secretaria de Educação, esta concluiu, em parecer da Dra. Maristela de Melo Soares, pela possibilidade legal de criação e funcionamento da associação, observando entretanto, que seu estatuto deveria sofrer ampla reformulação para adequar-se aos padrões já utilizados por entidades similares. Em subsídio a tal sugestão, a própria Assessoria Jurídica elaborou uma minuta do que seria o novo texto desse estatuto.

A Dra. Maristela Soares sugeriu também que o caso fosse apreciado por esta Procuradoria, a fim de que a mesma se manifestasse a respeito.

Assim, o Secretário de Estado da Educação, Dr. Walfrido Silvino dos Mares Guia Neto, encaminha o ofício nº 03316/93, de 30-11-93, no qual solicita o pronunciamento desta Procuradoria quanto à viabilidade jurídica da iniciativa de criação da associação de que se cogita.

Relatada a questão, passo a emitir meu parecer.

SUMÁRIO:

1 Conceito e Natureza das Associações Civil

2 Possibilidade Constitucional de Criação de Associação Civil para Auxílio a Escolas Públicas

3 Aspectos do Estatuto da Associação Constituída

DESENVOLVIMENTO:

1 CONCEITO E NATUREZA DAS ASSOCIAÇÕES CIVIL

As pessoas jurídicas de direito privado podem ser divididas em duas categorias básicas: as sociedades mercantis e as sociedades civis.

As associações mercantis são aquelas que têm por objeto a prática de atos de comércio, visando sempre ao lucro. Já as civis se ocupam de atividades civis, podendo ou não ter finalidade econômico-lucrativa.

As sociedades civis que não tem por fim atividade econômica são conhecidas por associações civis. Elas contam realmente com um número mais elevado de indivíduos, se destinando a fins morais, literários, artísticos, educacionais, enfim, objetivos não econômicos, ou ideais.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA bem as define como:

> "aquelas que se propõem realizar atividades não destinadas a proporcionar interesse econômico aos associados (…) aquelas que realizam negócios visando ao alargamento patrimonial da pessoa jurídica, sem prorporcionar ganhos aos associados. (***Instituições de direito civil***, v.1, 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 230-231)

Assim, cabe verificar, especificamente, a possibilidade de criação de tais associações em escolas públicas da rede estadual.

2 POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE CRIAÇÃO DE ASSOCIAÇÃO CIVIL PARA AUXÍLIO A ESCOLAS PÚBLICAS

É até comum no âmbito das escolas públicas estaduais a formação de associações civis privadas, sem fins lucrativos, destinadas a auxiliar na manutenção ou apoio a determinado setor da escola. Como exemplo, mencionem-se as tão conhecidas associações de pais e mestres.

Sendo, no caso, a associação civil pessoa jurídica dotada de personalidade própria, formada pela reunião de diversos indivíduos com a finalidade comum de auxiliar determinada escola pública, sem que

em tal formação sejam utilizados recursos públicos, não se apresenta nenhum óbice legal à sua constituição.

Ao contrário, a liberdade de associação é um direito constitucionalmente protegido pelo art. 5º, XVII, da Carta de 1988, que dispõe:

> "XVII – É plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;"

E tal faculdade é reafirmada na esfera estadual, pelo art. 4º, da Constituição Mineira de 1989;

Na hipótese em exame, a iniciativa se coaduna perfeitamente ao permissivo constitucional, na medida em que a associação criada não tem finalidade lucrativa, não conta com recursos públicos e visa precipuamente a manter e ampliar o Centro Politécnico da escola, com fundos que irão ser adquiridos basicamente por serviços prestados, doações e pela contribuição daqueles que se interessem por essa causa.

É uma iniciativa até mesmo louvável, de vez que cria alternativas comunitárias para se superar as dificuldades financeiras vividas pelo sistema educacional público.

Portanto, respondo afirmativamente à consulta formulada, no sentido de ser juridicamente viável a criação da associação aqui discutida.

Resta examinar apenas, em atenção a determinados princípios de direito, algumas questões relativas ao estatuto da entidade.

3 ASPECTOS DO ESTATUTO DA ASSOCIAÇÃO CONSTITUÍDA

Por ocasião da análise do presente caso na Secretaria de Estado da Educação, a Assessoria Jurídica daquele órgão, Dra. Maristela de Melo Soares, também concluiu pela possibilidade legal da iniciativa de criação da associação, alertando, contudo, sobre a necessidade de uma ampla reformulação no estatuto da mesma, adequando-o aos parâmetros que regem entidades congêneres e de objetivos análogos.

Para esse fim, a referida Assessora elaborou a minuta de um novo estatuto, a ser aprovado pelos membros da associação, para posterior registro em cartório.

Para que se possa fazer uma avaliação segura dos requisitos a que deve atender o estatuto de uma associação, para posterior registro em cartório.

Para que se possa fazer uma avaliação segura dos requisitos a que deve atender o estatuto de uma associação civil, é prudente que se recorde a lição do mestre ORLANDO GOMES a respeito, quando aborda essa questão:

> "Ao contrário das sociedades, as associações não estabelecem, entre os sócios, direitos e obrigações recíprocas. Constituem-se com a aprovação do estatuto em assembleia dos sócios fundadores, **em que devem constar: a denominação, os fins e a sede, as condições para admissão e demissão dos associados, a enunciação de seus direitos e deveres, as fontes dos recursos, o modo de constituição e funcionamento dos órgãos administrativos, as condições para a dissolução**." (*Introdução ao direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p.180.g.n.)

A minuta de estatuto proposta pela Assessoria Jurídica da Secretaria de Educação apresenta-se sem dúvida melhor concebida do que a redação original que foi dada ao ato constitutivo da associação. Assim, vale tomá-la por base para se verificar a presença dos requisitos fundamentais elencados pela doutrina.

Então vejamos:

a) a denominação, os fins e a sede estão previstos no Capítulo I da minuta, nos arts. 1º e 2º;
b) as condições para admissão de associados encontram-se no Capítulo II, art. 5º a 8º;
c) não há previsão a respeito da demissão de associados;
d) inexiste indicação sistemática dos direitos e deveres dos associados;
e) as fontes de recursos estão previstas nos arts. 4º, 7º e no Capítulo VI, art. 22;
f) o modo de constituição e funcionamento dos órgãos de aministração encontra-se previsto satisfatoriamente disciplinado no Capítulo III, dos arts. 9º e 17;
g) as condições para dissolução da associação estão estipuladas no Capítulo V, art. 22, §§ 1º e 2º;
h) merece comentário, por fim, a previsão do art. 17, § único, que permite a distribuição aos associados de receitas advindas da prestação de serviços remunerados a outras entidades, através de convênios firmados na forma do art. 4º. Esse sistema de pagamento aos associados, com receitas decorrentes de serviços prestados, deve ser mais pormenorizadamente detalhado, a fim de

que não se ermita que a associação se transforme em uma espécie de cooperativa de serviços, voltada principalmente à captação de atividades para seus membros. Assim, é prudente que se estipule qual parte das receitas de serviços irá para seus efetivos prestadores e qual parte irá para a associação.

Em síntese, considero procedente a sugestão da Assessoria Jurídica da Secretaria de Educação, no sentido de que seja reformulado o estatuto da associação, a fim de adequá-lo aos parâmetros daqueles que disciplinam entidades congêneres e de objetivos análogos.

E, para tanto, sou de opinião que deve ser adotada a minuta proposta pela aludida Assessoria. Todavia, sugiro que, para que se atenda aos requisitos básicos informados pela melhor doutrina para os estatutos das associações civis, sejam promovidas algumas alterações no texto original da minuta, de maneira que:

- seja elaborado um artigo relativo à demissão de associados;
- seja elaborado um artigo com a indicação sistemática dos direitos e deveres dos associados;
- seja alterado o art. 17, § único da minuta, a fim de que se especifique mais detalhadamente a forma de partilha entre os associados e a associação das receitas decorrentes de serviços prestados por convênios.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, concluo pela possibilidade jurídica da criação de associação civil sem fins lucrativos, para auxiliar na manutenção e ampliação do Centro Politécnico da Escola Estadual Prof. Arlindo Pereira, de Poços de Caldas, MG.

Contudo, acolhendo sugestão da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado da Educação, entendo que deve ser reformulado o estatuto original da associação, a fim de adequá-lo aos parâmetros daqueles que disciplinam entidades congêneres e de objetivos análogos.

Para esse fim, pode ser utilizada a minuta proposta pela própria Assessoria Jurídica da Secretaria, mas alterando-a de maneira a acrescer-lhe um artigo sobre a exclusão de associados; um artigo sobre os direitos e deveres dos associados; e modificar-lhe o art. 17, § único, de forma a se disciplinar mais detalhadamente o sistema de distribuição,

entre os associados e a associação, das receitas decorrentes de serviços prestados através de convênios.

É o parecer, sub censura.

Belo Horizonte, 23 de dezembro de 1993.

Celso Barbi Filho
Procurador do Estado

De acordo com o Parecer.

Belo Horizonte, 29 de dezembro de 1993.

José Maurício Penna
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica

De acordo.

Kildare Gonçalves Carvalho
Procurador-Geral do Estado

Referência:

MINAS GERAIS. Procuradoria-Geral do Estado. Parecer nº 8.728, de 3 de janeiro de 1994. *Direito Público*: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v.18, n.1, p. 338-344, jan./dez., 2021.

PARECER

PROCEDÊNCIA: Secretaria de Estado da Fazenda

INTERESSADO: Secretaria de Estado da Fazenda e Secretaria de Estado de Recursos Humanos e Administração

NÚMERO: 9.859

DATA: 07 de agosto de 1997

EMENTA: CONTRATO DE LOCAÇÃO FIRMADO PELA ADMINISTRAÇÃO COMO LOCATÁRIA – NATUREZA PRIVADA – INAPLICABILIDADE DO ART. 57, DA LEI FEDERAL Nº 8.666/93 – COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PARA OPINAR SOBRE A MATÉRIA 1 – Os contratos de locação celebrados pela Administração como locatária têm natureza privada, regendo-se pelas normas de direito privado parcialmente derrogadas pelas de direito público 2 – Inaplicabilidade da limitação de prazo constante do art. 57, da Lei nº 8.666/93 – Inteligência do §3º do art. 62 da mesm. 3 – Compete privativamente à Procuradoria Geral do Estado emitir parecer sobre interpretação e aplicação de Lei no âmbito da Administração Estadual – Inteligência do art. 3º, inc. XVII da Lei Complementar nº 30/93.

RELATÓRIO

O Secretário de Estado da Fazenda, por seu Chefe de Gabinete, Dr. Jorge Henrique Schmidt, encaminha a esta Procuradoria consulta relativa ao prazo que deve ser estabelecido nos contratos de locação de imóveis a serem celebrados pela Administração Pública, na condição de locatária, tendo em vista a divergência de entendimento acerca da matéria entre aquela Pasta e a Secretaria de Recursos Humanos e Administração.

Para tanto, encaminha, anexos à consulta, pareceres emitidos pelas assessorias das referidas entidades, nos quais se consubstanciam manifestações divergentes.

A Assessoria Técnica da Secretaria de Estado de Recursos Humanos e Administração – SERHA -, nos Pareceres nºs 0988/96 e 0059/97, de lavra da Dra. Irene Cyrina Henrique de Melo, entende que os contratos de locação firmados pela Administração são contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93. Assim, considera que estes sujeitam-se ao prazo contratual estabelecido no art. 57, daquele diploma legal, alterado pela Medida Provisória nº 1.531/96, e à dispensa de licitação consubstanciada no art. 24, da mesma Lei.

Já a Secretaria de Estado da Fazenda, pelo Parecer nº 037/97, elaborado pelo Assessor Jurídico, Dr. Demétrio Mendes Ornelas, expressa entendimento contrário ao da SERHA. Conclui que os contratos de locação celebrados pela Administração, como locatária, têm por objeto bens de particulares, traduzindo, portanto, relação jurídica privada que se rege pelas normas do direito privado, não se sujeitando à limitação de prazo estabelecido no art. 57, da Lei nº 8.666/93.

Tendo em vista a divergência surgida, o tema foi examinado por esta Procuradoria Geral do Estado, em resposta a consulta do Secretário de Estado da Fazenda. Emitiu-se então o Parecer nº 9.728/97, da lavra do Dr. Paulo de Tarso Jacques de Carvalho, que ratifica o entendimento manifestado pela Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado da Fazenda, acrescentando que a dispensa de licitação terá que ser justificada, em atenção ao inc. X do art. 24, da Lei nº 8.666/93, para se verificar a equivalência do valor do aluguel ao preço de mercado.

Tomando conhecimento do referido expediente, a SERHA emitiu novo pronunciamento, consubstanciado no Parecer nº 03667/97, também da lavra da Dra. Irene Cyrina Henrique de Melo, em que confirma seu entendimento anterior, amparando-se nos arts. 1º, 2º e 6º, inc. II, da já referida Lei nº 8.666/93.

Por sua vez, a Secretaria de Estado da Fazenda, pelo memorando nº 044/97, considera que, inobstante o Governador do Estado tenha, pelo Decreto Estadual nº 36.891/96, delegado ao Secretário de Estado de Recursos Humanos e Administração poderes para ratificar atos de dispensa de licitação, não se pode contrariar Parecer Normativo da Procuradoria Geral do Estado.

Acrescenta que, à espécie contratual examinada, aplica-se a Lei do Inquilinato na mesma proporção que as normas de Direito Público, tendo em vista o art. 62, §3º, da Lei nº 8.666/93. Assim, concluindo que não há restrição ao prazo contratual das locações, remete novamente o expediente a esta Procuradoria para que se determine a orientação a ser seguida pelos órgãos da Administração Estadual.

Relatada a consulta, passo a emitir meu parecer a respeito.

1 CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO ESPÉCIE DOS CONTRATOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO

Preliminarmente, importa estabelecer-se distinção entre contratos celebrados pela Administração e contratos administrativos.

A primeira expressão abrange todos os contratos celebrados pela Administração, seja sob regime de direito público ou privado. Já os contratos administrativos compreendem os ajustes que a Administração celebra, como Poder Público, ou seja, com supremacia sobre a outra parte, segundo o regime do direito público.

A diferenciação prática entre os contratos privados da Administração e os contratos administrativos é tarefa difícil, considerando que os primeiros têm seu regime de direito privado parcialmente derrogado pelo direito público, o que muitas vezes os assemelha à segunda categoria.

Nesse sentido, ambos obedecem às mesmas exigências de forma, procedimento, competência e finalidade. Porém, diferem quanto aos privilégios da administração em relação ao particular, traduzidos nas chamadas cláusulas exorbitantes.

É que, nos contratos administrativos, ditas cláusulas existem implicitamente, mesmo na ausência de previsão expressa, pois são indispensáveis para assegurar a supremacia da Administração sobre o particular. Entretanto, nos ajustes de direito privado, em geral não há submissão. Excepcionalmente, algumas disposições exorbitantes podem constar do pacto, mas não resultam implicitamente do mesmo, necessitando de previsão expressa, embasada em lei derrogatória do direito comum.

Essas espécies contratuais diferem também quanto ao objeto. O ajuste de natureza privada, celebrado pela Administração, apenas diretamente ou acessoriamente, diz respeito ao interesse geral, enquanto contrato administrativo visa à prestação de serviço público.

Diante desses elementos, evidencia-se que a "Administração Pública pode realizar contratos sob normas predominantes do Direito Privado – e frequentemente os realiza – em posição de igualdade com o Público. Em ambas hipóteses haverá interesse e finalidade pública como pressupostos do contrato, mas no primeiro caso, o ajuste será de natureza semipública e somente no segundo haverá contrato ad-

ministrativo típico." (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 196.)

2 NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO A SEREM CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONDIÇÃO DE LOCATÁRIA

O contrato de locação é pacto de natureza privada, regido pela Lei nº 8.245/91.

Essa legislação excepcionou de sua regência a locação dos imóveis dominiais:

> "Art. 1º A locação de imóvel urbano regula-se pelo disposto nesta lei.
> Parágrafo único. Continuam regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais:
> a) as locações:
> 1. de imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas;"

Dessa forma, os imóveis que integram o patrimônio do Estado, sobre os quais a Administração Pública exerce domínio, permanecem sujeitos à legislação especial.

Note-se que essa Lei apenas fez menção à qualidade de locador do Poder Público, não excepcionando de sua égide os contratos de locação celebrados pela Administração na condição de locatária.

Isso porque, quando a Administração loca imóvel que integra o domínio Estatal, sujeita-se às limitações pertinentes que visam a resguardar o patrimônio público.

Todavia, quando pactua locação na condição de locatária, celebra contrato de natureza privada, pois seu objeto apenas indiretamente diz respeito ao interesse geral.

Nesse sentido exemplifica Maria Sylvia Zanella di Pietro as atividades que estariam sujeitas às normas de direito privado, como sendo aquelas "*… para comprar materiais necessários a uma obra ou serviço público, para colocar no seguro os veículos oficiais,* ***para alugar um imóvel necessário à instalação de repartição pública****, enfim, para se equipar dos instrumentos necessários à realização da atividade principal, esta sim regida pelo dirieto público*." (Direito administrativo. 5.ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 214) (g.n.)

Na mesma linha, vale referência às citações doutrinárias constantes no Parecer nº 9.728 desta Procuradoria, da lavra do Dr. Paulo de Tarso

Jacques de Carvalho, anexo à consulta, que consubstanciam o ensinamento dos mestres Hely Lopes Meirelles e Diógenes Gasparini.

Portanto, ao celebrar o contrato de locação na condição de locatária, a Administração Pública está firmando pacto de natureza privada, em posição de igualdade com o particular contratante, sujeitando-se, assim, às normas de direito privado, derrogadas apenas parcialmente pelas disposições do direito público aplicáveis à espécie.

3 INAPLICABILIDADE DO ART. 57 DA LEI Nº 8.666/93 AOS CONTRATOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO NA CONDIÇÃO DE LOCATÁRIA

A Lei nº 8.666/93 disciplina todos os contratos por ela denominados administrativos, embora nem todos apresentem essa natureza.

A esse respeito, ensina a doutrina que, "*compulsando-se a lei verifica-se que ela cuida de contratos como os de compra e venda, alienação, obras e serviços, com referências à concessão de direito real de uso. No entanto, alguns desses contratos regem-se basicamente pelo direito privado, com sujeição a algumas normas de direito público constantes dessa lei. Tal é o caso da compra, da alienação, **da locação de imóvel**, da concessão de direito real de uso*" (Maria Sylvia Zanella di Pietro, op.cit. p. 215.) (g.n.)

Nesse sentido, a Lei objetiva sujeitar todos os contratos celebrados pela Administração ao regime jurídico administrativo, que se traduz na observância da legalidade e no respeito ao interesse público.

Com esse intuito, o legislador estabeleceu a aplicação de determinadas normas da Lei nº 8.666/93 aos contratos regidos predominantemente pelo direito privado celebrados pela Administração, ao dispor, no §3º, do art. 62, daquele diploma, que:

> *"§3º Aplica-se o disposto nos art.s 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:*
> *I – aos contratos de seguro, de financiamento, **de locação em que o Poder Público seja locatário**, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;*
> *II – aos contratos em que a Administração for parte como usuária do serviço público"(g.n.)*

As previsões constantes dos arts. 55, 66 e 61 disciplinam requisitos de forma na contratação; o art. 58 cuida das prerrogativas asseguradas à Administração de promover alterações no conteúdo da avença; o art. 59, por sua vez, dispõe acerca da possibilidade de invalidação do contrato viciado.

Importa ressaltar que não há referência à duração dos contratos, tendo sido omitida referência ao art. 57 daquela Lei, que vincula o prazo de duração do contrato à vigência dos créditos orçamentários, possibilitando sua prorrogação em até 12 meses, nos termos de seu §4º.

A esse respeito, mais uma vez anota Maria Sylvia Zanella di Pietro que "*não se aplica ainda aos contratos de direito privado celebrados pela Administração, porque o artigo 62, §3º, ao determinar a aplicação dos mesmos, das normas da* ***Lei nº 8.666, fala expressamente dos arts. 55 e 58 a 61, pulando, portanto, o art. 57, pertinente ao prazo****.*" E continua, sobre a limitação do prazo contratual, asseverando que "*a limitação ao tempo de duração dos contratos objetiva evitar que os mesmos se estendam por longos períodos com o mesmo contratado, quando o princípio da isonomia exige a repetição do procedimento licitatório para assegurar a igualdade de oportunidade a outros possíveis interessados.*" (*op.cit*. p.220) (g.n.)

Tendo em vista a intenção do legislador, ao formular a limitação acima exposta, e a omissão do §3º, do já referido art. 62, fácil perceber que tal limitação não se aplica à espécie contratual *sub exame*.

A isso alia-se o fato de que a citada limitação seria prejudicial à Administração, pois implicaria a localização de novo imóvel que atendesse às necessidades da repartição, com mudança de endereço, interrupção de serviços e impossibilidade de manutenção dos investimentos realizados no antigo imóvel.

Portanto, forçoso concluir que a restrição do art. 57 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, referente ao prazo de duração do contrato, não rege os contratos de locação celebrados pela Administração como locatária.

Dessa forma, perfeitamente possível que sejam firmados ajustes locatícios por prazo superior ao exercício orçamentário, visando à continuidade dos serviços da Administração e a se evitar os inconvenientes de nova contratação.

4 POSSIBILIDADE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO

O art. 24, inc. X, da Lei 8.666/93 possibilita a dispensa de licitação para locação de imóvel pela Administração:

> *Art. 24 - É dispensável a licitação:*
> *X - para compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração, cujas necessidades de instalação e*

localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;"

Infere-se do dispositivo que a ausência de licitação justifica-se pela necessidade de imóvel para destinação peculiar, ou que possua localização determinada, inviabilizando, portanto a competição.

Na esteira do entendimento constante do citado Parecer nº 9.728/97 desta Procuradoria, a dispensa deverá ser justificada para que se comprove a impossibilidade de satisfação do interesse público por outra via, além da inexistência de outro imóvel apto a atendê-lo.

Vale ratificar a necessidade de verificação da compatibilidade entre o preço exigido e o praticado pelo mercado, tendo em vista que a Administração não poderá pagar o preço ou aluguel superior ao vigente.

5 COMPETÊNCIA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PARA DIRIMIR A QUESTÃO

A Lei Complementar nº 30/93, que cuida da organização da Procuradoria Geral do Estado, arrola em seu art. 3º, as matérias de competência privativa do órgão, dentre as quais está:

XVII – orientar as Secretarias de Estado sobre interpretação e aplicação da legislação;

Nesse sentido, a referida Lei Complementar dispôs ainda, em seu art. 11, inc. VI, que compete à Consultoria Jurídica desta Procuradoria prestar advocacia consultiva aos órgãos da Administração Direta e orientar as atividade de consultoria e assessoramento jurídico nas Secretarias de Estado e órgãos autônomos.

Dessa forma, patente a competência exclusiva desta Procuradoria Geral do Estado para emitir Parecer Normativo sobre interpretação e aplicação de Lei, o qual deverá ser acatado pelos órgãos e entidades da Administração Pública Estadual.

Portanto, inobstante a delegação de competência do Governador do Estado ao Secretário de Estado da Administração para ratificar atos de dispensa de licitação, nos termos do Decreto Estadual nº 36.891, continua aquela Secretaria sujeita à orientação jurídica desta Procuradoria Geral do Estado.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, respondo à consulta no sentido de que os contratos de locação a serem celebrados pela Administração Pública, na condição de locatária, não se sujeitam à limitação de prazo constante do art. 57 da Lei nº 8.666/93, tendo em vista sua natureza privada e, ainda, o disposto art. 62, §3º, da mesma Lei.

Para celebração desses contratos, poderá ser dispensada a licitação, se verificada a hipótese constante do inc. X, do art. 24, da referida Lei, com justificativa expressa.

A competência para opinar sobre a matéria em exame, qual seja interpretação e aplicação de Lei no âmbito da Administração Estadual, é privativamente atribuída pela Lei Complementar nº 30/93, à Procuradoria Geral do Estado, cujo Parecer Normativo deverá ser acatado pelos órgãos e entidades da Administração.

É o parecer, sub censura.

Belo Horizonte, 18 de julho de 1997.

Celso Barbi Filho
Procurador do Estado

De acordo com o Parecer.

Belo Horizonte, 21 de julho de 1997.

Nelcy Pereira Pena
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica

Referência:
MINAS GERAIS. Procuradoria-Geral do Estado. Parecer nº 9.859, de 7 de agosto de 1997. *Direito Público*: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v.18, n.1, p. 345-352, jan./dez., 2021.

ORIENTAÇÃO EDITORIAL: NORMAS PARA ENVIO DE ARTIGOS PARA PUBLICAÇÃO NA REVISTA JURÍDICA DA AGE

O periódico *DIREITO PÚBLICO: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado* pretende divulgar estudos, artigos, ensaios, enfim trabalhos jurídicos, da ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

Os artigos enviados para publicação na Revista Jurídica da AGE deverão obedecer as normas da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas.

As peças processuais e pareceres dispensam a adoção desta padronização, embora possam ser adaptadas, em sede de revisão, em concordância com as normas previstas na ABNT.

Serão aceitos originais preferencialmente inéditos ou apresentados em eventos públicos.

ORIENTAÇÃO EDITORIAL:

1. Apresentação do artigo.

- Os trabalhos destinados à Revista serão precedidos de folha de rosto em que se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e e-mail, mencionando também a situação acadêmica do autor (ou autores), títulos e instituição à qual pertença.
- Caso o artigo tenha sido publicado ou apresentado anteriormente em eventos públicos (congressos, seminários etc.) deverá ser feita referência à publicação ou ao evento.
- Em anexo ao artigo, deverá também ser juntada autorização do(s) autor(es) para publicação, conforme modelo a seguir.
- Os artigos deverão ser enviados para o e-mail institucional, no formato RTF (Rich Text Format) com os critérios descritos a seguir: processado em Word (RTF) for Windows, fonte Times New Roman, Preta, corpo 12 para todo o trabalho e corpo 14 para o título do artigo e título das seções e subseções; margem superior 3 cm, margem inferior 2 cm, margem esquerda 3 cm, margem direita 2 cm, cabeçalho e rodapé 1,45 cm; em papel A4, com digitação apenas no anverso da folha. A ordem de apresentação será: título (:subtítulo), nome do autor(es), sumário, resumo, pa-

lavra-chave, texto e referência bibliográfica, além de título (*title*), resumo (*abstract*) e palavra-chave (*keyword*) traduzidos para o inglês, com autorização para publicação em meio impresso e digital, e na internet.

2. Título

- O título do artigo, com destaque para essa parte, é indicado na parte superior da primeira folha, centralizado e em letras maiúsculas (fonte Times New Roman, preta, corpo 14); podendo complementar o título, o subtítulo segue abaixo do título, diferenciado tipograficamente, ou separado por dois pontos (:), centralizado e em letras maiúsculas (fonte Times New Roman, preta, corpo 14). E também o título em inglês.

3. Autor

- O nome do autor é indicado por extenso abaixo do título, centralizado e em letras maiúsculas (fonte Times New Roman, corpo 14).
- As indicações de formação acadêmica, títulos e instituição que pertence serão feitas em nota de rodapé precedida de símbolo gráfico (*).
- As opiniões emitidas pelo autor em seu trabalho são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento da AGE/MG.
- Agradecimentos e auxílios recebidos pelo autor (ou autores) podem ser mencionados ao final do artigo, antes das referências bibliográficas.

4. Sumário

- Com a finalidade de visualizar a estrutura do trabalho e refletir sua organização, o artigo 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 3 cm da margem esquerda e direita, alinhamento justificado; espaçamento simples. E posteriormente ao sumário o Resumo do artigo.

5. Corpo do Texto

- O corpo do texto será apresentado em fonte Times New Roman, Preta, corpo 12, parágrafo com recuo a 2 cm da margem esquerda e alinhamento justificado; espaçamento simples, entre linhas antes e depois de parágrafos, 6 pt ou automático; para todo o trabalho.
- Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico. Deve-se evitar o uso de negrito ou sublinha. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico.

6. Capítulo

- O capítulo ou títulos das seções e subseções, digitados em letra maiúscula, obedecerão a mesma fonte do texto, corpo 14, negrito; entre linhas precedidos de espaço 1,5 e espaço duplo que os sucederem; alinhado na margem esquerda; com numeração progressiva.

7. Citação

- A citação obedecerá à mesma fonte do texto, corpo 10; recuo 4 cm, se ultrapassar 3 linhas. Caso as citações diretas limitem-se a esse espaço, deverão estar contidas no texto entre aspas duplas.
- A transcrição literal de parte de normas jurídicas terá o recuo de parágrafo a 4 cm da margem esquerda e será precedida da expressão latina (em itálico) *in verbis*:.
- As notas de referência para indicar as citações de fonte bibliográfica ou considerações e comentários que não devem interromper a sequência do texto aparecerão em notas de rodapé:
- *Apud* = citado por, conforme, segundo (usado para indicar citação de citação)
- *Ibidem* ou *Ibid*. = na mesma obra (usado quando se fizer várias citações da mesma obra)
- *Idem* ou *Id*. = do mesmo autor (usado quando se fizer citação de várias obras do mesmo autor)
- *Opus citatum* ou *Op. cit*. = na obra citada (usado para se referir à obra citada anteriormente e é precedida do nome do autor)
- *Loco citato* ou *Loc. cit*. = no lugar citado
- *Sequentia* ou *Et. Seq*. = seguinte ou que se segue
- Passim = aqui e ali; em vários trechos ou passagens
- Confira ou Cf. = confira, confronte

- Sic = assim mesmo, desta maneira

8. Notas de rodapé

- As notas de rodapé de página obedecerão à mesma fonte do texto, corpo 10; parágrafo de 0,5 cm da margem esquerda; alinhamento justificado; espaçamento entre linhas simples; numeração progressiva.

9. Referência bibliográfica

- As referências bibliográficas serão apresentadas de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), no final do artigo.
- Os trabalhos publicados pela Revista poderão ser reimpressos, total ou parcialmente, por outra publicação periódica da AGE, bem como citados, reproduzidos, armazenados ou transmitidos por qualquer sistema, forma ou meio eletrônico, magnético, óptico ou mecânico, sendo, em todas as hipóteses, obrigatória a citação dos nomes dos autores e da fonte de publicação original, aplicando-se o disposto no item anterior.

AUTORIZAÇÃO PARA PUBLICAÇÃO

Pelo presente termo de autorização, cedo ao Conselho Editorial da Revista Jurídica da ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO de Minas Gerais, Av. Afonso Pena, 4.000 – Cruzeiro – Belo Horizonte – MG, a título gratuito e por tempo indeterminado, os direitos autorais referentes ao artigo doutrinário de minha autoria, intitulado _____ _____ para fins de divulgação pública em meio impresso e eletrônico através das publicações produzidas pelo órgão.

_____

(cidade), (data)

_____

(nome)

Advogado-Geral do Estado

Sérgio Pessoa de Paula Castro

Advogada-Geral Adjunta

Ana Paula Muggler Rodarte

Advogada-Geral Adjunta

Margarida Maria Pedersoli

PROCURADORES DE ESTADO

Adriana Gonçalves Myhrra

Adriano Antônio Gomes Dutra

Adriano Brandão de Castro

Alana Lúcio De Oliveira

Alessandra Nunes Villela

Alessandro Fernandes Braga

Alessandro Henrique S.Castelo Branco

Alessandro Rodrigues

Alexandra Magalhães Neves

Alexandre Bitencourth Hayne

Alexandre Diniz Guimarães

Alexandre Moreira De Souza Anaguchi

Aline Almeida Cavalcante De Oliveira

Aline Cristina De Oliveira Amaranti

Aline Di Neves

Aline Guimarães Furlan

Amanda Assunção Castro

Amélia Josefina A. Nogueira Da Fonseca

Ana Carolina Cuba de Almada Lima

Ana Carolina Di Gusmão Uliana

Ana Carolina Oliveira Gomes Paiva

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 Paula Araújo Ribeiro Diniz

Ana Paula Ceolin Ferrari Bacelar

Ana Paula Muggler Rodarte

Ana Silvia Lima Azevedo

Anamélia De Matos Alves

André Borges Pires Ferreira

André Luis De Oliveira Silva

André Robalinho de Albuquerque e Mello

André Sales Moreira

Andréa Maura Campedelli M. Piedade

Angela Regina Soares Leite

Anna Carolina Heluany Zeitune Pires

Anna Lúcia Goulart Veneranda

Antônio Carlos Diniz Murta

Armando Sérgio Peres Mercadante

Arthur Pereira De Mattos Paixão Filho

Aurélio Passos Silva

Bárbara Maria Brandão Lustosa Marques

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

Camila de Alcantara Almeida Favalli

Carla Morena Lima de Oliveira Dias
Carlos Alberto Rohrmann
Carlos Augusto Góes Vieira
Carlos Eduardo Tarquínio
Carlos Eduardo Wanderley Curio
Carlos Frederico Bittencourt R. Pereira
Carlos Roberto Meneghini Cunha
Carlos Torres Murta
Carlos Víctor Muzzi Filho
Carolina Borges Monteiro
Carolina Couto Pereira Roquim
Carolina Guedes Pereira
Carolina Miranda Laborne M. Hermeto
Cássio Roberto Dos Santos Andrade
Catarina Barreto Linhares
Cédio Pereira Lima Junior
Célia Cunha Mello
Célio Lopes Kalume
César Raimundo Da Cunha
Christiano Amaro Corrêa
Clara Silva Costa
Clarissa Teixeira Eloi Santos
Claudemiro De Jesus Ladeira
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
Débora Val Leão
Denise Soares Belém
Dimas Geraldo da Silva Júnior
Diógenes Baleeiro Neto
Dirce Euzébia De Andrade
Douglas Gusmão
Éder Sousa
Edgar Seith Zambrana
Edrise Campos
Eduardo Goulart Pimenta
Eduardo Grossi Franco Neto
Elisa Salzer Procópio
Elisângela Soares Chaves
Eliza Fiúza Teixeira Trindade
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 Antunes

Felipe Lopes de Freitas Honório
Fernanda Barata Diniz
Fernanda Caldeira Reis Corrêa
Fernanda Carvalho Soares
Fernanda De Aguiar Pereira
Fernanda Paiva Carvalho
Fernanda Saraiva Gomes Starling
Fernando Antônio Rolla De Vasconcellos
Fernando Barbosa Santos Netto
Fernando Salzer e Silva
Flávia Bao Travizani Cardoso
Flávia Bianchini Mesquita
Flávia Caldeira Brant Ribeiro De Figueiredo
Françoise Fabiane Ferreira Diniz
Gabriel Arbex Valle
Gabriela Silva Pires e Oliveira
Gelson Mario 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 Nápoles Villela
Jalmir Leão Santos
Jamerson Jadson De Lima
Janaína Cristina Reis Jenkins de Freitas
Jaques Daniel Rezende Soares
Jason Soares De Albergaria Neto
Jerusa Drummond Brandão Antunes
Joana Faria Salomé
João Calcagno Bandeira De Melo
João Lucas Albuquerque Daud
João Paulo Pinheiro Costa
João Viana Da Costa
Joel Cruz Filho
José Dos Passos Teixeira De Andrade
José Franklin Toledo de Lima Filho
José Hermelindo Dias Vieira Costa
José Horácio da Motta e Camanducaia Junior
José Maria Brito Dos Santos
José Roberto Dias Balbi
José Sad Júnior
Juarez Raposo Oliveira
Juliana Faria Pamplona
Juliana Padilha Nunes Mattar
Juliana Rizzato Silva
Juliana Schmidt Fagundes
Juliano Lomazini
Júlio César Azevedo de Almeida

Jullyanna Ribeiro dos Santos Pena
Junia Maria Coelho Ferreira Couto
Karen Cristina Barbosa Vieira
Kelly Christinne Mota Fonseca
Kleber Silva Leite Pinto Júnior
Lais D'Angela Gomes da Rocha Azevedo
Larissa Maia França
Larissa Rodrigues Ribeiro
Leandro Almeida Oliveira
Leandro Anésio Coelho
Leandro Lanna de Oliveira
Leandro Moreira Barra
Leonardo Augusto Leão Lara
Leonardo Bruno Marinho Vidigal
Leonardo Canabrava Turra
Leonardo Matos Clement
Leonardo Oliveira Soares
Letícia Rodrigues Vicente
Levy Leite Romero
Liana Portilho Mattos
Lina Maia Rodrigues de Andrade
Lincoln D'Aquino Filocre
Lincoln Guimarães Hissa
Lucas Leonardo Fonseca e Silva
Lucas Oliveira Andrade Coelho
Lucas Pinheiro de Oliveira Sena
Lucas Ribeiro Carvalho
Luciana Ananias de Assis Pires Pimenta
Luciana Guimarães Leal Sad
Luciana Trindade Fogaça
Luciano Neves de Souza
Luis Gustavo Lemos Linhares
Luísa Carneiro da S. Fernandes de Abreu
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
Marcella Cristina de O. Trópia Pinheiro
Marcelo Barroso Lima Brito de Campos
Marcelo Berutti Chaves
Marcelo de Castro Moreira
Marcelo Pádua Cavalcanti
Marco Antônio Lara Rezende
Marco Otávio Martins de Sá
Marco Túlio Caldeira Gomes
Marco Túlio de Carvalho Rocha
Marco Túlio Fonseca Furtado
Marco Tulio Goncalves Gannam
Marconi Bastos Saldanha
Marcos Saulo de Carvalho
Margarida Maria Pedersoli
Maria Aparecida dos Santos
Maria Carolina Beltrão Sampaio Matioli
Maria Cecília de Almeida Castro
Maria Cecília Ferreira Albrecht
Maria Clara Teles Terzis Castro
Maria Cristina Castro Diniz
Maria Eduarda Lins Santos de Almeida
Maria Elisa de Paiva Ribeiro S. Barquette
Maria Letícia Séra de Oliveira Costa
Maria Teresa Cora Hara
Maria Teresa Lima Lana Esteves
Mariana Oliveira Gomes de Alcântara
Mariana Santos de Brito Alves
Mariane Ribeiro Bueno
Mário Eduardo G. 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 Machado Brito Rezende Alcántara
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 Colares
Nilton de Oliveira Pereira
Nilza Aparecida Ramos Nogueira
Núbia Neto Jardim
Olir Martins Benadusi
Otávio Machado Fioravante Moraes 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 Maria Resende 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 Sérgio de Queiroz Cassete
Paulo Valadares Versiani Caldeira Filho
Plínio José de Aguiar Grossi
Pollyanna da Silva Costa
Priscila Vieira de Alvarenga Penna
Rachel Patrícia de Carvalho Rosa
Rachel Salgado Matos
Rafael Assed de Castro
Rafael Augusto Baptista Juliano
Rafael Cascardo Lopes
Rafael Ferreira Toledo
Rafael Rapold Mello
Rafael Rezende Faria
Rafaela Resende Brasil de Castro
Rafaella Barbosa Leão
Ranieri Martins da Silva
Raquel Correa da Silveira Gomes
Raquel Guedes Medrado
Raquel Melo Urbano de Carvalho
Raquel Oliveira Amaral
Raquel Pereira Perez
Regina Lúcia da Silva
Renata Couto Silva de Faria
Renata Cristina Ricchini Leite Tavares
Renata Tostes dos Santos Albuquerque
Renata Viana de Lima Netto
Renato Antônio Rodrigues Rego
Renato de Almeida Martins

Renato Saldanha de Aragão
Ricardo Adriano Massara Brasileiro
Ricardo Agra Villarim
Ricardo Magalhães Soares
Ricardo Milton de Barros
Ricardo Sérgio Righi
Ricardo Silva Viana Júnior
Roberta Guilherme Costa Fereirra Neto
Roberto Portes Ribeiro de Oliveira
Roberto Simões Dias
Robson Bicalho de Almeida Junior
Robson Lucas da Silva
Robstaine do Nascimento Costa
Rochelle Cardoso Barth
Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
Rodrigo Maia Luz
Rodrigo Peres De Lima Netto
Rogério Antônio Bernachi
Rogerio Moreira Pinhal
Romeu Rossi
Romulo Geraldo Pereira
Roney Oliveira Júnior
Rosalvo Miranda Moreno Júnior
Samuel de Faria Carvalho
Sandro Drumond Brandão
Sarah Pedrosa de Camargos Manna
Saulo de Faria Carvalho
Saulo de Freitas Lopes
Savio de Aguiar Soares
Sérgio Duarte Oliveira Castro
Sérgio Pessoa De Paula Castro
Sérgio Timo Alves
Sheila Glória Simões Murta
Shirley Daniel de Carvalho
Silverio Bouzada Dias Campos
Simone Ferreira Machado
Soraia Brito de Queiroz
Tatiana Mercêdo Moreira Branco
Tatiana Sales Cúrcio Ferreira
Telma Regina Pereira Santos Rodrigues
Tércio Leite Drummond
Thaís Caldeira Gomes
Thaís Saldanha Belisário Santos
Thereza Cristina de Castro Martins Teixeira
Thiago Avancini Alves
Thiago de Oliveira Soares
Thiago de Paula Moreira Fracaro
Thiago Diniz Mateus dos Santos
Thiago Elias Mauad de Abreu
Thiago Henrique de Oliveira
Thiago José Teixeira de Assis Coelho
Thiago Knupp Souza de Andrade
Tiago Anildo Pereira
Tiago Maranduba Schroder
Tiago Santana Nascimento
Tuska do Val Fernandes
Valéria Duarte Costa Paiva
Valéria Maria de Campos Fróis
Valerio 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
Vinícius Rodrigues Pimenta
Vitor Ramos Mangualde
Wallace Alves dos Santos
Wallace Martiniano Moreira
Walter Santos da Costa
Wanderson Mendonça Martins
Wendell de Moura Tonidandel

ADVOGADOS AUTÁRQUICOS

Abdala Lobo Antunes
Alesxandra Marota Crispim Prates
Aloísio Alves de Melo Júnior
Antônio Eustáquio Vieira
Bernardo Werkhaizer Felipe
Christiano de Senna Micheletti Dias
Cíntia Rodrigues Maia Nunes
Cláudio José Resende Fonseca
Débora Cunha Penido de Barros
Daniel Francisco da Silva
Eneida Criscoulo Gabriel Bueno Silva
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
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.

editoraletramento
editoraletramento
grupoletramento
editoraletramento.com.br
company/grupoeditorialletramento
contato@editoraletramento.com.br

casadodireito.com
casadodireitoed
casadodireito

Grupo
Editorial
LETRAMENTO