

Revista Jurídica da Advocacia-Geral
do Estado de Minas Gerais

DIREITO PÚBLICO

VOL. 19/20 N.1 ANO
JAN./DEZ. 2022-2023

Fascículo Especial
Abertura do 20º Ano da
Advocacia-Geral do Estado



Revista Jurídica da Advocacia-Geral
do Estado de Minas Gerais

DIREITO PÚBLICO

VOL. 19/20 N.1 ANO
JAN./DEZ. 2022-2023

Fascículo Especial
Abertura do 20º Ano da
Advocacia-Geral do Estado

Copyright © 2023 by Editora Letramento

Diretor Editorial Gustavo Abreu
Diretor Administrativo Júnior Gaudereto
Diretor Financeiro Cláudio Macedo
Logística Daniel Abreu e Vinícius Santiago
Comunicação e Marketing Carol Pires
Assistente Editorial Mateos Moreno e Maria Eduarda Paixão
Designer Editorial Gustavo Zeferino e Luís Otávio Ferreira

Conselho Editorial Jurídico

Alessandra Mara de Freitas Silva	Edson Nakata Jr	Luiz F. do Vale de Almeida Guilherme
Alexandre Morais da Rosa	Georges Abboud	Marcelo Hugo da Rocha
Bruno Miragem	Henderson Fürst	Nuno Miguel B. de Sá Viana Rebelo
Carlos María Cárcova	Henrique Garbellini Carnio	Onofre Alves Batista Júnior
Cássio Augusto de Barros Brant	Henrique Júdice Magalhães	Renata de Lima Rodrigues
Cristian Kiefer da Silva	Leonardo Isaac Yarochevsky	Salah H. Khaled Jr
Cristiane Dupret	Lucas Moraes Martins	Willis Santiago Guerra Filho

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

© 2022-2023 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



GRUPO ED.
LETRAMENTO

LETRAMENTO EDITORA E LIVRARIA

Caixa Postal 3242 – CEP 30.130-972
r. José Maria Rosemburg, n. 75, b. Ouro Preto
CEP 31.340-080 – Belo Horizonte / MG
Telefone 31 3327-5771



É O SELO JURÍDICO DO
GRUPO EDITORIAL LETRAMENTO

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. Alessandro Henrique Soares Castelo Branco (MG – Advocacia-Geral do Estado)	Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana (CE – Procuradoria-Geral do Estado)
Prof. Dr. Anderson Santana Pedra (ES – Universidade Federal do Espírito Santo-UFES e Faculdade de Direito de Vitória – FDV)	Profª. Drª. Liana Portilho Mattos (MG – Advocacia-Geral do Estado)
Prof. Dr. André Mendes Moreira (MG – Universidade Federal de Minas Gerais-UFMG)	Prof. Dr. Lucas Galvão de Brito (SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP)
Profª. Draª. Betina Treiger Gruppenmacher (PR – Universidade Federal do Paraná)	Profª. Drª. Luciana Grassano de Gouvêa Melo (PE – Universidade Federal de Pernambuco)
Prof. Dr. Carlos Víctor Muzzi Filho (MG – Advocacia-Geral do Estado e Faculdade de Direito da FUMEC)	Prof. Dr. Lyssandro Norton Siqueira (MG – Advocacia-Geral do Estado)
Profª Drª. Éilda Graziane Pinto (SP – Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo)	Profª. Drª. Márcia Carla Ribeiro (PR - Procuradoria-Geral do Estado e Faculdade de Direito da UFPR e PUC-PR)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (PR – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná)	Profª. Drª. Misabel Abreu Machado Derzi (MG – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais)
Prof. Dr. Érico Andrade (MG – Advocacia-Geral do Estado e Faculdade de Direito da FUMEC)	Prof. Dr. Paulo Rosenblatt (PE – Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP)
Prof. Dr. Jason Soares Albergaria Neto (MG – Advocacia-Geral do Estado e Faculdade de Direito Milton Campos)	Prof. Dr. Tácio Lacerda Gama (SP – Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP)
Prof. Dr. Juarez Freitas (RS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRS)	Prof. Dr. Ulisses Schwarz Viana (MS – Procuradoria-Geral do Estado)

DIRETOR

Dra. Ana Paula Araújo Ribeiro Diniz

COMISSÃO TÉCNICA

Aline Ferreira Gomes de Almeida

Lícia Ferraz Venturi

Solicita-se permuta / Píde-se canje / On demande l'échange

Si richiede lo scambio / We ask for exchange / Wir bitten um Austausch

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

Anual

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

ISSN 1517-0748

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

Bibliotecária: Lícia Ferraz Venturi CRB/6-1913

© 2022-2023 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**
- 10 **MENSAGEM DO GOVERNADOR**
- 11 **MENSAGEM DO VICE-GOVERNADOR**
- 12 **DUAS DÉCADAS DA
ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS**
ALBERTO GUIMARÃES ANDRADE
- 17 **A HISTÓRIA DA ADVOCACIA REGIONAL DE IPATINGA**
EDGAR SEITH ZAMBRANA
- 22 **EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 56, DE 11 DE JULHO DE 2003**
- 29 DOCTRINA
- 31 **ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA: A CONSTRUÇÃO DO
CONSENSO PARA O ACORDO DE BRUMADINHO, A PARTIR DA
ATUAÇÃO CONCERTADA DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA**
SÉRGIO PESSOA DE PAULA CASTRO
RAQUEL ALKMIM FIGUEREDO MENDONÇA
- 50 **OS EFEITOS DO SIMPLES NACIONAL SOBRE A VERBA HONORÁRIA
A SER RECEBIDA PELO ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA MEDIANTE
PRECATÓRIO JUDICIAL**
FÁBIO MURILO NAZAR
DANIELA VICTOR DE SOUZA MELO
- 88 **A PARTICIPAÇÃO DE ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR
EM LICITAÇÕES DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS**
WALLACE ALVES DOS SANTOS
RICARDO AGRA VILLARIM
- 109 **O PAPEL DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**
ANA PAULA MUGGLER RODARTE
MARJORIE COSTA DE AVELAR

- 133 **ATUAÇÃO COORDENADA DA ADVOCACIA PÚBLICA NO SISTEMA DE PRECEDENTES: A EXPERIÊNCIA DE MINAS GERAIS POR MEIO DO NÚCLEO DE UNIFORMIZAÇÃO DE TESES**
ALESSANDRO HENRIQUE SOARES CASTELO BRANCO
ALINE FERREIRA GOMES DE ALMEIDA
- 168 **A SUPRESSÃO DA LEGITIMIDADE DO ENTE PÚBLICO LESADO PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UM CANHESTRO CONTRASSENSO NORMATIVO**
GUSTAVO DE QUEIROZ GUIMARÃES
- 189 **O SUS E SUAS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS QUE PRESTAM AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE**
MARIA CECÍLIA DE ALMEIDA CASTRO
- 221 **TOMADA DE DECISÃO ORGANIZACIONAL POR FUGA OU OMISSÃO E SEUS IMPACTOS NA JUDICIALIZAÇÃO RECORRENTE DE CONFLITOS REMUNERATÓRIOS ENTRE ADMINISTRAÇÃO E AGENTE PÚBLICOS: ANÁLISE DO PODER EXECUTIVO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**
MATHEUS FERNANDES FIGUEIREDO COUTO
- 250 **A IMPOSSIBILIDADE DE DISPENSA DA CERTIDÃO MUNICIPAL DE USO E OCUPAÇÃO DO SOLO NOS LICENCIAMENTOS AMBIENTAIS ESTADUAIS**
RICARDO AGRA VILLARIM
ADRIANO BRANDÃO DE CASTRO
- 261 **CIÊNCIA NORMATIVA DO DIREITO, FATO E *FATTISPECIE***
RICARDO ADRIANO MASSARA BRASILEIRO
- 285 **EFICÁCIA TEMPORAL DO TEMA 1.093 DA REPERCUSSÃO GERAL**
SILVÉRIO BOUZADA DIAS CAMPOS
- 303 PARECER
- 387 PEÇA PROCESSUAL
- 441 **ORIENTAÇÃO EDITORIAL: NORMAS PARA ENVIO DE ARTIGOS PARA PUBLICAÇÃO NA REVISTA JURÍDICA DA AGE**

APRESENTAÇÃO

Celebrando os 20 anos da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, esta edição da Revista Jurídica marca um momento significativo na história de nossa instituição e reflete o empenho e dedicação de nossos colaboradores ao longo dessas duas décadas.

Ao unificar a Procuradoria-Geral do Estado e a Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual, a Emenda Constitucional nº 56, de 11 de julho de 2003 instituiu esta Advocacia-Geral, promovendo maior entrosamento entre as assessorias jurídicas dos órgãos da Administração Direta do Poder Executivo. Essa união institucional representou um marco importante para a identidade do órgão, consolidando sua missão de defesa dos interesses do Estado de Minas Gerais.

Ao longo desses anos, este órgão tem se destacado pela sua atuação exemplar na defesa do patrimônio e dos interesses do Estado, contribuindo para a preservação da segurança jurídica e o fortalecimento da Administração Pública. A presente obra é mais uma demonstração do compromisso da instituição em promover o aprimoramento jurídico, compartilhar conhecimentos e incentivar o debate em benefício do desenvolvimento da advocacia pública em nosso Estado.

Esta Revista busca não apenas divulgar, mas também fomentar a produção de trabalhos jurídicos, reconhecendo a importância da contribuição intelectual que permeia nossa instituição, sendo constante o incentivo à colaboração dos Procuradores do Estado nesta valiosa ferramenta de disseminação do conhecimento jurídico, enriquecendo o debate no âmbito da advocacia pública.

Que esta edição seja marcada pela celebração de duas décadas de excelência e dedicação da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. Que nossa revista jurídica seja uma referência, que inspire e permita reflexão para as futuras gerações de juristas comprometidos com a defesa do interesse público e o fortalecimento do Estado de Direito, além de perene evolução intelectual.

SÉRGIO PESSOA DE PAULA CASTRO

ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

MENSAGEM DO GOVERNADOR

Parabenizo a Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais pelos 20 ANOS de dedicação aos mineiros.

Nos últimos anos, a AGE-MG conquistou importantes vitórias para a população. Um exemplo notável é o acordo judicial de Brumadinho; o maior já homologado na história do Brasil, no valor de R\$ 37,6 bilhões.

Estamos investindo o recurso na construção de hospitais, estradas e outras benfeitorias em toda Minas Gerais. O nosso Estado não é mais o mesmo desde o dia 25 de janeiro de 2019, quando tivemos a perda irreparável de 272 joias e, desde então, tivemos mudanças fundamentais em direção a uma abordagem mais responsável na indústria da mineração.

Quero também ressaltar o importante trabalho da AGE-MG na recuperação de recursos desviados. Foram cinco acordos de leniência, todos assinados durante a minha gestão, um grande marco da advocacia pública.

Em nome do Advogado-Geral do Estado, Dr. Sérgio Pessoa de Paula Castro, deixo, aqui, os meus parabéns a todos os colaboradores da AGE. Vocês são essenciais para que o povo mineiro tenha uma vida melhor.

Um forte abraço!

ROMEU ZEMA

Governador de Minas Gerais

MENSAGEM DO VICE-GOVERNADOR

Vinte anos se passaram desde a criação da AGE-MG como a conhecemos hoje, com a unificação da Procuradoria-Geral do Estado e Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual, que faziam a defesa dos interesses do Estado.

Para mim, é um orgulho muito grande ter a oportunidade de trabalhar ao lado de advogadas e advogados tão competentes que representam com maestria o nosso Estado por meio da Advocacia-Geral, sob a liderança do Dr. Sérgio Pessoa.

Nesses últimos quatro anos e meio, muita coisa avançou e muita coisa há pela frente para avançar.

A AGE-MG desempenha um papel crucial ao adotar uma nova abordagem para lidar com problemas, em vez de simplesmente transformá-los em disputas judiciais. Sua atuação se concentra na construção de soluções contratuais e consultivas para desafios complexos que antes se encontravam estagnados e sem perspectivas de resolução.

Tenho um imenso orgulho de parabenizar a AGE-MG pelos seus 20 anos de existência e tenho plena confiança de que continuaremos a contar com o trabalho exemplar de todos vocês nas décadas que virão.

PROFESSOR MATEUS

Vice-Governador de Minas Gerais

DUAS DÉCADAS DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ALBERTO GUIMARÃES ANDRADE¹

A Emenda à Constituição Mineira nº 56, de 11 de julho de 2003, promulgada pela Assembleia Legislativa, instituiu a Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais - AGE/MG - integrando as estruturas das Procuradorias Geral do Estado e Geral da Fazenda Estadual.

A fusão da estrutura das extintas Procuradorias, há quase 20 anos, incorporando as atividades finalísticas e integrando as atividades meio, em princípio uma missão difícil, se confirmou como medida correta e oportuna.

Ao comando dessa missão, a instituição teve no seu primeiro Advogado-Geral, José Bonifácio Borges De Andrada, o principal mentor e artífice. Sua atuação firme e contundente, e de sua equipe dirigente, tornaram realidade essa nova e respeitável Advocacia-Geral, de que tanto precisava o Estado, diante do crescente aumento das questões jurídicas na administração direta e indireta do Estado de Minas Gerais.

Tinha início então, na segunda metade do ano de 2003, a nova AGE, com um novo quadro de carreira, contando com 209 procuradores de Estado. Para o apoio às atividades jurídicas, tinha na época 116 servidores administrativos, o que refletia a grande necessidade de novos membros para a carreira jurídica, e também, melhor estrutura de apoio administrativo.

Após quase 20 anos, atualmente, a Advocacia-Geral do Estado conta com pouco mais de 400 procuradores e aproximadamente 430 servidores.

O grande trunfo da AGE está na qualidade dos seus servidores e procuradores, que acumulam preparo técnico e dedicação para desempenhar suas tarefas, tendo sempre a finalidade para a qual foram escolhidos, qual seja: a de servir, com dedicação e comportamento ético.

Pode-se acolher a ética como o conjunto de valores e credos socialmente difundidos em determinado meio, absorvidos e praticados na-

¹ Procurador do Estado aposentado. Ex-Advogado-Geral Adjunto. Ex-Procurador-Geral da Fazenda Estadual. Advogado. Mestre em Direito Administrativo pela UFMG.

turalmente pelo indivíduo e colocados em prática sem a finalidade de se buscar um prêmio ou se temer uma punição.

Agir de maneira ética e buscar harmonizar a consciência à realidade que rodeia. Importa menos o que diz a lei que a voluntariedade da justa ação. O comportamento ético é o que leva a pessoa a praticar o bem e rejeitar o mal, de maneira espontânea, sem almejar recompensa ou temer a sanção, legal ou social.

LEONARDO BOFF, em 1.993, sintetizou o conceito de ética, como visão de mundo, quando afirmou ser ela “... *nossa irrestrita responsabilidade com tudo que existe e vive*”.

Na ação ética o pensamento do outro é secundário. Basta que tenhamos sabido que, agir de determinada maneira adveio de um conceito de justiça, de honestidade e de misericórdia. E que tem acolhida no meio social no qual nos achamos inseridos. No qual os valores e credos são assumidos por todos de maneira voluntária, em vista do bem maior que é a harmonia das relações.

A ética e a sabedoria devem ser sempre o norte a se observar. Especialmente quando as coisas não são claras e as dúvidas nos atormentam. E último século tem sido para a humanidade uma etapa particularmente difícil, em virtude da evolução vertiginosa da ciência. Assombramo-nos a todo momento com novos inventos e descobertas, que causam entusiasmo e euforia. Mas, em muitos momentos, isso traz perplexidade e até angústia, pelos efeitos morais e sociais que encerram.

NORBERTO BOBBIO, em seu derradeiro manuscrito, “Diário de Um Século – Autobiografia”, aponta essa questão dramática -- a da contradição entre o desenvolvimento da ciência e as grandes interrogações éticas que esse desenvolvimento provoca, entre a sabedoria de instigadores do cosmo e a nossa incapacidade de digerir e validar eticamente novos comportamentos.

Afirmou ele, que “*A ciência do bem e do mal ainda não foi inventada. Não há problema moral e jurídico, não há problema de regras de comportamento, de disciplina da nossa conduta, que não levante diversas e opostas soluções.*”

Questões tormentosas do seu tempo foram por ele elencadas, e que precisaram de tempo para serem encaminhadas e assimiladas, como, por exemplo, o aborto e a pena de morte.

Podemos, então, atualizar essa lista e adicionar várias outras questões, que ainda causam perplexidade e polêmica, como a manipulação dos códigos genéticos, os alimentos transgênicos e a clonagem de seres vivos.

A verdade é que o nosso senso moral e ético avança lentamente, pois é preciso tempo para discutir, assimilar e conformar novos usos e costumes, enquanto a ciência, a economia, a tecnologia e a política progredem velozmente trazendo a todo momento novidades que não prescindem de reflexão e amadurecimento para serem acolhidas e respeitadas.

A verdade, segundo BOBBIO, é que a massificação dos meios de comunicação nos faz dar voltas ao mundo, de forma cada vez mais rápida, e a ver estradas manchadas de sangue, montes de cadáveres abandonados, populações inteiras retiradas de suas casas, laceradas e famintas, crianças macilentas com os olhos saltando de suas órbitas, que nunca sorriram, e não conseguirão sorrir antes da morte precoce e arremata:

“O novo ethos mundial dos direitos do homem resplandece apenas nas solenes declarações internacionais e nos congressos mundiais que os celebram e doutamente comentam, mas a essas celebrações e comentários corresponde na verdade a sua sistemática violação em quase todos os países nas relações entre forte e fracos, entre ricos e pobres, entre quem sabe e quem não sabe.”

E nesta seara estamos inseridos, pois, são questões que no Direito buscam conformá-las à realidade.

Os operadores do Direito devem se conscientizar e conformar com a verdade intransponível: O DIREITO NÃO PODE TUDO, até porque é uma criação do homem e na sua elaboração leva todas as suas limitações e imperfeições.

Prevalece, contudo, a lição de Rui Barbosa, para quem “... *fora ‘do Direito’ não há salvação*”.

Cabe-nos atinar para a fenomenologia jurídica diante da dinâmica da vida.

A órbita do pensamento jurídico e a efetividade da lei têm limites na realidade das coisas. A lei pode v.g. prever a obrigação do indivíduo de auxiliar outrem, quando evidente o perigo de um e a possibilidade do outro, como o dever de prestar auxílio a sobreviventes de um naufrágio.

Entretanto, não pode impedir nossa omissão em face das dores do Mundo e exigir manifestações de compreensão e gentileza com os desvalidos que povoam o nosso cotidiano.

Pisar os domínios do Direito sem a visão Ética, colhida da realidade, é pretender transformar um instrumento eficaz de controle social em manejo simples de técnica de solução pontual de conflitos.

O Direito é vivo, e se faz a partir do homem e para o homem.

Nesse caldo se misturam todos os ingredientes de que é feito o ser humano:

razão e emoção;
moral e devassidão;
justiça e usurpação;
honestidade e crueldade.

Se essas lições têm valia geral, mais, ainda, devem observância na atividade administrativa e na prática da Advocacia Pública.

Deve esta ser exercida a partir dos preceitos morais gerais, naqueles outros incorporados internamente na Administração Pública, na ética consolidada nos Códigos, enfim, na *moralidade* exigida a qualquer indivíduo especialmente àqueles travestidos em agentes incumbidos da gestão da coisa pública.

Uma última consideração, a propósito da advocacia pública tão ambicionada pelos administrados, especialmente na ação preventiva e consultiva: se refere a atitude proativa na gestão dos negócios jurídicos públicos. Os negócios jurídicos do Estado.

O Estado existe para o Povo e este espera que os seus servidores efetivamente os sirvam. Servidores públicos existem para servir, bem por isso foram alcunhados de SERVIDORES.

É mais fácil dizer não.

Na análise jurídica de uma questão de Estado é dever do procurador dizer se a proposição sob análise é juridicamente possível e apontar a ilegalidade desvelada do estudo do caso. No entanto, como servidor, espera o administrador que, também, seja apontado o caminho alternativo, legal, possível de ser palmilhado.

Vale recordar a estória de “*BARTLEBY, O Escrivão*”, de *Herman Melville*. Era ele um típico “*barnabé*”, encarregado de atividades burocráticas. Todavia, para além de suas atribuições cotidianas, tinha o hábito de só dizer não e preferia sempre nada fazer mesmo diante de exasperados chefes que lhe demandavam tarefas. Nunca ninguém conseguiu demonstrar-lhe a leniência e a omissão.

E assim não o são os servidores da AGE. A omissão e a inércia de servidores levam ao imobilismo, mal maior que pode acometer à Administração Pública.

O Estado tem muitos desafios e é necessário enfrentá-los, com sabedoria, com ética e com vontade.

E, para enfrentar cada novo desafio apresentado à advocacia pública mineira, estas são as premissas que permanecem, para mais outros 10, 20... anos. Sempre enaltecendo o legado das duas instituições que se fundiram em uma, reafirmado no brilhantismo da atuação de competentes profissionais da advocacia pública, e fortalecendo a cultura da efetividade na administração pública.

Por fim, se nenhuma palavra foi asseverada sobre o momento atual do Brasil, é proposital. E melhor, é buscar refúgio na lição dos poetas, como as ditas em outras circunstâncias, mas ainda de boa serventia, pelo inesquecível e insuperável mineiro, *Carlos Drummond de Andrade*:

“Quando a lei é uma palavra batida e pisada
que se refugia nas catacumbas do direito;
(...)
Quando os ferros da paz se convertem
em ferros da insegurança;
(...)
Quando a incompetência acusa o espelho
que a revela dizendo que a culpa é do espelho;
(...)
Então, é hora de recomeçar tudo outra vez,
sem ilusão e sem pressa,
mas com a teimosia do inseto
que busca um caminho no terremoto.”

A HISTÓRIA DA ADVOCACIA REGIONAL DE IPATINGA

EDGAR SEITH ZAMBRANA¹

A Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais - AGE/MG possui um grande legado na história mineira, fornecendo ao Estado e a seus cidadãos o respaldo jurídico humanizado, garantindo a efetividade das políticas públicas, bem como pautando sua atuação pela legalidade e probidade. E esta realidade não foi diferente com a Advocacia Regional do Estado em Ipatinga.

A nossa caminhada começou no início dos anos 2000, quando os servidores e Procuradores trabalhavam em uma pequena sala no bairro Veneza, dividindo inclusive o único computador que existia na repartição.

Nesse contexto, o Dr. Onofre Alves Batista Júnior, que era o Advogado Regional de Ipatinga, ajudou a organizar a ARE em uma época em que não se tinha nem mesmo um local apropriado para se guardar os Processos Tributários Administrativos.

Era um período de poucos recursos, com estrutura modesta, mas com grande qualidade das pessoas que aqui trabalhavam. Na época, iniciava-se o trabalho da Advocacia-Geral do Estado, após a unificação da Procuradoria-Geral do Estado e da Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual.

Ipatinga é uma cidade na região do Vale do Aço com grande importância econômica, que possui diversas empresas, inclusive uma siderúrgica de porte internacional. Era necessário e estratégico para o Estado possuir uma representação em local tão importante economicamente, bem como garantir no local servidores com grande capacidade de trabalho.

Como consequência natural disso, a Advocacia Regional de Ipatinga começou a crescer, e foram necessárias algumas mudanças.

A pequena sala no bairro Veneza foi transferida para a Avenida 28 de abril, no Centro de Ipatinga, onde os Procuradores do Estado ocuparam três salas no prédio da Secretaria de Estado de Fazenda - SEF. Foi uma época ainda de dificuldades de estrutura, mas a proximidade com os servidores da SEF formou laços que geram bons frutos ao Estado até o presente momento. Essa parceria formada naquele momento não terminou com a separação física, permitindo que trabalhos conjuntos fossem feitos, garantindo a eficaz recuperação do crédito público.

¹ Procurador do Estado.

Nesse momento histórico, a função de Advogado Regional do Estado era exercida pelo Dr. Carlos Vicente Magalhães Viola. Oriundo da Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual, Dr. Carlos sempre pautou sua atuação pelo bom trato com todos, pela gentileza e pela bondade.

Foi um momento muito importante, pois foi na época em que os primeiros concursos públicos foram realizados na Advocacia-Geral do Estado. Neste contexto Dr. Carlos recebeu em Ipatinga os novos Procuradores recém aprovados, e os ajudou a entender a importância do trabalho humanizado.

Inicialmente, a Advocacia Regional de Ipatinga acompanhava somente processos judiciais de natureza tributária. Com o passar dos anos, e com a expansão das competências, foi necessária mais uma vez a mudança da estrutura física. Dessa forma, em 2006 fomos para um prédio pequeno na Avenida 28 de Abril, onde ocupávamos salas em dois andares, suficientes naquele momento para os Procuradores, os servidores e o arquivo.

O Dr. Carlos Vicente Magalhães Viola dirigiu durante anos a Advocacia Regional de Ipatinga, fornecendo um olhar único de profissionalismo e empatia, não só para os colegas de carreira, mas também para todos os outros setores e órgãos envolvidos na atividade. Ele incentivou o trabalho em equipe, e nos mostrou que somente dessa forma seríamos profissionais completos. Foi um momento de muitos desafios, com aumento crescente do volume de trabalho e uma atitude mais proativa da Advocacia-Geral do Estado. Tal marca no trabalho firmou as bases de nossa futura atuação e participou na formação de grandes nomes da AGE, que passaram, em seus inícios de carreira pela ARE Ipatinga.

Com a aposentadoria do Dr. Carlos, em 2014, uma nova etapa se iniciou na Advocacia Regional de Ipatinga. Não teríamos mais seus conselhos, olhar generoso e grande paciência, mas trabalharíamos daí para frente tentando levar em frente seu legado.

É importante também destacarmos a atuação obstinada e com extrema dedicação da Diretora Administrativa da ARE Ipatinga, Daniela Cristina Mendes Peixoto Martins. Servidora mais antiga da Advocacia Regional, acompanhou durante anos todas as mudanças sofridas no trabalho, com o empenho de sempre, sendo testemunha ocular do surgimento da Advocacia-Geral do Estado.

O próximo Advogado Regional de Ipatinga foi o Dr. Claudemiro de Jesus Ladeira, que iniciou alterações na organização da ARE Ipatinga, como por exemplo a padronização das rotinas administrativas, e aproximou o setor administrativo dos Procuradores. Tais alterações foram

muito importantes, pois neste momento enfrentamos o aumento do número de ações de natureza não tributárias acompanhadas pela Advocacia Regional de Ipatinga, de forma que nossa atuação deixou de ser preponderantemente tributária, e passou focar também em ações judiciais das mais diversas naturezas.

O Dr. Claudemiro sempre marcou sua atuação pelo trabalho incansável, minucioso, com foco na busca de teses que podiam ser trabalhadas nos processos judiciais. Sua passagem pela ARE Ipatinga deixou como marca a criação de rotinas que permitiam a melhoria da atuação do setor administrativo.

Após, o Dr. Leonardo Oliveira Soares assumiu a função de Advogado Regional de Ipatinga, e, assim, uma nova fase surgiu.

Foi um período inicial difícil, pois estávamos saudosos do Dr. Carlos, e com novos colegas provenientes de um novo concurso, justamente em uma fase em que os números de processos aumentava e um novo desafio surgiu, a advocacia de massa.

Logo, a nossa estrutura ficou pequena, e todos se empenharam para conseguir um novo local. Primeiramente, foram tentadas mudanças físicas no próprio prédio que já estávamos, mas essa alternativa se mostrou insuficiente. Desse modo, conseguimos, no ano de 2016, uma nova sede, dessa vez uma casa grande e localizada no bairro Cidade Nobre.

O grupo de Procuradores se manteve mais fixo, e com o passar dos anos praticamente nos tornamos uma família.

Passamos a lidar também com a implantação do processo eletrônico pelo TJMG. No início, esta mudança ainda era muito pontual, com poucos processos tramitando eletronicamente, mas já naquele momento percebemos que os paradigmas da atuação profissional do operador do direito iriam ser completamente alterados pelo processo judicial eletrônico.

O Dr. Leonardo, o mais longevo dos Procuradores que já atuaram na Advocacia Regional de Ipatinga, implementou mudanças para adequar nosso trabalho a essa nova etapa. Sua experiência de anos de ARE Ipatinga foi fundamental em um momento muito árduo.

Foi um período difícil e de desafios constantes, quase diários. É importante ressaltar que os atuais Procuradores do Estado foram formados na graduação em uma época em que a internet ainda estava iniciando seu processo de se tornar parte fundamental da vida, não só profissional.

O processo eletrônico implica não somente a diminuição da enorme quantidade de papéis, mas também o aumento expressivo da veloci-

dade da tramitação dos processos judiciais. Na certa é uma grande conquista para a população, para o jurisdicionado, mas um desafio para os operadores do direito, uma vez que possuíamos uma estrutura suficiente para o acompanhamento dos processos judiciais físicos, e de forma repentina passamos a lidar com a realidade dos processos eletrônicos, bem como o impacto que isso teria em nossa estrutura.

Durante esse processo, tivemos que lidar no ano de 2020 com talvez o maior desafio de nossa geração, a pandemia do Covid-19, que trouxe com ela o aceleração da virtualização dos processos judiciais e a implementação do trabalho remoto de forma repentina.

Em todo o Estado tivemos que fazer uma readaptação do trabalho, mas como sempre, conseguimos seguir em frente, fazendo todas as alterações necessárias, lidando ao mesmo tempo com o isolamento social e com o receio de uma doença até então desconhecida.

No ano de 2021, o Dr. Edgar Seith Zambrana assumiu como Advogado Regional de Ipatinga, com uma árdua tarefa de realizar a especialização do trabalho dos Procuradores.

Durante toda a existência da ARE Ipatinga, a divisão de processos entre os Procuradores foi realizada de forma igualitária, realidade que funcionou de forma satisfatória em um momento em que o volume de processos judiciais era menor e a advocacia de massa ainda estava em seus inícios. Assim, com a nova realidade do trabalho, tornou-se necessário e fundamental que o trabalho dos Procuradores passasse a ser especializado, seguindo o que sempre foi realizado em Belo Horizonte.

Essa especialização teve uma grande importância na organização do trabalho, visto que permitiu que os Procuradores se dedicassem a matérias específicas, podendo com isso debater teses e acompanhar os julgados mais recentes dos tribunais superiores. A eficiência aumentou e a qualidade do trabalho teve um ganho significativo.

Com o passar dos anos, como já mencionado, o grupo de Procuradores se tornou uma família. Todos chegaram jovens, ainda iniciando suas vidas profissionais. Fomos amadurecendo, formando nossas famílias e nos unimos cada vez mais.

No entanto, por esses golpes que às vezes a vida nos dá, fomos atingidos por uma grande perda.

No dia 21 de setembro de 2022 perdemos um grande amigo, profissional e companheiro, que de forma repentina e precoce nos deixou.

Refiro-me com respeito e admiração ao amigo e colega Thiago Henrique de Oliveira.

O Dr. Thiago ocupou em nosso grupo o espaço que anteriormente era do Dr. Carlos, pois, educação, gentileza e bondade também eram a sua marca, além da grande competência profissional. O vazio que a sua perda nos deixou será preenchida com o passar dos anos pelo seu legado, que servirá como guia para aqueles que venham no futuro a estar à frente da Advocacia Regional de Ipatinga.

Pode-se dizer, diante de todos o exposto, que a nossa Advocacia Regional de Ipatinga tem muitas histórias, de modo que seria impossível defini-las em um só texto.

Passamos por diversas situações juntos, não somente profissionais, mas também pessoais, e desta maneira nos tornamos uma família.

Somos, hoje, uma equipe, assim, como o Dr. Carlos nos ensinou, e podemos dizer que para sempre iremos buscar desenvolver o legado do nosso saudoso amigo Dr. Thiago.

EMENDA À CONSTITUIÇÃO N° 56, DE 11 DE JULHO DE 2003

Institui a Advocacia-Geral do Estado.

A Mesa da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, nos termos do art. 64, § 4º, da Constituição do Estado, promulga a seguinte emenda ao texto constitucional:

Art. 1º – O inciso XV do art. 62 da Constituição do Estado passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 62 – (...)

XV – processar e julgar o Procurador-Geral de Justiça e o Advogado-Geral do Estado nos crimes de responsabilidade;”.

Art. 2º – O inciso XXVI do art. 90 da Constituição do Estado passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 90 – (...)

XXVI – nomear o Procurador-Geral de Justiça, o Advogado-Geral do Estado e o Defensor Público Geral, nos termos desta Constituição;”.

Art. 3º – As alíneas “a” e “c” do inciso I do art. 106 da Constituição do Estado passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 106 – (...)

I – (...)

a) o Vice-Governador do Estado, o Deputado Estadual, o Advogado-Geral do Estado e o Procurador-Geral de Justiça, nos crimes comuns;
(...)

c) o mandado de segurança contra ato do Governador do Estado, da Mesa e da Presidência da Assembleia Legislativa, do próprio Tribunal ou de seus órgãos diretivos e colegiados, de Juiz de Direito, nas causas de sua competência recursal, de Secretário de Estado, do Presidente do Tribunal de Contas, do Procurador-Geral de Justiça e do Advogado-Geral do Estado;”.

Art. 4º – O § 5º do art. 118 da Constituição do Estado passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 118 – (...)

§ 5º – Quando o Tribunal de Justiça apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo estadual, citará, previamente, o Advogado-Geral do Estado e o Procurador-Geral da Assembleia Legislativa, que defenderão o ato ou texto impugnado, ou, no caso de

norma legal ou ato normativo municipal, o Prefeito e o Presidente da Câmara Municipal, para a mesma finalidade.”.

Art. 5º – O art. 128 da Constituição do Estado passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 128 – A Advocacia-Geral do Estado, 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.

§ 1º – A Advocacia-Geral do Estado será chefiada pelo Advogado-Geral do Estado, nomeado pelo Governador entre Procuradores do Estado, integrantes da carreira da Advocacia Pública do Estado, estáveis e maiores de trinta e cinco anos.”. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 93, de 16/06/2014)

§ 2º – Subordinam-se técnica e juridicamente ao Advogado-Geral do Estado as consultorias, as assessorias, os departamentos jurídicos, as procuradorias das autarquias e das fundações e os demais órgãos e unidades jurídicas integrantes da administração direta e indireta do Poder Executivo.

§ 3º – O ingresso na classe inicial da carreira da Advocacia Pública do Estado depende de concurso público de provas e títulos, realizado com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado de Minas Gerais, em todas as suas fases.

§ 4º – Ao integrante da carreira referida no § 3º deste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho, após relatório circunstanciado e conclusivo da Corregedoria do órgão.

§ 5º – No processo judicial que versar sobre ato praticado pelo Poder Legislativo ou por sua administração, a representação do Estado incumbe à Procuradoria-Geral da Assembleia Legislativa, na forma do § 2º do art. 62.”.

Art. 6º – O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias fica acrescido do seguinte art. 111:

“Art. 111 – Até a entrada em vigor da lei complementar a que se refere o “caput” do art. 128 desta Constituição, que organize a Advocacia-Geral do Estado, serão observadas as seguintes normas:

I – a estrutura da Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual passa a integrar a Advocacia-Geral do Estado;

II – os cargos de Procurador do Estado e de Procurador da Fazenda Estadual e os respectivos titulares passam a integrar, em carreira única, a Advocacia-Geral do Estado, com a denominação de Procuradores do Estado;

III – os servidores da Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual serão transferidos para a Advocacia-Geral do Estado e mantidos em cargos com atribuições e remuneração equivalentes;

IV – são garantidos os direitos e vantagens a que fazem jus os servidores da administração direta ou indireta de qualquer dos Poderes do Estado que prestarem serviço na Advocacia-Geral do Estado.

§ 1º – Fica extinto o cargo de Procurador-Geral da Fazenda Estadual.

§ 2º – Ficam transferidas para a Advocacia-Geral do Estado as unidades e as dotações do orçamento da Procuradoria-Geral do Estado e as parcelas dos créditos orçamentários da Secretaria de Estado de Fazenda referentes à Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual.”.

Art. 7º – Esta emenda à Constituição entra em vigor na data de sua publicação.

Palácio da Inconfidência, em Belo Horizonte, aos 11 de julho de 2003.

DEPUTADO MAURI TORRES – PRESIDENTE

DEPUTADO RÊMOLO ALOISE – 1º-VICE-PRESIDENTE

DEPUTADO ADELMO CARNEIRO LEÃO – 2º-VICE-PRESIDENTE

DEPUTADO DILZON MELO – 3º-VICE-PRESIDENTE

DEPUTADO ANTÔNIO ANDRADE – 1º-SECRETÁRIO

DEPUTADO LUIZ FERNANDO FARIA – 2º-SECRETÁRIO

DEPUTADO PASTOR GEORGE – 3º-SECRETÁRIO

=====

(Vide Emenda à Constituição nº 58, de 18/12/2003.)

(Vide Lei Complementar nº 81, de 10/8/2004.)

(Vide Lei Complementar nº 83, de 28/1/2005.)

(Vide Lei Complementar nº 86, de 10/1/2006.)



José Bonifácio Borges de Andrada
Primeiro Advogado-Geral da AGE/MG



Procuradores do Estado em exercício quando foi instituída a AGE/MG
Na ocasião contava com 209 procuradores de Estado



Assinatura da Emenda Constitucional Estadual nº 56, de 11 de julho de 2003



**Sérgio Pessoa de Paula Castro
Advogado-Geral do Estado, desde 2019**

Advogados-Gerais do Estado - 2003-2023



12/07/2003 - 27/01/2010

José Bonifácio Borges de Andrada



28/01/2010 - 03/04/2014

Marco Antônio Rebelo Romanelli



04/04/2014 - 31/12/2014

Roney Luiz Torres Alves da Silva



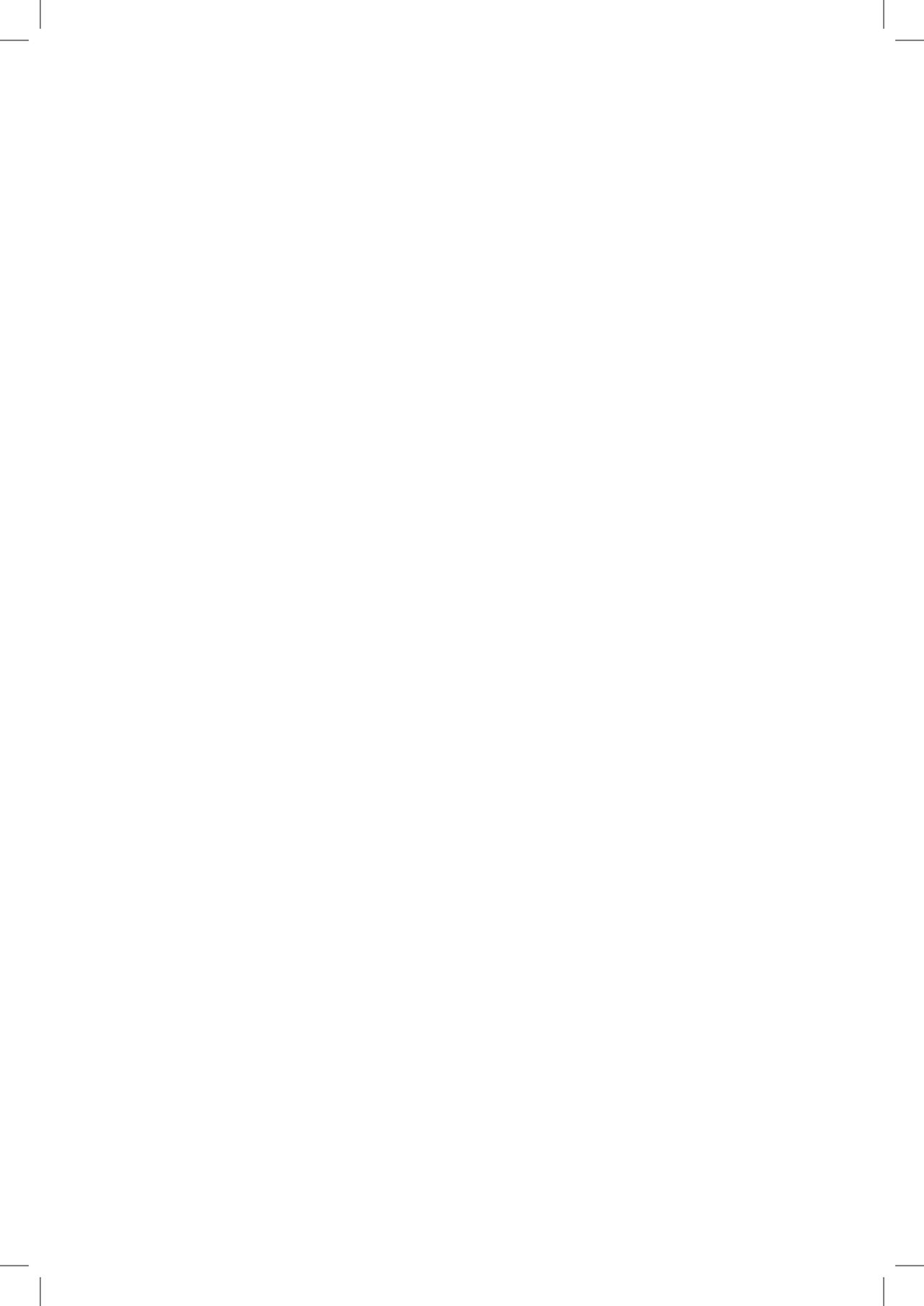
02/01/2015 - 01/01/2019

Onofre Alves Batista Júnior



Desde 02/01/2019

Sérgio Pessoa de Paula Castro



DOUTRINA



ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA: A CONSTRUÇÃO DO CONSENSO PARA O ACORDO DE BRUMADINHO, A PARTIR DA ATUAÇÃO CONCERTADA DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

SÉRGIO PESSOA DE PAULA CASTRO¹
RAQUEL ALKMIM FIGUEREDO MENDONÇA²

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O Cenário Pré-Acordo. 3
O Concerto Entre As Funções Essenciais
À Justiça. 4 O Acordo. 5 Conclusão.

RESUMO: O presente trabalho busca demonstrar de que forma uma consensualidade instituída por meio de um concerto entre as funções essenciais à justiça em casos de relevante repercussão social, utilizando como exemplo o acordo para a reparação integral dos danos socioambientais e socioeconômicos decorrentes do rompimento das barragens B-I, B-IV E B-IV-A na Mina Córrego do Feijão em Brumadinho, desastre ocorrido em 25 de janeiro de 2019 e que resultou em 272 vítimas. Para tanto, faz-se um esforço sobre a perspectiva da Administração Pública Dialógica e da indisponibilidade do interesse público, a partir da concepção de que a consensualidade e a desjudicialização, entendidas como justiça multiportas, permite alcançar resultados que atendem à juridicidade.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública; Concerto; Eficiência; Juridicidade. Justiça.

1. INTRODUÇÃO.

A visão de que a Administração Pública deve pautar-se por uma perspectiva dialógica vem ganhando força no Brasil notadamente após o advento da Constituição de 1988.

¹ Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal Minas Gerais.

² Assistente do Advogado Geral do Estado de Minas Gerais. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

A promulgação da Constituição de 1988 em seu artigo 1^o consagrou a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito instituído a partir dos fundamentos da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político.

No campo da Administração Pública, a Constituição de 1988 estabeleceu princípios de regência⁴, dentre os quais cumpre destacar a eficiência, que, ao lado da legalidade, hodiernamente, juridicidade⁵, ganhou primazia.

Isso decorre da insuficiência de um modelo pautado na estrita legalidade, que, dada sua preocupação excessiva com os aspectos formais e impositivos da norma, se mostrou incapaz de lidar principalmente com situações e relações sociais cada vez mais complexas, plurais e exigentes de uma avaliação pragmática e de uma atuação da Administração Pública com vistas a “*considerar as consequências práticas de sua decisão para a sociedade e seus reflexos na consecução das finalidades mais caras ao Estado*”⁶.

3 Art. 1^o A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

4 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...).

5 Significando que a atuação administrativa deve ser pautada não apenas na obediência à lei, mas em obediência a todo o ordenamento jurídico, com centralidade nos valores constitucionais estabelecidos.

6 FERREIRA, Ana Catarina dos Santos Oliveira e FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência e juridicidade na aplicação de normas de gestão pública a partir da linha de interpretação do artigo 22 da LINDB. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v.9, n.2, 2022, p. 175.

Em paralelo, vale lembrar que as dimensões de direitos⁷, desde os seus primórdios, passaram por uma evolução de caráter cumulativo. Aos direitos de liberdade (primeira dimensão), foram somados os direitos sociais (segunda dimensão), os direitos difusos e coletivos (terceira dimensão), estes vistos sob a perspectiva da fraternidade e da solidariedade, uma vez que refletem a preocupação social com as gerações presentes e futuras e os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo (quarta dimensão).

Paulo Bonavides observa que dos direitos de quarta dimensão “*depende a concretização da sociedade aberta ao futuro, em sua dimensão máxima de universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência*”⁸.

A Administração Pública deve buscar a concretização do interesse público que é indisponível. Todavia, durante muito tempo, essa indisponibilidade estava calcada na litigância, isto é, com a ausência de litígio significando renúncia à indisponibilidade do interesse público, interpretação que não merece prosperar.

Como explicita Luzardo Faria⁹:

Como já dito, disponível é o bem ou direito que não se faça necessário para a satisfação do interesse público no caso concreto. A definição sobre a disponibilidade de algum bem ou direito titularizado pela Administração Pública, portanto, depende da valoração do agente público no caso concreto, quem diante das circunstâncias fáticas e jurídicas postas à sua frente poderá decidir se a disposição desse bem ou direito é ou não meio adequado à realização do interesse público.

Nesse sentido, não há correlação imediata entre o princípio da indisponibilidade do interesse público e a indisponibilidade dos direitos titularizados pela Administração. Como bem ensina Rafael Munhoz de Mello, compreendendo-se adequadamente o referido princípio “é fácil concluir que não há qualquer incompatibilidade entre ele e a ideia de direitos dis-

7 A par das discussões jurídicas e filosóficas que existem a respeito da nomenclatura mais adequada, que fogem totalmente ao escopo desta reflexão, a escolha pelos autores do “termo dimensão de direitos” considera o seu viés ampliativo, uma vez que o termo “geração de direitos” poderia equivocadamente comportar a ideia de sucessão cronológica de direitos.

8 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 571.

9 FARIA, Luzardo. A incidência do princípio da indisponibilidade do interesse público nas transações judiciais envolvendo a Administração Pública. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, v.6. n.1, 2019.

poníveis de titularidade da Administração Pública”, o que existe é apenas “uma confusão causada pela proximidade terminológica dos conceitos – indisponibilidade do interesse público, disponibilidade de direitos –, que, contudo, não torna um o oposto do outro”.

Essa perspectiva da indisponibilidade, a evolução das dimensões de direitos, o surgimento dos princípios da eficiência e da juridicidade e a necessidade de solucionar de forma estruturada questões de elevada complexidade envolvendo diversos atores sociais, fez com que a consensualidade e a desjudicialização, entendidas como justiça multiportas, despontassem como meios adequados de solução de controvérsias.

Segundo Cunha¹⁰:

Costumam-se chamar de ‘meios alternativos de resolução de conflitos’ a mediação, a conciliação e a arbitragem (*Alternative Dispute Resolution* – ADR). Estudos mais recentes demonstram que tais meios não seriam ‘alternativos’: mas sim integrados, formando um modelo de sistema de justiça multiportas. Para cada tipo de controvérsia, seria adequada uma forma de solução, de modo que há casos em que a melhor solução há de ser obtida pela mediação, enquanto outros, pela conciliação, outros, pela arbitragem e, finalmente, os que se resolveriam pela decisão do juiz estatal. Há casos, então, em que o meio alternativo é que seria o da justiça estatal. A expressão multiportas 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.

O direito brasileiro, a partir da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e com o Código de Processo Civil de 2015, caminha para a construção de um processo civil e sistema de justiça multiportas, com cada caso sendo indicado para o método ou técnica mais adequada para a solução do conflito. O Judiciário deixa de ser um lugar de julgamento apenas para ser um local de resolução de disputas. Trata-se de uma importante mudança paradigmática. Não basta que o caso seja julgado; é preciso que seja conferida uma solução adequada que faça com que as partes saiam satisfeitas com o resultado.

O Código de Processo Civil, Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015, consagrou, em seus artigos 165 e 166¹¹, a conciliação e a me-

¹⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 637- 638.

¹¹ Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

dição, regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais, como meios adequados de solução de controvérsias.

A conciliação é adotada preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, podendo o conciliador sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem (artigo 165, § 2º).

A mediação é adotada primordialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, sendo que o mediador auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (artigo 165, § 3º).

É notadamente na mediação que os envolvidos nos conflitos estão legitimados a lhes conferir resolutividade de uma forma concertada e a partir de sua própria vivência dos preceitos constitucionais e legais.

No âmbito do Estado de Minas Gerais, um dos mais importantes marcos normativos consagradores da consensualidade e da dialogicidade para a Administração Pública é a Lei Estadual nº 23.172, de 20

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

de dezembro de 2018, diploma que consolida a autorização à 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*”. O artigo 7º desse diploma estabelece como premissas a garantia da juridicidade, eficácia, estabilidade, segurança e boa-fé nas relações jurídicas e administrativas¹².

Nessa ordem de ideias é que se deu a celebração do acordo judicial firmado entre o Estado de Minas Gerais, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG), a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais (DPMG), o Ministério Público Federal (MPF) e a Vale S.A., com valor econômico, estimado em 37,6 bilhões de reais, visando a integral reparação socioambiental e socioeconômica dos danos decorrente do rompimento das barragens B-I, B-IV E B-IV-A na Mina Córrego do Feijão, em Brumadinho, desastre ocorrido em 25 de janeiro de 2019 e que resultou em 272 vítimas.

A mediação, conduzida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, teve início com a remessa do caso ao Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania. A primeira audiência ocorreu em 22 de outubro de 2020, na qual já houve a fixação de premissas de consenso entre os envolvidos no conflito.

Em menos de quatro meses, mais precisamente em 4 de fevereiro de 2021, a atuação concertada do Estado, dos Ministérios Públicos Estadual e Federal, da Defensoria Pública, do Tribunal de Justiça, cada um em sua esfera de atribuição, após amplo diálogo com a Vale S.A., possibilitou a assinatura do maior acordo judicial da história do Brasil e da América Latina.

12 Art. 6º – A Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos terá como objetivos:

I – instituir valores e meios jurídicos que permitam um melhor relacionamento dos cidadãos com a administração pública;

II – prevenir e solucionar controvérsias administrativas e judiciais entre o particular e o Estado, ou entre órgãos ou entidades da administração pública direta e indireta;

III – garantir juridicidade, eficácia, estabilidade, segurança e boa-fé nas relações jurídicas e administrativas;

IV – agilizar e aumentar a efetividade dos procedimentos de prevenção e solução de controvérsias;

V – racionalizar a judicialização de litígios envolvendo a administração pública direta e indireta;

VI – reduzir passivos financeiros decorrentes de controvérsias de repercussão coletiva.

2. O CENÁRIO PRÉ-ACORDO.

De início, cumpre ressaltar que o Estado teve que direcionar todos os seus esforços para a adoção de medidas emergenciais. Imediatamente após a ocorrência do desastre, houve o acionamento do Sistema de Defesa Civil Estadual para a devida resposta, com destaque para as operações de busca e salvamento de pessoas e de espécimes da fauna.

O acionamento da responsável Vale S.A. ocorreu no mesmo dia do desastre, ocasião em que houve a determinação de um bloqueio judicial da ordem de 1 bilhão de reais, de forma a garantir que houvesse recursos necessários *“para atendimento das demandas urgentes das vítimas, pessoas, animais, municípios e ao meio ambiente atingidos pelo desastre”*¹³.

A primeira audiência ocorreu em 29 de janeiro de 2019, oportunidade em que as partes informaram ao juízo sobre a negociação de um termo de ajuste preliminar para atendimento consensual das medidas urgentes necessárias. As tratativas continuaram sendo entabuladas em juízo e fora dele.

As audiências se seguiram semanalmente e em 20 de fevereiro de 2019 as partes já haviam chegado a um consenso sobre as questões emergenciais dentre as quais devem ser citadas: o pagamento de auxílio emergencial financeiro às pessoas atingidas e a contratação de assessorias técnicas independentes, entidades de apoio às pessoas atingidas para fins de acesso a todas as informações pertinentes à gestão do desastre, sem prejuízo do acesso direto pelo próprio interessado, o ressarcimento dos gastos extraordinários efetuados pelo Estado, a partir da sua atuação para resposta ao desastre, o pagamento das multas ambientais lavradas pelo Estado em face da poluidora no valor de 99 milhões de reais, além da contratação de auditoria técnica e ambiental para verificar a segurança das estruturas remanescentes da Mina Córrego do Feijão, bem como para aferir a efetividade das medidas adotadas para a contenção dos rejeitos e para a recuperação ambiental das áreas impactadas.

Posteriormente, em 9 de maio de 2019, foi firmado acordo para a construção de uma nova captação de água no Rio Paraopeba, a montante do ponto de rompimento.

13 Trecho extraído do pedido formulado, constante da decisão liminar proferida nos autos da tutela antecipada em caráter antecedente ajuizada pelo Estado em face da Vale S.A., autos nº 5010709-36.2019.8.13.0024.

Em 7 de fevereiro de 2020, foi firmado o acordo para estudos de viabilidade de intervenções estruturantes, a fim de possibilitar o aumento da resiliência hídrica do Rio Paraopeba e do Rio das Velhas, visando garantir o abastecimento da Região Metropolitana de Belo Horizonte.

Em 18 março de 2020, quando o Estado estava a enfrentar o que se tornaria a maior crise sanitária em escala global do século XXI em decorrência da covid-19, o Estado e a Vale S.A. celebraram acordo para a destinação de recursos, a título compensatório, para a conclusão de uma ala do Hospital Eduardo Menezes, para isolamento e tratamento de pacientes infectados pelo coronavírus. As bases do consenso para a destinação do recurso, uma vez que não havia correlação direta com o desastre, foram fundadas na necessidade de reparação e de compensação dos danos ao erário, uma vez que o desastre ocasionou sobrecarga nos serviços de saúde prestados pelo Estado. O Hospital Eduardo Menezes atualmente é “*referência estadual no manejo de doenças infecto-contagiosas e com expertise em epidemias como a de influenza A (H1N1), dengue e febre amarela (...)*”¹⁴.

Subseqüentemente, o Estado, o Ministério Público Estadual e Federal e a Defensoria Pública Estadual, sob os mesmos fundamentos, celebraram acordos com a Vale S.A. que possibilitaram o levantamento de valores da ordem de 1,5 bilhão de reais, principalmente, para a compra de maquinários para equipar novos leitos de unidades de tratamento intensivo (ventiladores pulmonares, monitores e bombas de infusão), aquisição de testes para a detecção da covid-19 e insumos e equipamentos de proteção individual necessários para o trabalhos dos profissionais de saúde.

Os recursos levantados para enfrentamento à covid-19 foram objeto de controle interno, externo pelo Tribunal de Contas do Estado e de controle judicial.

Em 17 de novembro de 2020, foi firmado acordo para o fortalecimento das bases de atuação do Corpo de Bombeiros Militar do Estado de Minas Gerais, que possibilitou a aquisição de caminhões, veículos e equipamentos de resgate.

14 Hospital Eduardo de Menezes consolida vocação com respostas rápidas às demandas epidemiológicas. Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte. 12 de setembro de 2022. Disponível em: <https://www.fhemig.mg.gov.br/noticias/2465-hospital-eduardo-de-menezes-consolida-vocacao-com-respostas-rapidas-as-demandas-epidemiologicas#:~:text=Em%20mar%C3%A7o%20de%202020%2C%20o,de%20infe%C3%A7%C3%A3o%20pelo%20novo%20coronav%C3%ADrus>. Acesso em 10 out. 2022.

Em 23 de novembro de 2020, foi firmado o acordo que possibilitou a aquisição de equipamentos para a reestruturação das Unidades Regionais de Defesa Civil e das Coordenadorias Municipais de Proteção e Defesa Civil no Estado de Minas Gerais.

Verifica-se, portanto, que, mesmo no âmbito da judicialização, as partes adotaram uma postura dialógica e propositiva para a solução do conflito.

Em menos de dois anos, vários acordos, que resultaram no atendimento de diversas necessidades das pessoas atingidas e de toda a sociedade, haviam sido construídos.

É indubitável que a construção dos acordos parciais se deu em bases sólidas, a partir do diálogo, principalmente, porque houve a integração das visões e missões constitucionais daqueles que viriam a ser os compromitentes do acordo de reparação.

3. O CONCERTO ENTRE AS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA.

A atuação concertada das funções essenciais à justiça, em consonância com as suas atribuições, nos termos do delineamento feito pela Constituição da República, se mostrou fundamental para a celebração do acordo de reparação integral.

Di Pietro¹⁵ elucida sobre o tratamento constitucional diferenciado das instituições de justiça:

Temos realçado, em diferentes oportunidades em que escrevi sobre o tema, que, embora a Constituição adote, no artigo 2º, o princípio da separação de Poderes, ela prevê, no Título IV, denominado de “Organização dos Poderes”, quatro e não três capítulos; os três primeiros pertinentes a cada um dos Poderes do Estado e, o quarto, imediatamente seguinte ao que cuida do Poder Judiciário, referente às Funções Essenciais à Justiça, nele inserindo o Ministério Público, a Advocacia-Geral da União, as Procuradorias Estaduais, a Defensoria Pública e a Advocacia. Isto não significa que são atividades típicas do Estado, merecendo, por isso mesmo, tratamento constitucional diferenciado.

O que a Constituição quis realçar, com a inclusão dessas carreiras no capítulo das “funções essenciais à Justiça”, foi a importância de todas na busca da Justiça, entendida no duplo sentido: a) Justiça como instituição, como sinônimo de Poder Judiciário, já que este não tem legitimidade para dar

15 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *A advocacia pública como função essencial à justiça*. Publicado em 10 de agosto de 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica>. Acesso em: 12 out. 2022.

início às ações judiciais, decidindo os conflitos que são postos e nos limites postos pelo advogado, pelo promotor de Justiça, pelo advogado público, pelo defensor público; sem esses profissionais, a Justiça não é acionada; ela não existe; b) Justiça como valor, incluída no preâmbulo da Constituição entre os valores supremos de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos, e que consiste na “vontade constante de dar a cada um o que é seu” (*justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*).

A Advocacia-Geral do Estado, partindo de uma representação do ente federativo Estado pautada na racionalização da judicialização, de forma a atender ao interesse público primário¹⁶.

Os Ministérios Públicos Federal e Estadual, partindo da defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis e a Defensoria Pública Estadual, partindo da promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados.

O Tribunal de Justiça teve o papel fundamental de aproximar as partes, proporcionando um ambiente neutro e imparcial adequado ao franco diálogo, além de orientá-las sempre para o foco da resolutividade.

O concerto e a ausência de litigiosidade demonstram que as negociações que se seguiram até o atingimento do consenso viabilizador da construção de um documento que traduzisse a resolução mais justa, foram calcadas em anseios de segurança jurídica, de transparência e de afastamento de desvios, fatores constantes de preocupação social e dos órgãos controladores.

Afinal, não é raro que ajustes celebrados pelo Poder Executivo sejam alvos constantes de questionamento dos órgãos controladores e

¹⁶ Conforme Di Pietro, *se a Administração não é titular dos interesses que administra, ela não pode deles dispor. Daí a distinção entre interesses públicos primários e secundários, feita por Renato Alessi: “Estes interesses públicos, coletivos, cuja satisfação está a cargo da Administração, não são simplesmente o interesse da Administração entendida como ‘aparato organizativo’, mas o que se chamou de interesse coletivo primário, formado pelo conjunto de interesses individuais preponderantes em uma determinada organização da coletividade, enquanto o interesse do aparelhamento (se é que se pode conceber um interesse do aparelhamento unitariamente considerado) seria simplesmente um dos interesses secundários que se fazem sentir na coletividade, e que podem ser realizados somente em caso de coincidência com o interesse coletivo primário e dentro dos limites de dita coincidência. A peculiaridade da posição da Administração Pública reside precisamente nisto, em que sua função consiste na realização do interesse coletivo público, primário.* DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. A advocacia pública como função essencial à justiça. Publicado em 10 de agosto de 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica>. Acesso em 12 out. 2022.

da própria sociedade pela via da ação popular, em que pese o fato de a Administração Pública ser também garantidora da probidade, tanto é que o Supremo Tribunal Federal reafirmou sua a legitimidade ativa para a propositura de ações de improbidade administrativa, quando do julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas contra a Lei Federal nº 14.230, de 25 de outubro de 2021.

Nesse sentido, há no acordo previsão expressa da absoluta vinculação da destinação dos recursos financeiros do acordo às suas finalidades. Os valores repassados para o Estado possuem fonte orçamentária específica e a sua utilização é fiscalizada pela Controladoria-Geral do Estado e pelo Tribunal de Contas do Estado.

No que concerne à participação social, tem-se que, apesar dos desafios impostos pelas restrições em razão da pandemia da covid-19, o Poder Executivo, os Ministérios Públicos Estadual e Federal e a Defensoria Pública não mediram esforços para manter as pessoas atingidas e toda a sociedade informadas sobre as tratativas, o que ocorreu com o apoio das assessorias técnicas independentes, por meio de diversas reuniões realizadas na modalidade virtual.

Também houve a oitiva de comissões de atingidos no âmbito do Tribunal de Justiça e audiências públicas, conduzidas pela Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, com o objetivo de debater e buscar esclarecimentos sobre a negociação.

Especificamente, sobre o resultado do concerto, o acordo firmado, cabe trazer a lume sua estrutura e suas principais premissas, as quais enunciam a juridicidade, a eficiência e a transversalidade, esta última também fundamental, dado que um desastre da magnitude do rompimento das barragens tal como ocorreu gera impactos sinérgicos ambientais, econômicos e sociais em toda a sociedade.

4. O ACORDO.¹⁷

Estruturalmente, o acordo firmado é composto por dois eixos principais: um socioeconômico e outro socioambiental. Para o eixo socioambiental existe a previsão da elaboração de um plano de recuperação ambiental para a Bacia do Paraopeba, o qual se encontra em construção.

¹⁷ Todos os dados referentes aos anexos técnicos constam do sítio eletrônico <https://www.mg.gov.br/pro-brumadinho>, conhecido como o portal da transparência do acordo.

Para o eixo socioeconômico foram previstos diversos programas que se destinam ao fortalecimento dos serviços públicos no âmbito dos 26 municípios impactados.

Os eixos, por sua vez, se subdividem em anexos técnicos que dispõem sobre agrupamento de medidas reparatórias e compensatórias, considerando a afinidade temática.

O *Anexo I - Programa de Reparação Socioeconômica* pertinente à reparação socioeconômica dos municípios atingidos. Fazem parte do *Anexo I*: o *Anexo I.1: Projetos de demandas das comunidades atingidas*; o *Anexo I.2: Programa de transferência de renda à população atingida*; o *Anexo I.3: Projetos para a Bacia do Paraopeba*; o *Anexo I.4: Projetos para Brumadinho*.

Os projetos de demandas das comunidades atingidas, com valor de 3 bilhões de reais, concernem ao grupo de projetos, cuja concepção, formulação e execução contam com a participação informada da população.

Ao *Programa de Transferência de Renda* foi prevista a destinação de 4,4 bilhões de reais e abrangência projetada para 140 mil pessoas. É por meio dele que restou garantida a subsistência das pessoas atingidas até a retomada de suas atividades. Os critérios de acesso ao *Programa de Transferência de Renda* foram definidos pelos Ministérios Públicos Estadual e Federal e pela Defensoria Pública Estadual e sua gestão é feita pela Fundação Getúlio Vargas.

Os projetos para a Bacia do Paraopeba e os projetos para Brumadinho, respectivamente nos valores de 2,5 bilhões de reais e 1,5 bilhão de reais, dizem respeito a projetos que foram propostos pelos municípios e pelas comunidades e submetidos a um processo de priorização mediante consulta popular.

A título de exemplo, verifica-se os projetos abaixo listados que já tiveram ordem de início¹⁸:

Em Brumadinho:

1 - Programa de Fomento Agro – Ampliação do conhecimento e rastreabilidade da produção agrícola: realização de estudos que apontem as necessárias adequações produtivas locais, implantação da rastreabilidade da produção, e a elaboração e implantação de projetos produtivos individuais junto aos agricultores locais.

¹⁸ Fonte: PRÓ-BRUMADINHO.2021. Disponível em: <https://www.mg.gov.br/pro-brumadinho/noticias/governo-e-instituicoes-de-justica-dao-ordem-de-inicio-para-9-projetos-de>. Acesso em: 12 out. 2022.

2 - Distrito Industrial de Brumadinho – Fase A: realização de estudos para estruturação de um Distrito Industrial no município de Brumadinho e para constituição e atração de novos negócios industriais-terciários.

3 - Brumadinho Digital – Fase A: realização de um estudo preliminar que descreverá qual a solução de conectividade para o município de Brumadinho, quais os investimentos deverão ser feitos e, também, a forma como os investimentos deverão ser realizados com o respectivos prazos e riscos. Nos demais 25 municípios atingidos da Bacia do Paraopeba:

4 - Programa de Manutenção de estradas rurais e trabalhos de recuperação ambiental – Fase A: nessa fase, serão realizadas ações voltadas a equipar as prefeituras dos municípios atingidos por meio da aquisição e entrega de equipamentos destinados à manutenção das estradas rurais destes municípios, como tratores, caminhões e outros conforme a escolha e priorização de cada prefeitura municipal beneficiária.

5 - Programa de educação profissional: oferta de até 5.850 vagas em cursos de qualificação profissional que visam contribuir para o desenvolvimento de conhecimentos, habilidades e atitudes que poderão promover a inserção em oportunidades de trabalho e geração de renda nos municípios.

6 - Fortalecimento da Atenção Primária à Saúde: repasse de recursos aos municípios atingidos para fortalecer a Atenção Primária em Saúde, a partir do incremento de pessoal e qualificação de equipes e investimentos na estruturação e adequação de Unidades da Atenção Primária.

7 - Promove Minas: repasse de recurso aos municípios atingidos para o fortalecimento de equipes multidisciplinares no âmbito da Atenção Primária à Saúde.

8 - Fortalecimento Rede Atenção Psicossocial: repasse de recurso a parte dos municípios atingidos para fortalecer a Rede de Atenção Psicossocial (RAPS) a partir do incremento de pessoal, qualificação de equipes e adequação das Unidades de Atenção Psicossocial. Os municípios contemplados são: Betim, Curvelo, Esmeraldas, Felixlândia, Igarapé, Mateus Leme, Morada Nova de Minas, Pará de Minas, Pompéu, São Joaquim de Bicas e Três Marias.

9 - Estruturação das Salas de Urgência: estruturação de uma sala de urgência nos municípios atingidos por meio da aquisição, entrega e instalação de bens, equipamentos e mobiliários.

Entre os projetos regionais selecionados estão a construção e entrega de 1.502 casas populares, 7 creches, 78 usinas fotovoltaicas e pavimentação de trechos rodoviários.

Para Brumadinho foram aprovados, ainda, projetos de requalificação de centros urbanos, fortalecimento do complexo de saúde e do sistema de assistência social¹⁹.

¹⁹ Fonte: PRÓ-BRUMADINHO.2021. Disponível em: <https://www.mg.gov.br/pro-brumadinho/pagina/anexo-i3-projetos-para-bacia-do-paraopeba>. Acesso em

O Anexo II - Programa de Reparação Socioambiental refere-se às medidas de reparação e de compensação dos danos conhecidos. Fazem parte do Anexo II: o Anexo II.1: *Recuperação socioambiental*; o Anexo II.2: *Compensação socioambiental dos danos já conhecidos*; o Anexo II.3: *Projetos de Segurança Hídrica*.

A recuperação socioambiental, com valor inicial estimado em 5 bilhões de reais, mas sem limitação, será prevista no plano de recuperação contendo os seguintes capítulos: *Capítulo 1: Diagnóstico pretérito*; *Capítulo 2: Avaliação dos impactos ambientais decorrentes do rompimento*; *Capítulo 3: Plano de ação para remediação, reparação e restauração dos impactos, contendo indicadores e metas e avaliação de impactos cumulativos*; *Capítulo 4: Gestão Adaptativa de dados*.

As medidas de compensação dos danos ambientais já conhecidos, no valor de 1,5 bilhão de reais, estão contempladas em uma lista referencial de projetos dentre os quais cumpre destacar: controle de zoonoses, estruturação da Unidade de Conservação em Brumadinho e gestão do Parque Estadual Serra do Rola Moça, regularização e recuperação de áreas de recarga hídrica, restauração de áreas de cobertura vegetal nativa na Bacia do Rio Paraopeba e obras de saneamento básico nos municípios impactados.

Os projetos de segurança hídrica, com valor estimado de 2 bilhões de reais, se destinam ao aumento da resiliência hídrica da Bacia do Paraopeba e da Bacia do Rio das Velhas, de modo a assegurar o abastecimento da Região Metropolitana de Belo Horizonte.

O Anexo III - Programa de Mobilidade e o Anexo IV - Programa de Fortalecimento do Serviço Público contemplam a compensação dos danos sofridos em todo o Estado de Minas Gerais decorrentes do desastre.

Afinal, além dos impactos na economia como a retração do Produto Interno Bruto (PIB), houve o direcionamento dos serviços públicos de caráter universal para atendimento das pessoas atingidas e para a região diretamente afetada. Tais programas visam a melhoria das condições de vida da população, a partir do aprimoramento dos serviços públicos prestados e da infraestrutura de diversas regiões do Estado, de forma a atrair investimentos.

O Programa de Mobilidade prevê recuperação de rodovias, implantação do rodoanel da Região Metropolitana de Belo Horizonte (RMBH) e recursos para melhorias no metrô da Região Metropolitana, enquanto

12 out. 2022.

o Programa de Fortalecimento do Serviço Público prevê a conclusão de obras de hospitais regionais, a construção de bacias de contenção de água chuva, aquisição de equipamentos para as forças de segurança e instalação de cisternas em área de seca. Tais programas abrangem juntos recursos da ordem de 8,6 bilhões de reais.

Anexo V - Instrumentos jurídicos de acordos relacionados ao rompimento e o *Anexo VI - Instrumentos jurídicos de acordos rerratificados, novados ou extintos* dizem respeito a alguns projetos especiais, como os anteriormente citados acordos para o fortalecimento das bases de atuação do Corpo de Bombeiros Militar do Estado de Minas Gerais e para a aquisição de equipamentos visando a reestruturação das Unidades Regionais de Defesa Civil e das Coordenadorias Municipais de Proteção e Defesa Civil.

Além desses projetos está sendo implantada uma biofábrica destinada ao controle de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti* (dengue, zika e chikungunya), e está prevista a reestruturação do Laboratório Central de Saúde Pública da Fundação Ezequiel Dias (Funed) e a implementação de um novo plano para monitoramento da qualidade da água do Rio Paraopeba em continuidade ao monitoramento que vem sendo feito desde que ocorreu o rompimento.

Entre os projetos especiais haverá a edificação de um memorial em homenagem às vítimas do desastre.

No que concerne às premissas que nortearam a celebração do acordo, em correlação com a juridicidade, a eficiência e a transversalidade, cabe um importante destaque. A juridicidade é afirmada a partir da premissa de que a reparação socioambiental e socioeconômica é integral e de que o acordo não obsta a propositura de ações daqueles que almejam, sob a perspectiva individual, o ressarcimento integral dos danos sofridos em decorrência do desastre, consoante se pode observar²⁰:

1.1. O objeto do acordo é a definição das obrigações de fazer e de pagar da Vale, visando à reparação integral dos danos, impactos negativos e prejuízos socioambientais e socioeconômicos causados em decorrência do rompimento, e seus desdobramentos, conforme a solução e adequação técnicas definidas para cada situação, nos moldes estabelecidos neste instrumento e em seus Anexos.
(...)

²⁰ A íntegra do acordo judicial pode ser visualizada em: https://www.mg.gov.br/sites/default/files/paginas/imagens/probrumadinho/ata_acordo_vale_04-02-2021_1.pdf. Acesso em 12 out. 2022.

2.1. As medidas de reparação socioambiental integral dos impactos e danos decorrentes do rompimento corresponderão às ações, projetos e obras mensuráveis por meio de indicadores e não estarão sujeitas a limite pecuniário, ressalvada a compensação ambiental definida neste Acordo. Dessa forma, os valores despendidos para a reparação socioambiental integral e os projetos a elas relacionados, à exceção da compensação ambiental, definida neste Acordo, não serão considerados para fins de cálculo do teto do presente Termo.

(...)

3.1. A Vale obriga-se aos pagamentos ou execução de projetos e ações conforme discriminados nos Anexos I.1, I.2, I.3, I.4, III e IV, que serão destinados à reparação de todos os danos socioeconômicos difusos e coletivos decorrentes do rompimento. Ficam excetuados os danos supervenientes, os individuais e os individuais homogêneos de natureza divisível, conforme os pedidos das Ações Judiciais não extintos por este Acordo, os quais são objeto das perícias judiciais que prosseguirão.

A transversalidade é embasada na integração dos municípios impactados no acordo. Ao todo, além de Brumadinho, são 25 municípios: Abaeté, Betim, Biquinhas, Caetanópolis, Curvelo, Esmeraldas, Felixlândia, Florestal, Fortuna de Minas, Igarapé, Juatuba, Maravilhas, Mário Campos, Mateus Leme, Morada Novas de Minas, Paineiras, Papagaios, Pará de Minas, Paraopeba, Pequi, Pompéu, São Gonçalo do Abaeté, São Joaquim de Bicas, São José da Varginha e Três Marias.

Cumprir explicitar que o caráter regional do dano faz com que o Estado seja detentor de uma função federativa de coordenação da reparação e, desse modo, exerce sua atribuição de tutelar o interesse regional. Essa tutela se dá de acordo com a regra da predominância dos interesses, de modo e, portanto, sem alijar os municípios que detêm a prerrogativa de tutelar o interesse local.

Nesse tocante, verifica-se a seguinte estipulação do instrumento: “3.2. A reparação socioeconômica respeitará os modos de vida locais, a autonomia das pessoas atingidas e o fortalecimento dos serviços públicos”.

Destaca-se, ainda, as previsões que estabeleceram que os municípios e a comunidade elaborassem propostas de projetos que, após avaliação técnica, passariam por procedimento de consulta popular, a fim de definir qual seria a priorização, ou seja, quais projetos devem ser executados nos municípios.

A eficiência é traduzida pela ausência de litígio. O concerto dos compromitentes no encaminhamento das questões multidimensionais decorrentes da reparação - cada um no âmbito de sua atribuição - e

a participação popular significam segurança jurídica em relação a decisões tomadas.

Afinal, é consabido que a litigiosidade pode criar entraves a demandas que necessitam de uma solução célere, com efeito deletério para sociedade, notadamente, nos casos que envolvem grave dano ambiental, de caráter dinâmico, cujo agravamento pode se prostrar no tempo enquanto pendente a discussão processual.

5. CONCLUSÃO.

Em 2015, a Organização das Nações Unidas (ONU) instituiu um plano global, denominado Agenda 2030, voltado para o atingimento de um mundo melhor para todos os povos e nações²¹.

A Agenda 2030, pactuada pelo Brasil e por mais 192 países membros, contempla 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS):

1. Erradicação da Pobreza;
2. Fome Zero e Agricultura Sustentável;
3. Saúde e Bem Estar;
4. Educação de Qualidade;
5. Igualdade de Gênero;
6. Água Potável e Saneamento;
7. Energia Limpa e Acessível;
8. Trabalho Decente e Crescimento Econômico;
9. Indústria, Inovação e Infraestrutura;
10. Redução das Desigualdades;
11. Cidades e Comunidades Sustentáveis;
12. Consumo e Produção Sustentáveis;
13. Ação Contra a Mudança Global do Clima;
14. Vida na Água; 15. Vida Terrestre;
16. Paz, Justiça, e Instituições Eficazes;
17. Parcerias e Meios de Implementação²².

²¹ Segundo a representação das Nações Unidas no Brasil, “os *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável* são um apelo global à ação para acabar com a pobreza, proteger o meio ambiente e o clima e garantir que as pessoas, em todos os lugares, possam desfrutar de paz e de prosperidade. Estes são os objetivos para os quais as Nações Unidas estão contribuindo a fim de que possamos atingir a Agenda 2030 no Brasil”. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em 12 out. 2022.

²² Fonte: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em 12 out. 2022.

Tais objetivos - interdependentes entre si - refletem a busca pela justiça, entendida, consoante explicita Di Pietro, como valor supremo de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos²³.

O Estado Democrático de Direito, por sua vez, com todo o seu aparato normativo assegurador de direitos e garantias é o *locus* da Administração Pública Dialógica, que superou a visão da indisponibilidade do interesse público como óbice a qualquer tipo de transação e passou a enxergar a desjudicialização como um caminho, pois cada conflito possui um meio mais adequado para ser resolvido.

E se cada conflito possui um meio mais adequado para sua resolução, cada função essencial à justiça possui um papel fundamental, traçado pela Constituição, a ser desempenhado para o seu deslinde, notadamente, quando se trata de resolver disputas complexas e multidimensionais.

Não se pode olvidar que o Poder Judiciário também possui um papel fundamental de aproximar as partes, de proporcionar o ambiente neutro e imparcial para o diálogo e de orientar o foco das funções essenciais para a resolutividade.

Não é por outra razão que, na Agenda 2030, paz, justiça e instituições eficazes estão juntas em um dos objetivos preconizados pela Organização das Nações Unidas para a estruturação do plano global.

O maior acordo até então celebrado na história do Brasil e da América Latina é um exemplo de que é possível, a partir do concerto das funções essenciais à justiça, cada uma em sua esfera de atribuição, atingir, de forma célere, um resultado que reflete as perspectivas de juridicidade, de eficiência e de transversalidade.

A abertura da Administração Pública para o sistema de justiça multipartas é paradigmática, democrática e uma via para o atingimento de um mundo melhor.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, Distrito Federal: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 out. 2022.

23 DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. A advocacia pública como função essencial à justiça. Publicado em 10 de agosto de 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica>. Acesso em 12 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, Distrito Federal: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 6 out. 2022.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A advocacia pública como função essencial à justiça. Publicado em 10 de agosto de 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica>. Acesso em: 12 out. 2022.

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP. Princípio da universalidade. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1. Abril de 2017. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/77/edicao-1/principio-da-universalidade>. Acesso em: 10 out. 2022.

FARIA, Luzardo. A incidência do princípio da indisponibilidade do interesse público nas transações judiciais envolvendo a Administração Pública. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*. v.6, n.1, 2019. Disponível em: <http://portal.amelica.org/ameli/jatsRepo/295/2951727005/html/index.html>. Acesso em: 4 out. 2022.

FERREIRA, Ana Catarina dos Santos Oliveira; FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência e juridicidade na aplicação de normas de gestão pública a partir da linha de interpretação do artigo 22 da LINDB. *Revista Digital de Direito Administrativo*. v.9, n.2, 2022, p. 173-195.

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, Minas Gerais: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?ano=2018&num=23172&tipo=LEI>. Acesso em: 6 out. 2022.

PRÓ-BRUMADINHO 2021. Disponível em: <https://www.mg.gov.br/pro-brumadinho>. Acesso em: 12 out. 2022.

CASTRO, Sérgio Pessoa de Paula; MENDONÇA, Raquel Alkimim Figueredo. Administração pública dialógica: a construção do consenso para o Acordo de Brumadinho, a partir da atuação concertada das funções essenciais à justiça. *DIREITO PÚBLICO: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 19-20, n.1, p. 31-49, 2022/2023.

OS EFEITOS DO SIMPLES NACIONAL SOBRE A VERBA HONORÁRIA A SER RECEBIDA PELO ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA MEDIANTE PRECATÓRIO JUDICIAL

FÁBIO MURILO NAZAR¹

DANIELA VICTOR DE SOUZA MELO²

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Simples nacional e retenção de imposto de renda na fonte. 2.1 Análise da legislação que rege a espécie. 2.2 Solução de consulta COSIT N° 267/2019. 2.3. Jurisprudência relativa à matéria. 3. Tributação a ser aplicada aos créditos de honorários advocatícios, segundo a sua origem. 3.1. O contrato de prestação de serviços foi realizado em nome da pessoa física do advogado e a procuração foi outorgada em nome do advogado pessoa física - aplicação aos honorários sucumbenciais e contratuais. 3.2 O contrato de prestação de serviços originário foi realizado em nome da pessoa jurídica (sociedade de advogados) e a procuração foi outorgada em nome da pessoa física do advogado que integra a sociedade de advogados, sem fazer constar a sociedade de advogados - diferenciação entre o crédito sucumbencial e contratual. 3.3 O contrato de prestação de serviços advocatícios foi realizado em nome da sociedade de advogados e na procuração consta o nome da respectiva sociedade de advogados - aplicação aos honorários sucumbenciais e contratuais. 3.4 A transmissão do crédito em razão de substabelecimento da pessoa física para a pessoa jurídica – inalterabilidade da alíquota do imposto de renda. 4 Considerações finais.

1 Mestre em Direito Empresarial. Membro Titular do Fórum Nacional de Precatórios do CNJ (FONAPREC/CNJ). Professor da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Assessor de Relações Institucionais das Faculdades Arnaldo Janssen. Procurador Adjunto do Estado de Minas Gerais. Advogado.

2 Mestre em Direito Tributário pela UFMG. Doutoranda em Direito Tributário pela UFMG. Membro titular do Fórum Nacional das Consultorias Jurídicas das Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal do CONPEG – FONACON para o exercício de 2021 a 2023. Procuradora do Estado de Minas Gerais.

RESUMO: Este artigo pretende promover uma análise da repercussão tributária da adesão da Sociedade de advocacia ao SIMPLES Nacional, bem como da incidência do imposto de renda sobre os honorários advocatícios a serem recebidos mediante precatório judicial.

PALAVRAS-CHAVES: Imposto de renda; Honorários advocatícios; Precatório judicial

1. INTRODUÇÃO

A questão trazida para análise neste artigo científico funda-se na hipótese de um credor de honorários advocatícios estar, ou não, “isento” da retenção do imposto de renda na fonte quando do pagamento de seu precatório judicial, por se tratar de sociedade advocatícia optante pelo Simples Nacional.

Outrossim, busca-se aferir a alíquota a ser aplicada quando do recebimento dos honorários advocatícios contratuais e sucumbenciais, pelo advogado pessoa natural e pela sociedade de advocacia ao qual pertença o mesmo, bem como a repercussão da modificação do credor no curso do processo judicial e do precatório, ainda que pelo substabelecimento.

2. SIMPLES NACIONAL E RETENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA NA FONTE.

2.1. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO QUE REGE A ESPÉCIE.

A temática versa basicamente sobre a retenção do imposto de renda na fonte sobre verbas honorárias de sucumbência e/ou contratuais, pagas por meio de precatório ou requisição de pequeno valor, decorrentes de condenação judicial transitada em julgado.

A retenção do imposto de renda incidente sobre os honorários advocatícios vem prevista no art. 46 da Lei nº 8.541/92, *in verbis*:

Art. 46. O imposto sobre a renda incidente sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisão judicial será retido na fonte pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento, quando, por qualquer forma, o rendimento se torne disponível para o beneficiário.

No entanto, o dispositivo se refere aos pagamentos feitos a pessoa física – uma vez que incluído no TÍTULO V - Do Imposto Sobre a Renda das Pessoas Físicas.

No que se refere à tributação das pessoas jurídicas, a legislação federal determina a retenção do imposto de renda na fonte quando do pagamento ou creditamento a pessoas jurídicas, civis ou mercantis, pela prestação de serviços caracterizadamente de natureza profissional³.

A determinação vem compilada no art. 714 do Regulamento do Imposto de Renda, que deixa expressa a submissão dos pagamentos feitos a pessoas jurídicas pela prestação de serviços advocatícios à retenção do IRRF:

Art. 714. Ficam sujeitas à incidência do imposto sobre a renda na fonte, à alíquota de um e meio por cento, as importâncias pagas ou creditadas por pessoas jurídicas a outras pessoas jurídicas, civis ou mercantis, pela prestação de serviços caracterizadamente de natureza profissional (Decreto-Lei nº 2.030, de 9 de junho de 1983, art. 2º; Decreto-Lei nº 2.065, de 1983, art. 1º, *caput*, inciso III ; Lei nº 7.450, de 1985, art. 52 ; e Lei nº 9.064, de 20 de junho de 1995, art. 6º) .

§ 1º Os serviços a seguir indicados são abrangidos pelo disposto neste artigo: (...)

II - advocacia;

Dispõe, ainda, a legislação federal, que o IRRF será considerado antecipação do imposto de renda devido pela beneficiária, e, portanto, será levado a crédito quando de sua declaração de rendimentos.⁴

Diante disso, coloca-se a dúvida quanto à obrigatoriedade da retenção no caso de pagamentos a serem realizados a pessoa jurídica optante pelo Simples Nacional. Trata-se, como se sabe, de regime de tributação diferenciado e favorecido, aplicado a microempresas e empresas de pequeno porte, instituído pela Lei Complementar nº 123/2006, cuja redação original não previa como passíveis de inclusão as pessoas jurídicas que prestassem serviços advocatícios, em razão de vedação expressa então constante do art. 17, XI, da lei de regência.⁵

3 Decreto-Lei nº 2.030, de 9 de junho de 1983, art. 2º; Decreto-Lei nº 2.065, de 1983, art. 1º, *caput*, inciso III; Lei nº 7.450, de 1985, art. 52; e Lei nº 9.064, de 20 de junho de 1995, art. 6º.

4 RIR/2018, Art. 717. O imposto sobre a renda descontado na forma prevista nesta Seção será considerado antecipação do imposto sobre a renda devido pela beneficiária (Decreto-Lei nº 2.030, de 1983, art. 2º, § 1º).

5 Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou empresa de pequeno porte:

(...)

XI - que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços

Contudo, a partir de 2014, com as alterações promovidas na LC 123/2006 pela LC nº 147/2014, a qual revogou o supracitado inciso XI, passou-se a permitir a inclusão de sociedades de advogados no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, desde que atendidos os requisitos legais de enquadramento, a serem tributadas na forma do Anexo IV da Lei Complementar.

Conforme disposto no art. 13 da LC nº 123/2006, o Simples Nacional é um regime compartilhado de arrecadação, cobrança e fiscalização, que abrange o recolhimento, em um documento único de arrecadação, dos seguintes tributos:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

I - Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ;

II - Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

III - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL;

IV - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

V - Contribuição para o PIS/Pasep, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

VI - Contribuição Patronal Previdenciária - CPP para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, exceto no caso da microempresa e da empresa de pequeno porte que se dedique às atividades de prestação de serviços referidas no § 5º-C do art. 18 desta Lei Complementar;

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

VIII - Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS.

Especificamente quanto ao IRPJ, o § 1º do art. 13 apenas excepciona do regime o Imposto de Renda relativo aos rendimentos ou ganhos líquidos auferidos em aplicações de renda fixa ou variável (inciso V), cuja incidência na fonte, nesse caso, será definitiva (art. 13, § 2º), bem como o relativo aos ganhos de capital auferidos na alienação de bens do ativo permanente (inciso VI).

Ressalva ainda o § 1º que o recolhimento unificado não exclui a incidência do IR devido na qualidade de responsável relativo aos pa-

de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios;

gamentos ou créditos efetuados pela pessoa jurídica, na qualidade de tomadora de serviços.

Não obstante, a lei complementar não trata das hipóteses em que a pessoa jurídica optante, na qualidade de prestador de serviços, estiver sujeita à retenção do imposto de renda na fonte.

Com relação aos rendimentos pagos a pessoa jurídica optante em decorrência de decisão da Justiça Federal, a Lei nº 10.833/2003 expressamente dispensa a retenção, conforme se observa de seu art. 27, § 1º:

Art. 27. O imposto de renda sobre os rendimentos pagos, em cumprimento de decisão da Justiça Federal, mediante precatório ou requisição de pequeno valor, será retido na fonte pela instituição financeira responsável pelo pagamento e incidirá à alíquota de 3% (três por cento) sobre o montante pago, sem quaisquer deduções, no momento do pagamento ao beneficiário ou seu representante legal.

§ 1º Fica dispensada a retenção do imposto quando o beneficiário declarar à instituição financeira responsável pelo pagamento que os rendimentos recebidos são isentos ou não tributáveis, ou que, em se tratando de pessoa jurídica, esteja inscrita no SIMPLES.

No mesmo sentido, dispõem as Instruções Normativas RFB nº 765/07 (art. 1º) e nº 1.234/12 (art. 4º, inc. XI), ambas regendo as hipóteses de retenção e dispensa de retenção de IRRF quando de pagamentos efetuados por **órgãos e entidades da administração pública federal**.

Assim é que dispõe a IN RFB nº 1.234/2012:

INSTRUÇÃO NORMATIVA RFB Nº 1234, DE 11 DE JANEIRO DE 2012

Dispõe sobre a retenção de tributos nos pagamentos efetuados pelos órgãos da administração pública federal direta, autarquias e fundações federais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais pessoas jurídicas que menciona a outras pessoas jurídicas pelo fornecimento de bens e serviços.

(...)

DAS HIPÓTESES EM QUE NÃO HAVERÁ RETENÇÃO

Art. 4º. Não serão retidos os valores correspondentes ao IR e às contribuições de que trata esta Instrução Normativa, nos pagamentos efetuados a:

(...)

XI - pessoas jurídicas optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), de que trata o art. 12 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em relação às suas receitas próprias;

Na mesma linha, determina a IN RFB nº 765/2007, que trata especificamente da *“dispensa de retenção do imposto de renda na fonte sobre as importâncias pagas ou creditadas a pessoas jurídicas inscritas no Regime*

Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional)”:

INSTRUÇÃO NORMATIVA RFB Nº 765, DE 02 DE AGOSTO DE 2007.

Dispõe sobre a dispensa de retenção do imposto de renda na fonte sobre as importâncias pagas ou creditadas a pessoas jurídicas inscritas no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), e altera o art. 3º da Instrução Normativa SRF nº 480, de 15 de dezembro de 2004, e o art. 3º da Instrução Normativa SRF nº 459, de 18 de outubro de 2004.

O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, no uso da atribuição que lhe confere o inciso III do art. 224 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF nº 95, de 30 de abril de 2007, e tendo em vista o disposto no art. 64 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, nos arts. 34 e 35 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, alterado pelo art. 74 da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, e na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, resolve:

Art. 1º Fica dispensada a retenção do imposto de renda na fonte sobre as importâncias pagas ou creditadas a pessoa jurídica inscrita no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional).

Parágrafo único. A dispensa de retenção referida no caput não se aplica ao imposto de renda relativo aos rendimentos ou ganhos líquidos auferidos em aplicações de renda fixa ou variável de que trata o inciso V do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Apesar de não limitar a dispensa de retenção às hipóteses de pagamentos efetuados por órgãos ou entidades da administração pública federal, a referência feita no preâmbulo da IN 765/2007 ao art. 64 da Lei 9.430/96⁶, e aos arts. 34 e 35 da Lei nº 10.833/2003⁷, permitem aferir que seu alcance

6 Lei 9.430/96: Art. 64. Os pagamentos efetuados por órgãos, autarquias e fundações da administração pública federal a pessoas jurídicas, pelo fornecimento de bens ou prestação de serviços, estão sujeitos à incidência, na fonte, do imposto sobre a renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para seguridade social - COFINS e da contribuição para o PIS/PASEP.

7 Lei 10.833/2003: Art. 34. Ficam obrigadas a efetuar as retenções na fonte do imposto de renda, da CSLL, da COFINS e da contribuição para o PIS/PASEP, a que se refere o art. 64 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, as seguintes entidades da administração pública federal: (...) Art. 35. Os valores retidos no mês, na forma dos arts. 30, 33 e 34 desta Lei, deverão ser recolhidos ao Tesouro Nacional pelo órgão público que efetuar a retenção ou, de forma centralizada, pelo estabelecimento matriz da pessoa jurídica, até o último dia útil do segundo decêndio do mês subsequente àquele mês em que tiver ocorrido o pagamento à pessoa jurídica fornecedora dos bens ou prestadora do serviço.

estaria restrito aos casos de retenção sobre rendimentos pagos por entidades do governo federal.

De todo o arcabouço normativo que rege o IRRF, verifica-se que, inexistindo dispositivo legal que dispense a retenção nos pagamentos promovidos por Estados e Municípios, via precatório ou requisição de pequeno valor, a título de honorários advocatícios devidos em virtude de condenação judicial, seria de se aplicar a regra geral que determina a retenção do imposto.

Não obstante, não é essa a interpretação que vem sendo dada à matéria pela Receita Federal, tampouco pela jurisprudência de alguns tribunais estaduais, conforme será demonstrado adiante.

2.2. SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT N° 267/2019

Em 2019, a Coordenação Geral de Tributação da Receita Federal, respondendo à consulta formulada por um município paulista, entendeu que a matéria relativa à sujeição de honorários sucumbenciais pagos à sociedade de advogados optantes pelo Simples Nacional à retenção do imposto de renda é tratada de forma expressa e literal na Instrução Normativa RFB n° 765, de 2 de agosto de 2007.

Da leitura do relatório constante da solução de consulta, extrai-se a delimitação da temática:

1. A interessada, pessoa jurídica de direito público acima identificada, por meio de seu representante legal, protocolizou o presente processo de consulta dirigido à Secretaria da Receita Federal do Brasil, sobre o Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (IRRF).
2. Informa a consultante que, em decorrência de diversas ações judiciais nas quais é parte vencida, realiza o pagamento de verbas sujeitas à retenção de IRPF/IRPJ, dentre as quais estão honorários advocatícios devidos a profissionais liberais e a sociedade de advogados.
3. Acrescenta que, por força da legislação em vigor, procede à retenção do IRPF/IRPJ incidente sobre os honorários advocatícios e que dita retenção tem sido objeto de questionamentos judiciais sobre os quais o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vem decidindo pela legalidade do procedimento.
4. Prossegue dizendo que as sociedades de advogados vêm alegando que estão inscritas no Simples Nacional e que, com base na Instrução Normativa da Receita Federal n° 765, de 2007, pleiteiam a dispensa da retenção do imposto de renda na fonte sobre os aludidos honorários advocatícios que são depositados no âmbito dos processos judiciais.

5. Arremata afirmando que os pedidos de dispensa de retenção vêm se multiplicando e que há dúvidas quanto à procedência daqueles, em especial face a existência de disposição expressa do art. 46, da lei nº 8.541, de 1992, de modo que se faz necessário dirimir as suas dúvidas formuladas no presente processo de consulta, para que a consulente realize as retenções de forma correta, evitando-se, em suas palavras, evasão de receita ou retenção indevida de tributo.

6. Apresenta, ainda, de modo indireto, dúvida acerca da aplicabilidade da Instrução Normativa RFB nº 765, de 2 de agosto de 2007.

7. Ao final, formula seus questionamentos, pedindo que seja esclarecido (i) se as sociedades de advogados inscritas na Ordem dos Advogados do Brasil e enquadradas no SIMPLES NACIONAL estão (ou não) sujeitas às retenções do IRPJ devidos em razão do recebimento de honorários advocatícios nos processos judiciais, por força do que dispõe a Instrução Normativa RFB nº 765, de 2 de agosto de 2007, e se (ii) no caso de aplicabilidade da IN RFB nº 765/2007 aos referidos casos, requer que seja esclarecido sobre a necessidade de informação à SRF dos valores por meio da pessoa jurídica de direito público, especificando-se o documento respectivo.

Em resumo, os questionamentos formulados disseram respeito “à *sujeição à retenção do IRPJ dos honorários advocatícios pagos por força de decisões judiciais (sucumbência) às sociedades de advogados optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), bem como sobre a existência de obrigação acessória que importe na necessidade de informar acerca do pagamento dos referidos honorários.*”

Naquela oportunidade, entendeu a Receita Federal:

12. Em relação ao primeiro questionamento, referente à sujeição dos honorários sucumbenciais pagos à sociedade de advogados optantes pelo Simples Nacional à retenção do imposto de renda, informa-se que **tal matéria é tratada de forma expressa e literal na Instrução Normativa RFB nº 765, de 2 de agosto de 2007, que determina a dispensa de retenção do imposto de renda sobre as importâncias pagas ou creditadas a pessoa jurídica inscrita no Simples Nacional**, conforme excerto abaixo transcrito.

Art. 1º Fica dispensada a retenção do imposto de renda na fonte sobre as importâncias pagas ou creditadas a pessoa jurídica inscrita no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional).

Parágrafo único. A dispensa de retenção referida no caput não se aplica ao imposto de renda relativo aos rendimentos ou ganhos líquidos auferidos em aplicações de renda fixa ou variável de que trata o inciso V do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

13. Reforça esse entendimento o Manual do IRRF (MafoN 2018), que, com base nesse mesmo dispositivo acima transcrito, confirma a dispensa de retenção em pagamentos a optantes pelo Simples Nacional feitos, p.ex., em cumprimento de decisão da Justiça Estadual (Código 1895) ou Federal (Código 5928).

Assim, no entendimento da Receita Federal, a dispensa de retenção prevista na IN nº 765/2007 também se estenderia aos pagamentos feitos a optantes pelo Simples Nacional em cumprimento de decisão da Justiça Estadual, não estando limitadas às hipóteses de pagamentos promovidos por órgãos ou entidades da administração pública federal.

Aliás, consta expressamente do MAFON 2020, Manual do Imposto de Renda Retido na Fonte elaborado pela Receita Federal⁸, a dispensa da retenção em casos a seguir:

1895 Rendimentos Decorrentes de Decisão da Justiça dos Estados/Distrito Federal exceto o disposto no artigo 12-A da Lei nº 7.713, de 1988

FATO GERADOR

Rendimentos pagos ou creditados em cumprimento de decisão da Justiça Estadual e do Distrito Federal, exceto, no caso de beneficiário pessoa física, os rendimentos recebidos acumuladamente, relativos a anos-calendário anteriores ao do recebimento, no ano-calendário de 2020 (consulte o código 1889 e “Eslarecimentos Adicionais”):

- decorrentes de aposentadoria, pensão, transferência para a reserva remunerada ou reforma, pagos pela Previdência Social da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios;
- os provenientes do trabalho; e
- a partir de 11 de março de 2015, os demais rendimentos submetidos à incidência do imposto sobre a renda com base na tabela progressiva. (Instrução Normativa RFB nº 1.500, de 2014, art. 27; ADE Codac nº 16, de 2011)

BENEFICIÁRIO

Pessoa física ou jurídica.

ALÍQUOTA/BASE DE CÁLCULO

A base de cálculo e alíquotas aplicáveis observarão a natureza do rendimento, conforme previsão legal (localize o código que corresponde à natureza do rendimento e verifique a base de cálculo e as alíquotas aplicáveis).

REGIME DE TRIBUTAÇÃO

Conforme a natureza do rendimento (localize o código que corresponde à natureza do rendimento e verifique a base de cálculo e as alíquotas aplicáveis).

DISPENSA DE RETENÇÃO

Fica dispensada a retenção do imposto nas hipóteses em que os rendimentos recebidos são isentos ou não tributáveis, ou que, em se

⁸ Disponível em <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/manuais/dirf/mafon-2020>

tratando de pessoa jurídica, que seja optante pelo Simples Nacional. (Instrução Normativa RFB nº 765, de 2007, art. 1º)

RESPONSABILIDADE/RECOLHIMENTO

O imposto será retido pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento ou pela instituição financeira depositária do crédito.

108

OUTROS RENDIMENTOS

1895 Rendimentos Decorrentes de Decisão da Justiça dos Estados/Distrito Federal exceto o disposto no artigo 12-A da Lei nº 7.713, de 1988

PRAZO DE RECOLHIMENTO

Até o último dia útil do 2º (segundo) decêndio do mês subsequente ao mês de ocorrência dos fatos geradores. (Lei nº 11.196, de 2005, art. 70, inciso I, alínea “e”, com a redação dada pelo art. 38 da Lei Complementar nº 150, de 2015) – Destaques nossos

Apesar de tal entendimento gerar efeitos de direito financeiro – principalmente porque a titularidade do imposto de renda incidente na fonte sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por Estados e Municípios, a pessoas físicas ou jurídicas, é dos respectivos entes políticos⁹ - trata-se de tributo de competência da União, a quem compete privativamente legislar sobre o assunto.

Ademais, não se pode afastar a constatação de que admitir a retenção na fonte e levar os valores recebidos por meio de precatório ou RPV para a composição da base de cálculo do Simples Nacional, de fato, implicaria bitributação, uma vez que o regime unificado de recolhimento já contempla o imposto de renda das pessoas jurídicas.

2.3. JURISPRUDÊNCIA RELATIVA À MATÉRIA

Apesar de aparentemente inexistirem manifestações do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, isso não ocorre com os Tribunais locais.

No Tribunal de Justiça de São Paulo, é pacífica a jurisprudência no sentido de afastar a retenção do IRRF nesses casos abordados. Confira a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. RETENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA.

Recurso tirado contra a r. decisão de primeiro grau que determinou a devolução da diferença do imposto de renda indevidamente retido - O fato gerador somente se concretiza com o levantamento do valor, momento

⁹ RE 1293453, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-210 DIVULG 21-10-2021 PUBLIC 22-10-2021.

em que o imposto de renda deve ser retido em favor da União, exceto nos casos que há adesão ao Simples Nacional - Sociedade de advogados ora recorrida que é optante pelo Simples Nacional, nos termos do artigo 4º, XI, da Instrução Normativa RFB 1.234/2012. Decisão mantida. Recurso improvido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2003321-43.2022.8.26.0000; Relator (a): Rubens Rihl; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes – Unidade de Processamento das Execuções contra a Fazenda Pública da Comarca da Capital - UPEFAZ; Data do Julgamento: 04/03/2022; Data de Registro: 04/03/2022).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.

Decisão que determina a retenção na fonte, de imposto sobre a renda sobre honorários advocatícios. Impossibilidade. Advogado integrante de sociedade de advocacia optante pelo Simples Nacional. Recolhimento do imposto que se dá de forma diferenciada. Aplicação da LC 123/06 e Instruções Normativas RFB 765/07 e 1.234/12, e art. 714, II, do Decreto 9.580/18. RECURSO PROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2125208-28.2021.8.26.0000; Relator (a): Alves Braga Junior; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Ribeirão Preto - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/03/2022; Data de Registro: 04/03/2022).

PROCESSO. Cumprimento de sentença. Honorários advocatícios. Sociedade de Advogados. Simples Nacional. Optante. Imposto de renda. Retenção. Impossibilidade.

As sociedades de advogados optantes do Simples Nacional não estão sujeitas à retenção do imposto de renda, por terem um regime diferenciado de tributação. (TJSP; Agravo de Instrumento 2268723-24.2021.8.26.0000; Relator (a): Teresa Ramos Marques; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de Ribeirão Preto - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 22/02/2022; Data de Registro: 22/02/2022).

No mesmo sentido, é a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia cuja ementa colaciona-se abaixo:

Mandado de segurança. Procuradora do Estado. Ilegitimidade passiva. Reconhecimento de ofício. RPV. Retenção de imposto de renda. Pessoa jurídica inscrita no simples nacional. Retenção indevida. Segurança concedida. É parte ilegítima para figurar no polo passivo deste *mandamus* a Procuradora do Estado Caroline Mezzomo Barroso Bittencourt, pois não consta no rol dos arts. 115 e 118 do RI/TJRO, portanto deve ser excluída, permanecendo como autoridade coatora impetrada apenas o Procurador Geral do Estado de Rondônia Juraci Jorge da Silva.

É indevida a retenção de imposto de renda nas requisições de pequeno valor expedidas em nome da pessoa jurídica, optante pelo regime tributário do simples nacional, pois as mesmas fazem o recolhimento de todos os tributos em uma única guia mensal denominada DARF/SIMPLES, que engloba os tributos de IRPJ, IPI, CSLL, CONFINS, PIS/PASEP, Contribuição Previdenciária e ISS, conforme determina o art. 13 da LC 123/2006. (MANDADO DE

SEGURANÇA, Processo nº 0802765-92.2018.822.0000, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Especial, Relator(a) do Acórdão: Des. Roosevelt Queiroz Costa, Data de julgamento: 12/04/2019)

No Estado de Santa Catarina, a Corregedoria Geral de Justiça regulamentou a matéria, padronizando os procedimentos para a dispensa da retenção no caso de pagamentos de honorários feitos a escritórios de advocacia que declarem serem optantes do Simples Nacional:^[8]

Por meio do Ofício n. 003/2015-GP, a OAB/SC solicita providências ao Poder Judiciário Catarinense para adequar as normas internas à Lei Complementar n. 147/2014, que alterou a Lei Complementar n. 123/2006 e incluiu os serviços advocatícios no rol de optantes pelo regime unificado de tributação do Simples Nacional (art. 18, § 5-C, LC n. 123/2006).

O regime simplificado possui alíquotas progressivas que aumentam de acordo com a receita obtida pelo contribuinte. Em virtude dessa especificidade, a receita Federal publicou a Instrução Normativa n. 1.234/2012, a qual estabelece que as pessoas jurídicas optantes pelo Simples Nacional estão dispensadas da retenção do Imposto de Renda na Fonte (arts. 1º, 2º, 4º e inciso XI). Diante disso, ao confeccionar os alvarás de honorários advocatícios de pessoas jurídicas, os Chefes de Cartório devem ser orientados a proceder conforme os itens abaixo.

a) Nas situações em que o beneficiário pelos honorários advocatícios é a sociedade de advogados declarante nos autos optante pelo Simples, o Chefe de Cartório deve acessar o *site* da Receita Federal, após “Simples Nacional” e por último “consulta optantes” para comprovar a veracidade da informação. Atualmente, a conferência do CNPJ está disponibilizada no link: <<http://www8.receita.fazenda.gov.br/simplesnacional/aplicacoes.aspx?id=21>>

b) Identificado que o CNPJ do escritório de advocacia possui a situação de “Optante pelo Simples Nacional” na Receita Federal, o Chefe de Cartório deve lançar o código de retenção do imposto de renda (Cód. 1895) e zerar manualmente a quantia que aparece no campo “Imposto a reter” do Sistema de Depósitos Judiciais – Sidejud (observar as Orientações para Procedimentos do Sistema de Depósitos Judiciais, item 22.5.5 – Alteração do Valor do Imposto de Renda Calculado).

No entanto, em todos os casos, compete aos escritórios de advocacia optantes pelo Simples Nacional comunicarem tal qualidade no momento do recebimento, para que as unidades federadas devedoras dos precatórios fiquem desobrigadas de promoverem a retenção.

No mesmo sentido, a RESOLUÇÃO nº 458/2017 do Conselho da Justiça Federal, que, “*dispõe sobre a regulamentação, no âmbito da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, dos procedimentos relativos à expedição de ofícios requisitórios, ao cumprimento da ordem cronológica dos pagamentos, às compensações, ao saque e ao levantamento dos depósitos*”:

Art. 26. Observado o enquadramento das requisições nas situações previstas nos artigos seguintes, a retenção do imposto de renda de que trata o art. 27 da Lei n. 10.833, de 29 de dezembro de 2003, será efetuada à alíquota de 3% sobre o montante pago, sem nenhuma dedução, no momento do pagamento do requisitório ao beneficiário ou a seu representante legal.

§ 1º A retenção do imposto fica dispensada quando o beneficiário declarar, à instituição financeira responsável pelo pagamento, que os rendimentos recebidos são isentos ou não tributáveis, ou que, em se tratando de pessoa jurídica, está inscrito no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional.

Veja que a análise da legislação pertinente, leva a crer pela dispensa da retenção, uma vez atendidos os requisitos acima expostos.

3. TRIBUTAÇÃO A SER APLICADA AOS CRÉDITOS DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, SEGUNDO A SUA ORIGEM.

Definida a questão da tributação do IR sobre os optantes pelo simples, outro ponto deverá ser analisado. Diz respeito aos créditos de honorários cujos precatórios tenham sido expedidos em nome da pessoa física do advogado, ou mesmo cujos contratos tenham sido feitos em nome da pessoa física, fato que irá interferir sobremaneira na solução a ser dada a cada caso.

O tema estudado está em situações hipotéticas que passarão a ser analisadas e que têm desdobramentos diversos, conforme cada hipótese:

1. O contrato de prestação de serviços foi realizado em nome da pessoa física do advogado e a procuração foi outorgada em nome do advogado pessoa física;
2. O contrato de prestação de serviços foi realizado em nome da pessoa jurídica (sociedade de advogados) e a procuração foi outorgada em nome da pessoa física do advogado que integra a sociedade de advogados, sem fazer constar a sociedade advocatícia;
3. O contrato de prestação de serviços advocatícios foi realizado em nome da sociedade de advogados e a procuração consta o nome da respectiva sociedade.

Vamos à análise de cada uma das situações postas, indicando a hipótese de incidência tributária e a alíquota a ser cobrada pelos honorários contratuais e sucumbenciais.

3.1. O CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS FOI REALIZADO EM NOME DA PESSOA FÍSICA DO ADVOGADO E A PROCURAÇÃO FOI OUTORGADA EM NOME DO ADVOGADO PESSOA FÍSICA (APLICAÇÃO AOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS E CONTRATUAIS

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entendia por bem autorizar o levantamento dos créditos de honorários sucumbenciais e contratuais devidos ao advogado (pessoa física), em razão de seu trabalho advocatício, pela pessoa jurídica da qual ele fazia parte, ainda que a sociedade de advogados não fizesse parte do contrato de prestação de serviços advocatícios e não constasse originariamente da procuração outorgada.

Tal entendimento tinha escopo na interpretação dada ao § 3º, do art. 15, do EOAB, no julgamento do RESP n. 654543/BA e do RESP 723131/RS, cujas ementas seguem transcritas:

PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SOCIEDADE DE ADVOGADOS. MANDATO OUTORGADO AO ADVOGADO. ALVARÁ DE LEVANTAMENTO EM NOME DA SOCIEDADE. POSSIBILIDADE. LEI N. 8.906/94, ART. 15, § 3º.

1. **A sociedade de advogados pode requerer a expedição de alvará de levantamento da verba honorária, ainda que o instrumento de procuração outorgado aos seus integrantes não a mencione.**

2. O art. 15, § 3º, da Lei n. 8.906/94 normatiza uma questão de ética profissional que deve ser observada na relação entre a sociedade, os advogados sócios que a integram e os seus clientes. 3. Recurso especial provido.

(REsp 654543/BA, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 29/06/2006, DJ 09/10/2006, p. 246).

PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SOCIEDADE DE ADVOGADOS. MANDATO OUTORGADO AOS SÓCIOS. ALVARÁ DE LEVANTAMENTO EM NOME DA SOCIEDADE. POSSIBILIDADE. LEI N. 8.906/94, ART. 15, § 3º.

1. A sociedade de advogados pode requerer a expedição de alvará de levantamento da verba honorária ainda que o instrumento de procuração outorgado aos seus integrantes não a mencione.

2. O art. 15, § 3º, da Lei n. 8.906/94, normatiza uma questão de ética profissional que deve ser observada na relação entre a sociedade, os advogados sócios que a integram e os seus clientes. 3. Embargos de divergência acolhidos.

(EResp 723131/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/08/2006, DJ 28/08/2006, p. 203).

Naquela ocasião a interpretação era ampliativa, para conceder à sociedade de advogados a presunção de que ela fazia parte da relação jurídica de prestação de serviços advocatícios, ainda que esta não cons-

tasse do contrato e da procuração, pelo simples fato de um de seus advogados integrantes participar como procurador da parte litigante.

A presunção relativa, nesta ocasião, era *pro societatis*, diminuindo o tributo pelo simples fato de o advogado mandatário participar de uma sociedade advocatícia.

No entanto a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça modificou-se, caminhando para um sentido contrário ao anteriormente indicado, quando do julgamento do AgRg 769/DF, em Acórdão assim ementado:

PRECATÓRIO. SOCIEDADE DE ADVOGADOS. Na forma do art. 15, § 3º, da Lei nº 8.906, de 1994, “as procurações devem ser outorgadas individualmente aos advogados e indicar a sociedade de que façam parte”; se a procuração deixar de indicar o nome da sociedade de que o profissional faz parte, presume-se que a causa tenha sido aceita em nome próprio, e nesse caso o precatório deve ser extraído em benefício do advogado, individualmente. (AgRg no Prc 769/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 27/11/2008, Dje 23/03/2009).

No corpo do Acórdão em questão, restou consignado pelos votos majoritários dos Exmos. Srs. Ministros que:

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER:

Nos autos de precatório extraído do mandado de segurança impetrado pelo Sindicato dos Policiais Civis do Ex-Território Federal do Acre, o Dr. Marcelo Lavocat Galvão requereu que o respectivo valor fosse “... creditado em favor da sociedade Marcelo Galvão Advogados Associados” (fl. 34). A União se opôs ao pedido, ao fundamento de “... a alteração pretendida pela parte contrária enseja recolhimento a menor do imposto de renda” (fl. 75), no que foi acolitada pelo Ministério Público Federal (fl. 78/82).

Sem embargo disso, o Presidente do Tribunal à época, Ministro Barros Monteiro, deferiu o pedido (fl. 84), e contra essa decisão a União interpôs agravo regimental (fl. 94/100). Na forma do art. 15, § 3º, da Lei nº 8.906, de 1994, “as procurações devem ser outorgadas individualmente aos advogados e indicar a sociedade de que façam parte”.

Salvo melhor juízo, se a procuração outorgada a advogado não indicar o nome da sociedade de que faz parte, presume-se que a causa tenha sido aceita em nome próprio, individualmente. Voto, por isso, no sentido de dar provimento ao agravo regimental.

EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA:

Sr. Presidente, há um argumento do Sr. Ministro Ari Pargendler que me convenceu: **o de que o advogado, individualmente, poderia, também, receber procuração. Se, no instrumento de mandato, não há dado informando que aquele causídico integra determinada sociedade de advogados, realmente, fica muito difícil atender a pretensão. Por isso,**

peço vênia ao Sr. Ministro João Otávio de Noronha e acompanho a divergência, dando provimento ao agravo regimental.

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

Sr. Presidente, o § 3º do art. 15 é expresso ao dizer que as procurações devem ser outorgadas individualmente aos advogados e indicar a sociedade de que façam parte.

Evidentemente, a União deseja preservar a parte tributária – a verdade é essa –, e com razão, porque, se os honorários forem pagos ao advogado individualmente, a tributação será maior; se forem pagos à sociedade, acabará sendo menor. **E, efetivamente, como não foi cumprida a regra do § 3º do art. 15, a União tem razão.** Acompanho, com a devida vênia, o voto do Sr. Ministro Ari Pargendler.

A partir deste novo entendimento, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça restou pacificada, como se percebe dos Acórdãos ora apresentados:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEÇAS ESSENCIAIS. SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. DESCONTO, NA FONTE, DO VALOR DO IMPOSTO DE RENDA INCIDENTE SOBRE A VERBA HONORÁRIA. LEGITIMIDADE RECURSAL DA PARTE ORIGINÁRIA PARA DISCUTIR A ALÍQUOTA APLICÁVEL. MANDATO OUTORGADO AO ADVOGADO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA PREVISTA PARA AS PESSOAS JURÍDICAS. 1 - Em regra, a alteração do juízo feito pelo Tribunal de origem a respeito da essencialidade de documentos que não foram trasladados no agravo de instrumento lá interposto é providência vedada em sede de recurso especial, tendo em vista o óbice previsto no Enunciado nº 7 da Súmula do STJ (precedentes citados: AgRg no Ag 1.400.479/MA, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 23.9.2011; AgRg no AREsp 49.774/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 19.12.2011; AgRg no Ag 1.116.654/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 28.6.2012). 2 - **A jurisprudência deste Tribunal Superior reconhece a legitimidade da parte e do seu advogado para cobrar a verba honorária devida em razão de sucumbência judicial** (a propósito, confirmam-se o AR 3.273/SC, de minha relatoria, Corte Especial, DJe de 18.12.2009). Destarte, tratando-se de legitimidade concorrente, inexistente falta de pertinência subjetiva do recurso manejado pela própria parte em face de eventual desconto indevido nos honorários. 3 - **A premissa, contida no acórdão recorrido, de que “a sociedade de advogados pode requerer a expedição de alvará de levantamento dos honorários advocatícios, ainda que o instrumento de procuração outorgado aos seus integrantes não a mencione [...]”, não se coaduna com o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema. Com efeito, a Corte especial, nos autos do AgRg no Prc 769/DF, Rel. Min. Ari Pargendler, DJe 23.3.2009, estabeleceu que “na forma do art. 15, § 3º, da Lei nº 8.906, de 1994, ‘as procurações devem**

ser outorgadas individualmente aos advogados e indicar a sociedade de que façam parte; se a procuração deixar de indicar o nome da sociedade de que o profissional faz parte, presume-se que a causa tenha sido aceita em nome próprio, e nesse caso o precatório deve ser extraído em benefício do advogado, individualmente”. Destarte, incide a alíquota de 27,5% para o desconto do Imposto de Renda na fonte.

4 - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (REsp 1320313/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 12/03/2013)

PROCESSUAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SOCIEDADE DE ADVOGADOS. MANDATO OUTORGADO AO ADVOGADO. ALVARÁ DE LEVANTAMENTO EM NOME DA SOCIEDADE. IMPOSSIBILIDADE. LEI 8.906/94, ARTIGO 15, § 3º, DA LEI 8.906/94. NOVEL ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL. 1. O artigo 15, § 3º, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), determina que, no caso de serviços advocatícios prestados por sociedade de advogados, as procurações devem ser outorgadas individualmente aos causídicos e indicar a sociedade de que façam parte. 2. **Os serviços advocatícios prestados por sociedade de advogados pressupõe que, nas procurações outorgadas individualmente aos causídicos deve constar a pessoa jurídica integrada pelos referidos profissionais porquanto, assim não ocorrendo, torna-se impossível se aferir se os serviços foram prestados pela sociedade ou individualmente, pelo profissional que dela faça parte.** 3. O serviço não se considera prestado pela sociedade na hipótese em que a procuração não contém qualquer referência à mesma, impedindo, portanto, que o levantamento da verba honorária seja feito em nome da pessoa jurídica com seus efeitos tributários diversos daqueles que operam quando o quantum é percebido *uti singuli* pelo advogado. 4. A Corte Especial em recentíssimo entendimento firmado no julgamento do Agravo Regimental no Precatório n.º 769-DF, ainda pendente de publicação, que foi veiculado no Informativo de Jurisprudência n.º 378, do STJ, decidiu nos seguintes termos: “**Trata-se de precatório em favor de advogado relativo a honorários advocatícios contratuais** apurados nos autos de execução pro quantia certa contra a União, em mandado de segurança coletivo em que o advogado requereu o creditamento dos honorários em favor da sociedade à qual pertence em vez de ser em seu nome. Deferido o pedido, a União agravou, alegando que o levantamento não poderia ser em nome da sociedade de advogado porque, nos termos do art. 15, § 3º, da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto dos Advogados), o instrumento de mandato foi outorgado ao advogado sem referência à sociedade. Além disso, haveria prejuízo ao erário, uma vez que o recolhimento do imposto de renda da pessoa jurídica é menor que o de pessoa física.

Quanto à preliminar de que, em precatório, matéria administrativa, a princípio, não caberia agravo regimental, o Min. Relator observou haver precedentes na Corte Especial que o admitem, bem como precedentes na matéria de mérito. Isto posto, a Corte Especial, por maioria, deu provimento ao agravo da União. Ressaltou-se que, no caso em comento, o art. 15, § 3º, do referido estatuto prevê que o advogado pode receber pro-

curação em nome próprio e indicar a sociedade a que pertença. Assim, se não indicar a sociedade, presume-se que tenha sido contratado como advogado e não como membro da sociedade. Da mesma forma, no caso, a sociedade de advogados não poderia ser credora, pois não haveria como reconhecer sua legitimidade ativa. Note-se que, com essa decisão, a Corte Especial mudou o entendimento anterior exarado no Resp. 654.543-BA, DJ.9/10/2006. AgRg no Prc. 796-DF, Rel. originário Min. Barros Monteiro, Rel. para acórdão Min. Ari Pargendler, julgado em 27/11/2008”. 5. Ademais, subjaz inequívoco que “1. A expedição de alvará para “entrega do dinheiro” constitui um ato processual integrado ao processo de execução, na sua derradeira fase, a do pagamento. Segundo o art. 709 do CPC, a entrega do dinheiro deve ser feita ao “credor”. Esta regra deve ser também aplicada, sem dúvida, à execução envolvendo honorários advocatícios, o que significa dizer que, também nesse caso, o levantamento do dinheiro deve ser deferido ao respectivo ‘credor’. 2. Segundo o art. 23 da Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB) ‘os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nessa parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor’. Em princípio, portanto, credor é o advogado.3. Todavia, o art. 15, § 3º, da Lei 8.906/94 autoriza o levantamento em nome da sociedade caso haja indicação desta na procuração. ...(...)” (RESP n.º 437.853/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 07.06.2004) 6. O Código Tributário Nacional dispõe que os princípios de direito privado não têm o condão de desqualificar o regime tributário de determinada exação (art. 109, do CTN). 7. A interpretação do art. 15, § 3º, do Estatuto da OAB (Lei n.º 8.906/94) deve ser literal, tanto mais que exclui severa parcela do crédito tributário, devendo, nesse ponto de confluência entre o direito da categoria e o direito fiscal, obedecer ao art. 111, I, do CTN, que assim dispõe: “Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I - suspensão ou exclusão do crédito tributário; (...)” Nesse sentido, colhem-se as incomparáveis lições de Amílcar Falcão in “Introdução do Direito Tributário” (Forense, 6ª ed., 1999, p. 78-82): “(...) O legislador, ao instituir um tributo, indica um fato, uma circunstância, ou um acontecimento como capazes de, pelo seu surgimento, ou ocorrência, darem lugar ao nascimento daquele. Estes fatos, ou situações, já se disse, são sempre considerados pelo seu conteúdo econômico e representam índices de capacidade contributiva. Dessa forma, o fato gerador se conceitua objetivamente, de acordo com o critério estabelecido na lei. Para a sua configuração, a vontade do contribuinte pode ser mero pressuposto, mas nunca elemento criador ou integrante. Por isso mesmo, aquilo em direito privado é um ato jurídico, produto da vontade do indivíduo, em direito tributário é um mero fato - fato gerador imponível. Daí o diverso tratamento de situações jurídicas que se supõe sejam iguais, mas que, de fato, não o são. É que, enquanto nas relações civis ou comerciais, é relevante a intentio juris, interessa ao direito tributário somente a vontade empírica, ou seja, a intentio facti. Normalmente,

as duas intenções coincidem e, então, o instituto, ou o conceito de direito privado é recebido mais ou menos integralmente pelo direito tributário. Mas, se alguma inequivalência ocorrer entre a forma jurídica e a realidade econômica, cumpre ao intérprete dar plena atuação ao comando legal e, assim, atendo-se àquela última, fazer incidir o tributo que lhe é inerente. (...)” 8. A titularidade do crédito advocatício tributável, sobre pertencer à pessoa jurídica ou aos seus sócios, não se presume por trocas de correspondências, nem se infere, mas antes, decorre de negócio escrito consistente na indicação na procuração da entidade, na forma do art. 15, § 3º, da Lei n.º 8.906/94, ou em cessão de crédito somente aferível pelas instâncias ordinárias, ante os óbices das Súmulas n.ºs 05 e 07, do E. STJ. 9. O regime fiscal do Imposto de Renda na Fonte será aquele indicado para as Pessoas Jurídicas, nas hipóteses em que ao advogado é lícito levantar a verba honorária em nome da sociedade quando a represente e desde que a mesma conste da procuração. 10. Recurso especial desprovido. (REsp 1013458/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 18/02/2009)

Ainda estas decisões do Superior Tribunal de Justiça, que trataram de questão julgada pelo TJMG, *verbis*:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRECATÓRIO. CRÉDITO FORMADO EM NOME DA PESSOA FÍSICA DO ADVOGADO. POSTULADA ALTERAÇÃO DA TITULARIDADE DE PRECATÓRIO, QUANDO DO PAGAMENTO DA REQUISICÃO. SOCIEDADE DE ADVOGADOS QUE NÃO CONSTA DA PROCURAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. ART. 85, § 15, DO CPC/2015. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE IMPOSTO DE RENDA PREVISTA PARA PESSOA JURÍDICA, QUANDO DO PAGAMENTO DO PRECATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE DESTA CORTE, EM CASO ANÁLOGO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA IMPROVIDO.

I. Recurso em Mandado de Segurança interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015.

II. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado por José Augusto Lopes Neto contra ato imputado ao Juiz de Direito Coordenador da Central de Conciliação de Precatórios do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que determinou a aplicação da alíquota de 27,5% de imposto de renda quando do pagamento do precatório citado na inicial, já que o beneficiário originário do precatório era a pessoa física do advogado, e não a pessoa jurídica da qual o causídico veio a fazer parte, posteriormente à expedição do precatório. Formulou-se, no writ, pedido para que o levantamento do valor do precatório fosse realizado pela sociedade de advogados, que não consta da procuração, sem retenção ou incidência de tributo, pela pessoa jurídica, integrada pelo impetrante, optante pelo regime do Simples Nacional.

III. O Tribunal de origem denegou a segurança, ressaltando que “não há procuração que indique uma sociedade de advogados, porque o impetrante,

à época da constituição do crédito, não fazia parte de uma, o precatório foi, devidamente, extraído em benefício do advogado, individualmente; aplicando-se, assim, a alíquota de 27,5% para o desconto do Imposto de Renda na fonte”. Por sua vez, a autoridade apontada como coatora esclarece que “o crédito pago no precatório foi formado em nome de JOSÉ AUGUSTO LOPES NETO, pessoa física, tal como está no ofício requisitório expedido pelo juízo da execução. Assim, não haveria como burlar a requisição judicial, isto é, esquecer que o crédito era de pessoa física, e recolher tributo tomando-se por base um pagamento em nome de pessoa jurídica. Esse, então, o motivo porque não se fez a tributação com parâmetros em nome de pessoa jurídica quando da determinação do pagamento do crédito do precatório”.

IV. A Corte Especial do STJ, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental no Precatório 769/DF, concluiu que, “na forma do art. 15, § 3º, da Lei nº 8.906, de 1994, ‘as procurações devem ser outorgadas individualmente aos advogados e indicar a sociedade de que façam parte’; se a procuração deixar de indicar o nome da sociedade de que o profissional faz parte, presume-se que a causa tenha sido aceita em nome próprio, e nesse caso o precatório deve ser extraído em benefício do advogado, individualmente” (STJ, AgRg no Prc 769/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, Dje de 23/03/2009).

Tal entendimento vem sendo mantido por esta Corte: AgRg nos EREsp 1.114.785/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, Dje de 19/11/2010; EREsp 1.372.372/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, Dje de 25/02/2014; AgInt no AREsp 1.185.317/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, Dje de 06/03/2018; AgRg no REsp 1.395.585/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, Dje de 11/05/2016; AgRg nos EDcl no REsp 1.354.565/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, Dje de 17/03/2014; REsp 1.320.313/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, Dje de 12/03/2013; AgRg nos EDcl no REsp 1.076.794/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, Dje de 30/10/2012.

V. A Segunda Turma do STJ, em caso análogo ao dos presentes autos, concluiu que “o art. 85, § 15, do CPC, ao prever que o advogado (profissional autônomo) pode requerer a expedição de precatório em favor da sociedade de advogados, caracteriza-se como norma de Direito Processual, destituída de qualquer aptidão para disciplinar a relação jurídica tributária (tratada, evidentemente, na legislação tributária)”. Destacou-se, ainda, que “a adoção da alíquota aplicável às pessoas jurídicas poderia ocorrer, se tivesse o advogado pleiteado, no momento oportuno, a expedição do precatório em favor da sociedade de advogados, não em seu próprio nome e no seu CPF”, e que “a posterior solicitação para que o mero pagamento dos honorários, depositados judicialmente como consequência da liquidação do precatório, fosse efetivada mediante transferência bancária para conta da sociedade de advogados (pessoa jurídica) não representou alteração na titularidade dos honorários e, por consequência, do regime de tributação incidente (retenção na fonte com base

na alíquota aplicável às pessoas físicas)” (STJ, AgInt no RMS 57.741/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, Dje de 12/05/2020).

VI. Portanto, não havendo, no presente caso, procuração com indicação da sociedade de advogados da qual o causídico veio a fazer parte, posteriormente à expedição do precatório, e tendo sido o crédito do precatório formado em nome da pessoa física do advogado, tal como está no ofício requisitório expedido pelo Juízo da execução, não há falar em direito líquido e certo, a ser amparado pela via mandamental, para que a tributação se faça como se pessoa jurídica fosse, quando do pagamento da requisição, estando o acórdão recorrido, assim, em sintonia com a jurisprudência desta Corte.

VII. Recurso em Mandado de Segurança improvido.

(RMS 57.744/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2020, Dje 09/06/2020)

Trata-se de Recurso Ordinário interposto contra Acórdão que denegou a ordem nos seguintes termos MANDADO DE SEGURANCA. PRECATÓRIO. PAGAMENTO. OFÍCIO REQUISITÓRIO EM NOME DA PESSOA NATURAL DO PROCURADOR DO AUTOR, EM SINTONIA A MANIFESTACAO POR ESTE REALIZADA. ALTERAÇÃO NA TITULARIDADE NO MOMENTO DO PAGAMENTO PARA INCLUSÃO DE SOCIEDADE DE ADVOGADOS, COM CONSEQUENTE ALTERAÇÃO DA TRIBUTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. – É incabível a alteração posterior da titularidade do precatório direcionado ao advogado e que foi pleiteada somente no momento do pagamento, sob pena de validar subterfúgio para o recolhimento a menor de tributos, notadamente em casos como o dos autos, no qual o próprio interessado se valeu de vantagens afeita a pessoa natural no momento da expedição do ofício requisitório. Os recorrentes afirmam que a sociedade de advogados é titular do crédito relativo ao precatório (honorários advocatícios), nos termos do art.85, § 15, do CPC, pois o depósito da verba foi promovido em conta bancária mantida pela pessoa jurídica, motivo pelo qual a retenção de Imposto de Renda deve observar a alíquota aplicada a este tipo de contribuinte, e não a de 27,5%, conforme o caso concreto, mas que incide nos rendimentos da pessoa física. Sustentam que é jurisprudência pacífica do STJ que é bastante e suficiente que a procuração mencione o nome da sociedade para que seja determinado o crédito a esta, independentemente de qualquer outra formalidade (fl.247, e-STJ). Foram apresentadas as contrarrazões. O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento da pretensão recursal. É o relatório. Decido. Em síntese, a controvérsia tem por objeto a definição do regime de tributação na fonte, aplicável por ocasião do pagamento do crédito relativo aos honorários advocatícios. Os recorrentes sustentam a tese de que a tributação na fonte deve recair sobre quem aufera a renda, independentemente da titularidade que consta no precatório. Assim, por reputarem que os honorários advocatícios pertencem a sociedade de advogados, e tendo em vista que requereram – e tiveram deferido pela autoridade judicial – que o pagamento do precatório fosse efetivado em conta bancaria de sua titularidade, concluem que a retenção de Imposto de Renda na fonte deve respeitar a alíquota aplicável as

pessoas jurídicas, sabidamente inferior a incidente para a pessoa física. O Tribunal de origem denegou a ordem, ao fundamento de que a ausência de direito líquido e certo decorre dos fatos praticados pelas partes a titularidade dos honorários advocatícios e da pessoa física, pois o advogado, em petição redigida de próprio punho, expressamente requereu que o precatório fosse expedido em seu nome e CPF, e que a verba deveria ser paga preferencialmente, por possuir natureza alimentar e por ser o seu titular pessoa com mais de sessenta anos de idade, fazendo jus ao tratamento prioritário previsto no art.71 da Lei 10.741/2002.E o que se infere do seguinte excerto do voto condutor do acórdão recorrido (fls.194-195, e-STJ) o credor originário no precatório foi o advogado pessoa natural e não a sociedade de advogados a qual pertence. De fato, no ofício requisitório, registrou-se ser credor principal Jose Carlos Lopes Motta, CPF 673.883.458.68 (e-doc no 20, f. 3), tendo o ora impetrante peticionado, de próprio punho, e consignado que - O credor do presente precatório de natureza alimentar e o advogado José Carlos Lopes Motta OAB/MG no 660-A, CPF 673.883.458.8 - O procurador é o próprio advogado, cujo nome deverá constar no Precatório; - Por se tratar de honorários advocatícios o Precatório é de natureza alimentar - O credor tem 60 anos (óopia da identidade anexa) e, portanto, é beneficiário da prioridade legal prevista no art.71 da Lei no 10.741/03, pelo que requer tal preferência (e-doc no 20, f.5) Acrescentou o órgão colegiado que o pagamento realizado em conta bancária da pessoa jurídica (sociedade de advogados da qual faz parte) decorreu de requerimento expresso da pessoa física titular do precatório judicial, possui autorização legal no art.85, § 15, do CPC, mas que tal possibilidade não interfere no regime tributário de retenção na fonte, pois é incabível a alteração posterior na titularidade do precatório, pleiteada tão somente no momento do pagamento, como subterfúgio para o recolhimento a menor de tributos. A decisão proferida encontra-se em consonância com o entendimento do STJ. Há necessidade de separar as situações discutidas nos autos. A premissa fática estabelecida no acórdão hostilizado é de que o precatório foi expedido em nome da pessoa física a pedido do próprio advogado. Tal circunstância não foi negada pelos impetrantes, e, ademais, eventual argumentação em sentido contrário demanda dilação probatória, o que torna inadequada sua discussão em Mandado de Segurança. É importante, ainda, esclarecer que o pedido, de próprio punho, para que o precatório fosse expedido em seu próprio nome, e não na titularidade da pessoa jurídica (sociedade de advogados), encontra respaldo nos próprios atos constitutivos da sociedade de que faz parte (nos termos da clausula 17, item XII, do Contrato Social, consta que os sócios poderão, cientes os demais, exercer a advocacia também individualmente, sem que os honorários percebidos revertam para a sociedade – fl.14, e-STJ). Assim, há que se ter em conta que, na forma da jurisprudência do STJ, o fato gerador da incidência de Imposto de Renda ocorre no momento da expedição do precatório, quando há disponibilidade jurídica da renda e identificação de todos os elementos da relação tributária. Nesse sentido RECURSO

ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. PAGAMENTO DE PRECATÓRIO JUDICIAL OBJETO DE CESSÃO DE CRÉDITO. ALÍQUOTA APLICÁVEL. NATUREZA DO CRÉDITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM R\$ 3.000,00. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. RECURSO ESPECIAL DOS CONTRIBUINTES DESPROVIDO. 1. Diante da expedição de precatório judicial, a pessoa física ou jurídica favorecida auferirá acréscimo de renda (salvo em caso de execução de verba indenizatória), que configura fato gerador o qual se adequa a hipótese de incidência legal do Imposto de Renda, nos termos do art. 43, I e II do CTN. Logo, parte do montante pago mediante precatório deixa de ser da titularidade do favorecido, sendo retida e transferida a Fazenda Pública a título de Imposto de Renda sobre aquele acréscimo patrimonial obtido quando do êxito ao fim da execução. 2. O fato gerador da obrigação tributária surge no momento da expedição do precatório, quando há aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda, haja vista que o precatório nada mais que um direito de crédito líquido, certo e exigível proveniente de decisão judicial transitada em julgado em favor de um determinado beneficiário. 3. A cessão de crédito desse precatório não tem o condão de alterar a tributação do Imposto de Renda, que deve considerar a origem do crédito é o próprio sujeito passivo originariamente favorecido pelo precatório, ou seja, o cedente, sendo desinfluyente a ocorrência de cessão de crédito anterior e a condição pessoal do cessionário para fins de tributação. 4. Assim, em que pese a cessão de crédito de precatório, a retenção é regida por legislação aplicável ao sujeito passivo do Imposto de Renda (cedente), permanecendo hígidas a base de cálculo e a alíquota originárias (no caso, de 27,5% sobre o valor constante do precatório, por se tratar de verba salarial), haja vista que a natureza jurídica da renda que o originou não sofre alteração, sendo incabível se opor ao Fisco as convenções e acordos particulares decorrentes da cessão de crédito, de caráter nitidamente privado, a fim de interferir na definição do sujeito passivo, da base de cálculo ou da alíquota do tributo aqui debatido, diante da vedação expressa do art. 123 do CTN. 5. A propósito, a 2ª Turma desta Corte já firmou entendimento de que o negócio jurídico firmado entre o titular originário do precatório e terceiros não desnatura a relação jurídica tributária existente entre aquele e o Fisco, para fins de incidência do Imposto de Renda. Precedentes RMS 42.409/RJ, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 16.10.2015; RESp 1.505.010/DF, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 9.11.2015. 10. Recurso Especial dos Contribuintes desprovido. (RESp 1.405.296/AL, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 28/09/2017)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 165, 458 E 535, II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 333 E 334 DO CPC. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 284 DO STF. DIVERGÊNCIA INTERPRETATIVA NÃO DEMONSTRADA NA FORMA DO ART. 255 DO RISTJ. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO ENTRE OS CASOS

COMPARADOS. PRECATÓRIO. IMPOSTO DE RENDA. ART. 43 DO CTN. CRITÉRIO MATERIAL DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA ANTERIOR AO PAGAMENTO. CRITÉRIO TEMPORAL DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. ART. 46 DA LEI Nº 8.451/92. CESSÃO PARCIAL DO CRÉDITO. POSSIBILIDADE. ARTS. 100, § 13, DA CONSTITUIÇÃO E 286 DO CC/02. ART. 123 DO CTN. MANUTENÇÃO DA SUJEIÇÃO PASSIVA DO CEDENTE QUANDO DO PAGAMENTO DO PRECATÓRIO OBJETO DE CESSÃO. ORIENTAÇÃO ADOTADA PELA SEGUNDA TURMA DESTA CORTE NOS AUTOS DO RMS 42.409/RS, JULGADO EM 6.10.2015.

4. O critério material da hipótese de incidência do Imposto de Renda é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza (art. 43, do CTN).

5. Como já mencionado em outra ocasião por esta Corte, não se deve confundir disponibilidade econômica com disponibilidade financeira. Enquanto esta última (disponibilidade financeira) se refere a imediata 'utilidade' da renda, a segunda (disponibilidade econômica) está atrelada ao simples acréscimo patrimonial, independentemente da existência de recursos financeiros (REsp. 983.134 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 3.4.2008).

6. O precatório e a carta (precatória) expedida pelo juiz da execução ao Presidente do Tribunal respectivo a fim de que, por seu intermédio, seja enviado o ofício de requisição de pagamento para a pessoa jurídica de direito público obrigada. Sendo assim, é um documento que veicula um direito de crédito líquido, certo e exigível proveniente de uma decisão judicial transitada em julgado. Em outras palavras o precatório veicula um direito cuja aquisição da disponibilidade econômica e jurídica já se operou com o trânsito em julgado da sentença a favor de um determinado beneficiário. Não por outro motivo que esse beneficiário pode realizar a cessão do crédito.

7. Desse modo, o momento em que nasce a obrigação tributária referente ao Imposto de Renda com a ocorrência do seu critério material da hipótese de incidência (disponibilidade econômica ou jurídica) e anterior ao pagamento do precatório (disponibilidade financeira) e essa obrigação já nasce com a sujeição passiva determinada pelo titular do direito que foi reconhecido em juízo (beneficiário), não podendo ser modificada pela cessão do crédito, por força do art. 123, do CTN. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas a responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas a Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

8. O pagamento efetivo do precatório é apenas a disponibilidade financeira do valor correspondente, o que seria indiferente para efeito do Imposto de Renda não fosse o disposto no art. 46 da Lei nº 8.541/92 (art. 718 do RIR/99) que elenca esse segundo momento como sendo o momento do pagamento (retenção na fonte) do referido tributo ou o critério temporal da hipótese de incidência.

9. É possível a cessão de direito de crédito veiculado em precatório (art. 100, § 13, da CF/88), contudo, sua validade e eficácia submetem-se às restrições impostas pela natureza da obrigação (art. 286, do CC/2002).

10. Sendo assim, o credor originário do precatório é o beneficiário a que alude o art. 46 da Lei nº 8.541/92 (art. 718 do RIR/99), desimportando se houve cessão anterior e a condição pessoal do

cessionário para efeito da retenção na fonte, até porque o credor originário (cedente) não pode ceder parte do crédito do qual não dispõe referente ao Imposto de Renda a ser retido na fonte. 11. Em relação ao preço recebido pelo credor originário no negócio de cessão do precatório, nova tributação ocorreria se tivesse havido ganho de capital por ocasião da alienação do direito, nos termos do art. 117 do RIR/99. No entanto, é sabido que essas operações se dão sempre com deságio, não havendo o que ser tributado. 12. Precedente RMS no 42.409/RJ, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 16.10.2015. 13. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp 1.505.010/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 09/11/2015) Não há controvérsia quanto ao fato de que, encontrando-se o nome da sociedade de advogados lançado no instrumento de mandato, seria possível solicitar, desde o início, a expedição do precatório em nome da pessoa jurídica. Da mesma forma, nos termos do art. 85, § 15, do CPC – que diz respeito a norma processual – o advogado pode requerer que o pagamento dos honorários que lhe caibam seja efetuado em favor da sociedade de advogados que integra na qualidade de sócio. Tais circunstâncias, entretanto, não se misturam. Os impetrantes puderam, conforme se verifica do acima exposto, requerer que a expedição do precatório fosse realizada no nome da pessoa jurídica, mas não o fizeram – aliás, em nenhum momento os impetrantes demonstraram que teria havido alguma resistência judicial nesse sentido. Não foi essa a situação apresentada nos autos. Por iniciativa imputável ao impetrante advogado (pessoa física), a opção por ele apresentada, de modo voluntário – com ou sem ciência da sociedade de advogados (questão que, se resultou em eventual prejuízo para a pessoa jurídica, diz respeito a questão alheia aos autos e que poderá ser discutida em ação autônoma, entre as partes eventualmente conflitantes) –, foi pela expedição do precatório em seu próprio nome e CPF, tendo este ressaltado que visava obter a prerrogativa de receber o pagamento com a observância da ordem cronológica preferencial estabelecida no Estatuto do Idoso. Tendo em vista a jurisprudência do STJ, a respeito do momento da ocorrência do fato gerador, conclui-se inexistir direito líquido e certo a alterar os critérios fáticos existentes quando da ocorrência do fato gerador do tributo (identificados, repita-se, no momento da expedição do precatório, e não do seu pagamento). Diante do exposto, nego provimento ao Recurso Ordinário. Publique-se. (RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA No 57.741 – MG. Relator Min. HERMAN BENJAMIN, Primeira Turma do STJ. Publicado em 02.10.2019).

Assim, na hipótese ora levantada, **o crédito de honorários, seja ele contratual ou sucumbencial**, deverá sofrer a incidência da alíquota de Imposto de Renda cobrada das pessoas físicas, de acordo com a tabela progressiva do IRPF, não sendo suficiente o mero substabelecimento do advogado à sociedade de advogados do qual faça parte como um mecanismo eficaz para elidir a cobrança deste tributo, ou mesmo a indicação de conta da sociedade de advogados para o recebimento do crédito.

3.2. O CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ORIGINÁRIO FOI REALIZADO EM NOME DA PESSOA JURÍDICA (SOCIEDADE DE ADVOGADOS) E A PROCURAÇÃO FOI OUTORGADA EM NOME DA PESSOA FÍSICA DO ADVOGADO QUE INTEGRA A SOCIEDADE DE ADVOGADOS, SEM FAZER CONSTAR A SOCIEDADE DE ADVOGADOS - DIFERENCIAÇÃO ENTRE O CRÉDITO SUCUMBENCIAL E CONTRATUAL.

Das três hipóteses, esta é sem dúvida a que gera mais incertezas, já que não há uma interpretação jurisprudencial específica para o caso, cabendo ao exegeta retirar a ilação da análise da legislação aplicável à hipótese.

Neste caso, também deve-se fazer uma distinção entre os honorários sucumbenciais e os honorários contratuais destacados nos autos de um precatório, pois será necessário verificar se o precatório inerente aos honorários sucumbenciais foi expedido em nome da pessoa natural do advogado, a seu pedido, ou em nome da pessoa jurídica ao qual comprovadamente faz parte.

Vejamus inicialmente que, no caso, o parágrafo terceiro do art. 15, da Lei 8.906/94, assim dispõe:

Art. 15. Os advogados podem reunir-se em sociedade simples de prestação de serviços de advocacia ou constituir sociedade unipessoal de advocacia, na forma disciplinada nesta Lei e no regulamento geral.

(...)

§3º - As procurações devem ser outorgadas individualmente aos advogados e indicar a sociedade de que façam parte.

O referido artigo traz a indicação de que a procuração deve constar e indicar a sociedade de que faça parte o advogado individual.

No entanto, a análise da jurisprudência aplicável ao caso conduz à interpretação de que a restrição da aplicação da alíquota tributária da pessoa jurídica, pela falta de sua indicação na procuração, deriva da impossibilidade de se presumir que a prestação de serviços advocatícios se deu pela sociedade, e não pelo advogado pessoa física.

Vejamus a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEÇAS ESSENCIAIS. SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. DESCONTO, NA FONTE, DO VALOR DO IMPOSTO DE RENDA INCIDENTE SOBRE A VERBA HONORÁRIA. LEGITIMIDADE RECURSAL DA PARTE ORIGINÁRIA PARA DISCUTIR A ALÍQUOTA APLICÁVEL. MANDATO OUTORGADO AO ADVOGADO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA PREVISTA PARA AS PESSOAS JURÍDICAS.

1 - Em regra, a alteração do juízo feito pelo Tribunal de origem a respeito da essencialidade de documentos que não foram trasladados no agravo de instrumento lá interposto é providência vedada em sede de recurso especial, tendo em vista o óbice previsto no Enunciado nº 7 da Súmula do STJ (precedentes citados: AgRg no Ag 1.400.479/MA, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 23.9.2011; AgRg no AREsp 49.774/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 19.12.2011; AgRg no Ag 1.116.654/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 28.6.2012). 2 - A jurisprudência deste Tribunal Superior reconhece a legitimidade da parte e do seu advogado para cobrar a verba honorária devida em razão de sucumbência judicial (a propósito, confirmam-se o AR 3.273/SC, de minha relatoria, Corte Especial, DJe de 18.12.2009). Destarte, tratando-se de legitimidade concorrente, inexistente falta de pertinência subjetiva do recurso manejado pela própria parte em face de eventual desconto indevido nos honorários.³ - A premissa, contida no acórdão recorrido, de que “a sociedade de advogados pode requerer a expedição de alvará de levantamento dos honorários advocatícios, ainda que o instrumento de procuração outorgado aos seus integrantes não a mencione [...]”, não se coaduna com o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema. Com efeito, a Corte especial, nos autos do AgRg no Prc 769/DF, Rel. Min. Ari Pargendler, DJe 23.3.2009, estabeleceu que “na forma do art. 15, § 3º, da Lei nº 8.906, de 1994, **‘as procurações devem ser outorgadas individualmente aos advogados e indicar a sociedade de quem parte’; se a procuração deixar de indicar o nome da sociedade de quem o profissional faz parte, presume-se que a causa tenha sido aceita em nome próprio, e nesse caso o precatório deve ser extraído em benefício do advogado, individualmente**”. Destarte, incide a alíquota de 27,5% para o desconto do Imposto de Renda na fonte.⁴ - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (REsp 1320313/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 12/03/2013) – grifamos.

No julgamento do Agravo Regimental no Processo 769/DF, sendo o Relator o Ministro ARI PARGENDLER, ficou assim estabelecido:

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER:

Nos autos de precatório extraído do mandado de segurança impetrado pelo Sindicato dos Policiais Civis do Ex-Território Federal do Acre, o Dr. Marcelo Lavocat Galvão requereu que o respectivo valor fosse “... creditado em favor da sociedade Marcelo Galvão Advogados Associados” (fl. 34). A União se opôs ao pedido, ao fundamento de “... a alteração pretendida pela parte contrária enseja recolhimento a menor do imposto de renda” (fl. 75), no que foi acolitada pelo Ministério Público Federal (fl. 78/82). Sem embargo disso, o Presidente do Tribunal à época, Ministro Barros Monteiro, deferiu o pedido (fl. 84), e contra essa decisão a União interpôs agravo regimental (fl. 94/100). Na forma do art. 15, § 3º, da Lei nº 8.906, de 1994, “as procurações devem ser outorgadas individualmente aos advogados e indicar a

sociedade de que façam parte”. **Salvo melhor juízo, se a procuração outorgada a advogado não indicar o nome da sociedade de que faz parte, presume-se que a causa tenha sido aceita em nome próprio, individualmente.** Voto, por isso, no sentido de dar provimento ao agravo regimental. EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA: Sr. Presidente, **há um argumento do Sr. Ministro Ari Pargendler que me convenceu: o de que o advogado, individualmente, poderia, também, receber procuração. Se, no instrumento de mandato, não há dado informando que aquele causídico integra determinada sociedade de advogados, realmente, fica muito difícil atender a pretensão.** Por isso, peço vênia ao Sr. Ministro João Otávio de Noronha e acompanho a divergência, dando provimento ao agravo regimental. (AgRg no Prc 769/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 27/11/2008, DJe 23/03/2009) – grifamos.

Vejamos também o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do REsp n. 1013458/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX.

(...) Da leitura de referido preceito legal, **revela-se evidente que os serviços advocatícios prestados por sociedade de advogados pressupõe que, nas procurações outorgadas individualmente aos causídicos deve constar a pessoa jurídica integrada pelos referidos profissionais porquanto, assim não ocorrendo, torna-se impossível se aferir se os serviços foram prestados pela sociedade ou individualmente, pelo profissional que dela faça parte. O serviço não se considera prestado pela sociedade na hipótese em que a procuração não contém qualquer referência à mesma,** impedindo, portanto, que o levantamento da verba honorária seja feito em nome da pessoa jurídica com seus efeitos tributários diversos daqueles que operam quando o quantum é percebido uti singuli pelo advogado. (...) **A titularidade do crédito advocatício tributável, sobre pertencer à pessoa jurídica ou aos seus sócios, não se presume por trocas de correspondências, nem se infere, mas antes, decorre de negócio escrito consistente na indicação na procuração da entidade, na forma do art. 15, § 3º, da Lei n.º 8.906/94,** ou em cessão de crédito somente aferível pelas instâncias ordinárias, ante os óbices das Súmulas n.ºs 05 e 07, do E. STJ. Consequentemente, o regime fiscal do Imposto de Renda na Fonte será aquele indicado para as Pessoas Jurídicas, nas hipóteses em que ao advogado é lícito levantar a verba honorária em nome da sociedade quando a represente e desde que a mesma conste da procuração. (REsp 1013458/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 18/02/2009).

Tratando-se de presunção relativa, **a demonstração pela pessoa jurídica de que foi ela ORIGINARIAMENTE a contratada para a prestação de serviços advocatícios** supriria a falta de sua indicação expressa na procuração, pois, é certo que, ainda que contratada a pessoa jurídica,

a prática efetiva do *jus postulandi* sempre se dará pelo advogado pessoa física, a quem compete a prática de atos processuais, já que à pessoa jurídica é vedada a prática de tais atos, nos moldes do art. 3º c/c art. 15, § 3º, do EOAB, vejamos:

Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

(...)

Art. 15. Os advogados podem reunir-se em sociedade simples de prestação de serviços de advocacia ou constituir sociedade unipessoal de advocacia, na forma disciplinada nesta Lei e no regulamento geral.

(...)

§ 3º As procurações devem ser outorgadas individualmente aos advogados e indicar a sociedade de que façam parte.

No caso, se houver prova de que a contratação originária se deu pela Sociedade de Advogados, resta autorizada a incidência da alíquota menor de imposto sobre a renda, de acordo com a legislação aplicável à pessoa jurídica **para os honorários contratuais destacados no corpo de um precatório já expedido em nome do credor originário.**

Contudo, **para os casos de destaque de honorários contratuais** junto ao precatório já expedido, inexistindo prova, através do contrato de prestação de serviços ao tempo da contratação originária, de que fora a sociedade de Advogados a contratada para prestar serviços, deve ser aplicada a alíquota da pessoa física.

Agir de maneira diferente seria outorgar ao causídico e ou a sociedade de advogados, quando do levantamento do precatório, a possibilidade de escolher qual regime tributário aplicar, o que é vedado pelo Direito Tributário. Percebe-se que o CTN **dispõe que os princípios e normas de direito privado/particular não têm a aptidão para desqualificar o regime tributário de determinado tributo (art. 109, do CTN).** Assim, a exegese do art. 15, § 3º, do Estatuto da OAB (Lei n.º 8.906/94) deve ser literal, já que exclui enorme parcela do crédito tributário, devendo, nesse ponto de intercessão entre o direito da categoria e o direito fiscal, obedecer ao **art. 111, I, do CTN**, que assim dispõe, “*Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I - suspensão ou exclusão do crédito tributário; (...)*”.

Cabe salientar, que a lei é de conhecimento amplo, geral e irrestrito, não podendo a parte a quem interessa, alegar o seu desconhecimento

para se eximir de obrigação a todos imposta (art. 3º da LINDB), ainda mais, quando se trata de qualificados profissionais do Direito.

No entanto, a situação parece ser diferente quanto aos honorários sucumbenciais, inerentes aos precatórios expedidos em nome da pessoa natural do advogado, quando há procuração em nome do advogado com indicação da pessoa jurídica do qual faça parte, pois neste caso, entende a jurisprudência do STJ, que a expedição do precatório seria o momento definidor da regulação tributária aplicável ao crédito, pois seria no momento da expedição do precatório.

Em regra, nos termos do disposto no art. 23 da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB), é o advogado, enquanto pessoa física, o sujeito passivo da obrigação tributária para o recolhimento do imposto de renda incidente sobre a verba sucumbencial. Para que a tributação recaia sobre a sociedade de advogados, pessoa jurídica, necessária a observância de certos requisitos formais, os quais podem ser depreendidos dos arts. 15, 22 e 24 do supramencionado diploma legal, em especial, que sejam as procurações outorgadas “individualmente aos advogados e indicar a sociedade de que façam parte” (§ 3º do art. 15 do Estatuto da OAB).

Salienta que nesta hipótese, caberia ao causídico a faculdade de pretender a expedição do precatório inerente aos honorários sucumbenciais em nome da pessoa jurídica ou da pessoa física, já que haveria procuração na qual constam ambos os sujeitos, sendo certo que a opção de escolha do precatório em nome da pessoa jurídica afasta o direito de posterior modificação do sujeito credor, especialmente pelo Presidente do Tribunal, a quem compete o pagamento do precatório, sem possibilidade de alteração da pessoa do credor definida pelo Juízo de origem (da execução).

Desta forma, tendo o causídico optado pela expedição do precatório em nome da pessoa física, fazendo-a constar como credora, não poderá haver mudança posterior da titularidade do crédito dos honorários sucumbenciais pelas presidências dos tribunais, quando do pagamento.

Esta é a definição havida pelo Superior Tribunal de Justiça, se não, vejamos:

“TRIBUTÁRIO. EXPEDIÇÃO, A PEDIDO DO INTERESSADO, DE PRECATÓRIO RELATIVO AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO PROFISSIONAL AUTÔNOMO (PESSOA FÍSICA), EM RAZÃO DA PRIORIDADE CRONOLÓGICA PARA RECEBIMENTO (VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR E EM FAVOR DE IDOSO). REGIME DE RETENÇÃO NA FONTE DO IMPOSTO DE RENDA. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA PREVISTA PARA PESSOA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE DE Docu-

mento: 1912143 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 09/06/2020
Página 20 de 6 Superior Tribunal de Justiça APLICAÇÃO DO REGIME MISTO.

1. A decisão monocrática consignou que o art. 85, § 15, do CPC, ao prever que o advogado (profissional autônomo) pode requerer a expedição de precatório em favor da sociedade de advogados, caracteriza-se como norma de Direito Processual, destituída de qualquer aptidão para disciplinar a relação jurídica tributária (tratada, evidentemente, na legislação tributária).

2. Por outro lado, a possibilidade de o advogado requerer que o precatório seja expedido em nome da sociedade de advogados é inteiramente distinta da situação dos autos: conforme transcrição de excerto do voto condutor do acórdão proferido na Corte estadual, a realidade dos autos é absolutamente diversa da hipótese prevista no art. 85, § 15, do CPC, pois o advogado - embora estivesse legal e contratualmente autorizado a indicar como beneficiária do precatório a sociedade da qual faz parte - requereu, e aqui se trata de fato incontroverso, que a expedição do precatório relativo aos honorários profissionais se desse em seu nome e CPF.

3. A posterior solicitação para que o mero pagamento dos honorários, depositados judicialmente como consequência da liquidação do precatório, fosse efetivado mediante transferência bancária para conta da sociedade de advogados (pessoa jurídica) não representou alteração na titularidade dos honorários e, por consequência, do regime de tributação incidente (retenção na fonte com base na alíquota aplicável às pessoas físicas).

4. Dessa forma, deve ser mantida a decisão monocrática, pois não foram trazidos argumentos jurídicos concretos, dotados de eficácia para afastar os seguintes fundamentos: a) a adoção da alíquota aplicável às pessoas jurídicas poderia ocorrer, se tivesse o advogado pleiteado, no momento oportuno, a expedição do precatório em favor da sociedade de advogados, não em seu próprio nome e no seu CPF; b) inexistiu pleito para que o beneficiário do precatório fosse a pessoa jurídica; c) o alegado prejuízo sofrido pela sociedade de advogados constitui questão estranha ao objeto da lide, cuja origem decorreu de fato praticado pessoalmente por um de seus sócios, e a recomposição de eventuais danos deve ser objeto de lide específica, entre os diretamente interessados; d) o pedido de expedição de precatório em nome da pessoa física teve por finalidade obter a prerrogativa de receber o pagamento com vantagem temporal (por se tratar de verba alimentar em favor de pessoa idosa), não sendo possível, à luz da jurisprudência do STJ, pretender modificar, supervenientemente, os elementos da obrigação tributária, visando à combinação do regime jurídico mais Documento: 1912143 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 09/06/2020 Página 21 de 6 Superior Tribunal de Justiça favorável aos seus interesses particulares (isto é, considerar beneficiário do precatório, para fins de pagamento antecipado, a pessoa física idosa, e, para efeitos tributários, considerar beneficiário do precatório a pessoa jurídica).

5. Agravo Interno não provido” (STJ, AgInt no RMS 57.741/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/05/2020).

O fato de o §15 do art. 85 CPC/15 contemplar a possibilidade do pagamento de honorários em favor da sociedade não tem o condão de alterar a sujeição passiva da obrigação tributária sem a observância dos requisitos formais. Como prescreve o art. 123 do CTN: **Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.**

Isto porque,

“o momento em que nasce a obrigação tributária referente ao Imposto de Renda com a ocorrência do seu critério material da hipótese de incidência (disponibilidade econômica ou jurídica) é anterior ao pagamento do precatório (disponibilidade financeira) e essa obrigação já nasce com a sujeição passiva determinada pelo titular do direito que foi reconhecido em juízo (beneficiário), não podendo ser modificada pela cessão do crédito, por força do art. 123, do CTN: ‘Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.’” (STJ, RMS 42.409/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, Dje de 16/10/2015).

Vejamos o teor da decisão levada a efeito pelo STJ, *verbis*:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF POR OCASIÃO DO PAGAMENTO DE PRECATÓRIO. ART. 46 DA LEI Nº 8.541/92. INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA APLICÁVEL AO BENEFICIÁRIO, CEDENTE E CREDOR ORIGINAL DO PRECATÓRIO (PESSOA FÍSICA), INDEPENDENTEMENTE DA CONDIÇÃO PESSOAL DO CESSIONÁRIO (PESSOA JURÍDICA). IMPOSSIBILIDADE DE CESSÃO DA PARTE DO CRÉDITO RELATIVA AO IRRF. INTELIGÊNCIA CONJUNTA DOS ARTS. 43 E 123, DO CTN; ART. 286, DO CC/2002 E ART. 100, §13, DA CF/88.

1. O critério material da hipótese de incidência do Imposto de Renda é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza (art. 43, do CTN).

2. Como já mencionado em outra ocasião por esta Corte, ‘não se deve confundir disponibilidade econômica com disponibilidade financeira. Enquanto esta última (disponibilidade financeira) se refere à imediata ‘utilidade’ da renda, a segunda (disponibilidade econômica) está atrelada ao simples acréscimo patrimonial, independentemente da existência de recursos financeiros’ (REsp. Nº 983.134 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 3.4.2008).

3. O precatório é uma carta (precatória) expedida pelo juiz da execução ao Presidente do Tribunal respectivo a fim de que, por seu intermédio, seja

enviado o ofício de requisição de pagamento para a pessoa jurídica de direito público obrigada. Sendo assim, é um documento que veicula um direito de crédito líquido, certo e exigível proveniente de uma decisão judicial transitada em julgado. Em outras palavras: o precatório veicula um direito cuja aquisição da disponibilidade econômica e jurídica já se operou com o trânsito em julgado da sentença a favor de um determinado beneficiário. Não por outro motivo que esse beneficiário pode realizar a cessão do crédito.

4. Desse modo, o momento em que nasce a obrigação tributária referente ao Imposto de Renda com a ocorrência do seu critério material da hipótese de incidência (disponibilidade econômica ou jurídica) é anterior ao pagamento do precatório (disponibilidade financeira) e essa obrigação já nasce com a sujeição passiva determinada pelo titular do direito que foi reconhecido em juízo (beneficiário), não podendo ser modificada pela cessão do crédito, por força do art. 123, do CTN: ‘Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes’.

5. O pagamento efetivo do precatório é apenas a disponibilidade financeira do valor correspondente, o que seria indiferente para efeito do Imposto de Renda não fosse o disposto no art. 46 da Lei nº 8.541/92 (art. 718 do RIR/99) que elenca esse segundo momento como sendo o momento do pagamento (retenção na fonte) do referido tributo ou o critério temporal da hipótese de incidência.

6. É possível a cessão de direito de crédito veiculado em precatório (art. 100, §13, da CF/88), contudo, sua validade e eficácia submetem-se às restrições impostas pela natureza da obrigação (art. 286, do CC/2002).

7. Sendo assim, o credor originário do precatório é o ‘beneficiário’ a que alude o art. 46 da Lei nº 8.541/92 (art. 718 do RIR/99), desimportando se houve cessão anterior e a condição pessoal do cessionário para efeito da retenção na fonte, até porque o credor originário (cedente) não pode ceder parte do crédito do qual não dispõe referente ao Imposto de Renda a ser retido na fonte.

8. Em relação ao preço recebido pelo credor originário no negócio de cessão do precatório, nova tributação ocorreria se tivesse havido ganho de capital por ocasião da alienação do direito, nos termos do art. 117 do RIR/99. No entanto, é sabido que essas operações se dão sempre com deságio, não havendo o que ser tributado.

9. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido” (STJ, RMS 42.409/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/10/2015).

Desta forma, no caso do precatório inerente aos honorários sucumbenciais, tendo o mesmo sido formado em nome do credor advogado pessoa física, deve haver a tributação em nome desse, de acordo com a Tabela Progressiva do IRRF, sendo irrelevante para fins tributários a indicação de que à pessoa jurídica poderia ter sido atribuída a sua titularidade.

3.3. O CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS FOI REALIZADO EM NOME DA SOCIEDADE DE ADVOGADOS E NA PROCURAÇÃO CONSTA O NOME DA RESPECTIVA SOCIEDADE DE ADVOGADOS (APLICAÇÃO AOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS E CONTRATUAIS).

Neste caso, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça decorrente da interpretação do § 3º, do art. 15, do EOAB (AgRg no Prc 769/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 27/11/2008, DJe 23/03/2009), não resta dúvida que a sociedade de advogado poderá ser credora dos valores devidos a título de honorários de sucumbência e de honorários contratuais, pois a mesma faz parte da relação jurídica de crédito, devendo o precatório ser expedido em nome da pessoa jurídica ao qual pertence o profissional advogado.

3.4. A TRANSMISSÃO DO CRÉDITO EM RAZÃO DE SUBSTABELECIMENTO DA PESSOA FÍSICA PARA A PESSOA JURÍDICA – INALTERABILIDADE DA ALÍQUOTA DO IMPOSTO DE RENDA.

Questão importante a ser decifrada diz respeito ao fato de haver, no precatório, a transmissão da representação processual do advogado pessoa física para a sociedade de advogados ao qual pertence, mediante mero substabelecimento. Teria este substabelecimento o efeito de modificar o credor e, por conseguinte, a alíquota do imposto de renda a ser aplicado sobre o crédito de honorários? Para elucidar a questão, vamos à análise do mandato.

O mandato, negócio jurídico pelo qual uma pessoa, chamada mandatário, recebe poderes de outra, chamada mandante, para, em nome desta última praticar atos ou administrar interesse, não configura negócio jurídico hábil para realizar a transmissão do crédito, já que não é capaz de promover a substituição subjetiva do polo ativo da obrigação.

O mandatário pratica atos em nome do mandante, sem, contudo, assumir sua condição jurídica, o credor da obrigação continua sendo o mesmo, sua posição no negócio jurídico permanece intacta, ainda que seus atos sejam praticados por procurador, com poderes específicos.

Assim se o credor da obrigação é pessoa jurídica, representado por advogado, pessoa física, munido de procuração, aplica-se o regime tributário próprio das pessoas jurídicas, *mutatis mutandis*, quando o

credor é pessoa física, representado por sociedade de advogado, pessoa jurídica, munida de procuração ou de substabelecimento, aplica-se o regime tributário próprio das pessoas físicas.

Em suma, o substabelecimento do advogado para a sociedade de advogados do qual faz parte, não altera o credor do precatório e não tem o efeito de diminuir a alíquota do imposto de renda a ser aplicada ao crédito de honorários, pois o substabelecido atua como representante do mandatário e do outorgante do substabelecimento, não como titular do crédito (credor).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Verificou-se no presente estudo que considerando o entendimento da própria Receita Federal, manifestado na Solução de Consulta COSIT nº 267/2019, expedido o precatório em nome da sociedade de advogados e sendo ela optante pelo Simples Nacional no exercício em que o precatório seja pago, uma vez comprovado este fato pela própria sociedade credora, entendemos pela não retenção do IRRF quando do pagamento do Precatório.

Deve-se reiterar, no entanto, que compete aos escritórios de advocacia optantes pelo Simples Nacional comunicarem e comprovarem tal qualidade, para aquele exercício financeiro, no momento do recebimento de cada precatório ou requisição de pequeno valor, para que seja atestada a efetiva inscrição no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, oportunidade na qual fica dispensada a retenção do IRRF.

No entanto, para a solução final é necessário considerar que, caso o contrato de prestação de serviços seja realizado em nome da pessoa física do advogado e a procuração seja outorgada em nome do advogado pessoa física a alíquota será da pessoa física, não se aplicando os benefícios do Simples Nacional, os quais somente se aplica às pessoas jurídicas.

Caso o contrato originário de prestação de serviços tenha sido realizado em nome de pessoa jurídica (sociedade de advogados) não optante pelo Simples Nacional, com a devida prova deste fato nos autos, ainda que a procuração tenha sido outorgada à pessoa física do advogado que integra a sociedade de advogados, será aplicada a alíquota da

pessoa jurídica para os honorários contratuais destacados no precatório ou emitidos em nome da pessoa jurídica.

Caso não se demonstre a contratação originária da pessoa jurídica e a procuração tenha sido outorgada originariamente à pessoa física do advogado, a alíquota será a da pessoa física, ainda que tenha havido substabelecimento ou cessão posterior, uma vez que as convenções entre particulares não podem ser opostas à Fazenda Pública para fins de alteração do sujeito passivo da obrigação tributária.

No caso dos honorários sucumbenciais que tiverem a expedição de precatório próprio, a aplicação da alíquota da pessoa jurídica somente poderá ser realizada se o precatório tiver sido expedido em favor da pessoa jurídica, sendo que, caso o precatório tenha sido expedido em nome da pessoa física, ainda que pudesse ter sido expedido em nome da pessoa jurídica, em razão da definição do sujeito passivo tributário no momento da expedição do precatório, a eventual alteração da sua titularidade não fará elidir o dever de aplicação do regime tributário da pessoa física. Somente se aplicará a alíquota da pessoa jurídica se o precatório tiver sido expedido, em sua origem, pela pessoa jurídica.

Caso o contrato de prestação de serviços advocatícios tenha sido realizado em nome da sociedade de advogados e da procuração conste o nome da respectiva sociedade, o regime tributário aplicável será o a da pessoa jurídica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Tributário Nacional. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.030, de 9 de junho de 1983.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983.

BRASIL. Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994.

BRASIL. Instrução Normativa Receita Federal do Brasil nº 765, de 2 de agosto de 2007.

BRASIL. Lei nº 7.450, de 23 de dezembro de 1985.

BRASIL. Lei nº 9.064, de 20 de junho de 1995.

BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

BRASIL. Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

BRASIL. Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003.

BRASIL. Manual do Imposto de Renda Retido na Fonte. Receita Federal do Brasil. Disponível em: <<https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/manuais/dirf/mafon-2020>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 654543/BA, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 29/06/2006, DJ 09/10/2006, p. 246

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 723131/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/08/2006, DJ 28/08/2006, p. 203.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Prc 769/DF, Rel. Ministro ARI PAR- GENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 27/11/2008, Dje 23/03/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1320313/SP, Rel. Ministro MAURO CAM- PBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2013, Dje 12/03/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1013458/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/12/2008, Dje 18/02/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 57.744/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MA- GALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2020, Dje 09/06/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANCA No 57.741 – MG. Relator Min. HERMAN BENJAMIN, Primeira Turma do STJ. Publicado em 02.10.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1320313/SP, Rel. Ministro MAURO CAM- PBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2013, Dje 12/03/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Prc 769/DF, Rel. Ministro ARI PAR- GENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 27/11/2008, Dje 23/03/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1013458/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/12/2008, Dje 18/02/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ, AgInt no RMS 57.741/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, Dje de 12/05/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ, RMS 42.409/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, Dje de 16/10/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1293453, Relator Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2021, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito Dje-210 Divulgado em 21.10.2021. Publicado em 22.10.2021.

RONDÔNIA. Tribunal de Justiça. MANDADO DE SEGURANÇA, Processo nº 0802765- 92.2018.822.0000, 2ª Câmara Especial, Relator(a) do Acórdão: Des. Roosevelt Queiroz Costa, Data de julgamento: 12/04/2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 2003321- 43.2022.8.26.0000; Relator (a): Rubens Rihl; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes – Unidade de Processamento das Execuções contra a Fazenda Pública da Comarca da Capital - UPEFAZ; Data do Julgamento: 04/03/2022; Data de Registro: 04/03/2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 2268723- 24.2021.8.26.0000; Relator (a): Teresa Ramos Marques; Órgão Julgador: 10ª Câ- mara de Direito Público; Foro de Ribeirão Preto - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 22/02/2022. Data de Registro, 22/02/2022.

NAZAR, Fábio Murilo; MELO, Daniela Victor de Souza. Os efeitos do Simples Nacional sobre a verba honorária a ser recebida pelo escritório de advocacia mediante precatório judicial. *DIREITO PÚBLICO: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 19-20, n.1, p. 50-87, 2022/2023.

A PARTICIPAÇÃO DE ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR EM LICITAÇÕES DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

WALLACE ALVES DOS SANTOS¹

RICARDO AGRA VILLARIM²

SUMÁRIO

1. Introdução. 2 Peculiaridades e exigências que derivam do viés *intuitu pecuniae* do contrato de PPP. 3 SPE, *project finance* e a ideia de despersonalização contratual nas PPP. 4 Ainda sobre a lógica econômica das PPP: tudo depende da capacidade financeira do parceiro privado. 5 De resto, a possibilidade de consorciamento para atendimento a requisitos de qualificação. 6. Considerações finais.

RESUMO: O presente trabalho analisa os aspectos jurídicos de eventual participação de entidades do terceiro setor em licitações para a celebração de parcerias público-privadas. Para tanto, realizou-se uma análise das principais características desse tipo de contratação e de aspectos indicativos da possibilidade de participação de entidades sem fins lucrativos na concorrência assim como dos que se mostram incompatíveis com ela, tudo isso a partir de pesquisa bibliográfica das principais obras encontradas sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Parceria público-privada; terceiro setor; *project finance*; sociedade de propósito específico; capacidade econômico-financeira.

1 Advogado-Geral Adjunto do Estado para o Consultivo. Foi Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais.

2 Procurador do Estado de Minas Gerais desde 2013. Inicialmente atuou no contencioso da AGE, mas, pouco mais de um ano após o ingresso na carreira, passou a atuar no consultivo, tendo desempenhado suas funções nas Secretarias de Estado de Saúde, de Cultura, de Desenvolvimento Social, de Segurança Pública (atual Sejusp) e no Núcleo de Assessoramento Jurídico da AGE. Atualmente está lotado na Consultoria Jurídica, onde exerce função de coordenador de área.

1. INTRODUÇÃO.

Não é de há pouco que a forma como a Administração Pública se relaciona com o segundo e o terceiro setor³ vem passando por transformações, resultantes não só de uma nova perspectiva de governança dos contratos administrativos, que reflete sobretudo o sopro da consensualidade defendida pela doutrina administrativista contemporânea, mas também do ímpeto dos protagonistas desses setores de se relacionarem com a Administração Pública de formas diversas das tradicionalmente eleitas.

Se, de um lado, os agentes atuantes no segundo setor têm buscado mais do que apenas serem contratados pela Administração Pública, para se colocarem como parceiros dela, a fim de contribuir com a atividade administrativa e participar de decisões de seu interesse⁴, de outro, as entidades sem fins lucrativos, que estão habituadas a celebrar instrumentos de natureza cooperativa com a Administração⁵, têm se lançado em licitações e buscado vínculos contra prestacionais, que lhes garantem efetivo incremento de receitas, mesmo que elas não possam redistribuir o lucro entre os seus integrantes.

3 Conforme a doutrina, os três setores que integram o Estado são o: “*Governo ou Primeiro Setor, que é o ente com personalidade jurídica de direito público, encarregado de funções públicas essenciais e indelegáveis ao particular, tais como: legislar; fiscalizar; aplicar justiça; dar segurança geral, etc. Mercado ou Segundo Setor, que é composto por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado com finalidade econômica, ou seja, encarregadas da produção e comercialização de bens e serviços, tendo como escopo o lucro e o enriquecimento do empreendedor. Organização da Sociedade Civil sem Fins Lucrativos ou Terceiro Setor, compreendido este como aquele que congrega as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins econômicos (em que eventual superávit será reinvestido no objeto social) e que prestam serviços de interesses individuais homogêneos, coletivos ou públicos, ou ainda voltados ao benefício mútuo.*” (RESENDE, Tomáz de Aquino; RESENDE, André Costa; SILVA, Bianca Monteiro da. *Roteiro do Terceiro Setor: Associações, Fundações e Organizações Religiosas*. 5.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.23.

4 A ampliação de mecanismos de participação da sociedade nas decisões que antes eram apenas internas à Administração Pública, como é o caso das consultas públicas, das audiências públicas, das sessões públicas e do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMIS), além de fornecer inestimáveis subsídios para o gestor público, têm tornado suas decisões menos unilaterais.

5 Exemplos desses instrumentos são os convênios e instrumentos congêneres, o termo de colaboração e de fomento, o acordo de cooperação, o termo de parceria e o contrato de gestão.

Nas contratações em geral, regidas pela Lei nº 8.666 (o que também servirá quando o fundamento for a Lei nº 14.133, de 2021), de 1993, o terceiro setor já tem o seu lugar reconhecido, havendo inclusive dispositivos específicos⁶ prevendo a contratação direta de entidades que o compõem.

Quanto à possibilidade de essas entidades disputarem licitações em pé de igualdade com outros particulares, a partir das decisões do Tribunal de Contas da União, observou-se inicialmente certa hesitação no seu reconhecimento, mas que pareceu se dissipar posteriormente. No acórdão do Plenário nº 746/2014, a Corte entendeu que

“A participação de OSCIP em torneios licitatórios da Administração Pública consubstancia quebra do princípio da isonomia, eis que tais entidades possuem benesses fiscais, a elas concedidas para atuarem mediante o estabelecimento de Termo de Parceria”.

Já no acórdão nº 2.426/2020⁷, também do Plenário, ela pontuou que, com exceção das organizações da sociedade civil de interesse público, as entidades sem fins lucrativos não podem ser impedidas de participar de licitação.

6 Um bom exemplo é o do art. 24, XIII, da Lei nº 8.666, de 1993: “Art. 24. É dispensável a licitação:

(...) XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;” (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

7 “29.3. determinar à Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia (SEDGGD/ME), com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, c/c o art. 4º, inciso I da Resolução - TCU 315/2020, que adote providências para modificar o parágrafo único do art. 12 da IN 5-Seges/MP, de 26/5/2017, e informe ao TCU, no prazo de quinze dias, os encaminhamentos realizados, visando a:

a) restringir a participação em licitações públicas somente às instituições sem fins lucrativos qualificadas como OSCIP, participantes sob esta condição;

(...)

c) ampliar a competitividade em certames licitatórios e, por conseguinte, a seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública, cujo objeto também possa ser atendido por instituições sem fins lucrativos, tendo em vista que inexistente norma legal que discipline, de forma indistinta, vedação de participação em processos licitatórios a essas entidades;”

Recentemente, a 1ª Câmara do TCU, no acórdão nº 2.969/2022 reiterou a possibilidade de entidades sem fins lucrativos participarem de licitação, mas condicionada à:

(...) comprovação de que os recursos provenientes das atividades tipicamente empresariais por elas desenvolvidas se destinam a suportar majoritariamente os custos com suas atividades sociais ou de ser cabível regra de equalização de propostas, com retenção dos tributos quando do pagamento à contratada, seja ela entidade sem fins lucrativos ou não, sob pena de desvirtuamento do instituto da imunidade tributária previsto no art. 150, inciso VI, “c” da Constituição, e afronta aos princípios da isonomia e da economicidade.

Ocorre que, indo além desse contexto, entidades do terceiro setor também têm demonstrado interesse em participar de licitações para a contratação de concessionária responsável por parcerias público-privadas, as conhecidas PPP. Tanto é que, em Minas Gerais, o assunto foi objeto de consulta e passou pela análise da Advocacia Geral do Estado, a qual redundou no parecer jurídico adaptado para o presente artigo.

Assim, o presente trabalho reflete os estudos empreendidos no campo das parcerias público-privadas, especificamente no tocante às características que definem esse especial tipo de contratação e o estremam das contratações em geral, e às exigências previstas para os proponentes que derivam de tais características.

2. PECULIARIDADES E EXIGÊNCIAS QUE DERIVAM DO VIÉS INTUITO PECUNIAE DO CONTRATO DE PPP.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸ ensina que as parcerias público-privadas consistem em contratos administrativos de concessão que têm por objeto a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público.

⁸ DI PIETRO. *Direito administrativo*. 35.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. Livro eletrônico.

Ricardo Alexandre e João de Deus⁹ também lembram que a implementação dessa modalidade contratual no ordenamento jurídico brasileiro teve a finalidade de captar investimentos do setor privado para a execução de projetos que necessitam de capitais de grande vulto, como alternativa para a escassez de recursos públicos para investimentos, possibilitando meios de fiscalização eficiente pelo Poder Público.

Independentemente de ser na modalidade administrativa ou patrocinada, reconhece-se que as PPP são os processos de contratação pública mais complexos e de maior repercussão econômica, como consequência da natureza das infraestruturas (considerando as demandas de construção, operação e manutenção, quando é o caso) e dos serviços envolvidos, do alto vulto do capital necessário para a execução dos projetos e da extensa diversidade dos coeficientes que devem compor a sua equação econômico-financeira.

Certamente devido a essas características e, ainda, à arrojada lógica de *project finance*¹⁰ que prepondera nas PPP¹¹, a Lei nº 11.079, de 2004, estabelecendo uma série de exigências e procedimentos que, em princípio, somente as sociedades empresárias estariam vocacionadas a cumprir. Isso se não entendermos que os próprios termos da legislação, de plano, já seriam impeditivos da celebração de uma PPP com uma entidade que não seja uma sociedade empresária.

9 ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João. *Direito administrativo*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico.

10 Conforme Carlos Oliveira Cruz e Joaquim Miranda Sarmiento, “O Project Finance consiste num método de financiar infraestruturas que se baseia na montagem e estruturação de operações com base no risco do projeto, em vez de se basear nos ativos da empresa acionista do projeto ou outro tipo de garantias. Um exemplo frequente de aplicação de Project Finance são as PPPs. Contudo a aplicação do Project Finance é consideravelmente mais alargada que o mercado de PPP. De fato, muitos projetos puramente privados são financiados através de Project Finance”. (Manual de Parcerias Público-Privadas e Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 226.

11 Embora, nas PPP, a lógica seja de *project finance*, não está excluída a necessidade de parcela das despesas serem custeadas com ativos da concessionária e com garantias a cargo desses ativos, ainda mais no Brasil, em que as instituições financeiras costumam condicionar financiamentos a garantias da sociedade.

De partida, o art. 175 da Constituição Federal, que fundamenta tanto a concessão de serviços públicos quanto as parcerias público-privadas¹², em seu parágrafo único, I, estabelece que

“A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão”.

A Lei nº 9.897, de 1995, de aplicação subsidiária aos contratos de PPP, também apresenta dispositivos indicadores de que apenas “empresas” poderiam atuar como concessionárias, como é o caso dos arts. 15¹³, § 4º, e 35¹⁴, VI, que, ao empregarem apenas esse vocábulo, aparentam ter o intuito de excluir a possibilidade de firmar contrato de concessão com quem não possua como escopo principal o exercício de atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Ainda que tais indicativos não se mostrem determinantes para excluir dos certames entidades que não sejam sociedades empresárias, não devem ser desprezadas as exigências legais que incidem sobre

12 Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que “As parcerias público-privadas foram instituídas, como modalidades de contratos administrativos, pela Lei nº 11.079, de 30-12-04, com alterações posteriores. Até a promulgação dessa lei, quando a Constituição se referia à concessão (arts. 21, XI e XII, 25, § 2º, 175 e 223), tinha-se que entender que a referência era à concessão de serviço público. Após a instituição do regime legal das parcerias público-privadas, embora a Constituição continue a falar em concessão apenas, tem-se que incluir sob a égide dos referidos dispositivos constitucionais a concessão patrocinada, que é definida em lei como concessão de serviço público, ainda que sujeita a regime jurídico um pouco diverso; com efeito, os serviços previstos no artigo 21, XI e XII, e no artigo 25, § 2º, admitindo cobrança de tarifa dos usuários, podem ser prestados sob a forma de concessão de serviço público comum ou sob a forma de concessão patrocinada, a critério do Poder Público. Quanto ao artigo 175, a própria concessão administrativa tem que ser abrangida, no que couber, pela norma nele contida, uma vez que, embora de forma meio camuflada na lei, essa modalidade de concessão também poderá ter por objeto a prestação de serviços públicos.” (Op. cit.; destaques nossos)

13 Art. 15 (...)

4 Em igualdade de condições, será dada preferência à proposta apresentada por empresa brasileira.

14 Art. 35. Extingue-se a concessão por:

(...)

VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

as posições contratuais do concessionário ou do parceiro privado, as quais, considerando a finalidade que permeia a aludida legislação de angariar altos investimentos financeiros, dificultam, quiçá inviabilizam, a atuação de agentes que não sejam os dedicados à exploração econômica de forma profissional.

Isso é o que se evidencia desde a licitação, no tocante ao regime de garantias e às condições de habilitação, perpassa pelas exigências (especialmente as econômicas) para firmar o contrato, sendo a principal delas a constituição da sociedade de propósito específico (SPE), e vai até a capacidade técnica e operacional de gerir essa sociedade empresarial, obedecendo a padrões de governança corporativa e adotando contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas.

Paralelamente, ainda devem ser consideradas a capacidade econômica e de financiamento necessárias para empreender nas condições específicas de cada PPP, honrando obrigações de elevada repercussão financeira, como o oferecimento de garantias e a integralização de parcela mínima do capital social da sociedade de propósito específico.

Bem sabemos que qualquer pessoa, física ou jurídica, com ou sem fins lucrativos, pode se interessar em participar de procedimento licitatório e formular proposta de contratação à Administração Pública, mas o interesse público condiciona essa intenção, de sorte a permitir que formulem propostas apenas aqueles que possuam condições de executá-las. E, no campo das PPP, não há como se perder de vista que a lógica é sobretudo econômica, já que se trata, em essência, de um projeto de financiamento e isso demanda expertise em atividades empresariais como estruturação societária, captação de investimento e planejamento tributário.

Como enfatizam Marçal Justen Filho e Rafael Wallbach Schwind¹⁵ sobre o arranjo financeiro peculiar que é a PPP e o que isso representa em termos financeiros para o concessionário:

Há um terceiro ângulo de análise do fenômeno, que consiste em enxergar as PPP como um *arranjo financeiro peculiar*. As PPP representam o emprego de uma lógica financeira que envolve a antecipação de investimentos privados para a constituição de infraestruturas e a execução de atividades do Estado, os quais serão compensados por meio de contraprestações públicas

¹⁵ Introdução: Reflexões a partir dos quase 20 anos da Lei das PPP. In: _____. Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre a Lei 11.079/2004. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 40-41.

diferidas durante o curso do contrato de parceria – aliadas ou não a outras fontes de receita (tarifária e acessórias).

Sob esse aspecto, a lógica das PPP se aproxima da sistemática do *project finance*. O parceiro privado assume obrigações de investimento de elevada monta, com remuneração por meio de uma engenharia financeira suportada pelo fluxo de caixa do próprio projeto. Esse fluxo de receitas advirá do parceiro público e, eventualmente, da cobrança de tarifas dos usuários e da obtenção de receitas acessórias.

Em paralelo, normalmente há um financiador do projeto, juto ao qual o parceiro privado obtém os recursos necessários ao início da constituição do empreendimento, e os ativos e os recebíveis servem como garantia desse projeto.

3. SPE, PROJECT FINANCE E A IDEIA DE DESPERSONALIZAÇÃO CONTRATUAL NAS PPP: O QUE POSSIBILITA E O QUE DIFICULTA A PARTICIPAÇÃO DO TERCEIRO SETOR NAS PPP.

A rigor, portanto, apenas as sociedades empresárias estariam aptas a celebrar contrato de PPP com o Poder Público. Todavia, se, por um lado, essa lógica econômica e de *project finance* que permeia as PPP demanda uma gestão dos fatores de produção de alto rendimento, por outro, abre a possibilidade de agentes econômicos importantes - que não os constituídos formalmente como sociedades empresariais – de participarem e conduzirem o empreendimento, não apenas como financiadores dele, mas sim como responsáveis diretos pela sua implantação e gestão.

Nesse contexto, é importante observar que algumas entidades e estruturas econômicas assumiram grande relevância no mercado financeiro, devido à sua considerável capacidade de mobilização e alocação de capitais. É o caso dos fundos de investimento, definidos pelo art. 1.368-C do Código Civil como “*uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio de natureza especial, destinado à aplicação em ativos financeiros, bens e direitos de qualquer natureza*”, e das entidades fechadas de previdência complementar (também conhecidas como fundos de pensão), que devem ser constituídas sob a forma de fundação ou sociedade civil sem fins lucrativos, nos termos da Lei Complementar nº 109, de 2001.

A Consultoria Jurídica da Advocacia Geral do Estado admite a participação dessas entidades em licitação para a concessão de uso de bem público, conforme pontuado na Nota Jurídica AGE/CJ 5.867:

60. Especificamente sobre a possibilidade de participação de fundos de investimento, ou entidades de previdência privada, a opção discricionária do gestor foi justificada nos seguintes termos:

“Recentemente, com o aumento da busca dos fundos de investimento, fundos de previdência e outros players do mercado financeiro por projetos de concessão e PPP como alternativas de investimento, os editais passaram a permitir, expressamente, a participação dessas entidades, na medida em que o consórcio entre empresas pode viabilizar o empreendimento, sem que, necessariamente, todas as companhias atuem no ramo, ampliando a concorrência dos certames. É o caso, por exemplo, da adjudicação da concessão do lote Piracicaba-Panorama (chamado PiPa) ao Consórcio de Infraestrutura do Brasil, liderado pelo Fundo Pátria e Fundo Soberano de GIC, de Cingapura. Dessa forma, com o intuito de ampliar a competitividade, o Estado de Minas Gerais tem adotado como diretriz a permissão de participação desses players, como o fez nos projetos de concessão do Aeroporto da Pampulha e do Rodoanel. Nessa toada, o Edital do Projeto de Concessão de Uso do Mineirinho admite a participação de pessoas jurídicas, brasileiras ou estrangeiras, isoladamente ou em consórcio, incluindo entidades de previdência complementar e fundos de investimentos, conforme dicção do item 7.1, da Seção 7 61. É de se registrar que a participação de fundos de investimento ou entidades de previdência igualmente se justifica, sob o aspecto formal, na medida em que haverá a necessidade, invariável, de futura constituição de Sociedade de Propósito Específico para gerir a concessão, nos termos do edital e contrato. Ou seja, haverá uma pessoa jurídica própria para a atividade fim do negócio proposto.

A contribuir com tal possibilidade, nas PPP há a particularidade de não caber ao licitante vencedor do certame a execução do objeto da parceria, mas sim a obrigação de constituir uma sociedade de propósito específico (SPE) incumbida de fazê-lo, buscando mais transparência e maior controle contábil desta última, uma vez que seus ativos serão separados dos ativos da sua controladora, a licitante vencedora.

Entre os benefícios da criação da SPE, ainda se observa o ganho de eficiência que uma sociedade empresarial dedicada exclusivamente a uma empreitada certamente tem, ao captar e gerir investimentos e financiamentos, prestar serviços e empreender com pessoal alocado apenas no ramo objeto da parceria, controlar o fluxo de caixa e as despesas, administrar fornecedores, prestadores de serviços e empreiteiros, gerir o plano de negócios do contrato e colaborar com o poder concedente, prestando-lhe as contas dos investimentos, do patrocínio e das parcelas contraprestacionais. Tudo isso sem mencionar a redução do risco de comprometimento do objeto da PPP em caso de perda da

saúde financeira da controladora, que, de outro modo, seria a própria executora do objeto da parceria.

Aprofundando as reflexões sobre as SPE, Egon Bockmann Moreira e Bernardo Strobek Guimarães¹⁶ extraem do *project finance* ínsito às PPP a ideia de despersonalização da relação contratual, o que reforça características de contrato *intuitu pecuniae* das PPP, contribuído para as constatações em seguida apresentadas. Vejamos:

A tradução literal da expressão inglesa permite de imediato o seu entendimento: *project finance* significa uma espécie de financiamento de projetos, em contrapartida ao tradicional custeio direto de empresas (*corporate finance*). A lógica está em que é o projeto que será financiado, não a pessoa. Há, portanto, a *despersonalização* da relação contratual, que é objetiva ao máximo e, em alguns, pontos, chega a se tornar *desmaterializada*. O que está em jogo é o financiamento do projeto decorrente da união contratual entre parceiros do negócio, não o patrimônio nele imobilizado nem as pessoas envolvidas.

(...)

As garantias do *project finance* são precipuamente aquelas relativas aos ativos do projeto, os quais espelham a sua rentabilidade (o que mitiga, mas não exclui a possibilidade de garantias dos responsáveis pelo projeto – no caso, os acionistas da SPE concessionária). O contrato de financiamento deixa, portanto, de ter a tradicional característica *subjéctiva* que a ele sempre esteve associada (a pessoa investidora como a razão suficiente para que o mútuo seja celebrado) e assume nota puramente *objectiva* (o investimento *lui même* como razão e garantia do empréstimo). A *despersonalização contratual* é forte demais para passar despercebida: está-se diante de um projeto concessionário e de seu respectivo financiamento. Financia-se o empreendimento, não os empreendedores. Por isso que são primariamente as qualidades objetivas do projeto que permitem a sua implantação, não os atributos das pessoas que o concebem e administram (embora este dado não seja desprezível).

Eventualmente se sagrando vencedora da licitação uma entidade sem fins lucrativos, não será exatamente ela quem irá implantar e gerir o objeto da PPP, mas sim a SPE por ela criada, que deverá inclusive obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, nos termos do art. 9º, § 3º¹⁷, da Lei nº 11.079, de 2004.

16 Sociedade de Propósito Específico na Lei de PPP. In: Op. cit., pgs. 537 e 540.

17 Art. 9º (...)

§ 3º A sociedade de propósito específico deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento.

É, no mínimo, curioso que uma entidade sem fins lucrativos possa vir a operar e controlar uma sociedade empresarial, ainda mais uma sociedade anônima, que é o modelo societário invariavelmente adotados pelas SPE. Todavia, o art. 80, I, da Lei nº 6.404, de 1976, exige, como requisito preliminar de constituição desse tipo societário, apenas a “*subscrição, pelo menos por 2 (duas) pessoas, de todas as ações em que se divide o capital social fixado no estatuto*”. Fora isso, a lei não traz qualquer exigência de natureza subjetiva para ser acionista de sociedade anônima, liberdade que é reforçada pelo art. 972 do Código Civil, quando prevê que “*podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos*”.¹⁸

Se, sob o ponto de vista jurídico-formal, as entidades sem fins lucrativos se aproximam dos fundos de investimento e das entidades fechadas de previdência complementar (sobretudo destas últimas, que podem ser constituídas sob a forma de fundação ou de sociedade civil sem fins lucrativos), partilhando o traço em comum de não ser sociedade empresária, não seria válido negar para umas a possibilidade de participar de licitação para PPP, quando, para outras, essa possibilidade é reconhecida.

Logicamente, os ônus e as responsabilidades inerentes à participação em uma licitação para esse tipo de contratação também devem ser suportados pelas entidades proponentes, da mesma forma que os suportam os fundos de investimento e os fundos de pensão. E não se pode perder de vista que a permissão para esses fundos participarem de licitações para concessões e PPP se fundou na reconhecida capacidade econômico-financeira de que eles dispõem, e não na sua expertise na execução de serviços públicos ou de parcerias em regime de mútua cooperação com o Poder Público (que não se confundem, por óbvio, com as parcerias público-privadas). Mesmo porque, essas entidades não atuam no terceiro setor, como as organizações da sociedade civil (ou entidades sem fins lucrativos, como se preferir chamar), mas sim no segundo setor, sendo o traço comum entre aquelas e estas, repita-se, apenas proximidade de sua constituição formal.

18 Nesse contexto, é importante pontuar que não é objeto do presente estudo as potenciais consequências que a gestão de uma sociedade empresária traria para a entidade do terceiro setor, se ela continuará a gozar de benefícios fiscais ou se ela continuará a ser enquadrada como tal.

Ainda nesse particular, cabe observar que as parcerias de mútua cooperação¹⁹ a que as entidades sem fins lucrativos interessadas estão habituadas a celebrar com o Poder Público são executadas com recursos repassados previamente e depositados em uma conta vinculada à parceria. Nas PPP, isso não é o que ocorre; nelas a contraprestação pública só pode ser feita após a disponibilização do serviço.

Nesse passo, ainda que o § 2º²⁰ do art. 6º da Lei nº 11.079, de 2004, incluído pela Lei nº 12.766, de 2012, tenha possibilitado que o contrato preveja o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e a aquisição de bens reversíveis, a remuneração dos serviços somente será devida após a sua efetiva prestação e em patamar variável vinculado ao desempenho da concessionária, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

A alavancagem financeira das SPE junto às instituições financeiras oficiais também foi limitada pela Lei nº 11.079, 2004, conforme consta do art. 27:

Art. 27. As operações de crédito efetuadas por empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas pela União não poderão exceder a 70% (setenta por cento) do total das fontes de recursos financeiros da sociedade de propósito específico, sendo que para as áreas das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, onde o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH seja inferior à média nacional, essa participação não poderá exceder a 80% (oitenta por cento).

§ 1º Não poderão exceder a 80% (oitenta por cento) do total das fontes de recursos financeiros da sociedade de propósito específico ou 90% (noventa por cento) nas áreas das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, onde o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH seja inferior à média nacional, as operações de crédito ou contribuições de capital realizadas cumulativamente por:

I – entidades fechadas de previdência complementar;

II – empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas pela União.

§ 2º Para fins do disposto neste artigo, entende-se por fonte de recursos financeiros as operações de crédito e contribuições de capital à sociedade de propósito específico.

19 Termo de colaboração e de fomento, com base na Lei nº 13.019, de 2014, e contrato de gestão ou termo de parceria, com base na Lei Estadual nº 23.081, de 2018.

20 Art. 6º (...)

§ 2º O contrato poderá prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos dos incisos X e XI do caput do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, desde que autorizado no edital de licitação, se contratos novos, ou em lei específica, se contratos celebrados até 8 de agosto de 2012.

Nesse passo, mesmo sendo permitido e até estimulado o levantamento de crédito pela concessionária junto a terceiros, uma parcela do financiamento do projeto sempre é suportada pelo capital da própria concessionária.

Toda essa sistemática certamente constitui um fator de ordem econômica obstativo da participação de entidades sem fins lucrativos na execução não só de PPP, mas também de muitos contratos administrativos de valores mais elevados. Entretanto, não se pode ignorar a existência de entidades dessa natureza com capacidade técnica, financeira e operacional de executar contratos administrativos de alto valor, inclusive de forma simultânea para diversos órgãos das três esferas federativas. Um bom exemplo é o das entidades contratadas para a organização de concursos públicos, como as Fundações Getúlio Vargas, Carlos Chagas, Cesgranrio e o Cebraspe.

Portanto, em tese, se mostra juridicamente defensável que entidades sem fins lucrativos possam participar de licitações para PPP, tendo-se em vista que a capacidade econômica é o principal fator (sem prejuízo da necessidade de comprovação da qualificação técnico-operacional) que definirá se será possível entidades sem fins lucrativos participarem da licitação para celebração de parcerias público-privado.

Obviamente, essa perspectiva não impede que óbices circunstanciais e setoriais, decorrentes do não atendimento às condições de habilitação ou até da participação na licitação, venham a ocorrer, já que, reiterar-se, a alta demanda de investimentos, nas PPP, afasta o interesse público de qualquer viés de fomento ao terceiro setor.

4. AINDA SOBRE A LÓGICA ECONÔMICA DAS PPP: TUDO DEPENDE DA CAPACIDADE FINANCEIRA DO PARCEIRO PRIVADO.

A capacidade financeira e de alavancagem do proponente não é o único fator a ser considerado na elaboração do edital para a contratação de PPP, já que os interesses coletivos relacionados ao empreendimento também devem ser levantados e avaliados. Todavia, não se pode perder de vista que a PPP é o único meio apto a viabilizar certas necessidades coletivas, para as quais o Poder Público não disporia de recursos financeiros e operacionais para implementar, ao tempo e modo adequado, o empreendimento objeto dessas necessidades. E como o escopo central de toda PPP é a estruturação de financiabilidade privada

para projetos, toda PPP estará ancorada na capacidade econômica e na solidez financeira do parceiro privado, que é inclusive o que permitirá a alavancagem financeira do empreendimento - mormente no Brasil, onde as instituições financeiras vinculam garantias não só ao empreendimento, mas também ao empreendedor.

Como já dito, por envolverem serviços públicos complexos e de grande vulto, as PPP são precedidas de licitações em que o interesse público exige condições de participação bastante rigorosas, a fim de evitar que formulem propostas aqueles interessados que não possuam condições de executar satisfatoriamente o objeto. Por isso, não custa lembrar que, entre outros sinais de capacidade financeira, o licitante deverá apresentar garantia da proposta e das demais sanções previstas no edital, como forma de assegurar que não deixará de assinar o contrato, e comprovar qualificação econômico-financeira. E se sair vencedor da licitação, deverá ainda: apresentar capital social ou patrimônio líquidos mínimos e garantia de cumprimento do contrato, com base nos percentuais previstos na legislação; apresentar seguro dos riscos mais relevantes; integralizar uma parcela mínima do capital social da SPE como condição de assinatura do contrato de PPP, além das demais obrigações financeiras previstas no art. 80²¹ da Lei nº 6.404, de 1976, para a constituição de uma sociedade anônima; ter reserva financeira para investimento e início da operação do empreendimento, dispondo dos fatores de produção necessários a tanto.

Apesar de exigências como essas serem comuns, como se trata de uma PPP, os valores que representam são substancialmente mais elevados. Basta ver que o valor do contrato de PPP, conforme o art. 2º, § 4º, I, da Lei nº 11.079, de 2004, não pode ser inferior a R\$ 10.000.000,00.

21 Art. 80. A constituição da companhia depende do cumprimento dos seguintes requisitos preliminares:

I - subscrição, pelo menos por 2 (duas) pessoas, de todas as ações em que se divide o capital social fixado no estatuto;

II - realização, como entrada, de 10% (dez por cento), no mínimo, do preço de emissão das ações subscritas em dinheiro;

III - depósito, no Banco do Brasil S/A., ou em outro estabelecimento bancário autorizado pela Comissão de Valores Mobiliários, da parte do capital realizado em dinheiro.

Parágrafo único. O disposto no número II não se aplica às companhias para as quais a lei exige realização inicial de parte maior do capital social.

Apenas para ilustrar o que representa a constituição da sociedade de propósito específico²² em termos econômicos, trazemos as considerações de André Santa Cruz Ramos sobre o modelo societário que majoritariamente é o adotado pela SPE nas PPP:

Ora, em se tratando de sociedades anônimas, já destacamos que elas desempenham, invariavelmente, empreendimentos de grande porte, para os quais é necessário o aporte de somas consideráveis de recursos. E estes recursos são obtidos pela sociedade, em princípio, junto aos seus próprios sócios, os quais, para ingressarem na companhia, precisam entregar-lhe determinadas importâncias, que corresponderão, então, ao chamado capital social. Portanto, pode-se definir o capital social, grosso modo, como o montante das contribuições dos sócios para a sociedade. Já numa definição mais precisa e técnica, pode-se afirmar que o capital social é “a parcela do valor subscrito que a companhia destina, em cada exercício, à consecução do objeto social”. A companhia, para dar início à sua atividade econômica, necessita evidentemente de recursos, isto é, de máquinas, tecnologia, serviços, trabalho e outros meios indispensáveis à organização da empresa abrangida no objeto social. Cabe aos sócios prover tais recursos. Fazem-no transferindo, do seu patrimônio, ao da pessoa jurídica, a propriedade de dinheiro, bens ou crédito, e recebendo, em troca, ações emitidas pela sociedade, em valor correspondente. (...) Esses aportes são apropriados, na contabilidade da companhia, como capital social.²³

Como se vê, na PPP, tudo da capacidade financeira e da performance empresarial do concessionário, indicando que a qualificação econômico-financeira dos proponentes também condiciona a estruturação das qualificações técnico-profissional e técnico-operacional, não devem deixar de considerar a necessidade de expertise na exploração econômica em caráter empresarial e na condução societária.

5. DE RESTO, A POSSIBILIDADE DE CONSORCIAMENTO PARA ATENDIMENTO A REQUISITOS DE QUALIFICAÇÃO.

Além da necessidade de aderência dos seus objetivos sociais ao objeto da contratação, as entidades sem fins lucrativos devem comprovar capacidade de desempenhar todas as atividades envolvidas na parceria,

²² Apesar de não prever expressamente, as exigências da Lei nº 11.079, de 2004, torna quase inviável a adoção de modelo societário que não seja o das sociedades anônimas.

²³ *Direito empresarial*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. Livro eletrônico.

sendo indispensável que se consorciem a empresas do ramo de atividades para o qual não detenham expertise.

Em artigo publicado pela Revista da Procuradoria Geral de São Paulo²⁴, pontuou-se a necessidade dessa associação em consórcio, no caso de entidades como os fundos de pensão e de investimento. Vejamos:

4.3. Entidades nacionais e estrangeiras

As entidades de previdência complementar, as instituições financeiras ou fundos de investimento devem estar reunidos em consórcio para participar da licitação, dado que, por atuarem no mercado financeiro, não detêm a expertise necessária para atividades de serviços, necessitando associar-se a empresas com atividade técnica para transportes, serviços de saúde, hotelaria, gestão de hospitais, estádios e outros.

a) Entidades de previdência complementar.

(...)

II) Entidades de previdência complementar fechadas.

Os chamados fundos de pensão são organizados sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos, e são acessíveis, exclusivamente, aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas ou aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, antes denominados patrocinadores ou aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, denominadas instituidores. As entidades de previdência fechada devem seguir as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, por meio da Resolução no 3.121, de 25 de setembro de 2003, no que tange à aplicação dos recursos dos planos de benefícios. Também são regidas pela Lei Complementar no 109, de 29 de maio de 2001. A fiscalização das EFPC é feita pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc e regulada pela Secretaria de Políticas de Previdência Complementar (SPPC), do Ministério da Previdência Social. Nas licitações, são exigíveis dessas entidades comprovantes de autorização expressa e específica de constituição e funcionamento da entidade de previdência complementar, concedida pela entidade reguladora do setor.

(...)

c) Fundos de Investimento.

São fiscalizados e regulamentados pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM, por meio da Instrução CVM nº 409, de 18 de agosto de 2004. O art. 2º dessa Instrução traz a definição jurídica de fundo de investimento: “O fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituída sob a forma de condomínio, destinado à aplicação em títulos e valores mobiliários, bem como em quaisquer outros ativos disponíveis no mercado financeiro

24 SERRANO, Anna Cândida Alves Pinto; CAVALVANTI, Beatriz Corrêa Netto, e LA PASTINA, Vera Lúcia. Habilitação jurídica na licitação de parceria público-privada. In: REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO: Parcerias Público Privadas. São Paulo/SP, v.1, 77/78, p. 12-14, jan./dez. 2013.

e de capitais, observadas as disposições desta instrução.” Os fundos de investimento não possuem personalidade jurídica própria, a exemplo do que ocorre com o espólio ou a massa falida no direito brasileiro. Esse fenômeno, no entanto, não os impede de assumir obrigações e direitos em nome próprio. Tal fator demonstra que a regulamentação dos fundos de investimento no Brasil é relativamente inadequada em relação à sua relevância cada vez maior. Alguns estudiosos do tema recomendam que seja instituída uma nova forma societária específica para tratar melhor os Fundos de Investimento. (ABEL, Fernando, acesso em 3/6/2013). Os Fundos de Investimento em Participações – FIP são disciplinados, inicialmente, pela Instrução CVM nº 391, de 16 de julho de 2003, e são fundos criados especialmente para investir em companhias, abertas ou fechadas, participando do processo decisório, com efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão, podendo ser um interessante veículo de investimento em parcerias público-privadas, cabendo uma adequação dos editais à participação de tais entidades.

A Lei nº 6.404, de 1976, conhecida como Lei das Sociedades Anônimas, em seus arts. 278 e 279²⁵ dispõe sobre os consórcios de empresas,

25 Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

§ 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

§ 2º A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio.

Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, do qual constarão: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

I - a designação do consórcio se houver;

II - o empreendimento que constitua o objeto do consórcio;

III - a duração, endereço e foro;

IV - a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas;

V - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados;

VI - normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver;

VII - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado;

VIII - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver.

sendo que, em relação à sua participação em licitações, incide o art. 33 da Lei nº 8.666, de 1993:

Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;

III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;

IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

§ 1º No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.

§ 2º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

Uma interpretação literal do *caput* do dispositivo levaria à conclusão de que apenas consórcios de empresas poderiam participar de licitações e vir a celebrar contrato com a Administração Pública. Todavia essa percepção, ao que nos consta, já está superada, a tanto que a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativo, Lei nº 14.133, de 2021, em seu art. 15²⁶, *caput*, dispôs que “*salvo vedação devidamente justifi-*

Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada.

26 Art. 15. Salvo vedação devidamente justificada no processo licitatório, pessoa jurídica poderá participar de licitação em consórcio, observadas as seguintes normas:

I - comprovação de compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II - indicação da empresa líder do consórcio, que será responsável por sua representação perante a Administração;

cada no processo licitatório, pessoa jurídica poderá participar de licitação em consórcio”, oportunizando a compreensão de consórcios formados por entidades diversas das sociedades empresárias participando de licitação, mas sempre liderados por uma empresa.

Reconhece-se que a formação de consórcios, inclusive por entidades sem fins lucrativos, torna a licitação mais competitiva, sendo essencial quando o edital exige qualificações técnicas ou financeiras que dificilmente estariam reunidas em um único licitante.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Conforme visto, as PPP são processos de contratação pública mais complexos e de maior repercussão econômica, como consequência da natureza das infraestruturas e dos serviços envolvidos, do alto vulto do capital necessário para a execução dos projetos e da exten-

III - admissão, para efeito de habilitação técnica, do somatório dos quantitativos de cada consorciado e, para efeito de habilitação econômico-financeira, do somatório dos valores de cada consorciado;

IV - impedimento de a empresa consorciada participar, na mesma licitação, de mais de um consórcio ou de forma isolada;

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

§ 1º O edital deverá estabelecer para o consórcio acréscimo de 10% (dez por cento) a 30% (trinta por cento) sobre o valor exigido de licitante individual para a habilitação econômico-financeira, salvo justificação.

§ 2º O acréscimo previsto no § 1º deste artigo não se aplica aos consórcios compostos, em sua totalidade, de microempresas e pequenas empresas, assim definidas em lei.

§ 3º O licitante vencedor é obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I do **caput** deste artigo.

§ 4º Desde que haja justificativa técnica aprovada pela autoridade competente, o edital de licitação poderá estabelecer limite máximo para o número de empresas consorciadas.

§ 5º A substituição de consorciado deverá ser expressamente autorizada pelo órgão ou entidade contratante e condicionada à comprovação de que a nova empresa do consórcio possui, no mínimo, os mesmos quantitativos para efeito de habilitação técnica e os mesmos valores para efeito de qualificação econômico-financeira apresentados pela empresa substituída para fins de habilitação do consórcio no processo licitatório que originou o contrato.

sa diversidade dos coeficientes que devem compor a sua equação econômico-financeira.

Por isso, para a licitação e contratação de uma PPP, estão previstas exigências de elevada repercussão econômica que, em princípio, somente as sociedades empresárias seriam aptas a atender, tais como a constituição de sociedade de propósito específico sob a forma de sociedade anônima, a capacidade técnica e operacional de gerir essa sociedade empresarial, obedecendo a padrões de governança corporativa e adotando contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, e disponibilidade financeira para implantar o empreendimento e oferecer o serviço antes da contraprestação pecuniária do parceiro público.

Todavia, a lógica econômica e de *project finance* possibilita que agentes econômicos não constituídos formalmente como sociedades empresariais, como fundos de investimento e entidades fechadas de previdência complementar, participem e conduzam o empreendimento objeto da PPP. E, como entidades do terceiro setor, sob o ponto de vista jurídico-formal, aproximam-se desses agentes, não se mostraria válido tratamento diferenciado impeditivo da participação delas nas licitações para PPP – tampouco a previsão de eventuais favorecimentos ou a atenuação de exigências, em detrimento das relevantes necessidades de interesse público que constituem o escopo das PPP, apenas para possibilitar a sua participação na licitação.

Mas, embora não se vislumbre, à primeira vista, óbice jurídico à participação de entidades sem fins lucrativos em licitação para a celebração de PPP, isso por si só não é suficiente para autorizar a participação, já que, devido à própria natureza desse tipo de contratação, razões de ordem econômica, como o prejuízo à bancabilidade do projeto²⁷, a deterioração do *Value for Money* (VfM)²⁸ e até a inexecutabilidade da PPP, podem indicar a inviabilidade dela. E aqui cabe explicitar a inevitável a percepção colhida durante todo o estudo de que as entidades

27 Como definem Augusto Neves Dal Pozo e Pedro Jatene, bancabilidade do projeto é a “sua capacidade de atrair o interesse de financiadores dispostos a encarar os riscos que recaem sobre as fontes de pagamento do financiamento concedido”. (Os principais atrativos das parcerias público-privadas. In: Op.cit, p. 88)

28 VfM significa a vantajosidade pública de uma PPP, os ganhos de eficiência que a PPP tem em relação a outras formas de viabilizar o empreendimento. Carlos Oliveira Cruz e Joaquim Miranda Sarmiento explicam que “O VfM é uma medida da utilidade do dinheiro gasto. Essa definição é diferente de ‘a solução mais barata’. Maximizar o VfM é procurar a máxima eficiência.” (Op. cit., p. 136)

sem fins lucrativos dificilmente reunirão condições financeiras para protagonizar a implementação e a gestão de um empreendimento com o porte e a complexidade próprios das PPP, notadamente em função da alta demanda de investimentos que consubstancia a essência desse tipo de contratação.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João. *Direito administrativo*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. Livro eletrônico.

CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda. *Manual de Parcerias Público-Privadas e Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 35.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. Livro eletrônico.

JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre a Lei 11.079/2004*. 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

RAMOS, André Santa Cruz. *Direito empresarial*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. Livro eletrônico.

RESENDE, Tomáz de Aquino; RESENDE, André Costa; SILVA, Bianca Monteiro da. *Roteiro do Terceiro Setor: associações, fundações e organizações religiosas*. 5.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO: Parcerias Público Privadas. São Paulo/SP, v.1, 77/78, jan./dez. 2013. Disponível em: <https://www.pge.sp.gov.br/servicos/centrodeestudos/bibliotecavirtual.aspx?cdPublicacao=106>. Acesso em: 11 jun. 2023.

SANTOS, Wallace Alves dos; VILLARIM, Ricardo Agra. A participação de entidades do terceiro setor em licitações de parcerias público-privadas. *DI-REITO PÚBLICO*: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 19-20, n.1, p. 88-108, 2022/2023.

O PAPEL DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

ANA PAULA MUGGLER RODARTE¹
MARJORIE COSTA DE AVELAR²

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A atuação consultiva aos órgãos e entidades de saúde do Poder Executivo. 2.1.1 A consultoria jurídica (CJ/AGE). 2.1.2. O assessoramento jurídico aos órgãos e entidades de saúde da administração estadual direta e indireta. 3. Principais especializadas da age/mg que atuam no contencioso do direito à saúde. 3.1.1 A procuradoria de direitos difusos, obrigações e patrimônio (PDOP/AGE). 3.1.2 A procuradoria de autarquias e fundações (PAF/AGE). 3.1.3 As advocacias regionais do estado (AREs/AGE). 3.1.4 A câmara de prevenção e resolução administrativa de conflitos (CPRAC/AGE). 3.1.5 o núcleo de uniformização de teses (NUT/AGE). 3.1.6 A atuação do gabinete da advocacia-geral do estado de minas gerais. 3.2 Breves considerações sobre a atuação contenciosa em saúde. 4 A atuação consensual em direito à saúde. 4.1 A celebração do termo de cooperação técnica da ESPMG e a capacitação de servidores da age/mg para a atuação em direito sanitário. 4.2 A celebração de pactuações com as instituições de justiça. 4.2.1 a celebração de convênio com o tribunal de justiça do estado de minas gerais em dezembro de 2021. 4.2.2 A celebração de termo de cooperação técnica com a secretaria de estado

1 Chefe de Gabinete do Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais. Procuradora do Estado de Minas Gerais. Foi Procuradora-Chefe da Consultoria Jurídica e Advogada-Geral Adjunta do Estado para o Consultivo da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais.

2 Assistente do Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais. Advogada. Pós-Graduada em Advocacia Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de Minas (PUC-MINAS) e em Direito Sanitário pela Escola de Saúde Pública de Minas Gerais (ESP-MG).

de saúde de minas gerais (ses-mg) e a defensoria pública do estado de minas gerais (dpmg) em 2021.

4.2.3 A celebração de termo de cooperação técnica com a associação mineira de municípios – AMM.

4.2.4 A atuação no centro de autocomposição de conflitos e segurança jurídica do ministério público do estado de minas gerais (compor). 5 Conclusão.

RESUMO: Este artigo objetivou apresentar de modo não exaustivo o papel da Advocacia-Geral do Estado de Minas para a efetivação do direito à saúde, a organização interna da AGE/MG no manejo do tema e os avanços alcançados. Para compreender a estruturação interna da AGE/MG, utilizou-se como base a Resolução AGE nº 91, de 22 de fevereiro de 2021, que estabelece as competências das especializadas e das Regionais; a Resolução AGE nº 61, de 6 de julho de 2020, que regulamenta a composição, o funcionamento e o fluxo de procedimento da CPRAC; a Lei Complementar nº 83, de 28 de janeiro de 2005, que dispõe sobre a estrutura orgânica da Advocacia-Geral do Estado; o Decreto Estadual nº 47.963, de 29 de maio de 2020, que dispõe sobre a organização da Advocacia-Geral do Estado; e a busca de dados extraídos pelo sistema “Tribunus”. Abordou-se o papel de destaque da AGE/MG em demandas da saúde, com ênfase na ampliação de sua visão institucional: a busca pela desjudicialização, pela redução dos litígios e pela instrumentalização das políticas públicas, evidenciada pelas disposições contidas no Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado – PMDI – 2019-2030, pelo estreitamento dos laços com os demais órgãos de justiça, culminando em sua participação na celebração de Termos de Cooperação Técnica, no âmbito do Centro de Autocomposição de Conflitos e Segurança Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Compor), do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais; e pela capacitação de seus servidores para atuarem em demandas de saúde, por meio da realização da Especialização de Direito Sanitário ofertada pela Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais (ESP-MG), em parceria firmada no Termo de Cooperação Técnica nº 032/2018, em 18 de junho de 2018. Concluiu-se que a AGE/MG, embora não seja órgão típico a integrar o Sistema Único de Saúde (SUS), desempenha papel essencial no fomento das políticas públicas de saúde, no assessoramento jurídico aos órgãos e entidades que atuam diretamente em saúde: a Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais (SES-MG), a Fundação Ezequiel Dias (FUNED), a Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais (FHEMIG) e a Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais (ESP-MG), bem como no acompanhamento das ações judiciais relativas ao tema e na busca pela desjudicialização desses litígios, evidenciada pela participação da AGE/MG na celebração de acordos voltados à efetivação ao direito à saúde.

PALAVRAS-CHAVE: saúde; advocacia pública; desjudicialização; autocomposição; acordos.

1. INTRODUÇÃO

A saúde é um dos mais basilares direitos, com previsão constitucional³. É entendido como um direito fundamental do ser humano, cabendo ao Estado promover as condições indispensáveis a seu pleno exercício, sendo garantido mediante a formulação e a execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos, bem como o estabelecimento de condições que assegurem o acesso universal e igualitário a ações e serviços de qualidade para sua promoção, proteção e recuperação⁴.

Enquanto um dos mais essenciais direitos do indivíduo, sem o qual estaria comprometido o exercício da capacidade civil⁵, o direito à saúde ganhou *status* de direito social, conforme art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sendo considerado direito de todos e efetivado mediante políticas públicas descentralizadas⁶.

Nesse modelo, preservou-se o dever das pessoas, da família e da sociedade para a garantia do direito à saúde, para além do dever do Estado, entendido no sentido *lato*, a abranger União, Estados e Municípios, conforme a gestão tripartite da saúde pública, modelo implementado no Brasil.

Nesse contexto, na estrutura da Administração Pública do Estado de Minas Gerais, entende-se que, ao lado da Secretaria de Estado de Saúde, a Advocacia-Geral do Estado desempenha papel de relevo na efetivação do direito à saúde, bem como possui potencial de promover o estreitamento dos laços com as instituições de justiça, União e Municípios e demais atores desse tão fulcral tema.

3 Art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

4 Art. 3º – A saúde é um direito fundamental do ser humano, cabendo ao Estado promover as condições indispensáveis a seu pleno exercício.

§ 1º O Estado garantirá a saúde da população mediante a formulação e a execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos, bem como o estabelecimento de condições que assegurem o acesso universal e igualitário a ações e serviços de qualidade para sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado previsto neste artigo não exclui o das pessoas, o da família, o das empresas e o da sociedade.

5 Art. 1º do Código Civil de 2002.

6 Arts. 196 a 198, da CRFB/1988.

Afinal, como expressamente previsto na Constituição Estadual e na lei complementar estadual que organiza a Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais (AGE/MG), esta desempenha função essencial⁷, e, notadamente, no exercício do *múnus público* atribuído à carreira de Procurador do Estado e valores que regem a atuação da instituição, a AGE/MG tem se consolidado como um importante órgão para a efetivação do direito à saúde em nível estadual.

Para se compreender a atuação da AGE nessa temática, objetiva-se apresentar, em linhas gerais, a organização interna da instituição, delimitando as atribuições dos setores que a integram e tenham atuação direta ou indireta em Direito Sanitário, sem, contudo, ter a pretensão de se esgotar os aspectos de entroncamento da atuação da AGE/MG nessa importante área. Assim, serão abordadas as atribuições das unidades setoriais localizadas no Edifício-sede da AGE/MG em Belo Horizonte/MG, as quais lidam em específico com o tema, conforme estabelecido pela Resolução AGE nº 91, de 22 de fevereiro de 2021, sendo nomeadas, por essa razão, de “Procuradorias Especializadas”. Além disso, há unidades da AGE/MG interiorizadas em Minas Gerais, em Divinópolis, Governador Valadares, Ipatinga, Juiz de Fora, Montes Claros, Uberaba, Uberlândia e Varginha, sendo cada unidade chamada de “Advocacia Regional do Estado”, possuindo competência em razão da divisão territorial e nos demais termos descritos na Resolução AGE nº 91, de 22 de fevereiro de 2021.

Como base normativa explanatória da organização da AGE, serão utilizadas a Resolução AGE nº 91, de 22 de fevereiro de 2021, que estabelece as competências das especializadas e das Regionais; a Lei Complementar estadual nº 83, de 28 de janeiro de 2005, que dispõe sobre a estrutura orgânica da Advocacia-Geral do Estado; e o Decreto Estadual nº 47.963, de 29 de maio de 2020, que dispõe sobre a organização da Advocacia-Geral do Estado.

Por fim, tal como um estudo de caso da atuação da AGE/MG, serão registrados exemplos de relevantes acordos celebrados com a participação da instituição na área da saúde.

⁷ Por força da expressa previsão legal disposta no art. 1º-A, dispositivo inserido pela Lei Complementar estadual nº 151, de 2019, a qual promoveu reestruturação da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais (AGE/MG).

2. A ATUAÇÃO CONSULTIVA AOS ÓRGÃOS E ENTIDADES DE SAÚDE DO PODER EXECUTIVO

À AGE/MG compete, por força de disposição encartada na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988⁸, as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo, competência reproduzida na Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989⁹.

Em sua atuação consultiva, a AGE/MG perpassou por mudanças ao longo dos anos, a fim de ampliar mecanismos internos de uniformização de teses formuladas e de ampliação de instrumentos de resolução de conflitos de modo consensual. Um de seus grandes marcos foi a reestruturação interna promovida pela Lei Complementar Estadual nº 151, de 17 de dezembro de 2019, com a criação do Núcleo de Uniformização de Teses (NUT/AGE) e da Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos (CPRAC/AGE). Com essa nova cultura administrativa, a AGE/MG firmou a sua visão conciliatória – inclusive em demandas de direito à saúde –, tendo como premissas o diálogo, a consensualidade e a constante melhoria no atendimento ao público.

Notadamente no ramo do direito à saúde, fatores como a complexidade de compreensão da estruturação do sistema público de saúde, composto por normativas esparsas; a gestão tripartite do Sistema Único de Saúde (SUS), os dilemas enfrentados pelo gestor na interpretação e aplicação escoreta das normas são exemplos que demonstram a importância da atuação consultiva prestada pela AGE/MG aos órgãos e entidades do Poder Executivo que atuam em saúde, em especial, Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais (SES-MG), Fundação Ezequiel Dias (FUNED), Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais (FHEMIG) e Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais (ESP-MG).

8 Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

9 Cf. art. 128. Art. 128 – A Advocacia-Geral do Estado, 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.

2.1. A CONSULTORIA JURÍDICA (CJ/AGE).

À Consultoria Jurídica da Advocacia-Geral do Estado (CJ/AGE) compete, consoante disposto na Resolução AGE nº 91, de 2021¹⁰, prestar consultoria e assessoramento aos órgãos e às entidades do Poder Executivo; emitir pareceres e notas jurídicas em consultas dirigidas à AGE/MG pelo Governador e por titulares de órgãos e entidades do Poder Executivo, inclusive em matéria tributária, fiscal e previdenciária; prestar assessoramento técnico-legislativo às unidades da AGE/MG; coordenar e orientar as atividades da Câmara de Coordenação de Consultoria Jurídica; coordenar, orientar e supervisionar as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Núcleo de Assessoramento Jurídico da AGE/MG, das secretarias de Estado, dos órgãos autônomos e das entidades da administração indireta, autárquica e fundacional. Por suas atribuições, vê-se que o escopo de atuação da CJ/AGE é amplo, sendo um setor que possui, em sua essência, forte interlocução com demais órgãos e entidades do Poder Executivo.

Especialmente quanto à temática do direito à saúde, a Consultoria Jurídica é responsável pela análise de demandas sensíveis ao direito sanitário e, ao mesmo tempo, essenciais à efetivação desse tão importante direito. De seu acervo, destacam-se a emissão de manifestações acerca da realização de convênios na área da saúde, contratação de profissionais, compatibilidade de implementação de ações de saúde face às vedações eleitorais e à compatibilização das ações com a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), modalidades de contratação de insumos e equipamentos no contexto da pandemia provocada pelo vírus Sars-cov-2, entre outros.

2.2. O ASSESSORAMENTO JURÍDICO AOS ÓRGÃOS E ENTIDADES DE SAÚDE DA ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL DIRETA E INDIRETA

À Advocacia-Geral do Estado é também confiada a tarefa de assessoramento jurídico de órgãos e entidades de saúde da Administração Direta e Indireta, desempenhando importante papel para a efetivação e constante aperfeiçoamento da prestação de serviços em saúde.

Para cumprir de forma mais efetiva o mandamento constitucional, Procuradores do Estado, integrantes da carreira da AGE/MG, foram lotados para exercício de suas funções dentro da estrutura de órgãos e en-

¹⁰ Cf. art. 28 da Resolução AGE nº 91, de 2021.

tidades da Administração Pública estadual, proximidade que possibilita o maior conhecimento da respectiva realidade. Também inseridos neste contexto, os órgãos e entidades que precipuamente atuam em direito à saúde contam com um ou mais Procuradores do Estado lotados na respectiva assessoria jurídica, como ocorre com a Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais (SES/MG), a Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais (ESP/MG), a Fundação Ezequiel Dias (FUNED) e a Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais (FHEMIG).

No bojo do exercício de suas atribuições, a título exemplificativo, em 2020 foram emitidas manifestações de interesse da Secretaria de Estado de Saúde relativas à dispensa de licitação para aquisição de bens e insumos de saúde no contexto da pandemia da Covid-19; análise quanto à possibilidade de repasse para entidades sem fins lucrativos no âmbito da atuação dos programas estaduais de saúde, sob a ótica da vedação eleitoral do art. 73, § 10, da Lei 9.504/97. Naquele ano, também foi destaque a emissão de manifestação que teve como órgão interessado a Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais – ESP/MG, versando sobre o procedimento de inexigibilidade de licitação para credenciamento de profissionais no âmbito daquela escola de governo.¹¹

Em 2021, registra-se, ilustrativamente, a emissão de manifestações de interesse da Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais relativas aos preços máximos de venda de medicamentos à administração pública consoante regulamentação pela CMED; ao acordo para a regularização de transferências de recursos financeiros referentes ao sistema de saúde; e à formalização de novo Termo de Descentralização de Crédito Orçamentária - TDCO, no âmbito do Programa do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU 192).

Já em 2022, de relevo documentar-se a emissão de manifestações de interesse da Fundação Ezequiel Dias – FUNED e da Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais. Quanto à primeira, destaca-se manifestação em que se analisou a possibilidade de adoção da modalidade de dispensa de licitação para contratação de empresa voltada à transferência de tecnologia em saúde. Quanto à SES, foram emitidas manifestações de interesse daquela secretaria examinando a aplicabilidade da vedação eleitoral contida no art. 73, VI, “a”, e § 10, da Lei 9.504/97¹², em face

11 Classificação da ESP-MG conforme normas do Ministério da Educação (MEC).

12 Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos

dos convênios na área da saúde com municípios e entidades de terceiro setor; e a possibilidade de repasse de recurso proveniente de Termo de Ajustamento de Conduta relacionado ao seguro DPVAT, por meio de convênio ou outro instrumento congênere durante o período eleitoral.

Por meio de suas manifestações, promoções, pareceres, notas jurídicas, participações em reuniões e orientações orais, a Advocacia-Geral do Estado aponta os contornos que formam o direito à saúde e contribui para a tomada de decisões com respaldo jurídico, na implementação de políticas, ações e serviços de saúde pelos órgãos e entidades que atuam diretamente em saúde.

3. PRINCIPAIS ESPECIALIZADAS DA AGE/MG QUE ATUAM NO CONTENCIOSO DO DIREITO À SAÚDE

Para além da atuação consultiva descrita no tópico anterior, não se olvida que a AGE/MG exerce, privativamente, a representação do Estado, judicial e extrajudicialmente. Notadamente em sua atuação contenciosa em saúde, a AGE/MG disciplina sua competência na Resolução AGE nº 91, de 22 de fevereiro de 2021, a qual apresenta as competências de cada especializada. Para fins de compreensão, cabe apresentar, de maneira breve, as principais especializadas da instituição que atuam com o direito sanitário.

eleitorais:

[...]

VI - nos três meses que antecedem o pleito:

a) realizar transferência voluntária de recursos da União aos Estados e Municípios, e dos Estados aos Municípios, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, e os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública;

[...]

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006)

3.1. A PROCURADORIA DE DIREITOS DIFUSOS, OBRIGAÇÕES E PATRIMÔNIO (PDOP/AGE)

Na estruturação administrativa da AGE/MG, a Procuradoria de Direitos Difusos, Obrigações e Patrimônio (PDOP/AGE) é a principal envolvida na atuação em direito à saúde.

Nos termos da Resolução AGE nº 91, de 22 de fevereiro de 2021, normativa que fixa as competências das Procuradorias Especializadas da Advocacia-Geral do Estado, das Advocacias Regionais do Estado, da Consultoria Jurídica e da Assessoria de Representação no Distrito Federal, compete à PDOP/AGE representar judicialmente o Estado, suas autarquias e fundações relativamente às ações envolvendo judicialização da saúde, desde que fundamentadas no Sistema Único de Saúde – SUS¹³.

Nesse sentido, a PDOP/AGE é a responsável pela curadoria de variadas ações que versam sobre o direito à saúde, sendo a especializada que, mais minuciosamente, está propensa a identificar as eventuais deficiências do Sistema de Saúde e sugerir uma maior proximidade com outros setores da casa, com o escopo de apontar sugestões de constantes aprimoramento do direito à saúde. No dilema entre o direito constitucionalizado e o direito prático, aplicado, em que o direito à saúde ganha novos contornos e contínua ressignificação, no curso do tempo e espaço, a PDOP/AGE possui, assim, papel fundamental.

Esse setor é o principal responsável pela formulação de teses com impacto em Direito Sanitário, adotadas nas ações judiciais sob seus cuidados, bem como dando ensejo à formulação de teses a serem adotadas uniformemente pelas especializadas da AGE/MG, garantindo-se, assim, igualdade de tratamento para os casos semelhantes.

Em sua atuação, destacam-se, ainda, a promoção de reuniões de alinhamento para definição de estratégias jurídicas para a abordagem de demandas de saúde, bem como, para a interpretação desse direito frente aos temas do Supremo Tribunal Federal (STF), com impacto nas demandas acompanhadas pela PDOP/AGE.

Ao fim, de seu escopo de competências e, à vista da nova cultura administrativa do Poder Executivo e da AGE/MG, a expectativa é que haja um fortalecimento da busca pela desjudicialização das demandas da saúde e a utilização das ações judiciais como indicadores para melhoria da prestação dos serviços e ações de saúde.

13 Cf. art. 4º, IV.

3.2. A PROCURADORIA DE AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES (PAF/AGE)

Outra especializada que lida com o direito à saúde é a Procuradoria de Autarquias e Fundações (PAF/AGE). A ela compete, nos termos do art. 5º, VII, da Resolução AGE nº 91, de 22 de fevereiro de 2021, representar judicialmente o Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais – IPSEMG e o Estado nas ações relativas à assistência à saúde prestada pelo IPSEMG, inclusive pedidos de medicamentos, internação e similares. Conforme dados extraídos do *Tribunus*, em 2022 a PAF/AGE atuou em 350 processos sobre direito à saúde.¹⁴

3.3. AS ADVOCACIAS REGIONAIS DO ESTADO (ARES/AGE)

Nos termos do art. 13 da Resolução AGE nº 91, de 22 de fevereiro de 2021, cabe às Advocacias Regionais acompanharem as ações fundamentadas no Sistema Único de Saúde – SUS ajuizadas em face das autarquias e fundações.

Ressalta-se que, conforme configuração administrativa atual, nas ações fundamentadas no Sistema Único de Saúde ajuizadas em face das autarquias e fundações, a contestação será elaborada pela PDOP/AGE e acompanhada pela ARE territorialmente competente.

Conforme dados extraídos do *Tribunus*, em 2022 as ARES atuaram em 13.279 processos sobre direito à saúde¹⁵, sendo 2.038 processos acompanhados pela ARE Divinópolis e escritório; 1 processo acompanhado pela ARE Governador Valadares; 701 processos acompanhados pela ARE Ipatinga; 3176 processos acompanhados pela ARE Juiz de Fora e escritório; 1091 processos acompanhados pela ARE Montes Claros; 961 processos acompanhados pela ARE Uberaba; 1755 processos acompanhados pela ARE Uberlândia e escritório; e 3556 processos acompanhados pela ARE Varginha e escritórios.

¹⁴ Dados extraídos do sistema *Tribunus*, relativos ao período de 01 de janeiro de 2022 a 07 de novembro de 2022.

¹⁵ Dados extraídos do sistema *Tribunus*, relativos ao período de 1 de janeiro de 2022 a 7 de novembro de 2022.

3.4. A CÂMARA DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA DE CONFLITOS (CPRAC/AGE)

Além das especializadas abordadas, a Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos (CPRAC/AGE) é uma das grandes novidades inseridas pela reestruturação mais recente da AGE/MG, com possibilidade e grande potencial de atuação em demandas relacionadas ao direito sanitário.

A criação e o progressivo fortalecimento institucional desse setor dentro da estrutura da AGE/MG reforça os valores que regem a instituição: atuar de forma conjunta e cooperativa com os órgãos e entidades do Poder Executivo e consolidar-se como instituição de referência na advocacia pública, pautada na defesa do interesse público, da desjudicialização, da redução da litigiosidade, da inovação e da instrumentalização das políticas públicas. De se destacar que a AGE/MG possui representante¹⁶ na Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Minas Gerais e que desempenha suas atribuições na CPRAC.

A CPRAC/AGE é regulamentada pela Resolução AGE nº 61, de 6 de julho de 2020, que regulamenta a composição, o funcionamento e o fluxo de procedimento, sendo disposto em seu art. 25, parágrafo único,¹⁷ a prioridade dos procedimentos que versem sobre o direito à saúde.

3.5. O NÚCLEO DE UNIFORMIZAÇÃO DE TESES (NUT/AGE)

Por fim, outra unidade que possui importante papel em direito à saúde é o Núcleo de Uniformização de Teses (NUT/AGE), o qual é definido como uma unidade de assessoramento à administração da Advocacia-Geral do Estado, instituída pela Resolução AGE nº 60, de 6 de julho de 2020, com o propósito de propor a sistematização de entendimentos e teses decorrentes da produção jurídica dos diversos setores do órgão e evitar conflitos de posicionamentos quanto a um mesmo

¹⁶ Disponível em: <https://advocaciageral.mg.gov.br/procurador-do-estado-ira-compor-a-comissao-de-conciliacao-mediacao-e-arbitragem-da-oab-mg/>

¹⁷ Art. 25 – A tramitação dos procedimentos observará as ordens de prioridades previstas em lei e os interesses públicos que demandarem urgente solução, assim considerados pelo Conselho. Parágrafo único – Os procedimentos que envolvam serviços públicos elementares e controvérsias sobre o direito à saúde, além de outros especificados em normas, terão tramitação prioritária.

tema ou matéria, no âmbito da atividade consultiva e do contencioso, pelo exercício das competências que lhe forem próprias.

Por sua essência, ao NUT/AGE compete a interlocução com as especializadas e, no exercício de suas atribuições, desempenha papel de extrema relevância em Direito Sanitário, com a manutenção e aperfeiçoamento de teses e enunciados com o objetivo de uniformizar a atuação nessa área.

Nesse sentido, os estudos promovidos extrapolam a mera operacionalização da legislação vigente e do entendimento jurisprudencial, mas revestem-se de grande potencial de impacto nas ações e serviços em saúde, ao formular teses e súmulas administrativas sobre o tema.

3.6. A ATUAÇÃO DO GABINETE DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Gabinete da Advocacia-Geral do Estado é, por sua essência, o setor que possui a visão macro das medidas adotadas pelo Estado, de seus dilemas e entraves.

Notadamente em Direito Sanitário, o Gabinete é responsável pela moderação entre os demais setores da casa, promovendo e reafirmando as competências de cada especializada, além de realizar a interlocução com outros órgãos e entidades estatais, a exemplo da SES-MG, da FHEMIG, da FUNED e da ESP-MG, quando necessária à realização, monitoramento ou aperfeiçoamento da política pública a partir da sinalização de um caso concreto. É também o setor da AGE/MG responsável pela interlocução com as Advocacias Regionais do Estado, Procuradorias Especializadas, Núcleo de Assessoramento Jurídico, Núcleo de Uniformização de Teses, Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos, bem como com outros Poderes, como os Poderes Legislativo e Judiciário, o Tribunal de Contas (TCE/MG), e pelos encaminhamentos em relação às requisições do Ministério Público (MPE/MG e MPF).

Nesse sentido, especialmente em direito sanitário, tem se destacado na exitosa interlocução com o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no âmbito do Centro de Autocomposição de Conflitos e Segurança Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Compor), e com o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), culminando no célere encaminhamento de feitos sensíveis para as unidades responsáveis pelo acompanhamento do direito sanitário, e também na celebração de acordos junto às instituições de justiça, de modo

a reforçar a primazia da resolução consensual das demandas de direito à saúde, da busca pela desjudicialização e da efetivação do direito à saúde mediante o fortalecimento das políticas públicas.

3.7. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ATUAÇÃO CONTENCIOSA EM SAÚDE

Procedida a apresentação dos setores da AGE/MG que atuam em saúde, cabe tecer algumas ponderações a respeito da atuação contenciosa da instituição no direito à saúde.

Em ações do contencioso que versam sobre o direito à saúde, a AGE/MG entra em contato com dilemas relacionados ao direito à saúde e consegue identificar com mais clareza os pontos que ainda carecem de aperfeiçoamento na estruturação do sistema público estadual de saúde, podendo, a partir do caso concreto levado à apreciação do Poder Judiciário, sugerir, promover ou fomentar importantes mudanças no sistema de saúde por sua interlocução junto aos órgãos afetos à área da saúde, em especial, a Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais – SES-MG.

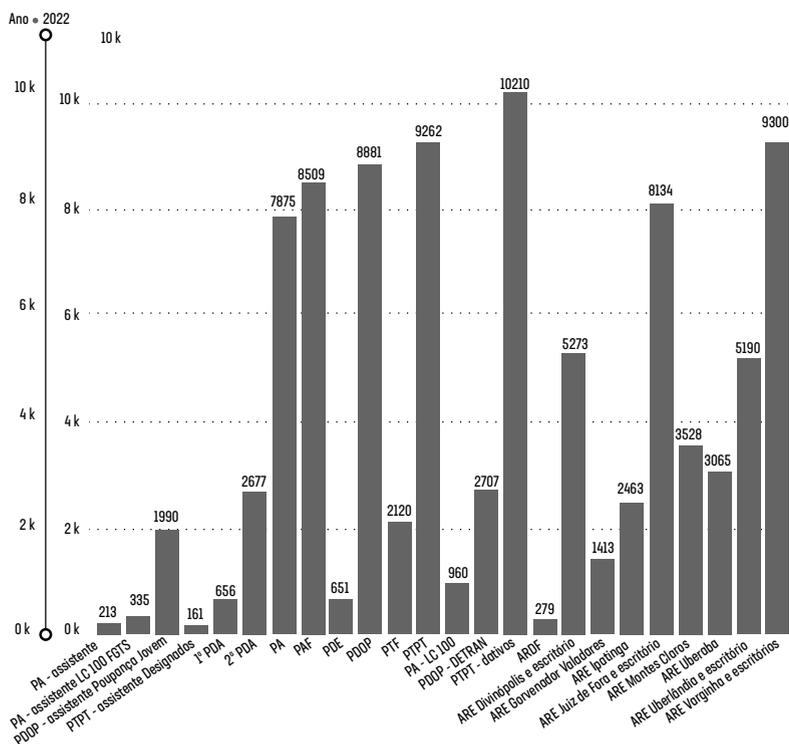
Esse caráter catalisador da AGE/MG para promoção de melhorias na prestação do direito à saúde é conformado, ainda, quando reveste-se como um dos componentes das diretrizes estratégicas previstas no Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado – PMDI 2019-2030, em relação à AGE/MG:

- Garantir agilidade e segurança jurídica para a viabilização de políticas públicas, mediante a proposta de alternativas legais, eficientes e seguras e interface próxima ao público interessado.
- Alcançar menor nível de judicialização de controvérsias e alto índice de casos resolvidos de forma preventiva e extrajudicial. (PMDI 2019-2030, ANEXO I, p. 74)

Conforme dados de 2022,¹⁸ a AGE/MG possui um acervo de 95.852 mil processos,¹⁹ acerca das mais variadas temáticas, assim distribuídos entre as especializadas da AGE/MG:

18 Dados extraídos do sistema Tribunus, de 01 de janeiro de 2022 a 07 de novembro de 2022.

19 Para esses dados foram considerados os processos ativos, os baixados e os suspensos.



Fonte: dados extraídos do *Tribunus*.

De seu acervo total²⁰ de 2022, 17.086 processos versam sobre saúde, o que representa aproximadamente 15 % do acervo total da AGE/MG em 2022, número percentual e em absoluto bastante expressivo representativo que ocupa o tempo e a força de trabalho dos servidores e membros da AGE/MG, cujos filtros/classificações de assuntos no sistema *Tribunus* são os seguintes referente ao direito à saúde:

Assunto	Contagem de NUM_TRIBUNUS
Fornecimento de Medicamento	10571
Internação/Transferência Hospitalizar	4423
Tratamento médico-hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos	2045
Internação Compulsória	16
Saúde	11
Direito da Saúde	6

Fonte: dados extraídos do *Tribunus*.

²⁰ Dados extraídos do sistema *Tribunus*, de 01 de janeiro de 2022 a 07 de novembro de 2022.

Essas 17.086 ações em relação à saúde são acompanhadas por diversas especializadas e regionais da AGE/MG, sendo:

1. 3556 processos acompanhados pela ARE Varginha e escritórios;
2. 3435 processos acompanhados pela PDOP;
3. 3176 processos acompanhados pela ARE Juiz de Fora e escritório;
4. 2038 processos acompanhados pela ARE Divinópolis e escritório;
5. 1755 processos acompanhados pela ARE Uberlândia e escritório;
6. 1091 processos acompanhados pela ARE Montes Claros;
7. 961 processos acompanhados pela ARE Uberaba;
8. 701 processos acompanhados pela ARE Ipatinga;
9. 350 processos acompanhados pela PAF;
10. 18 processos acompanhados pela ARDF;
11. 3 processos acompanhados pela PDE;
12. 1 processo acompanhado pela PTPT;
13. 1 processo acompanhado pela ARE Governador Valadares;

O número de demandas judiciais em saúde, fenômeno chamado de *Judicialização da Saúde* e a alta cifra referente aos objetos dessas ações, têm motivado amplos e profundos debates entre as instituições de justiça, de modo a buscar compatibilizar o direito da população à saúde e as dificuldades enfrentadas pelos gestores para operacionalizar esse direito. Como salientado pelo Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado – PMDI 2019- 2030, nas Diretrizes Estratégicas da Saúde, *in verbis*:

Em meio à crise fiscal e toda a complexidade envolvida na gestão do SUS, um desafio que tem se avolumado é a judicialização. Minas Gerais recebe aproximadamente 1.300 processos judiciais por mês e, em 2017, os gastos com tais sentenças alcançaram o montante de R\$219 milhões, envolvendo, principalmente, assistência farmacêutica e hospitalar. Alcançar resultados de saúde melhores para a população mineira implica recuperar o poder de gestão da saúde na judicialização, buscando solucionar problemas nas fontes originárias do conflito. Tal propósito visa ao resgate de recursos destinados a demandas judiciais em prol da expansão de ações e serviços, como compromisso com os princípios doutrinários do SUS: universalidade, integralidade e equidade. (PMDI 2019-2030, ANEXO I, p. 70)

Em meio ao movimento de judicialização da saúde, são fomentados novos mecanismos para resolução consensual daqueles litígios, como, a título exemplificativo, a participação da AGE/MG na pactuação de acordos no âmbito do Centro de Autocomposição de Conflitos e Segurança Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

(Compor) e do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Nessa nova cultura administrativa implementada nos últimos anos e reforçada pelas diretrizes referentes à Advocacia-Geral do Estado no PMDI 2019-2030, são medidas que tendem a ser aplicadas e cada vez mais incentivadas para o manejo inclusive dos casos que versem sobre direito à saúde nos quais a resolução consensual seja o método mais adequado para os conflitos.

4. A ATUAÇÃO CONSENSUAL EM DIREITO À SAÚDE

Conforme brevemente abordado, e em sintonia com o movimento brasileiro de desjudicialização, a AGE/MG consolidou como missão a redução da litigiosidade, adotando-se, como método mais adequado, a resolução consensual dos conflitos.

Sob esse viés, a AGE/MG tem se destacado ao longo dos últimos anos na participação e elaboração de diversas pactuações com o escopo de capacitar os servidores para lidar com o direito à saúde, para planejamento e resolução de demandas reprimidas e para antever a necessidade de adaptações no sistema de saúde, a partir da observação das ações judiciais acompanhadas pela AGE/MG.

Nesse sentido, em caráter exemplificativo, serão abordados a seguir algumas das pactuações realizadas em saúde com papel relevante desempenhado pela AGE/MG.

4.1. A CELEBRAÇÃO DO TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA DA ESPMG E A CAPACITAÇÃO DE SERVIDORES DA AGE/MG PARA A ATUAÇÃO EM DIREITO SANITÁRIO

Atenta à necessidade de contínuo aperfeiçoamento e capacitação dos servidores e membros frente aos novos delineamentos que o direito à saúde vem ganhando, a AGE/MG tem envidado esforços voltados à promoção de atividades de capacitação de seu corpo técnico.

Como exemplo mais significativo está a celebração do Termo de Cooperação Técnica nº 032/2018, em 18 de junho de 2018, entre a Advocacia-Geral do Estado, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais (DPMG), o Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG), a Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais (SES/MG) e a Escola de

Saúde Pública do Estado de Minas Gerais (ESP-MG), com o objetivo de promover a capacitação de servidores dos signatários e o aprofundamento dos estudos em Direito Sanitário.

A partir da assinatura do Termo de Cooperação, a Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais tem promovido especializações *lato sensu* em Direito Sanitário, cujas vagas majoritariamente são voltadas aos órgãos participantes dessa pactuação, com a oferta de vagas aos servidores da AGE/MG, além da promoção de eventos de caráter técnico com a temática do Direito Sanitário.

Especialmente no ano de 2022, a Especialização em Direito Sanitário inovou ao inserir a participação de representantes de municípios²¹, tornando ainda mais rica a troca de experiências, vivências profissionais e a construção de formulação de respostas e aperfeiçoamento do Direito Sanitário, ao incluir atores de outras esferas de governo, dotados de competências administrativas diversas no arranjo do Sistema Único de Saúde.

Por se tratar de uma escola de Governo, conforme classificação do Ministério da Educação (MEC), a especialização em questão possui como função principal a capacitação de profissionais, para aperfeiçoamento de suas atribuições em relação ao Sistema Único de Saúde (SUS).

Assim, a capacitação de servidores da AGE/MG na Especialização em Direito Sanitário da ESPMG configura-se como uma relevante iniciativa a ser mantida ao longo dos anos, dado ser essencial, ante a complexidade e relevância de conhecimentos acerca do sistema público de saúde, o constante aperfeiçoamento dos servidores para atendimento às demandas que versam sobre direito à saúde.

4.2. A CELEBRAÇÃO DE PACTUAÇÕES COM AS INSTITUIÇÕES DE JUSTIÇA

A Advocacia-Geral do Estado desempenha papel de destaque ao participar da celebração de Termos de Cooperação Técnica (TCT) com as instituições de Justiça, com impacto e relevância na área de saúde, reforçando a visão que prima pela resolução de conflitos pela via consensual.

²¹ No Edital que regeu o processo seletivo para ingresso nas turmas IX e X da Especialização de Direito Sanitário foi inserida pela primeira vez a destinação de vagas a profissionais da área da saúde atuantes em municípios, conforme requisitos a serem observados para enquadramento nessa condição.

Sob esse aspecto, serão brevemente abordados exemplos de pactuações celebradas referentes ao direito à saúde. São elas: o Convênio nº 167/2021 com o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais; o Termo de Cooperação Técnica celebrado com a Secretaria de Estado de Saúde (SES) e a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais (DPMG), para fornecimento administrativo de medicamentos com alto índice de judicialização; o acordo celebrado com a Associação Mineira de Municípios (AMM), para o pagamento dos repasses obrigatórios e voluntários para o sistema de saúde; e os acordos pactuados no âmbito do Compor, para viabilizar a retomada de obras dos Hospitais Regionais de Conselheiro Lafaiete, Divinópolis e de Juiz de Fora.

4.2.1. A CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO COM O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS EM DEZEMBRO DE 2021.

O Estado de Minas Gerais, representado pela AGE/MG, junto à Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais, celebraram, em 2021, o Convênio nº 167/2021 com o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, com o objetivo de cooperação entre os partícipes, no âmbito de suas respectivas áreas de atuação, a fim de proporcionar a conciliação processual e pré-processual em situações de conflito envolvendo o Poder Público Estadual do Estado de Minas Gerais, de reclamações relacionadas às questões de saúde pública, em atendimento à Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, estabelecida pela Resolução nº. 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, bem como a realização de seminários/oficinas, a disponibilização de banco de notas técnicas padronizadas de medicamentos, e de relatórios mensais de bloqueios judiciais.

Esse importante termo prevê, em sua cláusula quinta, a validade de 60 (sessenta) meses para esse Convênio, contados a partir de sua publicação. Assim, na vigência dessa pactuação, a resolução consensual das demandas de saúde deve ser estimulada e priorizada, conjuntamente, pelas instituições signatárias.

4.2.2. A CELEBRAÇÃO DE TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA COM A SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE DE MINAS GERAIS (SES-MG) E A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS (DPMG) EM 2021

Para além do exemplo mencionado no tópico anterior, registra-se a celebração de TCT entre a Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais (SES-MG), a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais (DPMG) e a AGE/MG no ano de 2021, para o fornecimento administrativo de medicamentos que não estão na Farmácia de Minas e possuem altos índices de judicialização.

Por esse Termo, firmou-se o fornecimento administrativo dos medicamentos *Ranibizumabe* e *Aflibercept* indicados para o tratamento da perda de visão em função da idade ou de determinadas condições de saúde.

Pactuações como essa evidenciam os esforços da AGE/MG na adoção das diretrizes dispostas no PMDI-2019-2030, garantindo o acesso seguro e célere dos interessados ao direito à saúde e, conseqüentemente, contribuindo para a desjudicialização daqueles medicamentos abarcados pelo TCT, os quais passam a ser fornecidos administrativamente, mediante o preenchimento dos requisitos ali entabulados.

4.2.3. A CELEBRAÇÃO DE TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA COM A ASSOCIAÇÃO MINEIRA DE MUNICÍPIOS –AMM

A AGE/MG também teve destaque na participação em acordo celebrado pelo Estado de Minas Gerais com a Associação Mineira de Municípios (AMM), para o pagamento dos repasses obrigatórios e voluntários para o sistema de saúde que estavam em atraso.

Por meio do acordo, previu-se o pagamento dos repasses obrigatórios e voluntários para o sistema de saúde, no montante global de R\$6.760.801.460,21 (seis bilhões, setecentos e sessenta milhões, oitocentos e um mil, quatrocentos e sessenta reais e vinte e um centavos).

Para tanto, estabeleceu-se um valor mínimo de R\$400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), a ser depositado até o mês de dezembro de 2021, observando-se, para a distribuição entre os municípios, o disposto na Cláusula Terceira. Também se dispôs um valor mínimo de R\$400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), a ser depositado entre os meses de janeiro e junho de 2022, observando-se, para a

distribuição entre os municípios, o disposto na Cláusula Terceira. E, por fim, registrou-se que o valor residual será pago em 96 (noventa e seis) parcelas mensais e consecutivas, a partir de outubro de 2022, observando-se, para a distribuição entre os municípios, o disposto na Cláusula Terceira.

Essa pactuação é de extrema relevância ao direito à saúde, uma vez que finda, pela via autocompositiva, um impasse questionado em ações judiciais e contribui para a regularização daqueles pagamentos, montante que passa a ser revertido para o custeio de ações e serviços em saúde.

4.2.4. A ATUAÇÃO NO CENTRO DE AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS E SEGURANÇA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS (COMPOR).

Em sua missão pautada na desjudicialização e na resolução consensual de litígios, a AGE/MG vem participando de reuniões de mediação no âmbito do Centro de Autocomposição de Conflitos e Segurança Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – COMPOR, órgão vinculado diretamente ao gabinete do Procurador-Geral de Justiça e instituído pela Resolução PGJ nº 42/2021.

Das grandes conquistas à efetivação da saúde obtidas nesses procedimentos autocompositivos de mediação, destacam-se a celebração de acordos, com a participação da AGE/MG, para a viabilização da conclusão da obra dos Hospitais Regionais de Conselheiro Lafaiete, Divinópolis e de Juiz de Fora.

Ao longo da possibilidade de diálogo promovida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais no âmbito do COMPOR, foram facilitadas a retomada das obras daqueles Hospitais Regionais, importantes estruturas para a ampliação da prestação de serviços em saúde.

Iniciativas como o COMPOR, com o claro objetivo de promoção de diálogo entre os atores tendem a se consolidar como relevantes mecanismos para o fortalecimento e aperfeiçoamento do sistema público de saúde, de modo participativo, consensual e atento às especificidades, dilemas e avanços dos entes federados e dos gestores no âmbito do

SUS, conforme preconizam os arts. 20 a 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.²²

Nessa nova cultura de análise e resolução dos litígios, que estimula a cooperação das partes e a promoção da solução consensual dos conflitos, a qual inclusive rege o Código de Processo Civil de 2015²³, a AGE/

22 Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

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. (Regulamento)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

23 Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

[...]

§ 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.

[...]

MG consolida seu papel catalisador na solução consensual de litígios em direito à saúde, com grande potencial de crescimento do protagonismo na adoção dessa ferramenta para a efetivação do direito à saúde nos anos subsequentes.

5. CONCLUSÃO.

A Advocacia-Geral do Estado, embora não seja órgão comumente identificado a integrar o Sistema Único de Saúde (SUS), em realidade, desempenha papel essencial no fomento das políticas públicas de saúde. Como brevemente abordado nesse texto, na mais recente reestruturação administrativa do Poder Executivo de Minas Gerais e, com a consequente reestruturação da Advocacia-Geral do Estado, diversas são as especializadas e setores da AGE/MG que estão em contato com o direito à saúde.

Ao longo dos anos, a AGE/MG passou a contribuir para a efetivação do direito à saúde sob várias frentes: no assessoramento jurídico aos órgãos e entidades, na representação judicial e extrajudicial, na formulação de teses para uniformização dos entendimentos, na emissão de pareceres e notas jurídicas, na proposição de sugestões para aperfeiçoamento do sistema estadual de saúde, no entabulamento e acompanhamento da execução de acordos firmados no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), como o acordo entre o Estado de Minas Gerais e a Associação Mineira de Municípios (AMM), para o pagamento dos repasses obrigatórios e voluntários para o sistema de saúde; e os acordos estabelecidos no Centro de Autocomposição de Conflitos e Segurança Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (COMPOR) do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, como os acordos para a viabilização da conclusão da obra dos Hospitais Regionais de Conselheiro Lafaiete, Divinópolis e de Juiz de Fora.

Além disso, como exemplo de iniciativa recente realizada com a participação da AGE/MG, destaca-se a celebração do Termo de Cooperação Técnica nº 032/2018, entre a Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais (ESP-MG), a Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais (SES-MG), a AGE/MG e instituições de justiça, promovendo a capacitação dos servidores vinculados a esses órgãos e instituições, por meio da realização da Especialização em Direito Sanitário, ofertada pela ESP-MG. A partir dessa parceria, os servidores selecionados de cada instituição signatária do TCT possuem a rica possibilidade de contribuir para a cons-

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

trução do saber em Direito Sanitário, a partir das trocas entre as vivências de integrantes oriundos dos mais variados atores que lidam com o direito à saúde: AGE/MG, SES-MG, DPMG, MPMG, Conselho Estadual de Saúde (CES-MG), TJMG e representantes de municípios.

Essa sua missão vem sendo reforçada, realizando, inclusive, as diretrizes estratégicas estabelecidas para a AGE/MG no PMDI 2019-2030, destacando seu papel catalisador para “*garantir agilidade e segurança jurídica para a viabilização de políticas públicas, mediante a proposta de alternativas legais, eficientes e seguras e interface próxima ao público interessado; e alcançar menor nível de judicialização de controvérsias e alto índice de casos resolvidos de forma preventiva e extrajudicial*”.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. *Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em: 20 set. 2022.

MINAS GERAIS. Advocacia-Geral do Estado. *Procurador do Estado irá compor a Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem da OAB-MG*. (notícia). Disponível em: <https://advocaciageral.mg.gov.br/procurador-do-estado-ira-compor-a-comissao-de-conciliacao-mediacao-e-arbitragem-da-oab-mg/>. Acesso em: 30 ago. 2022.

MINAS GERAIS. Advocacia-Geral do Estado. *Resolução AGE nº 61, de 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*. Disponível em: <https://advocaciageral.mg.gov.br/legislacao/resolucao-age-no-61-de-06-07-2020/>. Acesso em: 20 set. 2022.

MINAS GERAIS. Advocacia-Geral do Estado. *Resolução AGE nº 91, de 22 de fevereiro de 2021. Fixa as competências das Procuradorias Especializadas da Advocacia-Geral do Estado, das Advocacias Regionais do Estado, da Consultoria Jurídica e da Assessoria de Representação no Distrito Federal*. Disponível em: <https://advocaciageral.mg.gov.br/legislacao/resolucao-91-de-22-02-2021/>. Acesso em: 20 set. 2022.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. *Constituição do Estado de Minas Gerais (1989)*. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/atividade-parlamentar/leis/constituicao-estadual/>>. Acesso em: 20 set. 2022.

MINAS GERAIS. *Decreto Estadual nº 47.963, de 29 de maio de 2020. Dispõe sobre a organização da Advocacia-Geral do Estado e dá outras providências*. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/DEC/47963/2020/>. Acesso em: 20 set. 2022.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. *Lei Complementar Estadual nº 151, de 17 de dezembro de 2019. Altera a Lei Complementar nº 83, de 28 de janeiro de 2005, que dispõe sobre a estrutura orgânica da Advocacia-Geral do Estado – AGE – e dá outras providências, e a Lei Complementar nº 81, de 10 de agosto de 2004, que institui as carreiras do Grupo de Atividades Jurídicas do Poder Executivo, e dá outras providências*. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/LCP/151/2019/>. Acesso em: 20 set. 2022.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. *Lei Complementar nº 83, de 28 de janeiro de 2005*. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/texto/LCP/83/2005/?cons=1>. Acesso em: 20 set. 2022.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. *Lei Estadual nº 23.577, de 15 de janeiro de 2020. Atualiza o Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado – PMDI*. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/LEI/23577/2020/>. Acesso em: 20 set. 2022.

MINAS GERAIS. Defensoria Pública do Estado *Termo de Cooperação firmado pela Defensoria Pública, Secretaria de Estado de Saúde e Advocacia-Geral agiliza fornecimento de medicamentos com alto índice de judicialização (notícia)*. Disponível em: <https://defensoria.mg.def.br/termo-de-cooperacao-firmado-pela-defensoria-publica-secretaria-de-estado-de-saude-e-advocacia-geral-agiliza-fornecimento-de-medicamentos-com-alto-indice-de-judicializacao/>. Acesso em: 30 ago. 2022.

RODARTE, Ana Paula Muggler; AVELAR, Marjorie Costa de. O papel da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais para a efetivação do direito à saúde. *DIREITO PÚBLICO: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 19-20, n.1, p. 109-132, 2022/2023.

ATUAÇÃO COORDENADA DA ADVOCACIA PÚBLICA NO SISTEMA DE PRECEDENTES: A EXPERIÊNCIA DE MINAS GERAIS POR MEIO DO NÚCLEO DE UNIFORMIZAÇÃO DE TESES

ALESSANDRO HENRIQUE SOARES CASTELO BRANCO¹

ALINE FERREIRA GOMES DE ALMEIDA²

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Um novo século, um novo sistema processual, uma nova advocacia pública mineira. 3. Breve exposição dos sistemas jurídicos romano-germânico (*civil law*) e inglês (*common law*), o fenômeno de interface e considerações sobre os precedentes. 4. Do sistema original de “persuasão” ao sistema de precedentes vinculativos no Direito Brasileiro. 5. A atuação coordenada das procuradorias estaduais, no plano nacional, por meio do CONPEG, para gestão de precedentes. 6. A reorganização da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais para a atuação no sistema de precedentes: criação do Núcleo de Uniformização de Teses. 7. Os desafios da atuação da Advocacia Pública num sistema de precedentes ainda em construção. 8. Conclusão.

RESUMO: Por ocasião da comemoração dos 20 anos da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, reflete-se sobre suas principais adaptações ao longo dessas duas décadas de exercício, sobretudo após a entrada em vigor do CPC/2015, que consolidou o sistema de precedentes judiciais vinculativos. Para aprimoramento de sua atuação,

1 Procurador do Estado de Minas Gerais. Coordenador do Núcleo de Uniformização de Teses da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Administrativo pela UFMG.

2 Assistente do Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela UFMG. Advogada. Mediadora de conflitos no Núcleo de Mediação da OAB/MG (NUMEC). Facilitadora de Diálogos e de Práticas Restaurativas. Pós-graduada em Mediação, Conciliação e Arbitragem pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático - IDDE. Pós-graduanda em Direito Sanitário pela Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais - ESP/MG.

a AGE/MG passou por uma reestruturação administrativa em 2019. Ocasão em que foi criado o Núcleo de Uniformização de Teses - NUT, que tem entre suas competências o assessoramento ao Gabinete. Por meio deste estudo, objetiva-se demonstrar o papel dessa nova unidade como catalisadora da atuação coordenada da Advocacia Pública Mineira, aproximando ainda mais as atividades contenciosa e consultiva. Por fim, o núcleo almeja a coerência na atuação jurídica da Casa, no contexto desse novo sistema jurisdicional e da autovinculação administrativa.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia Pública. Minas Gerais. Direito Processual Civil. Precedentes.

1. INTRODUÇÃO.

A Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais (AGE/MG) foi instituída pela Emenda Constitucional Estadual nº 56, de 11 de julho de 2003. Assim, neste ano de 2023, comemora-se o seu vigésimo aniversário de serviços prestados à sociedade mineira sob esta configuração organizacional.

Nessa trajetória, ocorreram alterações significativas da Constituição Federal e da legislação processual, com destaque para a promulgação do atual Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (CPC/15). Esse novo paradigma ocasionou uma onda de ressignificações e readequação da prática jurídica, em especial para a Advocacia Pública, cuja atuação, no Código de 1973, era pautada por diversas prerrogativas processuais que ao longo do tempo já vinham sendo paulatinamente suprimidas ou mitigadas.

A consolidação dos precedentes na processualística é um dos marcos dessa nova legislação processual civil. Estabeleceu-se parâmetros para a efetivação de um “sistema de precedentes”, adaptado à realidade brasileira. Na vigência do CPC/73, os precedentes foram, de forma pontual e progressiva, introduzidos na prática jurídica, mas careciam de normatização que considerasse a própria organização do Poder Judiciário Brasileiro, com estruturas jurisdicionais diversas aplicando as mesmas normas (Justiça Federal, Justiça Estadual e Juizados Especiais). Apesar de o CPC/15 ser um grande avanço nessa temática, ainda não há consolidação de seu emprego, dadas algumas lacunas do ordenamento.

Como exemplo, cita-se a discussão travada junto ao Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 615, em que se discute a rescindibilidade da coisa julgada inconstitucional formada no âmbito dos Juizados Especiais. De fato, é incoerente pressupor, em um sistema de precedentes, que a declaração de inconstitucionalidade superveniente legitimaria ação rescisória no âmbito da justiça comum (art. 525, § 12,

do CPC/2015), mas não tem efeitos sobre as decisões dos Juizados Especiais, sob o fundamento de que o art. 59 da Lei n. 9.099, de 1995, vedaria essa hipótese de forma absoluta e sem ressalvas.

O sistema jurídico brasileiro, desde a sua origem, como decorrência da colonização portuguesa, pautou-se no sistema romano-germânico (*civil law*). Todavia, ao longo de sua história recente, foram incutidas experiências advindas do sistema inglês (*common law*), que apresenta como uma de suas principais características a construção de precedentes (mas com singularidades próprias e diversas do que hoje se concebe como sistemas de precedentes brasileiro). Ver-se-á adiante que essa mescla consiste em um fenômeno globalmente amplo. Diversos países cujos sistemas tradicionalmente foram estruturados por uma dessas linhas da prática jurídica passaram a incorporar características e institutos do outro.

Assim, para que se possa compreender a inserção dos precedentes na *práxis* pátria, é necessária uma breve exposição dos sistemas romano-germânico (*civil law*) e inglês (*common law*) que, por não se mostrarem autossuficientes para reger as relações jurídicas cada vez mais complexas no mundo contemporâneo, apresentam progressiva interface. Diversos Estados de Direito de tradição normativista - como o Brasil - caminham rumo à utilização dos precedentes e à consequente afirmação do direito jurisprudencial como fonte do direito; e Estados de Direito de tradição jurisprudencial caminham para a normatividade codificada.

No caso do Direito Brasileiro, entre os fatores que se mostraram determinantes neste fenômeno, verificam-se: (i) a promulgação da Constituição “Cidadã”, em 1988, que não apenas reafirma a garantia fundamental do amplo acesso à jurisdição, mas também incentiva seu exercício, por meio de instrumentos como a criação dos Juizados Especiais (art. 98, I), e, mais recentemente, a inclusão da celeridade processual entre as garantias fundamentais (art. 5º, LXXVIII, incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004); e (ii) as dificuldades do Judiciário em atender tal demanda, ocasionando a sua saturação e tornando a promessa do constituinte um caminho muitas vezes de frustração para o jurisdicionado, o que acarretou a adoção de sucessivos instrumentos de filtro, como a exigência da demonstração da repercussão geral para acesso à Suprema Corte no recurso extraordinário (art. 102, § 3º), e a criação das Súmulas Vinculantes para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a Administração Pública (art. 103-A), ambos também introduzidos pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

Todo esse engenhoso sistema processual exigiu a releitura do papel do advogado, desde o ajuizamento ou contestação das ações, passando pela avaliação dos riscos da fixação ou majoração da sucumbência, e tornando cotidianos novos instrumentos de argumentação, como a distinção (*distinguishing*) e a superação (*overruling*) de precedentes. Com ainda mais ênfase sobre o papel da Advocacia Pública, em face do interesse público que lhe compete defender, sendo as condenações suportadas pela sociedade, por meio do erário.

O novo sistema processual brasileiro exigiu a reestruturação da Advocacia Pública no âmbito de cada Estado, ou no mínimo a incorporação de novos procedimentos de trabalho. Aprimorou-se a atuação coordenada no plano nacional, com destaque para o CONPEG – Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal –, especialmente por meio de sua Câmara Técnica. Em Minas Gerais, por meio da Lei Complementar nº 151, de 17 de dezembro de 2019, art. 2º, que alterou a Lei Complementar nº 83, de 2005, foi criado o Núcleo de Uniformização de Teses (NUT), que integra a Câmara de Coordenação da Consultoria Jurídica. Pretende-se, por meio deste artigo, apresentar à comunidade jurídica e à sociedade uma parte do trabalho coletivo e coordenado que hoje é produzido no âmbito da Instituição para a consecução, de forma efetiva, eficiente, célere e mais econômica, de suas competências constitucionais e legais neste novo cenário dos precedentes judiciais.

Ver-se-á que o trabalho do NUT é estruturado em dois pilares: i) a construção coletiva, efetivamente envolvendo toda a Casa, de teses sólidas com emprego de instrumentos como mapeamento jurisprudencial refinado (jurimetria) e otimização do fluxo de informações relevantes, buscando manter a coerência das manifestações institucionais, em especial entre o contencioso e o consultivo; e ii) o assessoramento ao Gabinete para decisões cada vez mais céleres, eficazes e com segurança jurídica, nos planos da extrajudicialização e da desjudicialização, que geram efeitos tanto internamente, como as dispensas recursais quando não há probabilidade de êxito, como externamente, levando à Administração a necessidade de ajustes na correta interpretação das normas jurídicas e na formulação e na implementação de políticas públicas.

O trabalho é encerrado com a pontuação de algumas questões, entre tantas, que externam desafios para a Advocacia Pública neste novo sistema de precedentes, ainda em construção, com o intuito de servir a novas reflexões.

2. UM NOVO SÉCULO, UM NOVO SISTEMA PROCESSUAL, UMA NOVA ADVOCACIA PÚBLICA MINEIRA.

O art. 128 da Constituição do Estado de Minas Gerais, em sua redação original³, organizou a Advocacia Pública Mineira mantendo a estrutura dual de representação jurídica, composta pela Procuradoria Geral do Estado, cuja competência e organização eram tratados na Lei Estadual nº 7.900, de 23 de dezembro de 1980; e pela Procuradoria Fiscal da Fazenda Estadual, criada pela Lei Estadual nº 5.047, de 27 de novembro de 1968, com subordinação à Secretaria de Estado da Fazenda.

Por meio da Emenda Constitucional nº 56, de 11 de julho de 2003, o constituinte decorrente instituiu a Advocacia-Geral do Estado – AGE/MG, promovendo a fusão dos dois órgãos de representação até então existentes. Além disso, alterou a redação do art. 128 da Carta Estadual⁴, e acrescentou o art. 111 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, prevendo normas de aplicação imediata para que se

3 Art. 128. A Procuradoria Geral do Estado é instituição diretamente subordinada ao Governador do Estado, incumbida da representação judicial do Estado, da consultoria e do assessoramento jurídicos do Poder Executivo.

§ 1º - Lei complementar organizará a Procuradoria Geral do Estado e disporá sobre a carreira de Procurador do Estado, e o ingresso nela depende de concurso público de provas e títulos, realizado pela instituição, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado de Minas Gerais.

§ 2º - Nos processos judicial e administrativo que tratem de matéria tributária, a representação do Estado incumbe à Procuradoria Geral da Fazenda Estadual, que a exercerá por seus Procuradores.

§ 3º - Ao Procurador do Estado e ao Procurador da Fazenda Estadual é vedado o exercício da advocacia fora de suas atribuições institucionais.

§ 4º - O Procurador Geral do Estado e o Procurador Geral da Fazenda Estadual são nomeados, em comissão, pelo Governador do Estado dentre advogados, maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e de reputação ilibada.

§ 5º - No processo judicial que versar sobre ato praticado pelo Poder Legislativo ou por sua administração a representação do Estado incumbe à Procuradoria Geral da Assembléia Legislativa, na forma do § 2º do art. 62.

4 Art. 128. A Advocacia-Geral do Estado, 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.

§ 1º - A Advocacia-Geral do Estado tem por chefe o Advogado-Geral do Estado, de livre nomeação pelo Governador do Estado entre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

efetivasse a estruturação administrativa do novo órgão e até que fosse editada a lei complementar prevista no *caput* do art. 128.

Em 2023, quando se completam vinte anos da instituição da AGE/MG, vivemos um cenário de atuação da Advocacia Pública substancialmente diverso daquele ano da unificação. Em razão da (re)organização do Estado e da Administração Pública, e do emprego de novas tecnologias, que nos transporta a um desafiador mundo novo, os profissionais do direito tiveram que desenvolver novas competências, como a constante capacidade de (re)aprender, (re)adaptar-se e trabalhar coletivamente.

O Código de Processo Civil de 1973 foi sucedido pelo de 2015, ocasionado a transição de um modelo processual que foi fundado nas premissas do sistema romano-germânico, pautado pela codificação, para um novo modelo de interface com institutos da *common law*, especialmente no que se refere à adoção de um progressivo sistema de precedentes. Frisa-se, com as devidas adaptações à nossa realidade.

Entre outras divergências doutrinárias, indaga-se acerca dos efeitos vinculativos dos precedentes apenas para o Poder Judiciário (arts. 926 a 928 do CPC), ou também para a Administração Pública. Ou seja, se a irradiação dos efeitos das decisões para além do Judiciário somente poderia ocorrer mediante alteração constitucional, a exemplo da adoção da Súmula Vinculante do STF, ou por norma infraconstitucional. Soma-se a esta equação a necessidade de interpretação sistêmica das normas e princípios constitucionais, do CPC/2015, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), Decreto-lei nº 4.657, de 1942, em sua atual redação, e das leis de processo administrativo, a exemplo da Lei n. 9.784, de 1999, que em seu art. 3º, parágrafo único, XIII, prevê:

§ 2º - Subordinam-se técnica e juridicamente ao Advogado-Geral do Estado as consultorias, as assessorias, os departamentos jurídicos, as procuradorias das autarquias e das fundações e os demais órgãos e unidades jurídicas integrantes da administração direta e indireta do Poder Executivo.

§ 3º - O ingresso na classe inicial da carreira da Advocacia Pública do Estado depende de concurso público de provas e títulos, realizado com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado de Minas Gerais, em todas as suas fases.

§ 4º - Ao integrante da carreira referida no § 3º deste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho, após relatório circunstanciado e conclusivo da Corregedoria do órgão.

§ 5º - No processo judicial que versar sobre ato praticado pelo Poder Legislativo ou por sua administração, a representação do Estado incumbe à Procuradoria-Geral da Assembléia Legislativa, na forma do § 2º do art. 62.

“Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Transitamos do processo “físico” para o plano “virtual”; dos prazos em dias corridos para os prazos em dias úteis; de um *modus* jurisdicional majoritariamente litigante e adversarial, para o estímulo à cooperação, comparticipação e autocomposição; do reexame necessário, como regra, para sua aplicação restrita. Estas são algumas marcas do novel diploma processual, que exigem constante equilíbrio entre a qualidade e efetividade da prestação jurisdicional e atendimento ao princípio da celeridade. Celeuma que deve considerar as garantias constitucionais e processuais do cidadão, vez que para além de uma jurisdição célere, deve-se buscar a coerência das decisões.

Ao longo desses vinte anos, a AGE/MG já havia passado por outras reestruturações, a exemplo da criação do Núcleo de Assessoramento Jurídico (NAJ)⁵, vinculado à Consultoria Jurídica, com a competência de promover orientação técnica e atuação coordenada e mais uniforme das Assessorias Jurídicas das Secretarias de Estado e das Procuradorias das Autarquias e Fundações. Assim, buscando uma atuação conforme aos princípios da eficiência, economicidade e isonomia. Mais recentemente, ocorreu a progressiva assunção do contencioso das Autarquias e Fundações. Posteriormente, por meio da Lei Estadual nº 23.172, de 20 de dezembro de 2018, foram adotadas normas jurídicas voltadas ao aprimoramento da Instituição, especialmente no que se refere à atuação contenciosa à luz do CPC de 2015 e do sistema de precedentes por ele positivado em nosso ordenamento e à sistemática de dispensas recursais e desjudicialização.

A mesma Lei, em seu art. 5º, criou a Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos (CPRAC), em âmbito estadual, com a competência de “instituir a conciliação e a mediação como meios para a solução de controvérsias administrativas ou judiciais que envolvam a administração pública direta e indireta”.

Em 2019 foi realizada uma nova etapa da reorganização, pela atual Gestão da AGE/MG, promovida por meio da Lei Complementar nº 151, de 17 de dezembro daquele ano, que, além do NUT, criou as seguintes unidades: Núcleos de Tutela do Meio Ambiente e de Tutela da Probid-

⁵ O Núcleo de Assessoramento Jurídico (NAJ) foi instituído pelo Decreto nº 46.748, de 30 de abril de 2015.

de, Acordos de Leniência e Anticorrupção, vinculados à Procuradoria de Demandas Estratégicas; e formalizou na composição de sua estrutura básica a CPRAC (art. 2º, VI).

Conforme já afirmado, esta reengenharia organizacional da Advocacia Pública Mineira foi pautada, entre outros fatores determinantes, pela necessidade de atuação em um novo contexto inaugurado pelo sistema de precedentes do Direito Brasileiro no qual, metaforicamente, o processo, tal como um jogo de xadrez, exige não apenas estratégia, mas celeridade na tomada de decisões pelas partes. Especialmente quando se está diante de temas repetitivos ou de massa.

Por força disso, no capítulo seguinte abordaremos breves características dos dois grandes sistemas jurídicos do mundo ocidental e o fenômeno de interface entre eles. Na sequência, discorreremos sobre os efeitos desta mudança de paradigmas no trabalho cotidiano da Advocacia Pública, tanto individualmente (em cada Ente Federado), quanto no plano da necessidade de progressiva atuação, sempre que possível, coordenada.

3. BREVE EXPOSIÇÃO DOS SISTEMAS JURÍDICOS ROMANO-GERMÂNICO (*CIVIL LAW*) E INGLÊS (*COMMON LAW*), O FENÔMENO DE INTERFACE E CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PRECEDENTES.

Na clássica lição de Ulpiano, “*Ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi jus*”.⁶

O Direito não apenas está umbilicalmente ligado ao homem e à sociedade, mas é espelho no qual esta se reflete. Em razão das especificidades históricas, culturais e mesmo religiosas nas diferentes civilizações, também diversas são as matrizes sociais e, conseqüentemente, jurídicas, a partir das quais se estruturaram os ordenamentos que regem cada sociedade organizada.

René David, em clássica obra de direito comparado, adverte que, embora as regras sejam infinitamente variadas, assim como as técnicas das quais os Estados se valem para enunciá-las, as características principais desses dois grandes sistemas podem ser agrupadas em determinadas “famílias”, assim permitindo a melhor compreensão dos diferentes direitos do mundo contemporâneo e suas relações ou divergências.

Entretanto, como construção de ordem conceitual, subsistem divergências nas tentativas de agrupamento, conforme o método adotado

⁶ “Onde há homem, há sociedade; onde há sociedade, há Direito” (tradução livre).

(estrutura conceitual, importância dada às fontes do direito, conteúdo, tipo de sociedade estruturada etc.). O autor aponta como famílias de destaque a romano-germânica, a *common law* e os direitos socialistas. E adverte que tais grupos não esgotam a realidade do mundo jurídico contemporâneo.⁷

Quanto à família romano-germânica, DAVID aponta entre suas principais características: a) agrupa países nos quais a ciência do direito se estruturou sobre os alicerces do Direito Romano; b) as regras de conduta são diretamente ligadas a preocupações de justiça e moral; c) à ciência do direito compete a eleição dessas regras; d) a partir do Século XIX os países desse sistema direcionaram-se pela lei e pela codificação; e) o direito é concebido inicialmente para reger as relações entre cidadãos, disto decorrendo o protagonismo do direito civil e, somente mais tarde, desenvolvem-se e consolidam-se outros ramos; f) tem seu berço na Europa, nas Universidades que se dedicaram, a partir do Século XII, ao estudo das compilações do Imperador Justiniano, voltadas à estruturação de um direito adequado ao mundo moderno; g) expandiu-se por vastos territórios em razão do processo de colonização, mas também observam-se casos de recepção voluntária; h) fora da Europa, observam-se casos de influência parcial, com determinada parcela das relações jurídicas sujeitas a princípios tradicionais.⁸

Por sua vez, quanto à família da *common law*, DAVID apresenta as seguintes características como principais: a) abarca o direito da Inglaterra e aqueles que se estruturaram a partir dele; b) sua formação é jurisprudencial, por meio dos magistrados aos quais compete a solução dos litígios particulares, característica que persiste ao longo dos tempos; c) as regras de direito, menos abstratas que aquelas da família romano-germânica, direcionam-se ao processo, sem a pretensão de externar-se necessariamente como regra geral de conduta, para o futuro; d) as regras destinadas à administração da justiça e ao processo têm para o aplicador o mesmo interesse das regras de fundo do direito (direito material), voltando-se a restabelecer a ordem; e) está imediatamente ligada em sua origem ao poder real, “desenvolveu-se nos casos em que a paz do reino estava ameaçada, ou quando qualquer outra consideração importante exigia ou justificava a intervenção real;

⁷ Cf. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 16-17.

⁸ *Idem*, p. 17-19.

f) surge direcionada ao direito público, de forma que as questões particulares eram submetidas aos Tribunais da *common law* se vinculadas a interesses da Coroa e do reino; g) em sua formação e desenvolvimento teve influência restrita da ciência dos romanistas, pautada pelo direito civil, inclusive quanto a divisões propostas, conceitos e vocabulário; h) também se expandiu em razão das colonizações ou do processo de recepção, algumas vezes parcial (como na Índia); i) dadas as características diferentes de novas sociedades, como nos Estados Unidos e Canadá, relativamente à inglesa, sofreu adaptações, podendo-se afirmar, inclusive, a configuração de uma vasta autonomia.⁹

Em DAVID já encontramos referências à interface estabelecida entre as duas famílias – romano-germânica e *common law* –, em razão das relações entre Estados que as adotaram. Primeiramente, o autor aponta a interferência da moral cristã e das doutrinas filosóficas, desde o Renascimento, que ressaltaram valores como individualismo, liberalismo e direitos subjetivos (inclusive oponíveis ao Estado).¹⁰ E conclui:

A common law conserva hoje a sua estrutura, muito diferente da dos direitos romano-germânicos, mas o papel desempenhado pela lei foi aí aumentando e os métodos usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se; sobretudo a regra de direito tende, cada vez mais, a ser concebida nos países de *common law* como o é nos países da família romano-germânica. Quanto à substância, soluções muito próximas, inspiradas por uma mesma ideia de justiça, são muitas vezes dadas às questões pelo direito nas duas famílias de direito.¹¹

Especificamente no que se refere ao papel dos precedentes obrigatórios nos direitos da família romano-germânica, colhemos ainda da doutrina de René David (ressalvando a perspectiva temporal em razão da época em que foi editada a obra): “Contrariamente ao que em geral é admitido, pode excepcionalmente fazer-se com que, num dado país, se torne obrigatório para os juízes seguirem determinado precedente, ou linha de precedente”.¹²

9 Cf. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 19-20.

10 Destacando-se, evidentemente, a perspectiva na ocasião em que foi escrita a obra, ainda no Século passado, mas que a experiência do Direito Brasileiro, em época mais recente, confirma, como se verá adiante).

11 DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 20.

12 *Idem*, p. 127

Trazendo a exposição acerca da irradiação dos precedentes nos sistemas jurídicos para um contexto mais recente, reportamos à lição de Michele Taruffo:

Cumprе destacar, antes de tudo, a grande importância que o emprego do precedente e da jurisprudência ocupa na vida do direito de todos os ordenamentos modernos. Pesquisas desenvolvidas em vários sistemas jurídicos têm demonstrado que a referência ao precedente não é há tempos uma característica peculiar dos ordenamentos do *common law*, estando agora presente em quase todos os sistemas, mesmo os de *civil law*.

Por isso, a distinção tradicional segundo a qual os primeiros seriam fundados sobre os precedentes, enquanto os segundos seriam fundados sobre a lei escrita, não tem mais – admitindo-se que realmente tenha tido no passado – qualquer valor descritivo. De um lado, na verdade, nos sistemas de *civil law* se faz amplo uso da referência à jurisprudência, enquanto nos sistemas de *common law* se faz amplo uso da lei escrita e inteiras áreas desses ordenamentos – do direito comercial ao direito processual – são, na realidade, “codificadas”.¹³

Conforme já pontuado, o fenômeno de afirmação dos precedentes também foi observado no Direito Brasileiro, especialmente nas primeiras duas décadas deste século, e ratifica a progressiva absorção destes em nossa ordem jurídica.

Em um primeiro momento pelo ângulo persuasivo (a exemplo da adoção dos enunciados de súmulas pelos Tribunais Superiores e métodos de uniformização de jurisprudências). E, mais recentemente, no caráter vinculativo, obrigatório, para além das decisões em controle concentrado de constitucionalidade, que têm efeitos *erga omnes*, pela própria natureza e finalidade de estabelecimento da supremacia da Constituição.

A garantia constitucional de que todos são iguais perante a lei (art. 5º, *caput*, da Carta de 1988) é premissa que permite a conclusão de que todos são iguais também em face da aplicação da lei, tanto pelo Poder Judiciário, quanto pela Administração Pública. Entretanto, considerada a estruturação do sistema jurisdicional pautado classicamente no princípio do livre convencimento motivado do juízo, estamos diante de uma equação aparentemente “aberta”, pois o que se viu ao longo de décadas foi a proliferação de dissídios, muitas vezes dentro do mesmo Tribunal ou mesmo órgão julgador, a depender da composição, mesmo com a adoção de instrumentos como as súmulas dos tribunais e incidentes de

13 TARUFFO, Michele. *Precedentes e jurisprudência*. Revista de Processo. V. 199. Set/2011. Revista dos Tribunais on line. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/TARUFFO-Precedentes-Repro-199.pdf >. Acesso em 14 jun. 2023.

uniformização. São justamente essas inconsistências que o sistema de precedentes vinculativos, vertical e horizontalmente, busca corrigir.

No âmbito administrativo, também se busca a uniformidade, mediante instrumentos próprios de autovinculação, como a edição de Súmulas Administrativas, aprovação de pareceres normativos, manifestação preventiva dos órgãos de representação acerca dos atos normativos regulamentares. E que hoje têm impacto no processo judicial, a exemplo do art. 496, § 4º, IV, do CPC/2015, que dispensa a remessa necessária quando a decisão coincidir com orientação administrativa vinculante do próprio ente público.

Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron também se dedicaram ao fenômeno de convergência entre os sistemas da *civil law* e *common law*:

(...) tendência mundial de convergência dos aludidos sistemas, de modo a não se poder mais afirmar que um país seja puramente de *common law* ou de *civil law*, em face da adoção de códigos e leis nos primeiros (como, v. g., os estatutos do EUA e a CPR inglesa de 1998) como fonte importante na aplicação do Direito, e da adoção da forma persuasiva ou vinculante dos precedentes nos segundos, como, de algum modo, vem ocorrendo em nosso país. Existem inúmeros estudos nos últimos anos que mostram essa tendência de junção das tradições já no século XX: na experiência continental europeia, tornou-se evidente a concessão de maior espaço ao direito jurisprudencial, e, em sentido inverso, uma orgia legislativa que oferta formas legais às regras do *common law* clássico.¹⁴

Os autores destacam a importância em se tratar a matéria não como mera importação de valores que serviram a outras sociedades para a solução de questões afetas à política judiciária, especialmente no que se refere à celeridade processual. Mas, antes disso, deve-se buscar construir uma *teoria dos precedentes*.

Entre as pertinentes observações, no que se refere à isonomia buscada na aplicação da lei, destaca-se a imprescindibilidade de se conceber a igualdade não mais em seu conteúdo negativo, mas positivo.¹⁵ Com isso, devem ser respeitadas as singularidades dos casos levados ao Judiciário. Reportando-se a Taruffo, advertem:

Ademais, com Taruffo percebemos que “as *opinions* do *common law* são discursivas, personalizadas, abertas à discussão de valores e *polices* e justificadas por argumentações bem desenvolvidas.”

¹⁴ BAHIA, Alexandre. NUNES, Dierle. PEDRON, Flávio. *Teoria Geral do Processo*. 2.ed. rev. atual. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 782.

¹⁵ *Idem*, p. 785.

Nesses termos, percebe-se que *nem em países nos quais é tradicional o uso de precedentes pode haver sua utilização mecânica sem a reconstrução do histórico de aplicação decisória e sem se discutir sua adaptabilidade*, mesmo que se busque tal desiderato embasado em uma lógica tacanha da aplicação da igualdade.

(...)

Nesse aspecto, o *processualismo constitucional democrático, aqui defendido*, tenta discutir a aplicação de uma igualdade efetiva e valoriza, de modo policêntrico e participativo, uma renovada defesa de convergência entre o *civil law* e *common law*, ao buscar uma aplicação legítima e eficiente (efetiva) do Direito para todas as litigiosidades (sem se aplicar padrões decisórios que pauperizam a análise e a reconstrução interpretativa do direito), e defendendo o delineamento de uma teoria dos precedentes para o Brasil que suplante a utilização mecânica dos julgados isolados e súmulas em nosso país.¹⁶

Feita esta breve exposição acerca de algumas características dos dois grandes sistemas do direito ocidental – *common law* e *civil law* – e de como a técnica dos precedentes foi, progressivamente, trazida para o segundo, assim espelhando uma tendência à verdadeira interface entre eles, fruto, no caso do Brasil, sobretudo do fenômeno da litigiosidade repetitiva ou de massa, passamos a apresentar, também em breve abordagem histórica, como se deu a positivação deste processo no Direito Brasileiro. Apontaremos instrumentos, inicialmente voltados à tentativa de uniformização da jurisprudência, persuasivos, até a estruturação e positivação do sistema de precedente vinculativos hoje vigente em nosso ordenamento jurídico.

4. DO SISTEMA ORIGINAL DE “PERSUASÃO” AO SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULATIVOS NO DIREITO BRASILEIRO.

Neste tópico, o nosso efetivo recorte histórico processual parte do Código de Processo Civil de 1939 – Decreto-lei nº 1.608 – no qual o legislador adotou o recurso de revista, com finalidade de *uniformização jurisprudencial interna*, assim dispondo em seu art. 853, redação original:

Art. 853. Conceder-se-á recurso de revista para as Câmaras Cíveis reunidas, nos casos em que divergirem, em suas decisões finais, duas (2) ou mais Câmaras, ou turmas, entre si, quanto ao modo de interpretar o direito em tese. Nos mesmos casos, será o recurso extensivo à decisão final de qualquer das Câmaras, ou turmas, que contrariar outro julgado, também final, das Câmaras reunidas. Parágrafo único. Não será lícito alegar que uma interpretação diverge de outra, quando, depois desta, a mesma Câmara, ou turma, que a adotou, ou as Câmaras reunidas, hajam firmado jurisprudência uniforme no sentido da interpretação contra a qual se pretende reclamar.

¹⁶ BAHIA, Alexandre. NUNES, Dierle. PEDRON, Flávio. *Teoria Geral do Processo*. 2.ed. rev. atual. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 787-788.

Art. 859. No julgamento da revista, o Tribunal examinará, preliminarmente, se a divergência se manifestou, de fato, quanto à interpretação do direito em tese, fixando, no caso afirmativo, a interpretação que se deverá observar na espécie e decidindo-a definitivamente.

Art 861. A requerimento de qualquer de seus juizes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas.

No dispositivo, com posterior alteração pelas Leis nº 1.661, de 1952, e nº 4.333, de 1964, é possível vislumbrar uma célula de um sistema de precedentes *horizontais*, ou seja, dentro do mesmo Tribunal, pela previsão, em direito positivo, do princípio da isonomia, em razão do qual jurisdicionados em idêntica situação jurídica devem ter a garantia da prestação jurisdicional uniforme.

Todavia, não subsistia na codificação a previsão expressa de observância da jurisprudência uniformizada pelos órgãos jurisdicionais de instância inferior, corroborando sua estrutura pautada eminentemente pelo sistema romano-germânico. E, ainda, com um substancial peso conferido ao princípio do livre convencimento do juiz, à luz do positivismo jurídico. Assim, no plano vertical as decisões dos Tribunais teriam caráter apenas persuasivo.

Em 1963, observamos novo corte histórico, com a criação das súmulas do STF, fruto de proposição do Ministro Victor Nunes Leal. Sobre o tema, leciona Marcelo Alves Dias de Souza:

A origem da súmula no Brasil remonta à década de 1960. Sufocado pelo acúmulo de processos pendentes de julgamento, a imensa maioria versando sobre questões idênticas, o Supremo Tribunal Federal, após alteração em seu regimento (sessão de 30.08.1963) e enorme trabalho de Comissão de Jurisprudência, composta pelos ministros Gonçalves de Oliveira, Pedro Chaves e Victor Nunes Leal, este último seu relator, em sessão de 13.12.1963, decidiu publicar oficialmente, pela primeira vez, a Súmula da sua Jurisprudência, para vigorar a partir de 01.03.1964. A edição da Súmula – e dos seus enunciados individualmente – é resultante de um processo específico de elaboração, previsto regimentalmente, que passa pela escolha dos temas, discussão técnico-jurídica, aprovação e, ao final, publicação para conhecimento de todos e vigência.¹⁷

Entretanto, pelo caráter persuasivo das súmulas e pelo fato de seu texto ser passível de interpretações diversas, não raras vezes, coexis-

¹⁷ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 253.

tiam decisões judiciais diametralmente opostas, fundamentadas na mesma súmula. Certamente, explica-se esse fato pela aplicação do precedente desvinculado das *razões de decidir* dos julgados referenciais.

O Código de Processo Civil de 1973, no seu sistema recursal, adotou a uniformização de jurisprudência para a finalidade outrora buscada pelo recurso de revista. Também estendeu a utilização das súmulas aos Tribunais, como instrumento de racionalização dos trabalhos. É o que se observa de seus artigos 476 e seguintes, já utilizando na redação do art. 479 o termo *precedente*:

Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:

I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;

II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.

Art. 477. Reconhecida a divergência, será lavrado o acórdão, indo os autos ao presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento. A secretaria distribuirá a todos os juízes cópia do acórdão.

Art. 478. O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada.

Parágrafo único. Em qualquer caso, será ouvido o chefe do Ministério Público que funciona perante o tribunal.

Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

Entretanto, o Diploma Processual também não tratou da irradiação imperativa dos efeitos das decisões de uniformização sobre as instâncias inferiores. Ainda neste momento, em que se reafirma a figura das súmulas como instrumento de interpretação dada pelo Tribunal a determinada norma jurídica, o enunciado dela extraído tem efeitos apenas persuasivos sobre as demais esferas. E, não raramente, constatam-se decisões do próprio Tribunal que se afastam dos enunciados adotados em situações idênticas, ou aplicando-o a situações com peculiaridades que não foram enfrentadas. Ou, ainda, a preponderância do princípio do livre convencimento, com motivação de exclusão do

entendimento, do tipo: “Não se desconhece a redação do enunciado da Súmula, mas adota-se entendimento diverso”.

Por meio da Lei nº 8.038, de 25 de maio de 1990, foi incluído o inciso VIII ao art. 496, agregando às modalidades recursais até então adotadas pelo legislador os embargos de divergência em recurso especial e extraordinário.

Nota-se que o ordenamento jurídico estabelece como requisito formal para os instrumentos de uniformização a existência de *interpretação divergente* entre os órgãos jurisdicionais do mesmo Tribunal, mas não há previsão no que se refere ao nível de *reiteração* da matéria para que se instaure a uniformização.

Diante da premente necessidade de adequação do emprego dos precedentes no direito pátrio, sobretudo em eficácia *vertical*, ou seja, em sua observância pelos órgãos jurisdicionais de instância inferior, adveio a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, prevendo as Súmulas Vinculantes (art. 103-A¹⁸) para o Judiciário e *para a Administração Pública*.

No mesmo diploma, foi prevista a repercussão geral para os recursos extraordinários (art. 102, 3^o¹⁹), como mecanismo voltado à contenção da grande massa de processos remetidos ao Supremo Tribunal Federal.

18 Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

19 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

Para além das disposições específicas referentes ao controle de constitucionalidade (ADI, ADC e ADPF), a EC nº 45/2004 deu novos passos na transposição do sistema processual para um novo estágio de efetivas decisões vinculativas, assim traduzidas no texto constitucional. A criação das Súmulas Vinculantes objetiva referenciar padrões decisórios consolidados e, em tese, encerrar a discussão em torno de determinado tema de direito, com aplicação imperativa para todos os demais órgãos de prestação jurisdicional e para a Administração Pública.

A repercussão geral foi regulamentada pela Lei nº 11.418/2006, que modificou o CPC/73 com a inserção dos arts. 543-A²⁰ e 543-B²¹. O sistema de filtros foi ainda mais ampliado pela Lei nº 11.672/2008, com

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

20 Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. § 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.

21 Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

a inserção do art. 543-C²² ao CPC, que tratou da seleção de recursos especiais representativos da controvérsia, com suspensão dos demais,

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

22 Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

§ 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

§ 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.

§ 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

no intuito de estancar o volume de processos alçados ao STJ, até a fixação de decisão referencial.

Abre-se parênteses neste corte histórico para registrar que, recentemente, por meio da Emenda Constitucional nº 125, de 14 de julho de 2022, o requisito da relevância das questões de direito federal infraconstitucional foi previsto constitucionalmente como pressuposto de admissibilidade do recurso especial²³. Entretanto, conforme entendeu o STJ, por meio do Enunciado Administrativo n. 8, sua aplicação pressupõe norma regulamentar:

A indicação, no recurso especial, dos fundamentos de relevância da questão de direito federal infraconstitucional somente será exigida em recursos interpostos contra acórdãos publicados após a data de entrada em vigor da lei regulamentadora prevista no artigo 105, parágrafo 2º, da Constituição Federal.

Apesar de significar importante marco, as súmulas vinculantes e a Repercussão Geral, assim como os recursos representativos, não abarcaram todo o universo jurídico mais tarde previsto no CPC/2015 - quando foram criados novos institutos como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e o Incidente de Assunção de Competência (IAC) (voltados especialmente à uniformização de entendimen-

§ 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.

23 Art. 105. § 2º No recurso especial, o recorrente deve demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que a admissão do recurso seja examinada pelo Tribunal, o qual somente pode dele não conhecer com base nesse motivo pela manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do órgão competente para o julgamento.

§ 3º Haverá a relevância de que trata o § 2º deste artigo nos seguintes casos:

I - ações penais;

II - ações de improbidade administrativa;

III - ações cujo valor da causa ultrapasse 500 (quinhentos) salários mínimos;

IV - ações que possam gerar inelegibilidade;

V - hipóteses em que o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça;

VI - outras hipóteses previstas em lei.”(NR)

Art. 2º A relevância de que trata o § 2º do art. 105 da Constituição Federal será exigida nos recursos especiais interpostos após a entrada em vigor desta Emenda Constitucional, ocasião em que a parte poderá atualizar o valor da causa para os fins de que trata o inciso III do § 3º do referido artigo.

to também no âmbito dos demais Tribunais). Entretanto, começaram a criar com maior robustez um efetivo sistema para a devida construção e aplicação dos precedentes em todos os Tribunais.

A aplicação dos precedentes ocorre em perspectiva “abrasileirada”, devido à peculiaridade desde a estrutura das cortes até a tradição e cultura político-jurídica. Apesar de frequente a menção ao termo precedente, e mesmo sendo recorrente a utilização de julgados dos tribunais como fonte de aplicação do Direito, vez que toda decisão emanada do poder judiciário é, potencialmente, um precedente judicial, conforme entende José Tucci:

Assim, o núcleo de cada pronunciamento potencia, em princípio, um precedente judicial. O alcance eficaz deste somente pode ser inferido aos poucos, apenas com a superveniência de decisões posteriores. O precedente então nasce como uma regra de um caso concreto e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se o *leading* de uma série de casos análogos.²⁴

O Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (CPC/15), foi o grande marco para que pudéssemos falar na efetivação de uma teoria dos precedentes. O primeiro “Código Brasileiro tramitado integralmente, sancionado e promulgado em regime democrático”,²⁵ reformula paradigmas processuais, adequando-os aos anseios e necessidades dos jurisdicionados e da comunidade jurídica - afinal, o processo deve ser visto como meio e não como fim em si mesmo²⁶. E, pelo prisma do Judiciário, cria mecanismos voltados a impedir a réplica desenfreada de processos em temas já sedimentados pelos Tribunais.

Expandem-se e consolidam-se um sistema para aplicação efetiva dos precedentes, com a previsão de sua obrigatoriedade e de os Tribunais manterem jurisprudência estável, íntegra e coerente (art. 926, *caput*), bem como uniformizarem-na por meio da edição de enunciados de súmulas que correspondam a sua jurisprudência dominante (§ 1º) e que sejam efetiva expressão da *ratio decidendi* (§ 2º). Estabelece-se a imperatividade horizontal e vertical das decisões vinculativas com o

24 TUCCI, José Rogério Cruz e. Hierarquia judiciária e eficiência do precedente judicial. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-19/paradoxo-corte-hierarquia-judiciaria-eficiencia-precedente-judicial>. Acesso em 17 jun. 2023.

25 THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. 2.ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015, (Nota dos Autores).

26 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

verbo “observarão” (art. 927). E define-se o que serão considerados os casos repetitivos (art. 928):

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

A imperatividade dos precedentes desdobra a tal ponto que eles se consubstanciam em embasamento suficiente para as decisões em tutela provisória da evidência (art. 311); improcedência liminar do pedido (art. 332); dispensa de remessa necessária (art. 496); dispensa de caução para cumprimento provisório (art. 521); julgamento monocrático pelo relator (art. 932) e em conflito de competência (art. 955); e cabimento de reclamação (art. 988). Ainda, destaca-se a observância dos precedentes vinculantes como pressuposto de fundamentação das decisões judiciais (Art. 489, CPC), tal como previsto para as decisões administrativas (art. 20, LINDB; art. 50, VII, da Lei n. 9.784, de 1999).

Nesta nova sistemática, uma das premissas para o correto emprego dos precedentes é a identificação da *ratio decidendi*, considerada como o fundamento determinante, as razões que justificam a decisão, que efetivamente geram os efeitos advindos do precedente. Outro elemento é a *obiter dictum*, que, apesar de também fazer parte da fundamentação, são trechos que não integram os precedentes, ou seja, não têm força obrigatória, como, por exemplo, o voto vencido, aquilo que foi tratado apenas tangencialmente, mas não incorporado à conclusão, ou aquilo que não era objeto da discussão judicial.

Para a correta aplicação dos precedentes, ainda, é imprescindível considerar duas técnicas que lhe são inerentes: a distinção (*distinguishing*) e a superação (*overruling*).

A parte ou o juízo que pretende se valer da “distinção” deve apresentar as singularidades do caso concreto em relação ao decidido pelos Tribunais com eficácia vinculante. Vigora o princípio da inércia na aplicação de precedentes, a exigir “que o afastamento do precedente encontre justificção racional: ‘quem quer que deseje se afastar de um precedente detém o ônus da argumentação’”²⁷.

Noutro norte, poderá ser afastado o precedente quando houver a “superação” do entendimento consolidado, podendo ocorrer em três hipóteses: (i) superveniência legislativa, que ocorre quando o legislador altera a norma que ensejou o entendimento consolidado; (ii) mudança pelo próprio Tribunal, procedente de revisão da matéria; (iii)

²⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa (et al.) (coord.); TEIXEIRA, Alice Gontijo Santos (et al.) (eq. exec.); MACIEL, Gláucio Ferreira (et al.) (colab.). *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. p. 141.

alteração substancial econômica, jurídica, política ou social, que deve ser apontada pelos Tribunais.²⁸

Em fortalecimento à opção do legislador de efetivar a aplicação dos precedentes na ordem jurídica, foram estabelecidos novos instrumentos, como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR (arts. 976 a 987), o Incidente de Assunção de Competência - IAC (art. 947), somando-se ao julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (art. 1.036 a 1.041), já positivados no Código de 1973, mas também inseridos no novo sistema com algumas especificidades. Além da reclamação contra decisão que deixar de aplicar ou aplicar incorretamente um precedente (arts. 988 a 993).

5. A ATUAÇÃO COORDENADA DAS PROCURADORIAS ESTADUAIS, NO PLANO NACIONAL, POR MEIO DO CONPEG/CT, PARA GESTÃO DE PRECEDENTES.

A necessidade de atuação coordenada entre as Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal outrora conduziu à criação do Colégio Geral dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (CONPEG)²⁹. Consta entre suas atribuições estatutárias: “congregar e representar as instituições governamentais estaduais de representação judicial e consultoria jurídica dos Estados-membros e do Distrito Federal, harmonizando e veiculando seus interesses, especialmente buscando a troca de informações para atuação conjunta”³⁰.

O Estatuto previu, ainda, a criação de uma Câmara Técnica (CT), como órgão auxiliar, integrada pelos Chefes ou Coordenadores dos órgãos de representação sediados em Brasília, à qual competem as atribuições definidas pela Diretoria.

A partir da consolidação do sistema de precedentes, a Câmara Técnica adquire uma importância ainda maior no trabalho de atuação sistêmica e coordenada da Advocacia Pública dos Estados perante os Tri-

28 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. Volume único. 8.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1318-1319.

29 A origem do Colégio remonta ao ano de 1984, embora sua institucionalização tenha ocorrido em 2018. Sobre o CONPEG e a Câmara Técnica cf. GONÇALVES, André Almeida. MOREIRA, Bernardo Motta. *Direito Público*: Revista da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais. v.16, n.1. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019, p. 46-48.

30 Art. 3º do Estatuto do CONPEG.

bunais Superiores, ratificando a máxima de que a união faz a força – e reforça a argumentação persuasiva.

Sua visão focada no topo da organização do Poder Judiciário permite o monitoramento mais próximo das ações de controle de constitucionalidade, repercussões gerais e recursos especiais repetitivos, junto ao STF e STJ, dos quais decorrerão precedentes vinculativos.

Recorda-se que, atualmente, parte dos recursos extraordinários e especiais afetados nos Tribunais Superiores relacionam-se a IRDRs e IACs, o que possivelmente deverá ocorrer em escala cada vez maior, com a afirmação desses novos instrumentos voltados à consolidação de entendimento. Consequentemente, a atuação passa a demandar o acompanhamento de novos institutos, como as suspensões nacionais em IRDR pleiteadas àqueles Tribunais.

Desse modo, destaca-se a importância do Colégio, com ênfase na defesa dos interesses dos Estados em questões atinentes ao federalismo e à preservação das suas competências constitucionais legislativas e administrativas, recursos orçamentários, dentre outros. Agora com a possibilidade de uma ampla atuação, em âmbito nacional, no sistema de precedentes. Não raras vezes, os litígios envolvem a União Federal ou os Municípios, a exemplo do que hoje ocorre no campo do Direito Sanitário quanto ao fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde. E, evidentemente, haverá temas nos quais o conflito ou a ausência de interesse de determinado(s) Estados(s) não justificará a assistência ou o pedido de ingresso como *amicus curiae*.

Atualmente, em Minas Gerais, quando é formulada consulta ao Gabinete, originária da Advocacia Regional no Distrito Federal, no que se refere ao ingresso em processos ou recursos dos quais decorrerá decisão vinculativa, é comum que o NUT seja acionado. Essa atuação integrada visa certificar a situação do tema no Estado, número de processos que justifique ou não o ingresso e a existência de pareceres da Consultoria Jurídica sobre a matéria ou algum outro dado relevante. Essas precauções subsidiam decisões mais céleres e seguras do Gestor.

Essa atuação evitou, por exemplo, que o Estado de Minas Gerais ingressasse equivocadamente no Tema 1.075 de recurso repetitivo junto ao STJ, em que se discutia a possibilidade de concessão de progressões funcionais se ultrapassados os limites orçamentários previstos na Lei Complementar nº 101, de 2.000 – Lei de Responsabilidade Fiscal. Se houvesse a adesão, o Estado estaria advogando contra entendimento

já adotado em pareceres da Consultoria Jurídica³¹, que foi exatamente aquele fixado no Tema pelo Tribunal.

6. A REORGANIZAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS PARA A ATUAÇÃO NO SISTEMA DE PRECEDENTES: CRIAÇÃO DO NÚCLEO DE UNIFORMIZAÇÃO DE TESES.

Já na vigência do CPC/2015, um importante passo para a AGE/MG foi a edição da Lei nº 23.172, de 20 de dezembro de 2018, que aprimorou mecanismos de desjudicialização já existentes. Nos termos do *caput* do seu art. 1º, ficou a Advocacia-Geral do Estado autorizada a não ajuizar, não contestar ou desistir de ação em curso, não interpor ou desistir de recurso interposto, ainda que parcialmente, desde que inexista outro fundamento relevante, nas hipóteses previstas nos incisos, entre as quais está a existência de decisões vinculativas para o Judiciário. Destaca-se que as dispensas foram *autorizadas*, de forma que a competência para análise, decisão e encaminhamento é do Advogado-Geral do Estado ou a quem for delegada.

Essa Lei foi regulamentada pela Resolução nº 25, de 15 de agosto de 2019, que traçou de forma pormenorizada os instrumentos de regulação das dispensas recursais, da competência e dos requisitos para editá-los. O parágrafo único do art. 8º prevê a oitiva do Núcleo de Uniformização de Teses, como órgão opinativo, para adoção de alguns dos instrumentos de desjudicialização sugeridos pelas Advocacias Regionais, como súmulas administrativas, notas jurídicas orientadoras e ordens de serviço.

O trabalho de uniformização, neste caso, também se destina a um controle interno mais apurado quanto ao cruzamento de dados entre o consultivo e o contencioso (e entre as diversas unidades deste último), além da a certificação da existência de teses ou meios recursais ainda passíveis de serem explorados. Com isto, busca-se que os casos passíveis de desjudicialização sejam assim tratados com maior segurança jurídica para toda a Advocacia Pública.

A criação do NUT, no ano de 2019, foi antecedida de um diagnóstico junto aos órgãos de atuação contenciosa e consultiva da AGE/MG, no intuito de bem definir os principais problemas enfrentados, a partir da vigência do CPC/2015, especialmente no que se refere à atuação no sistema de precedentes.

³¹ Exemplificativamente, parecer n. 15.779, de 26/10/2016.

Paralelamente, a Gestão da Casa prosseguiu seu aprimoramento, com a criação de núcleos para atuação em processos de massa, de grande repercussão e impacto financeiro, refinando a especialização e o trabalho em grande escala, no intuito de alcançar maior eficiência e economicidade. Citamos, exemplificativamente, os Núcleos de Direito Sanitário; DETRAN; de processos referentes à Lei Complementar nº 100/2007; e de honorários cobrados por Advogados Dativos.

Por meio da Lei Complementar nº 151, de 17 de dezembro de 2019, art. 2º, que alterou a Lei Complementar nº 83, de 2005, o NUT foi formal e efetivamente inserido na estrutura da AGE/MG, vinculado à Câmara de Coordenação da Consultoria Jurídica.

A regulamentação se deu por meio da Resolução AGE/MG nº 60, de 6 de julho de 2020, que em seus “considerandos” justifica alguns dos fundamentos da criação do Núcleo: i) a necessidade de serem estabelecidos mecanismos que visem à uniformidade, à celeridade e à efetividade da comunicação e divulgação de teses jurídicas que possam ser extraídas da produção jurídica da Advocacia-Geral do Estado, em suas diversas unidades de execução judicial e extrajudicial; (ii) a necessidade de se racionalizar o serviço, buscando, sempre que possível e cabível, a atuação coordenada dos diversos órgãos da Advocacia-Geral do Estado, mediante instrumentos como bancos de informações (peças processuais, teses processuais, decisões referenciais, etc.); (iii) a necessidade de se adotar maior celeridade e resultados na interlocução com os diversos órgãos e entidades da Administração Pública, quando demandados para fornecerem informações, notas técnicas, etc., especialmente em processos repetitivos que justifiquem atuação coordenada; (iv) a necessidade de se buscar maior uniformidade na tramitação de dispensas recursais, observadas as competências e normas contidas na Resolução AGE nº 25, de 14 de agosto de 2019, e de monitorar decisões das diversas instâncias do Poder Judiciário, no intuito de obter, com maior precisão, elementos para subsidiar medidas voltadas ao contínuo aprimoramento das defesas ou ao direcionamento à desjudicialização; (v) a necessidade de se adotar referenciamento normativo, no âmbito do contencioso e da atividade consultiva, para permitir e facilitar a localização da produção jurídica relativa a um mesmo tema e/ou a um mesmo dispositivo de norma jurídica, assim evitando posicionamentos conflitantes.

A atuação do NUT pressupõe articulação envolvendo todos os órgãos da Casa e todos os Procuradores do Estado, retroalimentando-se com

as informações mais relevantes, de interesse comum, para a atuação coordenada e a tomada de decisões mais céleres, eficazes e econômicas pelos gestores. Trata-se de unidade que opera como facilitadora do trabalho da AGE/MG, especialmente para a atuação no sistema de precedentes judiciais vinculativos ou da autovinculação. Objetiva-se maior eficiência e economicidade, evitando o retrabalho, por meio da gestão compartilhada do banco de conhecimento jurídico.

No art. 3º da Resolução AGE/MG nº 60, de 2020, são fixadas suas competências:

Art. 3º – Compete ao NUT:

I – regulamentar, por meio de Ordens de Serviço, os procedimentos afetos às suas competências;

II – promover, em coordenação com Procuradorias Especializadas e Advocacias Regionais, observadas suas respectivas competências, a reestruturação, gestão e atualização periódica e programada do banco de peças processuais, teses jurídicas e subsídios para defesas, devendo a inclusão de petições e outros documentos no sistema ser comunicada à Administração Superior, para conhecimento ou manifestação, nas hipóteses previstas na Lei n. 23.172, de 20 de dezembro de 2018;

III – comunicar à Consultoria Jurídica e ao Núcleo de Assessoramento Jurídico suas ações, para certificação de consistência com possíveis pareceres referenciados existentes sobre o tema ou necessidade de ajustes ou averbações;

IV – promover foros de debates, inclusive por meios de comunicação eletrônica, para discussão prévia de teses que possam vir a ser objeto de uniformização e sistematização, no intuito de buscar a máxima eficiência e efetividade das defesas e ponderar os riscos consequentes da ação ou, ainda, subsidiar pedidos de uniformização de entendimento pelo Poder Judiciário ou medidas voltadas à desjudicialização;

V – elaborar, em coordenação com as Procuradorias Especializadas e Advocacias Regionais, o documento denominado “Proposta de Sistematização e Orientação para o Contencioso”, sempre que este for considerado útil e necessário ao acompanhamento uniforme de ações repetitivas, no âmbito de todo Estado;

VI – zelar, em coordenação com as Chefias, pela observância do sistema de referenciamento normativo, quando cabível, no intuito de facilitar a localização da produção jurídica afeta a uma mesma matéria ou a um mesmo dispositivo de norma jurídica;

VII – analisar e emitir manifestação quanto às sugestões de súmulas administrativas, notas jurídicas orientadoras para o contencioso e ordens de serviço encaminhadas pelas Advocacias Regionais aos Advogados-Gerais Adjuntos, nos termos do art. 8º, parágrafo único, da Resolução AGE n. 25, de 14 de agosto de 2019, e, a critério da Administração Superior, quando a esta encaminhadas pelas Procuradorias Especializadas;

Em síntese, o trabalho do NUT é estruturado em dois pilares: o constante aprimoramento da interlocução entres os setores da AGE/MG e das defesas dos atos dos gestores e das políticas públicas, à luz dos princípios da Administração Pública; e o assessoramento ao Gabinete em decisões referentes a medidas de desjudicialização.

Quanto ao primeiro pilar, a atuação será voltada à qualidade das defesas e teses em temas ainda não sedimentados, bem como ao monitoramento da evolução jurisprudencial, que poderá ensejar futuro precedente vinculativo (judicial ou fruto da autovinculação). E quanto ao segundo, grande parte do trabalho será no plano da advocacia preventiva ou decorrerá da existência de precedentes firmados contrariamente à interpretação dada pela Administração às normas jurídicas e as teses até então defendidas, mas que não lograram êxito perante o Poder Judiciário.

7. OS DESAFIOS DA ATUAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA NUM SISTEMA DE PRECEDENTES AINDA EM CONSTRUÇÃO.

Múltiplos são os desafios do advogado público nos sistemas de precedentes judiciais vinculativos e da autovinculação administrativa estruturados no Direito Brasileiro. Com a vigência do CPC/2015, foi preciso, pelo menos em parte, reaprender a executar o trabalho já realizado há décadas, em razão do surgimento de novas regras para o jogo, que, metaforicamente, é o processo.

Em um sistema de precedentes, cada Procurador tem a responsabilidade redobrada de trabalhar em articulação e coordenação com os demais, no que se refere às estratégias de defesas adotadas institucionalmente em temas repetitivos ou potencialmente repetitivos. À luz do princípio da impessoalidade, em se tratando de advocacia pública, é preciso primar pela atuação uniforme. Exemplificativamente, evitando que se recorra ou deixe de recorrer sem parâmetros objetivos e delineadores para a Instituição.

Nesse cenário, um dos maiores desafios enfrentados pela advocacia, especialmente pela Advocacia Pública, em razão da incomensurável gama de processos e temas em que atua, é a *gestão estratégica e compartilhada da informação*. Não há dúvidas de que uma das principais ferramentas para a solução desse problema é a utilização da *Tecnologia da Informação* (TI), aprimorada pela *Inteligência Artificial* (IA), que necessitam, para seu bom funcionamento, de adequada gestão e seleção de informações que alimentarão os sistemas informatizados.

Se, por um lado, torna-se mais complexo e difícil para o advogado acompanhar o volume incomensurável de informações produzidas e divulgadas pelos Tribunais, dois instrumentos de gestão mostraram-se aptos à Advocacia Pública mineira para manter a eficiência da sua atuação: a especialização, sempre que possível e recomendável; e a criação de unidade com atribuições de seleção e divulgação de informações relevantes, com maior celeridade e qualidade. De certa forma, paralelamente, o NUT atua na AGE/MG assim como os Núcleos de Gestão de Precedentes - NUGEPs - atuam nos Tribunais.

Um instrumento facilitador da difícil missão que é conhecer os precedentes vinculativos e manter-se atualizado em relação aos temas afetados, foi a criação, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do Banco Nacional de Precedentes, por meio da Resolução nº 444, de 25 de fevereiro de 2022³². Entre as utilidades da criação desse sistema, se bem estruturado e alimentado com dados precisos (e, evidentemente, disponibilizado na sua integralidade à comunidade jurídica em geral), está a análise comparativa de temas que tramitam em diferentes Estados da Federação, buscando assim assegurar a consolidação de entendimento, em nível nacional, de forma mais segura e célere. Além de se evitar, sempre que possível, a fragmentação em subtemas de questões que poderiam ser discutidas em um único incidente em curso.

Ademais, na *common law* a *ratio decidendi* é o efetivo fator de vinculação. Nem o Judiciário, nem o jurisdicionado (no que se inclui a Administração Pública, quando litiga em juízo) podem se limitar ao enunciado da tese que espelha um precedente, por mais que aparentemente seja claro e unívoco o conteúdo do seu enunciado.

O fator “tempo de tramitação” dos processos referenciais para a formação de precedentes vinculativos também é outro desafio. O CPC, em seu art. 980, adotou como prazo razoável 1 (um) ano para julgamento do IRDR, estabelecendo, ainda, sua preferência sobre os demais feitos (salvo os que envolvam réus presos ou pedidos de *habeas corpus*). Após este prazo, em tese, os processos retomam seu curso. Na prática, muitas vezes, os incidentes não são concluídos neste prazo, ensejando novas discussões processuais, como a necessidade de se reiterar o pedido de suspensão ao Relator, se este não apreciar a matéria de ofício

32 Entretanto, mediante acesso ao sistema disponível na internet pelo link <<https://bnpr.cnj.jus.br/bnpr-web/>>, verifica-se que, por hora, subsiste basicamente a compilação de dados que já constam nos sites dos Tribunais, ou, pelo menos, este é o resultado disponível para usuários externos.

(art. 980, parágrafo único). A demora na fixação da interpretação de alguns dispositivos referentes ao sistema de precedentes, vem criando verdadeiros labirintos processuais.

Por força disso, o “monitoramento” dos prazos de suspensão acabou se tornando elemento relevante na atuação da Advocacia Pública em juízo, diante do volume de processos que acompanha. A ausência deste pedido, quando necessário, pode resultar na retomada do andamento de centenas, milhares de processos, cujo resultado, de toda forma, restará condicionado ao que for decidido no futuro precedente vinculativo. E, o que é ainda mais grave, com risco de ocorrência de trânsitos em julgados de decisões em sentido contrário à tese que será fixada, especialmente no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

O sistema de precedentes também impõe aos advogados um trabalho mais refinado de mapeamento jurisprudencial, que lhes permita aprofundar as melhores teses ainda junto à primeira instância e aos órgãos fracionários dos Tribunais, por meio de despachos, memoriais e sustentações orais.

Com isso, busca-se, relativamente aos temas afetados, ou passíveis de serem, construir uma sólida base jurisprudencial favorável. E permite-se ajustes argumentativos que até então não estavam suficientemente claros nas defesas ou podem ser reforçados mediante documentos como notas ou pareceres técnicos.

A AGE/MG adotou como estratégia de atuação preventiva o acompanhamento, pela Procuradoria de Demandas Estratégicas, em articulação com o NUT, de todos os IRDRs e IACs distribuídos ao TJMG, para que, ainda na fase de admissão, possa certificar se há interesse em seu ingresso (o que não afasta o dever de intimação, pelo Tribunal). Havendo interesse, poderá, desde o primeiro momento, apontar elementos que julgar imprescindíveis na discussão para a fixação da futura tese, se o incidente for admitido.

Por fim, uma das indagações mais importantes decorrentes do sistema de precedentes estruturado no Direito Brasileiro é: os precedentes judiciais vinculativos, tal como previstos no CPC/2015, especialmente o excerto “os juízes e tribunais *observarão*”, contido no art. 927, vincula também a Administração Pública?

Um primeiro entendimento é no sentido de que, em razão do princípio constitucional da separação de poderes, somente mediante alteração constitucional poderia ser estabelecida a vinculação dos prece-

dentes judiciais, como ocorreu com a adoção das súmulas vinculantes do STF, “sob pena e risco de que se configure ofensa à separação de poderes, ao princípio da legalidade e, enfim, à própria ideia de democracia”³³. Claudio Madureira cita como adeptos a esta corrente José Rogério Cruz e Tucci, Nelson Ney Júnior e Rosa Maria Andrade Nery³⁴.

Uma segunda corrente, defendida por Cláudio Madureira, admite a vinculação fora das hipóteses constitucionais, pela via legal, entre outros fundamentos em razão da incidência conjugada dos princípios da boa-fé (CPC/2015, art. 5º), do dever de as partes não litigarem contrariamente ao Direito (CPC/2015, art. 77, II) e dos princípios da legalidade e da eficiência (CF, art. 37, *caput*). Nesse sentido, destaca o autor:

Essas considerações também refutam a suposição de que o modelo de precedentes induz contrariedade aos princípios da legalidade e da separação dos poderes. A elas se acresce, em complementação, que, enquanto que as “leis são normas gerais e abstratas”, os “precedentes são normas gerais e concretas”. O seu caráter geral decorre da possibilidade de universalização da decisão proferida no caso precedente “para todos os casos análogos a partir das mesmas razões de decidir”. Contudo, por outro lado, eles de igual modo ostentam a conotação de normas concretas; elemento que parece haver passado despercebido por José Rogério Cruz e Tucci e de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery; e que impõe aos juízes que expliquem, na motivação de decisão fundada em precedentes, “a relação da causa ou questão decidida com os fundamentos determinantes do caso-precedente”. Assim, apenas se os julgadores pudessem estabelecer normas gerais e abstratas, ilação textualmente refutada pelos precitados aurores (sic), é a vinculatividade dos precedentes iria de encontro a esses princípios constitucionais.³⁵

Rafael Carvalho Rezende Oliveira, por sua vez, leciona:

Com o advento do novo CPC, a questão é saber se os precedentes judiciais listados no art. 927 do CPC/2015 vinculam apenas o Poder Judiciário ou se vinculam também a Administração Pública.

Quanto aos precedentes mencionados no inciso I (decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade) e II (enunciados de súmula vinculante) do art. 927 do CPC/2015, não resta dúvida

33 MADUREIRA, Claudio. A vinculatividade dos precedentes e sua extensão à Administração Pública. *Revista de direito administrativo e constitucional*. Fórum: Belo Horizonte, a. 21, n. 85, p. 91.

34 Idem, p. 85-112.

35 MADUREIRA, Claudio. A vinculatividade dos precedentes e sua extensão à Administração Pública. *Revista de direito administrativo e constitucional*. Fórum: Belo Horizonte, a. 21, n. 85, p. 95.

quanto à vinculação da Administração Pública aos seus termos, uma vez que a própria Constituição Federal determina que o efeito vinculante abrange a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, na forma dos arts. 102, § 2º, 103, § 2º e art. 103-A da CRFB.

Em relação aos demais precedentes indicados nos incisos III, IV e V do art. 927 do CPC/2015, a questão pode gerar debates.

(...)

A própria vinculação dos juízes e dos tribunais aos precedentes vinculantes demonstra que as causas semelhantes envolvendo a Administração Pública serão decididas da mesma forma. Vale dizer: ainda que a Administração Pública decida seus processos administrativos de forma diversa da orientação firmada em precedente judicial vinculante, a eventual judicialização da discussão levaria, necessariamente, à reforma da decisão administrativa, com a sua adequação aos termos do precedente judicial.

Em termos pragmáticos, a inobservância dos precedentes judiciais pela Administração Pública acarretaria a propositura de demandas judiciais desnecessárias, prejudicando não apenas a prestação jurisdicional, mas, especialmente, os cidadãos (administrados) que precisariam propor ações judiciais para defender seus direitos em situações já consolidadas na esfera judicial. Outro argumento que demonstra a necessidade de cumprimento dos precedentes judiciais vinculantes pela Administração Pública refere-se ao próprio dever do gestor público de observar os princípios constitucionais da isonomia (impessoalidade), da segurança jurídica, da proteção à confiança legítima e da boa-fé.

A positivação de precedentes vinculantes tem por objetivo imediato a uniformização da jurisprudência, que deve ser mantida estável, íntegra e coerente (art. 926 do CPC) por parte dos tribunais.³⁶

Os sólidos fundamentos de ambos os autores citados, notáveis integrantes da Advocacia Pública, ratificam uma possível tendência em favor da tese da vinculação. Até mesmo porque, como decorrência do princípio da separação dos Poderes, as decisões judiciais têm o caráter substitutivo em relação à vontade das partes que a ela se sujeitam. Logo, têm o condão de se sobrepor ao ato ou contrato administrativo declarado inválido.

Desse modo, consideramos ser correta e coerente a conclusão no sentido de que, à luz dos princípios que regem a Administração Pública (com destaque para a eficiência e economicidade), os precedentes judiciais são, a princípio, vinculativos para o gestor público, que deve considerá-los na tomada de decisões.

³⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 146-149.

Por parte da Advocacia Pública, exige-se o trabalho adicional de avaliar se de fato ocorre a subsunção dos casos aos precedentes ou se esta é apenas aparente, ensejando a utilização da técnica do *distinguishing*. Ou, ainda, se caberá encaminhar ao Governo sugestão de adequação do ordenamento jurídico, o que, conseqüentemente, poderá abrir caminho para a superação do precedente, pela técnica do *overruling*³⁷.

O contraponto que fazemos aos argumentos dos autores acima citados é no sentido de que a interpretação sistêmica deve ser mais ampla, abarcando questões como o fato da “modulação de efeitos” hoje ser aplicável, com as devidas peculiaridades de regramentos, não apenas ao Judiciário, mas também à Administração Pública, nos termos da LINDB e da Lei n. 9.784, de 1999. Ademais, a decisão administrativa passa, ainda, por análise de aspectos como a necessidade de readequação orçamentária, exigindo dos governantes tempo para adequação.

Ademais, a vinculação não pode significar o engessamento do sistema. A Administração Pública não pode ser impedida de, por meio de novos casos e em situações especiais, levar ao judiciário, de forma fundamentada (sujeitando-se às penalidades processuais se configurado abuso do direito de defesa), a rediscussão de determinada matéria objeto de precedente judicial vinculativo.

Quanto ao meio, entende-se que o art. 986, do CPC/15, que somente permite ao Ministério Público e a Defensoria Pública pedir a revisão de tese, tem constitucionalidade duvidosa, tema que possivelmente será enfrentado pelo Poder Judiciário. Seria ainda mais temerário concluir que o precedente judicial é absolutamente imutável pela via da argumentação jurídica, com isso obstaculizando a evolução do próprio Direito. Recordar-se, por fim, que a alteração substancial econômica, jurídica, política ou social, é uma das hipóteses admitidas como fundamento suficiente para superação de um precedente judicial.

37 Em Minas Gerais, essa hipótese consta expressamente na Lei Complementar nº 83, de 2005, 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:

XIV – sugerir modificação de lei ou de ato normativo estadual, quando julgar necessário ou conveniente ao interesse do Estado ou de suas autarquias e fundações;

8. CONCLUSÃO.

A transformação do Direito nas duas últimas décadas exigiu a reestruturação da Advocacia Pública. Com o CPC/2015, consolidou-se o sistema de precedentes, mesclando à tradição romano-germânica do Direito Brasileiro instrumentos da *common law*, adaptados às suas especificidades, como a estrutura de organização do Poder Judiciário, para atuar de forma mais eficiente, eficaz, econômica, célere e uniforme.

A AGE/MG, para seguir o compasso, reorganizou-se, criando unidades, entre elas o Núcleo de Uniformização de Teses - NUT. Tais mudanças já geraram frutos, a exemplo da existência de um robusto banco de conhecimento jurídico, construído coletivamente, e da atuação com maior segurança jurídica, tanto na defesa judicial, em temas ainda não sedimentados, quanto nas vias extrajudiciais e da desjudicialização.

A atuação da Advocacia Pública no sistema de precedentes é um vasto campo a ser ainda desbravado, repleto de desafios, que somente serão superados com a atuação coletiva e coordenada. No plano nacional, destaca-se o trabalho do CONPEG e de sua Câmara Técnica. No plano local, neste artigo apresentamos a experiência de Minas Gerais, que conforme os instrumentos organizacionais e de gestão, no exercício de sua autonomia constitucional, criou o NUT. Por meio dessa atuação, espera-se contribuir para um trabalho cada vez melhor da Instituição à sociedade mineira.

No que se refere ao tema da vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais, entende-se que ocorrerá. Todavia, isso não pode significar o engessamento que lhe obstaculize rediscutir a matéria de forma fundamentada, questionando-a na via do pedido de revisão de tese (com defesa da inconstitucionalidade por omissão do art. 987, CPC, que apenas se refere ao Ministério Público e à Defensoria Pública), ou pelas vias judiciais ordinárias em novos casos, incidentalmente.

REFERÊNCIAS

- BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. PEDRON, Flávio. *Teoria Geral do Processo*. 2.ed. rev. atual. Salvador: JusPodivm, 2021, 782 p.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa (et al.) (coord.); TEIXEIRA, Alice Gontijo Santos (et al.) (eq. exec.); MACIEL, Gláucio Ferreira (et al.) (colab.). *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, 556 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

GONÇALVES, André Almeida. MOREIRA, Bernardo Motta. *Direito Público*: Revista da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais. v.16, n.1. Belo Horizonte: Letramento, 2019. 362 p.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*: teórica e prática. 5ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Almedina, 2020.

MADUREIRA, Claudio. *A vinculatividade dos precedentes e sua extensão à Administração Pública*. Revista de direito administrativo e constitucional. Fórum: Belo Horizonte, ano 21, n. 85.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Volume único. 8.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, 179 p.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

TARUFFO, Michele. *Precedentes e jurisprudência*. Revista de Processo. V. 199. Set/2011. Revista dos Tribunais on-line. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/TARUFFO-Precedentes-Repro-199.pdf >. Acesso em: 14 jun. 2023.

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. 2.ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Hierarquia judiciária e eficiência do precedente judicial*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-19/paradoxo-corte-hierarquia-judiciaria-eficiencia-precedente-judicial>. Acesso em: 17 jun. 2023.

CASTELO BRANCO, Alessandro Henrique Soares; ALMEIDA, Aline Ferreira Gomes de. Atuação coordenada da advocacia pública no sistema de precedentes: a experiência de Minas Gerais por meio do Núcleo de Uniformização de Teses. *DIREITO PÚBLICO*: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 19-20, n.1, p. 133-167, 2022/2023.

A SUPRESSÃO DA LEGITIMIDADE DO ENTE PÚBLICO LESADO PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UM CANHESTRO CONTRASSENSO NORMATIVO

GUSTAVO DE QUEIROZ GUIMARÃES¹

SUMÁRIO

1. Introdução.
2. A probidade na Administração Pública e a necessária promoção da amplitude de sua proteção.
3. O sistema de repressão da improbidade e os valores a que cumpre tutelar.
4. A Advocacia Pública: origens históricas, a personificação do ente representado e sua missão constitucional da defesa da moralidade.
5. Advocacia Pública: sua legitimidade constitucional na tutela de moralidade e o “oculto” objetivo da alteração legislativa.
6. Conclusões.

RESUMO: O presente ensaio visa investigar sob o ponto de vista sistêmico normativo, a alteração procedida pela Lei federal nº 14.230/2021 que, dando nova redação à Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), suprimiu a legitimidade ativa do ente público para o manejo da ação de improbidade, analisando os impactos trazidos pela dita inovação legislativa sob o ponto de vista do combate à corrupção e à moralidade na Administração Pública, sua consonância com os princípios constitucionais e a possível violação às prerrogativas institucionais da Advocacia Pública de Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Nova Lei de Improbidade Administrativa. Advocacia Pública de Estado. Tutela do Interesse Público e da moralidade administrativa. Legitimidade do ente público prejudicado pelo ato de improbidade. Combate à corrupção e à probidade na Administração Pública.

¹ Procurador do Estado de Minas Gerais. Graduado em Direito (2009). Pós-graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (2011). Pós-graduado em Direito Tributário (2020). Procurador Regional Adjunto do Estado de Minas Gerais. Ex-Presidente da Comissão da Advocacia Pública - CAP da OAB/MG - 14ª Subseção (Uberaba). E-mail: gustavo.guimaraes@advocaciageral.mg.gov.br

1. INTRODUÇÃO

Tendo em vista a necessidade de melhorias e aperfeiçoamento da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), foi proposto o Projeto de Lei n. 10.887/2018, convertido no Projeto de Lei n. 2.505/2021, visando a uma série de alterações normativas, que restou aprovado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, sendo, então, publicada e a Lei n. 14.230/2021 em 25 de outubro de 2021.

A referida Lei federal nº 14.230/2021, dando nova redação à Lei 8.429/92, suprimiu a legitimidade ativa do ente público para o manejo da ação de improbidade, ceifando a competência institucional dos órgãos de representação judicial da pessoa jurídica lesada de, por iniciativa própria, deflagrar ações de improbidade em face de condutas que atentem contra a moralidade administrativa – princípio base da Administração Pública encravado no art. 37, *caput* da CF/88: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

Apesar de representar diversos avanços na matéria, trazendo alterações que aprimoram a proteção e a garantia do direito fundamental à probidade administrativa e ao princípio da moralidade, entende-se que alguns dispositivos são de constitucionalidade duvidosa (para não dizer flagrante), por violarem direta e/ou reflexamente diversos princípios constitucionais, além da afrontarem o princípio da vedação ao retrocesso social, tendo em vista os mecanismos legais já alcançados na tutela da moralidade administrativa.

É objeto, pois, do presente ensaio, a análise contrassenso normativo operado pela novel Lei de Improbidade Administrativa, dentro do microsistema de combate à probidade e à corrupção, ao promover a deslegitimação dos órgãos de representação judicial dos entes públicos para atuarem positiva e repressivamente na tutela de probidade administrativa, ceifando a própria vocação institucional dos seus órgãos de (re)representação, de proteger os princípios da Administração Pública, zelar pela guarda da Constituição e das leis e de conservar o patrimônio ético e moral da Administração, incorrendo em violação de diversos dispositivos constitucionais.

2. A PROIBIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A NECESSÁRIA PROMOÇÃO DA AMPLITUDE DE SUA PROTEÇÃO

A probidade administrativa constitui princípio norteador e meta de todas as esferas da Administração Pública, sendo evidente a preocupação do legislador constituinte, ao estabelecer, no art. 37 da Constituição Federal, verdadeiros códigos de conduta à Administração Pública e aos seus agentes, prevendo, inclusive, pela primeira vez no texto constitucional, a possibilidade de responsabilização e aplicação de graves sanções pela prática de atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da CF). A probidade é, pois, reconhecida como moralidade administrativa qualificada constitucionalmente e revela bem jurídico protegido pelo ordenamento jurídico como elemento fundamental e imprescindível para o bom funcionamento do Estado.

Atos ímprobos são mais do que simples atos ilegais, possuem a qualificadora, isto é, “*o espírito de desprezo à coisa pública e aos seus princípios e normas éticas, circunstância que causa lesão aos cofres públicos e/ou enriquecimento ilícito do autor do fato ou de terceiros*”, conforme explica de ZIEZEMER². Já ilegalidades e práticas irregulares “*não denotam necessariamente aspectos de má intenção e de maus desígnios, que são característicos da improbidade administrativa e integram o próprio tipo improbo previsto em lei*”, nos dizeres do citado autor.

Conforme escólio de FERRAZ³ não há, na doutrina brasileira, maiores controvérsias quanto à interdependência existente entre a **probidade** e a **moralidade** administrativa.

Assim, entende-se por **moralidade** a congregação de costumes, deveres, preceitos e regras para dirigir as ações humanas segundo a justiça e a equidade natural. A **probidade**, por sua vez, é focada no próprio agir (ação humana), segundo a honradez, integridade de caráter e honestidade. Enquanto a moralidade traduz as regras de comportamento, a probidade revela o modo de agir segundo tais regras.

² ZIESEMER, Henrique da Rosa. *Nova lei de improbidade administrativa comentada*. Leme – SP: Mizuno, 2022. P.57.

³ FERRAZ, Luciano. *Controle e consensualidade: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins)*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p.173.

Tanto assim que, etimologicamente, a palavra “probidade” é derivada do latim *probitas*, exprimindo a ideia de integridade de caráter, honestidade, honradez, retidão.

Para os romanos, a improbidade impunha aos indivíduos a ausência de *existimatio* – responsável por atribuir aos homens o bom conceito social – e, sem a *existimatio*, os indivíduos se converteriam em *homines intestabiles*, aqueles sem capacidade ou idoneidade para a prática de certos atos da vida, segundo explica FERRAZ⁴.

Nesse plano de ideias, resta claro que o objetivo do legislador constituinte, ao tratar dos atos de improbidade administrativa, foi proteger o princípio da moralidade administrativa, expressamente previsto no *caput* do art. 37 da CF/88, razão pela qual, CARVALHO FILHO⁵ ensina que “*diante do direito positivo, o agente improbo sempre se qualificará como violador do princípio da moralidade*”.

Enfim, a **moralidade administrativa** pode ser entendida como gênero da qual a **probidade** é espécie. Assim, o desrespeito ao dever de probidade é que caracteriza a improbidade administrativa. Ou, segundo explica PORTO NETO⁶, cuida-se de uma “*imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao improvo ou a outrem*”.

É de se notar que todo arquétipo normativo que compõe o microsistema de tutela de probidade foi forjado em bases normativas que asseguram uma amplitude de eficiência e abrangência na defesa da moralidade administrativa, por meio da legitimidade concorrente e disjuntiva de diferentes órgãos integrantes do sistema de justiça pública que, em que pese as diversas e bem delineadas funções institucionais, têm como ponto de contato a defesa do interesse público e, por consequência, da moralidade dos atos praticados no seio da Administração Pública.

Nesse sentido, a redação original da Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), previa legitimidade concorrente do Ministério Público e do ente público lesado – (re)presentado pelas respectivas procuradorias – para proporem a ação de improbidade administrativa, como se pode ver do dispositivo revogado e abaixo transcrito:

4 *Ibidem*.

5 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Apud* FERRAZ, Luciano. *Op. cit.*

6 PORTO NETO, Benedicto Pereira. *apud* FERRAZ, Luciano. *Op. cit.*

Art. 17 (revogado). A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo **Ministério Público** ou pela **pessoa jurídica interessada**, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

Contudo, a alteração normativa procedida pela Lei 14.230/21 acabou por implementar uma profunda mudança de paradigma acerca da legitimidade para ingresso a ação de improbidade, estabelecendo a competência privativa do Ministério Público para sua propositura. Senão vejamos:

[...] Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei **será proposta pelo Ministério Público** e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei. [...] §14. Sem prejuízo da citação dos réus, **a pessoa jurídica interessada será intimada para, caso queira, intervir no processo.** (Grifamos).

Desta maneira, tal dispositivo retira dos entes públicos lesados a legitimidade para ajuizar ação de improbidade, reduzindo o escopo do microsistema de tutela da probidade, que é justamente a ampliação da eficiência no combate à moralidade administrativa e, por consequência, violando o dever constitucional dos órgãos de (re)apresentação dos entes públicos de zelar, em toda a sua amplitude (inclusive repressiva), pelos princípios da Administração, conforme norma insculpida no art. 37, *caput* da CF/88.

Cumpre-nos perscrutar, no avançar deste breve ensaio, do ponto de vista da hermenêutica jurídica, no plano teleológico, qual a verdadeira intenção da norma ao suprimir tal legitimidade dos entes públicos lesados pelo ato improprio e se tal alteração normativa encontra-se em consonância com os princípios constitucionais que regem a tutela da probidade e a atuação finalística dos órgãos de controle de juridicidade dos atos da Administração Pública.

3. O SISTEMA DE REPRESSÃO DA IMPROBIDADE E OS VALORES A QUE CUMPRE TUTELAR.

Conforme a própria Lei 8.429/92 (com a nova redação dada pela Lei 14.230/2021) assenta:

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa **tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções**, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.

[...] §5º Os atos de improbidade violam a **probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções** e a integridade do patrimônio público e social dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como da administração direta e indireta, no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

A Lei de Improbidade Administrativa, reafirma, pois, uma base normativa que reproduzir e visa dar concretude aos princípios exortados pela Constituição Federal, notadamente em seu art. 37:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...] §4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (Destacamos).

Assim, tem-se no artigo 37 da CF/88, a linha mestra e alicerce para o esquadro normativo que forjou todo o sistema de responsabilização por improbidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa base normativa sempre estiveram incluídos o Ministério Público e a pessoa jurídica de público interessada como legitimados ativos para o ajuizamento da ação de improbidade administrativa, visando a dar amplitude, eficiência e concretude à **proteção do patrimônio moral e ético da Administração Pública** e, também porque, seria um visível contrassenso normativo ceifar da própria pessoa jurídica lesada a legitimidade para deflagrar a ação que visa a “correção de rumos” e reparação de prejuízos sofridos em razão do ato praticado em seu prejuízo e em violação aos princípios a que cumpre defender, por própria imposição constitucional.

Porém, foi exatamente isto que a novel legislação procedeu!

Assim, ao tempo em que suprimiu a legitimidade do próprio ente lesado para o manejo da ação, atribuiu exclusivamente ao Ministério Público o poder-dever de atuar repressivamente na tutela jurídica da probidade administrativa.

Ora, não é preciso maiores esforços interpretativos para se concluir que retirar dos entes públicos a legitimidade ativa para o ajuizamento da ação de improbidade **reduz o escopo do sistema normativo e legal de proteção à moralidade administrativa**, minimizando a desejável concentração de ações com o objetivo finalístico voltado à correção de atos violadores do patrimônio ético e moral da Administração Pública.

Aliás, assegurar a ética inerente à boa gestão pública, conforme consagram os princípios constitucionais, é compromisso da República Federativa do Brasil inclusive perante a comunidade internacional, por meio de Convenções Internacionais incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, que deixam clara a preocupação com a criação de um sistema jurídico eficaz na prevenção e repressão à corrupção e à probidade, assegurando a legitimidade da democracia, do desenvolvimento das nações, na concretização da ética, da justiça e no combate à deterioração moral da sociedade (Convenção Interamericana Contra a Corrupção, Convenção da ONU Contra a Corrupção, entre outros).

Há, pois, um bloco normativo estruturante que serve de guia e limite para nortear a atuação do Estado brasileiro, inclusive no campo da produção legislativa, que não admite retrocessos ou investidas de legislações internas que visem o enfraquecimento do sistema de tutela coletiva do direito fundamental à moralidade administrativa, tendo em vista o status supralegal de tais princípios estruturantes.

E porque, então, a citada lei reduzir mecanismos de controle ao invés de aperfeiçoar o sistema de repressão da improbidade, zelando pela somatória de ações e mecanismos de controle a serem praticados por órgãos diversos integrantes do sistema de justiça pública, dando amplitude à tutela da moralidade?

Mais que isso, o que justifica retirar dos entes públicos lesados (personificados pelos seus respectivos órgãos de representação judicial), o dever-poder de deflagrar ações voltadas a repressão judicial do ato improprio praticado?

Tal supressão, por indução lógica, afeta a competência dos respectivos órgãos de Advocacia Pública, assentadas constitucionalmente nos artigos 131 e 132 da CF/88 e, conseqüentemente, as atribuições constitucionais dos Procuradores dos entes públicos, alicerçadas no dever-poder constitucional previsto no artigo 37, *caput* e §4º, da CF/88 de zelar pela obediência aos princípios da Administração Pública, inclusive, quando preciso for, levando a **juízo a pretensão de aplicação das penas** previstas na Lei de Improbidade Administrativa: de suspensão dos direitos políticos, de perda da função pública, de indisponibilidade dos bens e de ressarcimento ao erário.

Se é missão constitucional dos procuradores dos entes públicos – personificando o órgão representado em juízo –, a defesa da moralidade e dos princípios éticos da Administração, a supressão de

tal legitimidade revela-se um inegável contrassenso normativo e uma violação às suas atribuições constitucionais, pois a defesa do interesse público e da moralidade na Administração, **integra a base histórica e institucional dos próprios órgãos de representação do Estado (*lato sensu*)**, conforme brevemente demonstraremos a seguir.

4. A ADVOCACIA PÚBLICA: ORIGENS HISTÓRICAS, A PERSONIFICAÇÃO DO ENTE REPRESENTADO E SUA MISSÃO CONSTITUCIONAL DA DEFESA DA MORALIDADE.

Em brevíssimo esboço histórico, convém pontuar que, já se buscou a inspiração da origem da Advocacia de Estado brasileira em figuras demasiadamente remotas, como o *fisci advocatum*, *procuratores caesaris* ou *praetor fiscalis*, da Roma antiga, ou mesmo os *advocats e procureurs du roi*, criados na França do século XIV. Porém, como bem lembra Cristovam Pontes de Moura⁷, sua origem é tão remota que demandaria um profundo e específico estudo acerca do tema, mergulhando nos diversos períodos da história, o que, obviamente, refoge ao objeto central do presente estudo.

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

Conforme explica Cristovam Pontes⁸, o Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda exercia a plenitude das atribuições de Advocacia de Estado (outrora separadas pelas Ordenações Filipinas, que criara os cargos de Procurador dos Feitos da Coroa e Procurador dos Feitos da Fazenda), ao lado das funções de fiscal dos interesses da Coroa em feitos de terceiros e da jurisdição real. E, não bastasse essa somatória de competências, foi transferida ao Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda a atividade de órgão acusador na esfera criminal, antes pertencente ao Promotor de Justiça, elucida o citado autor.

Ao longo da história, outras denominações se seguiram: Procurador Fiscal do Real Erário, Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Na-

⁷ MOURA, Cristovam Pontes de. In: *Advocacia De Estado No Brasil No Período Colonial E No Império*: Matriz Das Procuraturas Constitucionais. Tese aprovada com louvor no XXXVII Congresso Nacional de Procuradores de Estado. Disponível em: <http://anape.org.br/site/category/teses2009/>. Acesso em 22 out. 2014.

⁸ *Idem*.

cional – denominação mantida com a “Constituição Política do Império do Brasil de 1824” –, entre outros.

Enfim, como toda instituição estatal, a Advocacia Pública de Estado experimentou, ao longo da história, não só no Brasil (mas mundo afora), grandes mutações orgânicas e funcionais, sendo certo que, há muito, não pode mais ser concebida como mero órgão de representação dos interesses patrimoniais do erário estadual.

Desnecessário dizer ainda, que, em tempos mais atuais, o país assiste a uma veloz redefinição de papéis e ao amadurecimento das instituições que integram o sistema de justiça pública e dos poderes constitucionais da República.

A propósito, não se tem dúvidas, desde o advento da Carta Republicana de 1988, a nova feição dada à Advocacia Pública, desconectada da ideia de mero órgão de defesa dos interesses patrimoniais dos entes federados. No escólio de JOSÉ AFONSO DA SILVA⁹:

A Advocacia Pública assume, no Estado Democrático de Direito, mais do que uma função jurídica de defesa dos interesses patrimoniais da Fazenda Pública, mais até mesmo do que a defesa do princípio da legalidade, porque lhe incumbe igualmente, e veementemente, a defesa da moralidade pública, que se tornou um valor autônomo constitucionalmente garantido. Não é que essa defesa lhe escapasse antes do regime constitucional vigente. Mas, então, o princípio da moralidade tinha uma dimensão estritamente administrativa, quase como simples dimensão da legalidade, ligada aos problemas dos desvios de finalidade. Agora não, porque a Constituição lhe concedeu um sentido próprio e extensivo, e abrangente da ética pública.

Nesse plano de ideias, convém indagar: se à Advocacia Pública compete a exclusividade na representação judicial e consultoria jurídica das respectivas unidades federadas, zelando pelos princípios da Administração Pública, dentre os quais o da moralidade, evitando e reprimindo atos de improbidade de agentes que dissociam sua atuação do interesse público, o que justifica a supressão de sua legitimidade para deflagrar a sua atuação repressiva por meio do manejo da ação de improbidade?

Ora, se a própria Constituição da República exorta que cabe à “*administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*” e,

⁹ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

sabendo-se que a Administração Pública é representada pelas pessoas jurídicas de direito público que, por sua vez, são personificadas pelos seus respectivos procuradores (**presentando** o órgão em juízo), seria ilógico retirar-lhe a legitimidade para a própria defesa da moralidade, como princípio matriz do Estado Democrático e Social de Direito.

A propósito, em aparte, convém elucidar que, conforme precisa lição do mestre Pontes de Miranda, fazendo uma distinção entre “substituição processual”, “representação processual” e “apresentação”, esclarece com invejável clareza que a substituição processual se mostra inconfundível com a representação e com a apresentação. Isto porquê, o substituto processual é parte, age em juízo em nome próprio, defende em nome próprio o interesse do substituto. Já o representante defende ‘em nome alheio o interesse alheio’. Enquanto isso, o órgão mediante o qual a pessoa jurídica se faz presente e expressa sua vontade não é substituto processual e nem representante legal, já que a pessoa jurídica não é incapaz (nem processual, nem materialmente), sua capacidade provém da sua condição mesma de pessoa jurídica. Assim, o procurador do ente público não representa propriamente o ente público, ele apresenta o ente em juízo. Seu mandato para personificar o ente em juízo é de cunho constitucional, confiado como expressão de vontade do legislador constituinte. Assim, quem atua em juízo é o próprio Estado (presentado por seus Procuradores).

A diferença não é de cunho meramente teórico, mas prático. É que, em que pese a previsão contida no art. 131 e 132 da CF, os Procuradores dos entes públicos não são, a rigor, “representantes” do ente público. Em outros dizeres, agem os Procuradores, no desempenho de suas elevadas atribuições, “encarnando” o próprio Estado, expressando a sua lídima vontade.

Necessário assentar tal premissa, a fim de que se entenda qual a diferenciação, no plano da legitimidade, entre a tutela do interesse público pelo Ministério Público e pela Advocacia Pública.

Como bem ressaltado pelo Min. ILMAR GALVÃO no julgamento do Recurso Extraordinário 208.790 (Tribunal Pleno, DJ de 15/02/2000):

Na verdade, o art. 129, III, da CF, ao legitimar o **Ministério Público** para agir na proteção do patrimônio público, por via da ação civil pública, não fez senão instituí-lo **substituto processual de toda a coletividade**, posto que agirá na defesa de um interesse que toca a todos, indistintamente, revestindo, conseqüentemente, a natureza de interesse difuso. **Essa legitimação, de caráter extraordinário, [...] não afasta a iniciativa do pró-**

prio ente público interessado, como previsto no primeiro dispositivo citado [CF, art. 129, § 1º].

Assim, conforme dispõe o próprio art. 129, §1º da CF/88, ao elencar as funções institucionais do Ministério Público, ressalva que: “*A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei*”.

Assim, não há qualquer incoerência na coexistência de legitimidade entre o Ministério Público (como substituto processual da coletividade) e da Advocacia Pública (como presentante do ente público), na defesa da moralidade administrativa sob o escopo da tutela da probidade. Muito pelo contrário! A legitimidade concorrente e disjuntiva amplia o propósito do microsistema de tutela coletiva de direitos fundamentais, dentre os quais está inserido o direito à probidade na Administração Pública.

Conforme restou assentado pelo e. STF no julgamento do RE 976.566 (Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, DJe 26/09/2019), o combate à corrupção, à ilegalidade e à imoralidade no seio do Poder Público, com graves reflexos na carência de recursos para a implementação de políticas públicas de qualidade, **deve ser prioridade absoluta no âmbito de todos os órgãos constitucionalmente institucionalizados**, o que sugere a inserção dos órgãos e entes diretamente atingidos pela conduta desviante do padrão constitucional de moralidade e, por consequência, dos agentes constitucionalmente incumbidos da sua representação.

O que nos parece incoerente, além de contrário aos propósitos da República e ao próprio microsistema de tutela da probidade e da corrupção, é tentar estabelecer uma exclusividade ao Ministério Público, via norma infraconstitucional, quando a própria Carta Suprema da República não impõe tal condição. Pelo contrário, fez questão de assentar que “*A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei*” (art. 129, §1º da CF/88).

É certo que, quando a Constituição quis atribuir funções privativas ao *parquet* o fez de forma expressa, como no caso das ações penais públicas: “*Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei*”.

Anota-se, ainda, que a ação de improbidade administrativa, segundo autorizada doutrina, nada mais é senão, uma **ação civil pública com uma causa de pedir própria** e rito procedimental específico. E, se é indubitável que a Advocacia Pública (presentando o ente público) tem legitimidade para a propositura da ação civil pública (art. 5º da Lei n. 7.347/85), buscando a responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, porque não é legitimada ao ajuizamento da ação civil pública por ato de improbidade administrativa (na veladura do patrimônio moral da Administração)?

5. ADVOCACIA PÚBLICA: SUA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL NA TUTELA DE MORALIDADE E O “OCULTO” OBJETIVO DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA.

Conforme dito, no arquétipo constitucional e normativo brasileiro, a atuação da Advocacia Pública encontra-se assentada no controle de juridicidade dos atos praticados na Administração Pública, por meio da **apresentação do ente público em juízo, em defesa dos mais caros e relevantes princípios que regem a Administração**, sendo dever (e não faculdade) imposto ao Procurador do ente público a defesa dos princípios que regem a Administração, dentre os quais, o da **moralidade administrativa**, (onde a probidade encontra morada), seja no plano preventivo, seja no plano repressivo.

Isto é, a Advocacia Pública tem função constitucional de defender o Estado, assegurando a consecução dos fins da República (incluindo-se aí, a efetivação dos direitos fundamentais) e na defesa da preservação dos princípios que regem a Administração. E, nesse plexo de atribuições, sua atuação reclama a repressão de atos ilegais e também ímprobos, que violem os princípios a que o Estado Democrático de Direito se comprometeu a assegurar, por vontade democrática e imposição constitucional.

Conforme já dito, assentou a Carta da República a competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de “*zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público*”, afirmando, ademais, que: “*A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]*”.

Daí porque, entendendo-se que o patrimônio ético e moral integram o patrimônio público a ser tutelado, a supressão da legitimidade dos entes públicos para o ajuizamento da ação de improbidade viola frontalmente as funções institucionais da Advocacia Pública.

Ora, se à Advocacia Pública compete a exclusividade na representação judicial e consultoria jurídica das respectivas unidades federadas, zelando pelos princípios da Administração Pública, dentre os quais o da moralidade, devendo evitar (atuação preventiva) e reprimir (atuação repressiva) atos de improbidade de agentes que dissociam sua atuação do interesse público, é fácil concluir que a Lei federal 14.230, de 25 de outubro de 2021, tornou contraditório o microsistema de tutela da probidade administrativa e do combate à corrupção, ao excluir a legitimidade do ente público lesado para a propositura da ação de improbidade administrativa.

A norma em questão deveria fomentar, isto sim, o exercício da legitimidade concorrente e disjuntiva, assegurando a ambos entes (MP e Fazenda Pública) a prerrogativa de ingresso da ação de modo independente. Contudo, na contramão da lógica, a pessoa jurídica que foi prejudicada pelo ato inquinado do vício da improbidade não mais detém legitimidade para deflagrar a referida ação.

A alteração normativa é uma afronta à autonomia da Advocacia Pública, ignorando que o ideal para o bom funcionamento da lei, que é a legitimidade concorrente de diferentes órgãos do sistema de justiça para a tutela da probidade.

Por que então retirar a legitimidade do próprio ente público lesado, representado por sua respectiva Advocacia Pública para a ação de improbidade? Enfim, qual foi a real finalidade da norma?

É sabido por todos que a razão fundante da alteração normativa foi calcada na tentativa de repelir o uso da ação de improbidade com fins políticos, tendo em vista o não incomum manejo da ação por órgãos da advocacia pública em desfavor de ex-gestores, com fins de perseguição política.

A justificativa de alguns se insere na afirmação da gravidade das sanções por improbidade e o possível uso político da ação, para eventualmente constranger adversários, o que indicaria a conveniência de estabelecer legitimidade exclusiva ao Ministério Público para propor a ação.

Ora, se desvios aos reais objetivos da lei existem, que sejam eles reprimidos com o rigor necessário, dentro dos mecanismos sancionatórios existentes. O que não se pode conceber, é a supressão da legitimidade do próprio ente lesado pelo ato improprio, pelo simples fato da existência de ações temerárias movidas com fins políticos.

De mais a mais, cai por terra o argumento que vê incompatibilidade entre a natureza gravosa das penas por improbidade e a legitimidade do ente administrativo (que poderia estar movido por intenções político-partidárias e não republicanas) para iniciar a ação respectiva, na medida em que a decisão de impor ou não as sanções previstas na Lei de Improbidade é do Poder Judiciário, sendo desimportante, desse ponto de vista, o órgão que deflagrou a ação, já que a sanção só será aplicada mediante respeito ao contraditório, ampla defesa, após decisão judicial de autoridade imparcial e independente.

Assim, as penas ali previstas só podem ser aplicadas pelo Poder Judiciário, em ação judicial, respeitados todos os trâmites processuais e garantias fundamentais, de modo que há necessária garantia de aplicação imparcial das penas previstas na lei de improbidade, seja em ação ajuizada pelo Ministério Público, seja pela Advocacia Pública.

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

Marcelo Novelino¹⁰ esclarece que a defesa do Estado não se confunde com a defesa do governo, que é transitório. Aduz que, como função essencial à justiça, o dever principal dos exercentes da Advocacia Pública é “a manutenção e o aperfeiçoamento da ordem jurídica (interesses primários), embora também desenvolvam atividades de natureza jurídica ou administrativa voltadas à sustentação de medidas governamentais”.

O inestimável administrativista Celso Antônio Bandeira de Melo¹¹ leciona que a Constituição outorgou aos agentes do estado um conjunto de proteções e garantias para:

¹⁰ NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 6.ed. São Paulo: Método, 2012. p. 998.

¹¹ MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 257.

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

Assim, o argumento da necessidade de supressão da legitimidade para o manejo da ação de improbidade em razão da má adoção (com fins políticos) de tal mecanismo não se sustenta. Se há desvio de finalidade na conduta de eventual representante do ente público ao mover ação temerária com objetivos políticos, **o erro é na conduta, não na via adotada**. A não ser assim, é como se pretender “cortar a árvore porque o fruto está estragado”, ao invés de “cortar apenas o fruto estragado, porque a árvore está sadia”. Nesse caso, resta óbvio que os fins não podem justificar os meios.

Certo é que o representante do ente público ostenta garantias de imparcialidade, independência técnica e liberdade de atuação, não podendo agir de forma servil ao transitório gestor público, eis que foi alçado a defender os interesses do ente (e não do governante de plantão), mediante mandato constitucional (art. 132 da CF/88). Com efeito, seu compromisso maior é com a ordem constitucional, com a legalidade, os princípios que regem a Administração Pública. Logo, sua atividade só se legitima enquanto trilhada nos estreitos limites da legalidade, tendo em mira sempre o interesse público, ainda que sua atuação e suas convicções se choquem com os objetivos políticos do administrador público, transitória e democraticamente eleito – o que ordinariamente ocorre, aliás.

Isto é, o fim colimado com exercício de seu *munus* constitucional se sobrepõe ao alcance de interesses exclusivamente governamentais. E, como função essencial à justiça (e, portanto, ao próprio Estado de Direito), cabe-lhe, antes de tudo, zelar pelos princípios exortados pela Constituição Federal, garantindo que as ações empreendidas pela Administração Pública permaneçam hígdas, confinadas aos limites da estrita legalidade e probidade.

Nesta premissa, revela-se inconcebível a adoção da concepção decorrente da “vinculação do representante aos interesses do representado” e do desvio de conduta (possível retaliação política) no manejo da ação de improbidade, para fins de justificar a nada republicana (diga-se), abolição da legitimidade do procurador do ente público para ajuizar a ação de improbidade. Isto porque, a Advocacia Pública de Es-

tado, destinatária de tão relevante mandato constitucional, é órgão imprescindível à realização dos objetivos da república exortados pela Lei Fundamental, pelo que comprometida com interesses outros, maiores e mais relevantes, que suplantam, em muito, os próprios interesses do órgão “representado”.

Sob o escólio de Celso Ribeiro Bastos¹² (tecendo comentários acerca do art. 132 da Constituição Federal), extrai-se valioso ensinamento do renomado jurista:

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

O eminente jurista Diogo de Figueiredo Moreira Neto assevera que o desempenho dessas funções exige acima de tudo a independência de ciência e consciência para, se necessário, saber e poder sobrepor o superior interesse da juridicidade sobre quaisquer outros, o que demanda firmeza e coragem para confrontar “*agentes públicos que ocupam cargos importantes*”. Saliencia, ainda, que o procurador “*não pode nem deve ignorar tais limites, nem poderá violá-los a pretexto de sustentar interesses ilegais, ilegítimos e imorais*”¹³.

Com efeito, diante da clara violação de legítimas prerrogativas institucionais da Advocacia Pública, a Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (ANAPE) e a Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (ANAFE) ajuizaram no Supremo Tribunal Federal (STF), respectivamente, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 7042 e 7043 questionando estes e outros dispositivos da Lei 14.230/2021, que alterou a Lei 8.429/1992.

Conforme destacou o eminente relator da ADI, ao analisar a Medida Cautelar Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7.042:

¹² *Apud* MOOG, Marcos Costa Viana Moog. *In*: O EXERCÍCIO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PELO PROCURADOR DO ESTADO. Tese apresentada no XXXII Congresso Nacional de Procuradores do Estado e DF. Disponível em: <<http://www.unisite.ms.gov.br/unisite/control/ShowFile.php?id=58901>>. Acesso em 11 abr. 2016.

¹³ *Ibidem*.

A norma constitucional em questão deixa certa margem de conformação ao legislador infraconstitucional para a disciplina e regulamentação da legitimação desses terceiros – **o que não significa, em absoluto, a inexistência de um dever de coerência e racionalidade nesse exercício, buscando eficiência no combate à corrupção e proteção ao patrimônio público.** [...] A Constituição de 1988 privilegiou o combate à improbidade administrativa para evitar que os agentes públicos atuem em detrimento do Estado, pois, como já salientava PLATÃO, na clássica obra REPÚBLICA, a punição e o afastamento da vida pública dos agentes corruptos pretendem fixar uma regra proibitiva para que os servidores públicos não se deixem “*induzir por preço nenhum a agir em detrimento dos interesses do Estado*”. A corrupção é a negativa do Estado Constitucional, que tem por missão a manutenção da retidão e da honestidade na conduta dos negócios públicos, pois não só desvia os recursos necessários para a efetiva e eficiente prestação dos serviços públicos, mas também corrói os pilares do Estado de Direito e contamina a necessária legitimidade dos detentores de cargos públicos, vital para a preservação da Democracia representativa.

Ao abolir a legitimidade da Advocacia Pública para a propositura da ação de improbidade em favor do ente público lesado a Lei nº 14.230/2021 acabou por estabelecer uma espécie de monopólio absoluto do combate à improbidade ao Ministério Público, situação que esta que se desvirtua dos comandos e princípios constitucionais e do próprio arcabouço normativo de tutela da corrupção e da moralidade na Administração Pública.

Convém pontuar, que até a conclusão deste artigo, nos autos da ADI 7042, o ministro Alexandre de Moraes havia deferido, *ad referendum* do plenário do STF, a medida cautelar vindicada, para conceder interpretação conforme a Constituição Federal ao *caput* e §§ 6º-a, 10-c e 14, do artigo 17 da lei nº 8.429/92, com a redação dada pela lei nº 14.230/2021, no sentido da reconhecer a existência de legitimidade ativa concorrente entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa.

6. CONCLUSÕES.

A Advocacia Pública tem a função de defender os interesses do Estado e, conseqüentemente, os interesses da sociedade. Nesta toada, retirar a competência da advocacia pública de ingressar com ações de improbidade é retirar do Estado parte essencial da função de defesa do cidadão e dos entes federados conferida pela legislação pátria, ignoran-

do que o caminho ideal para a defesa da probidade na Administração Pública é ideia de atuação conjunta e independente de diversos **órgãos** integrantes do sistema de justiça pública, todos voltados à proteção da moralidade administrativa na sua forma qualificada (a probidade).

Resta claro, pois, que a exclusividade na proposição da ação de improbidade administrativa imposta pela norma fragiliza o sistema de controle da Administração Pública, visto que deixaria a persecução de atos atentatórios à probidade e à moralidade administrativas basicamente ao singular juízo de avaliação do Ministério Público.

Caberia à norma, ao invés de abolir a legitimidade do ente público prejudicado, ampliar os instrumentos que fomentassem a atuação conjunta do Ministério Público e da Advocacia Pública na detecção, prevenção, responsabilização e punição dos responsáveis por atos desviados da moralidade, dando concretude ao princípio da eficiência no combate à corrupção e à improbidade.

Ao abolir tal legitimidade, o legislador ordinário terminou por impedir o exercício do dever-poder da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de zelar pela guarda da Constituição e das leis e de conservar o patrimônio público, compreendido no seu sentido amplo, que engloba a tutela da moral e da ética na Administração Pública.

Sabendo-se que a legitimidade do Ministério Público para as ações civis públicas obviamente não impede a de terceiros (art. 129, §1º da CF/88) e, nada mais sendo a ação de improbidade administrativa senão uma ação civil pública com uma causa de pedir própria, tem-se que Constituição Federal indica um comando impeditivo à previsão de exclusividade por parte do Ministério Público nas ações civis por ato de improbidade administrativa, impondo, assim, a necessidade de uma interpretação teleológica do texto constitucional.

A alteração legislativa em questão – sem falar de outras infelizes modificações procedidas pela citada lei –, além de um visível contrassenso normativo no sistema de tutela da probidade, causa, na prática, um inegável comprometimento dos mecanismos de combate à **corrupção e à moralidade na Administração Pública, cujo arcabouço legal é asentado em bases normativas que asseguram a amplitude de eficiência e abrangência na defesa de tal caro princípio, por meio da legitimidade concorrente e disjuntiva de diferentes órgãos integrantes do sistema de justiça pública, ceifando o protagonismo do ente público e do ór-**

ção de Advocacia Pública competente para a realização da atividade persecutória contra os responsáveis pelos desvios morais identificados no âmbito da Administração Pública, incorrendo em um verdadeiro retrocesso social, econômico e cultural.

Não fosse só isso, a nova redação conferida acaba por violar, portanto, o disposto no art. 131 e 132 da Carta da República, que prevê a competência exclusiva dos procuradores dos entes públicos para exercerem a representação judicial, de modo a assegurar a boa gestão da coisa pública em seus respectivos entes federativos. E, ainda que o *parquet* atue com o vigor necessário à repressão de tais condutas (certamente o fará), não lhe cabe agir em nome do ente lesado, mas sim na defesa do direito difuso e na condição de substituto processual da coletividade, de modo que se mostra absolutamente contraditório que o próprio ente público lesado não possa ter a mesma legitimidade ativa para, em nome próprio, atuar a repressivamente na persecução dos atos ímprobos praticados em seu prejuízo e em afronta aos princípios a que cumpre defender por mandamento constitucional.

Ademais, a Constituição Federal, quando pretendeu que determinada competência fosse exercida privativamente por certo órgão integrante do sistema de justiça, o fez expressamente, como no caso da ação penal pública (de competência privativa do Ministério Público, conforme art. 129, I da CF), sendo certo que na persecução civil dos atos de improbidade administrativa, não limitou (nem poderia) a atuação concorrente e prioritária das carreiras de Advocacia Pública na defesa do interesse público e na veladura da moralidade no âmbito da Administrativa Pública.

Resta evidente que caminho consentâneo com os objetivos constitucionais é consagrar a pluralidade de legitimados ativos para a persecução civil da tutela da moralidade. Até porque, o próprio §1º do artigo 129 da CF/88 estabelece que a legitimação do Ministério Público para as ações civis não impede a de terceiros, sobremaneira a dos entes públicos afetados pelos casos de corrupção ou improbidade administrativa.

Forçoso concluir, portanto, que ao abolir a legitimidade ativa dos procuradores dos entes públicos para a propositura das ações de improbidade administrativa a novel alteração legislativa atenta contra a ordem constitucional, revelando claro retrocesso social no combate à corrupção e à moralidade na Administração Pública, além da claro óbice ao acesso à justiça pelos entes prejudicados, ceifando a competência

constitucional da Advocacia Pública no cumprimento da sua missão constitucional de zelar pelo interesse público e pelos princípios que regem a Administração Pública, exortados pela Carta Constitucional.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. A TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO À PROIBIDADE ADMINISTRATIVA: o rito da Lei de Improbidade Administrativa e sua integração pelos demais diplomas processuais. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/11/58>. Acesso em: 21/02/22.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 7.042. Disponível em: portal.stf.jus.br. Acesso em: 21 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal ADI 7.043. Disponível em: portal.stf.jus.br. Acesso em: 21 fev. 2022.

ALMEIDA, Ricardo Marques de. O MP ganhou legitimidade exclusiva para ações civis públicas por improbidade? Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-22/ricardo-almeida-mp-aco-es-civis-publicas-improbidade>. Acesso em: 4 fev. 2022.

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

FERRAZ, Luciano. Controle e consensualidade: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins). 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

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

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

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

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

OLIVEIRA, Daniel Garcia de. ALMEIDA, Jáder Miranda de. *Unicidade orgânica da Procuradoria do Estado e exclusividade das funções institucionais de representação judicial e consultoria jurídica por seus membros*. Revista brasileira de advocacia pública. ano 1. n.1 (jul./dez. 2015). Belo Horizonte: Fórum, 2015.

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

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ZIESEMER, Henrique da Rosa. Nova lei de improbidade administrativa comentada. Leme – SP: Mizuno, 2022.

GUIMARÃES, Gustavo de Queiroz. A supressão da legitimidade do ente público lesado para o ajuizamento da ação de improbidade administrativa: um canhestro contrassenso normativo. *DIREITO PÚBLICO: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 19-20, n.1, p. 168-188, 2022/2023.

O SUS E SUAS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS QUE PRESTAM AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE

MARIA CECÍLIA DE ALMEIDA CASTRO¹

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Entes federativos. 3 Comissões intergestores. 4 Conselhos de saúde e conferências de saúde. 5 Conselhos de secretários e de secretarias. 6 Consórcios de saúde. 7 Entidades prestadoras de serviços de saúde. 8 O papel da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais. 9 Conclusão.

RESUMO: O Sistema Único de Saúde brasileiro (SUS), instituído na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), pautado pelos princípios da universalidade do acesso, da equidade e da integralidade do atendimento, conta com diversos atores, responsáveis pelo planejamento e elaboração de políticas, bem como pela execução e prestação das ações e serviços públicos de saúde. O objetivo do presente estudo é, a partir da breve exposição dos principais atores, de suas competências e atribuições, demonstrar como o trabalho desempenhado pela Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais (SES-MG), unidade técnica e juridicamente subordinada à Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais (AGE-MG), contribui para a atuação mais assertiva dos atores estaduais perante o SUS.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Único de Saúde; Instituições jurídicas; Competências e atribuições; Atuação da Assessoria Jurídica.

1. INTRODUÇÃO.

O Sistema Único de Saúde (SUS), assentado no ordenamento jurídico brasileiro por meio dos artigos 196 a 200 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), disciplinado pela Lei Federal nº 8.080/1990 (Lei Orgânica do SUS) e aperfeiçoado por esparsa legislação (que trata, entre outros temas, do gasto com saúde para atingimento do valor mínimo constitucional, dos repasses fundo a fundo, da par-

¹ Procuradora do Estado de Minas Gerais. Assessora Jurídica-Chefe da Secretaria de Estado de Saúde e da Escola de Saúde Pública de Minas Gerais. Mestre em Direito Público pela PUC-Minas.

ticipação popular na saúde, da auditoria no SUS, dos programas), é um dos maiores e mais complexos sistemas de saúde pública do mundo, abrangendo desde as ações e serviços de vigilância em saúde, nos aspectos da vigilância epidemiológica e sanitária (cujos exemplos são as ações de vacinação e fiscalização de estabelecimentos); passando pela Atenção Primária à Saúde, por meio dos atendimentos preventivos; e culminando na prestação de serviços de Média e Alta Complexidade (MAC), a exemplo de tratamento e cirurgias complexas, inclusive o transplante de órgão.

Os princípios fundamentais ou doutrinários se referem aos ideais do SUS, a partir dos quais são pensadas e estruturadas as políticas de saúde, sendo eles a universalidade do acesso, a equidade e a integralidade do atendimento (art. 196 da CF/88). Enquanto a universalidade significa que, independentemente de vínculo trabalhista ou caráter contributivo, todas as pessoas em território brasileiro (os nacionais, os estrangeiros, refugiado, apátridas etc.), sem qualquer tipo de discriminação, têm direito de acesso às ações e serviços públicos de saúde; a equidade se relaciona aos conceitos de igualdade e justiça social e se orienta pela redução das desigualdades e pelo atendimento à diversidade, principalmente pelo reconhecimento das diferenças nas condições de vida (determinantes sociais da saúde) e nas necessidades de grupos específicos de pessoas².

Já a integralidade significa que as ações e serviços de saúde devem se nortear por uma noção ampliada das necessidades, no sentido de articular ações de promoção, prevenção e recuperação da saúde. Cuida, na verdade, do modo de organização dos serviços de saúde, articulando de forma ampliada os diferentes níveis de complexidade da atenção e do atendimento.

Além dos princípios fundamentais ou doutrinários, o SUS também compreende princípios organizativos (art. 198 da CF/88), que constituem as formas de se concretizar, na prática, os ideais do sistema. Tra-

2 Segundo Aith (2007): “O princípio da igualdade no seu sentido material é essencialmente fundado no princípio da equidade ou solidariedade. Ou seja, para propiciar a todos e a cada um as condições materiais necessárias para o pleno desenvolvimento das suas potencialidades físicas, mentais e espirituais, a sociedade deve organizar um sistema público de solidariedade. O princípio da solidariedade é a base de todos os direitos sociais constitucionalmente reconhecidos, entre eles a saúde”.

ta-se de princípios organizativos a descentralização, a hierarquização, a regionalização e a participação popular.

A descentralização significa que o poder e a responsabilidade sobre o setor são distribuídos entre os três níveis de governo (federal, estadual/distrital e municipal), objetivando uma prestação de serviços mais eficiente e, a partir do conceito constitucional de comando único, cada esfera de governo é autônoma e soberana em suas decisões e atividades.

Pela hierarquização, os serviços de saúde devem ser organizados em níveis crescentes de complexidade tecnológica (a atenção básica é o nível primário ou porta de entrada no sistema; as unidades especializadas de atendimento de urgência e emergência de média complexidade são o nível secundário; os hospitais de grande porte atendem a alta complexidade e são o nível terciário).

Já a regionalização significa que os serviços de saúde devem estar dispostos em uma área geográfica delimitada e com a definição da população a ser atendida.

Por fim, a participação popular importa no controle social das políticas de saúde, bem como na atuação de colegiados de gestão nos serviços de saúde.

A partir desse rol de princípios, notadamente dos princípios organizativos, o SUS é estruturado sobre diversos entes e instituições jurídicas que executam as ações e serviços públicos de saúde e, por essa razão, concentram feixes de atribuições e respectivas responsabilidades. Entre vários outros atores, destacam-se os seguintes, objeto da presente abordagem: os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), as Comissões Intergestores, as Conferências e os Conselhos de Saúde, os diversos Conselhos de Secretários e de Secretarias de Saúde e as entidades prestadoras diretas de serviços de saúde.

Quanto entes federativos, protagonistas do sistema de saúde, lecionam Carvalho e Santos (2006):

Quanto à direção, cabe esclarecer que, embora “único” para preservar, em todo território nacional, as suas características essenciais (alinhadas no artigo 7º como princípios e diretrizes), o sistema de saúde é dirigido, em cada esfera de governo (União, estado, Distrito Federal e município), pelo órgão político-administrativo responsável pelo setor de saúde: o Ministério da Saúde e a Secretaria da Saúde.

(...)

Direção única é uma consequência da autonomia política e da competência legal, exercida em conformidade com aqueles princípios e diretrizes informadores do sistema.

Delimita-se, assim, o objeto do presente artigo, qual seja, descrever as competências dos atores do SUS que atuam em sinergia direta com a Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais (SES-MG) e seus reflexos nas atribuições da unidade de assessoramento jurídico da SES, setor tecnicamente subordinado à Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais (AGE-MG).

O presente estudo, contudo, não abordará a atuação das Organizações Sociais de Saúde (OSS), pois, notadamente, elas são afetas à gestão de hospitais, o que, no estado de Minas Gerais, está a cargo da Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais (FHEMIG).

2. ENTES FEDERATIVOS.

Como visto no introito, os princípios do SUS são de caráter doutrinário ou de caráter organizativo. Nesse segundo tipo de princípios, encontra-se o princípio da descentralização e comando único, o qual significa que o poder e a responsabilidade sobre o setor são distribuídos entre os três níveis de governo (federal, estadual/distrital e municipal), objetivando uma prestação de serviço mais eficiente, sendo que, a partir do conceito constitucional de comando único, cada esfera de governo é autônoma e soberana em suas decisões e atividades sanitárias.

Quanto a isso, a Constituição da República de 1988 prevê, no art. 23, ser competência comum da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência. Infere-se, daí, que a prestação das ações e serviços públicos de saúde é atividade a ser desempenhada por todos os entes da federação brasileira, de maneira tripartite. Segundo Santos (2016):

Dessa forma, por disposição expressa do texto constitucional, a saúde é competência material comum de todos os entes federativos, devendo, cada um deles, prestá-la à população. No caso dos Municípios, essa competência é explicitada, ainda, pelo art. 30 da Lei Maior, nos seguintes termos:

Art. 30. Compete aos Municípios:

[...]

VII – prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados, serviços de atendimento à saúde da população;

Nesse sentido, em sua Seção II (Da Saúde) do Capítulo II (Da Seguridade Social) do Título VIII (Da Ordem Social), a CR/1988 dispõe ser a saúde um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988). E acrescenta:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

(...) (BRASIL, 1988)

A prestação das ações e serviços públicos de saúde no Brasil, portanto, está compartilhada entre todas as esferas federativas e organizada de modo descentralizado, com direção única em cada uma dessas esferas de governo, podendo ser executadas diretamente pelo Poder Público ou mediante terceiros.

Outra não é a previsão da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, a conhecida Lei Orgânica do SUS, que regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado (BRASIL, 1990). Vê-se, em Santos (2016), que:

Quanto ao detalhamento das atribuições de cada uma das esferas, ele foi trazido pela legislação infraconstitucional.

A Lei nº 8.080/1990, também conhecida como a Lei Orgânica do SUS, estabelece o que caberia a cada uma delas dentro do SUS, que se constitui em um sistema organizado de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente, consoante já visto.

(...)

Quanto ao Distrito Federal, cabem-lhe as atribuições reservadas aos Estados e, também, aos Municípios, consoante o art. 19.

Com efeito, a gestão das ações e dos serviços de saúde deve ser solidária e participativa entre os três entes da federação (a União, os Es-

tados/Distrito Federal e os municípios), cuja rede que compõe o SUS é ampla e abrange tanto ações quanto os serviços de saúde³.

3 Lei nº 8.080/1990. Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:

I - definição das instâncias e mecanismos de controle, avaliação e de fiscalização das ações e serviços de saúde;

II - administração dos recursos orçamentários e financeiros destinados, em cada ano, à saúde;

III - acompanhamento, avaliação e divulgação do nível de saúde da população e das condições ambientais;

IV - organização e coordenação do sistema de informação de saúde;

V - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade e parâmetros de custos que caracterizam a assistência à saúde;

VI - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade para promoção da saúde do trabalhador;

VII - participação de formulação da política e da execução das ações de saneamento básico e colaboração na proteção e recuperação do meio ambiente;

VIII - elaboração e atualização periódica do plano de saúde;

IX - participação na formulação e na execução da política de formação e desenvolvimento de recursos humanos para a saúde;

X - elaboração da proposta orçamentária do Sistema Único de Saúde (SUS), de conformidade com o plano de saúde;

XI - elaboração de normas para regular as atividades de serviços privados de saúde, tendo em vista a sua relevância pública;

XII - realização de operações externas de natureza financeira de interesse da saúde, autorizadas pelo Senado Federal;

XIII - para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização;

XIV - implementar o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados;

XV - propor a celebração de convênios, acordos e protocolos internacionais relativos à saúde, saneamento e meio ambiente;

XVI - elaborar normas técnico-científicas de promoção, proteção e recuperação da saúde;

XVII - promover articulação com os órgãos de fiscalização do exercício profissional e outras entidades representativas da sociedade civil para a definição e controle dos padrões éticos para pesquisa, ações e serviços de saúde;

XVIII - promover a articulação da política e dos planos de saúde;

XIX - realizar pesquisas e estudos na área de saúde;

Nessa estruturação, a União é a principal financiadora da rede pública de saúde, cujo Ministério da Saúde é o gestor nacional do SUS, cabendo-lhe formular, normatizar, fiscalizar e avaliar as políticas e ações, em articulação com o Conselho Nacional de Saúde.

A União não executa, diretamente, as ações e serviço de saúde, dependendo de parceiros (estados, municípios, ONGs, fundações, empresas etc.) para a realização dos projetos. A União atua no âmbito da Comissão Intergestores Tripartite (CIT) para pactuar o Plano Nacional de Saúde, integrando a sua estrutura a Fundação Oswaldo Cruz (Fio-cruz), a Fundação Nacional de Saúde (Funasa), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), a Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia (Hemobrás), o Instituto Nacional do Câncer (INCA), o Instituto Nacional de Traumatologia e Ortopedia (INTO), além de oito hospitais federais (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020)⁴.

XX - definir as instâncias e mecanismos de controle e fiscalização inerentes ao poder de polícia sanitária;

XXI - fomentar, coordenar e executar programas e projetos estratégicos e de atendimento emergencial.

4 Lei nº 8.080/1990. Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete:

I - formular, avaliar e apoiar políticas de alimentação e nutrição;

II - participar na formulação e na implementação das políticas:

a) de controle das agressões ao meio ambiente;

b) de saneamento básico; e

c) relativas às condições e aos ambientes de trabalho;

III - definir e coordenar os sistemas:

a) de redes integradas de assistência de alta complexidade;

b) de rede de laboratórios de saúde pública;

c) de vigilância epidemiológica; e

d) vigilância sanitária;

IV - participar da definição de normas e mecanismos de controle, com órgão afins, de agravo sobre o meio ambiente ou dele decorrentes, que tenham repercussão na saúde humana;

V - participar da definição de normas, critérios e padrões para o controle das condições e dos ambientes de trabalho e coordenar a política de saúde do trabalhador;

VI - coordenar e participar na execução das ações de vigilância epidemiológica;

VII - estabelecer normas e executar a vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras, podendo a execução ser complementada pelos Estados, Distrito Federal e Municípios;

Os Estados e o Distrito Federal, por meio de suas Secretarias de Saúde, participam da formulação das políticas e ações de saúde, prestam apoio

VIII - estabelecer critérios, parâmetros e métodos para o controle da qualidade sanitária de produtos, substâncias e serviços de consumo e uso humano;

IX - promover articulação com os órgãos educacionais e de fiscalização do exercício profissional, bem como com entidades representativas de formação de recursos humanos na área de saúde;

X - formular, avaliar, elaborar normas e participar na execução da política nacional e produção de insumos e equipamentos para a saúde, em articulação com os demais órgãos governamentais;

XI - identificar os serviços estaduais e municipais de referência nacional para o estabelecimento de padrões técnicos de assistência à saúde;

XII - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde;

XIII - prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional;

XIV - elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e os serviços privados contratados de assistência à saúde;

XV - promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal;

XVI - normatizar e coordenar nacionalmente o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados;

XVII - acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais;

XVIII - elaborar o Planejamento Estratégico Nacional no âmbito do SUS, em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal;

XIX - estabelecer o Sistema Nacional de Auditoria e coordenar a avaliação técnica e financeira do SUS em todo o Território Nacional em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal.

Parágrafo único. A União poderá executar ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais, como na ocorrência de agravos inusitados à saúde, que possam escapar do controle da direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) ou que representem risco de disseminação nacional.

§ 1º A União poderá executar ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais, como na ocorrência de agravos inusitados à saúde, que possam escapar do controle da direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) ou que representem risco de disseminação nacional.

§ 2º Em situações epidemiológicas que caracterizem emergência em saúde pública, poderá ser adotado procedimento simplificado para a remessa de patrimônio genético ao exterior, na forma do regulamento.

§ 3º Os benefícios resultantes da exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético de que trata o § 2º deste artigo serão repartidos nos termos da Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015.

aos municípios em articulação com o respectivo Conselho Estadual de Saúde e participam da Comissão Intergestores Bipartite (CIB) para aprovar e implementar o plano estadual de saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020).

Os gestores estaduais do SUS - agentes públicos integrantes das Secretarias Estaduais de Saúde -, são responsáveis pela organização do atendimento à saúde em seu território, devendo aplicar recursos próprios, inclusive nos municípios, assim como aqueles recursos repassados pela União. Além de serem um dos parceiros para a aplicação de políticas nacionais de saúde, os estados e o DF formulam suas próprias políticas de saúde, coordenando e planejando o SUS em nível estadual, mas sempre com respeito à normatização nacional⁵.

5 Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:

I - promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde;

II - acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde (SUS);

III - prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde;

IV - coordenar e, em caráter complementar, executar ações e serviços:

a) de vigilância epidemiológica;

b) de vigilância sanitária;

c) de alimentação e nutrição; e

d) de saúde do trabalhador;

V - participar, junto com os órgãos afins, do controle dos agravos do meio ambiente que tenham repercussão na saúde humana;

VI - participar da formulação da política e da execução de ações de saneamento básico;

VII - participar das ações de controle e avaliação das condições e dos ambientes de trabalho;

VIII - em caráter suplementar, formular, executar, acompanhar e avaliar a política de insumos e equipamentos para a saúde;

IX - identificar estabelecimentos hospitalares de referência e gerir sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional;

X - coordenar a rede estadual de laboratórios de saúde pública e hemocentros, e gerir as unidades que permaneçam em sua organização administrativa;

XI - estabelecer normas, em caráter suplementar, para o controle e avaliação das ações e serviços de saúde;

XII - formular normas e estabelecer padrões, em caráter suplementar, de procedimentos de controle de qualidade para produtos e substâncias de consumo humano;

Já os municípios, por meio de suas Secretarias Municipais de Saúde, são responsáveis pela execução das ações e serviços de saúde no âmbito do seu território, cujas atribuições são planejar, organizar, controlar, avaliar e executar tais ações e serviços. Atuam em articulação com o respectivo Conselho Municipal de Saúde e a esfera estadual para aprovar e implantar o plano municipal de saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020). Os municípios podem estabelecer parcerias com outros municípios para garantir o atendimento pleno de sua população e para procedimentos de complexidade que estejam acima daqueles que pode oferecer, constituindo, por exemplo, os Consórcios Intermunicipais de Saúde (CIS).

Os gestores municipais, nas pessoas dos agentes públicos integrantes das Secretarias Municipais de Saúde, coordenam e planejam o SUS em nível municipal, competindo-lhes aplicar recursos próprios e os repassados pela União e pelo estado. Além de serem um dos parceiros para a aplicação de políticas nacionais e estaduais de saúde, os municípios formulam suas próprias políticas, com respeito à normatização nacional e estadual⁶.

XIII - colaborar com a União na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras;

XIV - o acompanhamento, a avaliação e divulgação dos indicadores de morbidade e mortalidade no âmbito da unidade federada.

(...)

Art. 19. Ao Distrito Federal competem as atribuições reservadas aos Estados e aos Municípios.

6 Lei nº 8.080/1990. Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:

I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;

II - participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), em articulação com sua direção estadual;

III - participar da execução, controle e avaliação das ações referentes às condições e aos ambientes de trabalho;

IV - executar serviços:

a) de vigilância epidemiológica;

b) vigilância sanitária;

c) de alimentação e nutrição;

d) de saneamento básico; e

Sobre o caráter tripartite das competências e gestão do SUS, adverte Santos (2016):

A política pública de saúde, consoante visto, é executada de forma conjunta por todos os entes federativos. Há uma verdadeira interdependência das esferas federal, estadual e municipal. Daí a necessidade de todos agirem de forma coordenada e harmônica entre si, para que se evitem conflitos entre os entes. Devem eles respeitar rigorosamente a fixação de atribuições realizadas pelo legislador, para que não ocorra a invasão do plexo de atribuições de uma esfera pela outra.

A crítica que é feita à repartição de competências entre os entes federativos no SUS é a mesma que é feita sobre qualquer outro sistema jurídico-político-administrativo brasileiro. Trata-se do fato de que a União Federal, dado o seu modelo de formação centrífugo (pelo qual a federação teve origem em um estado unitário que se fragmentou num movimento de dentro para fora, porém, mantendo a centralização das competências), detém uma maior concentração do poder de arrecadação tributária, dos bens e dos recursos consigo, em detrimento dos estados e municípios⁷.

e) de saúde do trabalhador;

V - dar execução, no âmbito municipal, à política de insumos e equipamentos para a saúde;

VI - colaborar na fiscalização das agressões ao meio ambiente que tenham repercussão sobre a saúde humana e atuar, junto aos órgãos municipais, estaduais e federais competentes, para controlá-las;

VII - formar consórcios administrativos intermunicipais;

VIII - gerir laboratórios públicos de saúde e hemocentros;

IX - colaborar com a União e os Estados na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras;

X - observado o disposto no art. 26 desta Lei, celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução;

XI - controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde;

XII - normatizar complementarmente as ações e serviços públicos de saúde no seu âmbito de atuação.

7 Em que pese a União deter maior concentração de poder, bens e recursos, o mesmo não ocorre quanto às competências, uma vez que é corrente o entendimento, para os municipalistas, de que os municípios brasileiros assumiram maior parte das competências constitucionais, mesmo que genericamente no art. 30, I, da CR/1988, sob a rubrica “assuntos de interesse local”.

A CR/1988 resgatou, em parte, o pacto federativo, estruturando um sistema de repartição de competências que visa ao equilíbrio entre os entes, apesar de entregar à União a maior parte da arrecadação tributária, dos bens e recursos. Tal modelo, para o sistema de saúde, ocasiona fragilidade de estados e municípios, notadamente daqueles mais carentes da federação, cujo desempenho de suas atribuições, em enorme medida, fica condicionado aos repasses federais.

Nesse sentido fragiliza, também, a própria prestação final das ações e serviços de saúde, uma vez que, como estados e municípios encontram-se mais próximos das necessidades da população regional e local, a entrega da assistência em saúde fica comprometida pela ausência de assertividade ou pela demora na entrega dos meios hábeis à execução das políticas de saúde.

Voltando ao objeto específico deste estudo e traçando um recorte nas competências e atribuições dos estados na implementação das políticas e na prestação de serviços públicos de saúde, exsurge a atuação da

Conforme destaca Souza (2005 *apud* CÉSAR, 2017, p. 45), a CR/1988 optou pelo “*princípio de que a responsabilidade pela provisão da maioria dos serviços públicos, em especial os sociais, é comum aos três níveis*”.

Nessa esteira, sustenta César (2017) que “*a regulamentação básica para a descentralização da gestão dessas políticas se fundamenta em dois mecanismos principais: a habilitação para assunção de funções e o incentivo ou indução à adesão ao sistema. Cabe reforçar que a regulamentação de tais políticas ficou a cargo do governo federal, a começar da área da saúde, sendo que no âmbito dessa regulamentação que se inscrevem os mecanismos acima mencionados. Assim, a indução envolve o coficiamento, via fundo, alimentado em larga medida pelo governo federal. Trata-se de uma descentralização concebida e implementada pelo nível central de governo*”.

Prossegue-se o raciocínio com as conclusões de Arretche (*apud* CARNEIRO e BRASIL, 2016 *apud* CÉSAR, 2017, p. 49), segundo a qual, relativamente à situação dos municípios quanto às competências comuns para executar a maioria dos serviços públicos, observa-se “*ao mesmo tempo, a força da legislação em induzir a adesão dos governos locais ao sistema e a dificuldade com as quais estes se defrontam em cumprir os requisitos administrativos e operacionais nela especificados*”.

Daí se conclui que, considerando o rol constitucional das competências materiais comuns entre as três esferas federativas (art. 23), para execução das quais os municípios atuam de forma aderente às diretrizes maiores estabelecidas pela União com o intuito de obter os recursos financeiros necessários a essa execução; atrelado à competência legislativa genérica para regular assuntos de interesse local; e, considerando, ainda, a concentração de bens e recursos nas mãos da União, aos municípios é atribuída uma sobrecarga desproporcional de funções, em comparação às demais esferas federativas.

Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais, unidade jurídica e tecnicamente subordinada à Advocacia Geral do Estado (AGE), a quem compete, nos termos do Decreto Estadual nº 47.769, de 29 de novembro de 2019, entre outras atribuições, prestar consultoria e assessoramento jurídicos ao Secretário de Estado de Saúde (gestor estadual do SUS), elaborar estudos e preparar informações por solicitação do Secretário, assessorá-lo no controle da legalidade e juridicidade dos atos a serem praticados pela SES, interpretar os atos normativos a serem cumpridos pela SES (MINAS GERAIS, 2019).

3. COMISSÕES INTERGESTORES.

No rol de princípios organizativos do SUS, ao lado da descentralização e comando único, hierarquização e regionalização, destaca-se o da participação popular, o qual importa no controle social das políticas de saúde, bem como na atuação de colegiados de gestão nos serviços de saúde.

Relativamente à atuação dos colegiados de gestão nos serviços de saúde, as comissões intergestores são atores estratégicos que representam a dimensão institucional da estrutura de governança do SUS, reconhecidas, conforme art. 14-A da Lei nº 8.080, de 1990, como foros de negociação e pactuação entre gestores sobre os aspectos operacionais do sistema. No parágrafo único do mesmo art. 14-A, a atuação das Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite terá por objetivo: decidir sobre os aspectos operacionais, financeiros e administrativos da gestão compartilhada do SUS, em conformidade com a definição da política consubstanciada em planos de saúde, aprovados pelos conselhos de saúde; definir diretrizes, de âmbito nacional, regional e intermunicipal, a respeito da organização das redes de ações e serviços de saúde, principalmente no tocante à sua governança institucional e à integração das ações e serviços dos entes federados; fixar diretrizes sobre as regiões de saúde, distrito sanitário, integração de territórios, referência e contrarreferência e demais aspectos vinculados à integração das ações e serviços de saúde entre os entes federados (BRASIL, 1990).

As comissões podem ter atuação nacional, por meio da Comissão Intergestores Tripartite (CIT), que é o foro de negociação e pactuação entre gestores federal, estadual e municipal sobre os aspectos operacionais do SUS. Podem ter atuação estadual, por meio da Comissão Intergestores Bipartite (CIB), foro de negociação e pactuação entre gestores estaduais e municipais. Ainda, podem ter atuação regional, por

meio da Comissão Intergestores Regional (CIR), congregando o estado e municípios de determinada região.

Como informa o sítio eletrônico da Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais, a Comissão Intergestores Bipartite do Estado de Minas Gerais – CIB-SUS/MG foi instituída pela Resolução nº 637, de 25 de junho de 1993, sendo reconhecida como foro de articulação, negociação, pactuação e deliberação entre os gestores estadual e municipais, quanto aos aspectos operacionais e de regulamentação das Políticas de Saúde no âmbito da Gestão do SUS no Estado. Tem como apoio técnico, administrativo e operacional sua Secretaria Executiva.

Recentemente, em 13 de novembro de 2019, a CIB-SUS/MG aprovou, pela Deliberação nº 3.030, o novo Regimento Interno das Comissões Intergestores, que também trata das 14 Comissões Intergestores Bipartite Macrorregionais (CIB Macro) e das 89 Comissões Intergestores Bipartite Microrregionais (CIB Micro) do Estado de Minas Gerais.

Quanto a esse ponto, destaca-se a atuação da Secretaria Executiva da CIB-SUS/MG, que funciona dentro da estrutura da Secretaria de Estado de Minas Gerais em seus níveis central e regional e presta apoio técnico, administrativo e operacional à Comissão, conforme previsto no art. 61, alínea II do Decreto nº 47.760, de 2019 (MINAS GERAIS, 2019) e na Deliberação CIB-SUS/MG nº 3.030, de 13 de novembro de 2019 (SES-MG, 2019).

Entre as atribuições da Secretaria Executiva da CIB-SUS/MG, está a de preparar e secretariar as reuniões deliberativas, que sempre contam com a participação do Cosems.

4. CONSELHOS DE SAÚDE E CONFERÊNCIAS DE SAÚDE.

Da mesma forma que para as comissões intergestores, o princípio organizativo da participação popular, que conforma o controle social das políticas de saúde e a atuação de colegiados de gestão nos serviços de saúde, também está na base dos conselhos e das conferências de saúde.

A participação social foi regulada pela Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, a partir da criação de Conferências de Saúde e de Conselhos de Saúde, nas três esferas de governo (federal, estadual/distrital e municipal). Entidades da área da saúde, gestores e prestadores de serviços do setor, sociedade civil e usuários possuem legitimidade para

ocupar esses espaços, em um esforço para ser exercida a democracia popular e a gestão participativa no SUS. Conforme Aith (2007):

“Um grande avanço institucional do Direito Sanitário brasileiro encontra-se na existência de instituições jurídicas responsáveis pela consolidação, dentro da estrutura organizacional do SUS, de órgão colegiados de participação da comunidade nas atividades do SUS. Destaque-se, nesse sentido, os Conselhos e as Conferências Nacional, Estaduais e Municipais de saúde, instituídos por força da Lei Federal 8.142/90.”

Quanto ao tema, Manzini, Veiga e Leite (2021) afirmam que:

O Controle Social se organiza nas Conferências, assim como os Conselhos de Saúde, permanentes e integrantes do SUS, que representam uma verdadeira reforma na condição de funcionamento democrático do Estado. Desta forma, ampliam-se as relações entre democracia representativa e democracia participativa direta, de caráter ascendente, iniciando seu processo nos níveis locais, municipais, distrital, estaduais, culminando com o nível nacional.

As conferências, realizadas a cada quatro anos e compostas por diversos segmentos sociais, devem avaliar a situação de saúde e propor diretrizes. As deliberações das Conferências Nacionais de Saúde resultam dos debates ocorridos nos estados, por meio das Conferências Estaduais, que, por sua vez, resultam das propostas das Conferências Municipais, o que garante a legitimidade do evento como instância colegiada dos vários segmentos representados. Aliás, o alcance desses debates é bastante rico, amplo e multidisciplinar, como bem reconhecido:

A importância das Conferências de Saúde, que devem ser realizadas tanto no nível Federal como nos níveis estaduais e municipais, ultrapassa as fronteiras da ciência do direito e se espalha pela sociologia pelas ciências sociais, pela economia etc.

As Conferências de Saúde, realizadas periodicamente, produzem diretrizes e orientações para os gestores de saúde, configurando um momento de reflexão plural e abrangente da situação da saúde pública do Brasil e das possíveis ações que podem ser adotadas para a sua melhoria. Reúnem profissionais de todas as áreas para a discussão de indicadores de saúde, de questões administrativas e organizacionais do SUS, de questões de financiamento e gastos em saúde, enfim, as Conferências representam o momento maior do exercício da Democracia Sanitária no Brasil, devendo as autoridades públicas de saúde observar as deliberações das Conferências o mais fielmente possível. (AITH, 2007)

As conferências de saúde são organizadas em etapas, que se iniciam nos municípios. Em seguida, ocorrem as Conferências Estaduais e, por fim, a Conferência Nacional. As discussões das conferências municí-

pais e estaduais são sistematizadas e subsidiam a etapa nacional, que tem como principal produto o Relatório Final, que traz as deliberações no formato de diretrizes, propostas e moções, buscando subsidiar a gestão e favorecer o monitoramento por parte da população (GUIZARDI et al., 2004)⁸.

Entretanto, tem-se discutido a efetividade desses espaços de participação, considerando-se que, para atenderem aos seus objetivos, as conferências de saúde devem pautar o planejamento da gestão do SUS e influenciar as decisões dos gestores, o que, muitas vezes, não recebe a adequada atenção desses, dos participantes das conferências, do controle social e da academia (FJP, 2021).

Já os conselhos de saúde, caracterizados por Aith (2007) como “importante instrumento de participação na gestão pública da saúde”, conforme previsão da Lei nº 8.142/1990 têm como atribuição formular estratégias e controlar amplamente a execução da política de saúde na instância correspondente (âmbito de atuação nacional, estadual ou municipal), de modo a monitorar a conformidade, os resultados, o desempenho e o cumprimento das políticas de saúde, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, com base em informações da gestão e outras fontes disponíveis (como relatórios do tribunal de contas correspondente e relatórios do respectivo componente do Sistema Nacional de Auditoria do SUS), cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo (BRASIL, 1990).

Os conselhos de saúde têm caráter permanente, deliberativo e colegiado. O caráter permanente significa que o conselho de saúde deve existir, independentemente de decisões da gestão da União, dos estados ou dos municípios; nenhuma autoridade ou lei estadual ou municipal pode extingui-lo, sendo necessária outra lei federal para que ele possa ser extinto. O caráter deliberativo significa que o conselho de saúde atua através de debates em reuniões, com o objetivo de analisar ou resolver um problema, chegar a um acordo ou tomar uma decisão (BRASIL, 1990).

8 A título de exemplo sobre a importância das discussões nas conferências de saúde, o relatório final da 8ª Conferência Nacional de Saúde, de 1986, fundamentou a elaboração do capítulo sobre saúde da Constituição da República de 1988, criando o SUS (CNS, 1986).

Quanto ao caráter colegiado, entende-se que o conselho de saúde é um órgão composto por pessoas que representam diferentes grupos da sociedade, quais sejam, representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários: 50% dos integrantes são usuários; 25% são entidades representativas dos trabalhadores em saúde e 25% de representação de governo e prestadores de serviços privados conveniados ou sem fins lucrativos.

Os conselhos e conferências de saúde representam experiências concretas de gestão participativa que trouxeram melhorias no campo da participação social no SUS e servem de exemplo de sua democratização. Porém a participação social no SUS, por meio dos conselhos e conferências, não basta para contemplar a diversidade de opiniões da sociedade, tornando-se insuficientes quando representam a única abertura da gestão à participação popular. Com efeito, existem problemas estruturais e políticos que dificultam a organicidade de conselhos e conferências, principalmente no âmbito municipal, onde, em geral, há baixa representatividade, pouca renovação de membros, dominação por grupos mais organizados, enfraquecimento da luta em outras frentes participativas e de comunicação (DOMINGUEZ, 2007).

5. CONSELHOS DE SECRETÁRIOS E DE SECRETARIAS.

Ainda na esteira do princípio organizativo da participação popular, fundamento da atuação de órgãos colegiados de gestão nos serviços públicos de saúde, o SUS conta com instituições jurídicas como o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass), o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems) e o Conselho de Secretarias Municipais de Saúde (Cosems).

Sobre esses atores do SUS, diz a Lei nº 8.080/1990:

Art. 14-B. O Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems) são reconhecidos como entidades representativas dos entes estaduais e municipais para tratar de matérias referentes à saúde e declarados de utilidade pública e de relevante função social, na forma do regulamento.

§ 1º O Conass e o Conasems receberão recursos do orçamento geral da União por meio do Fundo Nacional de Saúde, para auxiliar no custeio de suas despesas institucionais, podendo ainda celebrar convênios com a União

§ 2º Os Conselhos de Secretarias Municipais de Saúde (Cosems) são reconhecidos como entidades que representam os entes municipais, no âmbito

estadual, para tratar de matérias referentes à saúde, desde que vinculados institucionalmente ao Conasems, na forma que dispuserem seus estatutos. (BRASIL, 1990)

Conass e Conasems são entidades de direito privado sem fins lucrativos, representativas, respectivamente, dos entes estaduais/distrital e dos entes municipais, para tratar de matérias referentes à saúde na CIT.

O Conass congrega os Secretários de Estado da Saúde e seus substitutos legais, enquanto gestores oficiais das Secretarias de Saúde dos estados e do Distrito Federal. Constitui-se em um organismo de representação da direção única do SUS nos estados, com mandato para representar os interesses comuns das Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal diante das instâncias de governo e outros parceiros, “tendo o cuidado de resguardar as definições contidas no estatuto da entidade e as deliberações da Assembleia dos Secretários” (REBRATS, 2015).

O Conasems representa os entes municipais nas negociações das políticas públicas de saúde em nível nacional, buscando, nesta representatividade, desincumbir-se da desafiadora tarefa de contemplar os interesses do amplo e diversificado universo dos 5.570 municípios brasileiros.

Já os Cosems's são as entidades que representam os entes municipais, no âmbito estadual, para tratar de matérias referentes à saúde, desde que vinculados institucionalmente ao Conasems, na forma que dispuserem seus estatutos. São colegiados das Secretarias Municipais de Saúde e o seu coletivo de gestores municipais de saúde em cada estado do país.

Nesse sentido, os Cosems's são fundamentais para assegurar a capilaridade do SUS, pois a entidade nacional deve ser entendida dentro de um conceito de rede, de natureza ascendente e organizativa, em cuja base estão as entidades estaduais e, ramificando dessas, estão as entidades municipais.

6. CONSÓRCIOS DE SAÚDE.

A razão de ser da Administração Pública é realizar ações e fornecer serviços de interesse público, o que, por vezes, não consegue fazer isoladamente, motivo pelo qual pode lançar mão de instrumentos - como os consórcios públicos -, que permitam a junção de esforços com vários outros entes da mesma natureza, visando à mesma finalidade.

A formalização e operação dos consórcios públicos está prevista na Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005, e regulamentada pelo Decreto nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007. No âmbito do estado de Minas Gerais, os consórcios públicos estão disciplinados na Lei nº 18.036, de 12 de janeiro de 2009.

O consórcio intermunicipal é um pacto entre dois ou mais municípios que se comprometem a executar, em conjunto, atividades e/ou serviços. Na área da saúde, cada município responsabiliza-se pela organização da sua rede de atenção básica e pode associar-se, por meio de consórcio, a municípios vizinhos para o atendimento ambulatorial especializado e hospitalar, além de poder se beneficiar da estrutura administrativa do consórcio para a compra de materiais de consumo e equipamentos. Essas associações constituem uma forma inovadora de gestão do SUS, principalmente nas regiões Sul e Sudeste do Brasil (FJP, 2021).

Além da possibilidade da gestão associada de serviços públicos, da transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos e, ainda, do remanejamento regional dos recursos destinados ao SUS, o consórcio, por ter personalidade jurídica, pode atuar como um executor das ações regionais definidas nas Comissões Intergestores Biparte estadual e regional. Desta forma, o consórcio pode contratar e fiscalizar serviços assistenciais de abrangência regional, ganhando escala e escopo nas ações e serviços regionais de saúde.

A regulamentação do SUS, realizada mediante o processo de descentralização da prestação das ações e serviços de saúde, foi feita de modo desigual no Brasil, levando os municípios do interior, que até então não tinham uma participação efetiva nas ações de saúde, a buscarem alternativas para implantá-lo. Neste percurso, a associação com outros municípios representou a parceria ideal para otimizar estruturas e equipamentos de maior complexidade tecnológica, resolver problemas de recursos humanos, financeiros e facilitar o acesso aos serviços de saúde para um maior número de pessoas (LIMA, 2000).

7. ENTIDADES PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE SAÚDE.

Arrematando o rol de atores do SUS, em sua face essencialmente operacional e atuando na linha de frente da prestação dos serviços públicos de saúde, encontram-se as entidades prestadoras dos serviços de saúde.

Essas entidades podem fazer parte da Administração Pública Indireta, por meio de fundações públicas ou autarquias hospitalares, assim como, de forma complementar ao SUS, podem integrar a iniciativa privada, com preferência às entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos. É o que dispõe a Constituição da República Federativa de 1988, a saber:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.
(...)

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 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.

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei. § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.
(BRASIL, 1988)

A relação de complementariedade das ações e serviços públicos de saúde ocorre em razão da ausência de estrutura estatal suficiente para alcançar toda a cobertura universal e integral que se espera do SUS. Com efeito:

9 Lei nº 8.080/1990. Art. 23. É permitida a participação direta ou indireta, inclusive controle, de empresas ou de capital estrangeiro na assistência à saúde nos seguintes casos:

I - doações de organismos internacionais vinculados à Organização das Nações Unidas, de entidades de cooperação técnica e de financiamento e empréstimos;

II - pessoas jurídicas destinadas a instalar, operacionalizar ou explorar:

a) hospital geral, inclusive filantrópico, hospital especializado, policlínica, clínica geral e clínica especializada; e

b) ações e pesquisas de planejamento familiar;

III - serviços de saúde mantidos, sem finalidade lucrativa, por empresas, para atendimento de seus empregados e dependentes, sem qualquer ônus para a seguridade social; e

IV - demais casos previstos em legislação específica.

O Estado brasileiro ainda não possui condições necessárias para cumprir integralmente o seu dever de garantir a saúde da população. Faltam hospitais, laboratórios, clínicas médicas, enfim, há carência estrutura básica para o atendimento universal da população. Resta assim, ao Estado Brasileiro, através da União, dos Estados e dos Municípios, utilizar-se de parceiros privados para a consecução dos seus objetivos constitucionais. Trata-se da saúde complementar, ou seja, das ações e serviços de saúde que, embora sejam prestadas por pessoas jurídicas de direito privado, são consideradas ações e serviços públicos de saúde em razão da existência de uma relação jurídica específica, concretizada por contratos ou convênios firmados entre essas pessoas jurídicas e a União, os Estados ou os Município. Tal relação jurídica possui suas balizas legais traçadas pelo art. 199 da Constituição Federal e pelos Arts. 24 a 26 da Lei 8.080/90.

O Estado utiliza-se da iniciativa privada para aumentar e complementar a sua atuação em benefício da saúde da população. Ao firmar convênios e contratos com diversas pessoas jurídicas de direito privado que realizam ações e serviços de saúde, o Estado Brasileiro as insere no âmbito das ações e serviços públicos de saúde, igualando-as àquelas prestadas diretamente por seus órgãos e entidades. Por firmarem contratos ou convênios com o Sistema Único de Saúde, integram esse Sistema e se submetem a todas as suas diretrizes, princípios e objetivos, notadamente a gratuidade, integralidade e universalidade. Trata-se das instituições jurídicas voltadas às ações e serviços de saúde complementares ao SUS. Assim, os hospitais, as clínicas, os laboratórios, as organizações não governamentais, as organizações sociais de interesse público, enfim, todo o conjunto de pessoas jurídicas de direito privado que tiver firmado contrato ou convênio com os órgãos e entidades que compõem o SUS, serão consideradas, para todos os fins, instituições-organismos do SUS. (AITH, 2007)

Nesse diapasão, disciplina a Lei Orgânica do SUS (Lei nº 8.080, de 1990):

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS).

Nesse ponto, é importante trazer a compreensão de regulação em saúde. Regulação em saúde é uma atribuição do sistema, operacionalizada a partir da oferta de ações e serviços como resposta às necessidades de saúde identificadas sobre a população de um território, levando-se em consideração as redes de serviços no território de residência do usuário e além deste. Para tanto, as ações e serviços de saúde são

executados com os balizamentos da regulação administrativa, financeira e assistencial (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2017).

No que tange à regulação administrativa, ela se relaciona às ferramentas ou instrumentos que controlam a programação físico-financeira e sua execução pelos serviços, de forma atrelada ao repasse de recursos, ou seja, se expressa de acordo com os mecanismos de formalização entre poder público (gestão) e prestadores, o que inclui, por exemplo: o cadastramento de estabelecimentos e profissionais de saúde no Sistema de Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (SCNES); o cadastramento de usuários do SUS no sistema do Cartão Nacional de Saúde (CNS); a contratualização de serviços de saúde segundo as normas e políticas específicas do Ministério da Saúde; o credenciamento/habilitação de entidades para a prestação de serviços de saúde (FJP, 2021).

Relativamente às entidades prestadoras de serviços de saúde, notadamente as unidades hospitalares em geral, mecanismos de regulação de sua parceria com o Poder Público estão evidenciados pela obrigatoriedade de contratualização desde 2013, atualmente prevista na Portaria GM/MS de Consolidação nº 2/2017.

A contratualização na rede hospitalar pode ser formalizada mediante três modalidades de instrumentos. A primeira é o convênio com a rede hospitalar filantrópica, cuja rede de serviços passa pelo processo de Certificação como Entidade Beneficente da Assistência Social (CEBAS), o que permite vantagens como convênios com menor burocracia, liberação de emendas parlamentares para despesa corrente e de investimento, linhas de crédito com Caixa Econômica Federal, isenções fiscais etc. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, *apud* FJP, 2021).

Outra modalidade de instrumento é o contrato administrativo, firmado com entidades públicas e entidades privadas com ou sem fins lucrativos. A terceira modalidade é o contrato de gestão, firmado com entidades privadas sem fins lucrativos, qualificadas como Organização Social em Saúde (OSS).

Releva destacar, na rotina administrativa da Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais, a formalização de contratos administrativos com entidades privadas filantrópicas ou sem fins lucrativos para atuarem nos municípios de gestão estadual (ou seja, municípios que não possuem a gestão plena de seus prestadores); contratos esses respaldados no art. 199, § 1º da CR/1988 e nos arts. 24 e 25 da Lei Orgânica do

SUS, todos eles precedidos de processo de chamamento público para credenciamento das entidades prestadoras dos serviços.

Quanto a isso, o Ministério da Saúde, por meio da Portaria de Consolidação nº 01, de 28 de setembro de 2017, assentou o entendimento constante da Portaria nº 2.567, de 25 de novembro de 2016, que normatiza a participação complementar da iniciativa privada na execução de serviços de saúde e o credenciamento de prestadores de serviços de saúde no SUS. O mencionado ato normativo consolidador elenca definições conceituais imprescindíveis à compreensão do procedimento de credenciamento para contratação de serviços de saúde de forma complementar ao SUS, conforme demonstra a transcrição a seguir:

Art. 128. Este Capítulo dispõe sobre a participação complementar da iniciativa privada na execução de ações e serviços de saúde e o credenciamento de prestadores de serviços de saúde no Sistema Único de Saúde (SUS). (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 1º)

Art. 129. Para efeito deste Capítulo, considera-se: (Origem: PRT MS/GM 2567/2016, Art. 2º)

I - chamamento público: ato de chamar, publicamente, prestadores de serviços assistenciais de interesse do SUS, com a possibilidade de credenciá-los;

II - credenciamento: procedimento de licitação por meio do qual a administração pública, após chamamento público para um determinado objeto, celebra contrato de prestação de serviços com todos aqueles considerados aptos, nos termos do art. 25, “caput” da Lei nº 8.666, de 1993;

(...)

Art. 130. Nas hipóteses em que a oferta de ações e serviços de saúde públicos próprios forem insuficientes e comprovada a impossibilidade de ampliação para garantir a cobertura assistencial à população de um determinado território, o gestor competente poderá recorrer aos serviços de saúde ofertados pela iniciativa privada.

§ 1º Na complementação dos serviços de saúde deverão ser observados os princípios e as diretrizes do SUS e as normas técnicas e administrativas aplicáveis. (...) (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2017).

O chamamento é, pois, procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública convoca interessados para, segundo condições previamente definidas e divulgadas, credenciarem-se como prestadores de serviços, especificamente nas situações em que a pluralidade de serviços prestados for indispensável à adequada satisfação do interesse coletivo ou, ainda, quando a quantidade de potenciais interessados for superior à do objeto a ser ofertado e por razões de interesse público a licitação não for recomendada (FERRAZ, 2002).

Em matéria de licitação e contratação pública, realizar procedimento licitatório é a regra geral, excepcionando-se as contratações diretas por dispensa ou inexigibilidade de licitação: a primeira depende de expressa permissão legal, figurando na lei anterior (Lei nº 8.666, de 1993), bem como na atual (Lei nº 14.133, de 2021), em rol taxativo; enquanto a inexigibilidade é apresentada em rol exemplificativo e acontece sempre que há inviabilidade de competição.

No caso de seleção de prestadores privados de serviços ao SUS, o credenciamento aplica-se a todos os interessados que forem habilitados em procedimento específico, em condições equânimes, fundamentado no *caput* do art. 25 da antiga Lei nº 8.666, de 1993¹⁰, e, atualmente, no inciso IV do art. 74 da Lei nº 14.133, de 2021¹¹, conferindo-se o direito de prestar o serviço após a celebração do contrato. Note-se que a inviabilidade de competição decorre essencialmente da possibilidade de se contratar todos os que se enquadrarem nos requisitos estabelecidos pela Administração, indistintamente, sobretudo quando se trata de serviços remunerados por um preço único e uniforme, como é o caso do SUS.

É possível realizar o credenciamento para contratação de serviços de saúde, de forma complementar ao SUS, conforme art. 199, § 1º, da CR/1988, na modalidade inexigibilidade de licitação, a partir do momento em que a Administração tem interesse em contratar o maior número de interessados que atendam às condições de habilitação por ela estabelecidas, sem que ocorra qualquer relação de exclusão. Dessa forma, o credenciamento deverá preservar a lisura, transparência e economicidade do procedimento, garantindo tratamento isonômico e a possibilidade de acesso àqueles que venham a satisfazer as exigências fixadas em edital, observados os princípios e diretrizes do SUS.

Sob a vigência da Lei nº 8.666, de 1996, o entendimento sobre ser cabível o credenciamento de prestadores de serviços de saúde para serem contratados no âmbito do SUS exsurgia exclusivamente da dou-

¹⁰ Vigente até 31 de março de 2023, ou seja, até dois anos após publicada a Lei nº 14.133, de 2021

¹¹ Publicada e vigente a partir de 1º de abril de 2021.

trina e da jurisprudência do Tribunal de Conta da União¹²¹³, por não haver normativo legal disciplinando o procedimento.

Com a atual vigência da Lei nº 14.133, de 2021, a contratação, por inexigibilidade de licitação, das entidades prestadoras de serviços de saúde credenciadas em processo de chamamento público é hipótese que decorre do inciso IV do seu art. 74.

8. O PAPEL DA ASSESSORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE DE MINAS GERAIS.

A partir do que foi exposto a respeito do SUS e suas instituições jurídicas que prestam ações e serviços públicos de saúde, exsurge o papel da Advocacia-Geral do Estado (AGE) junto à Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais.

12 Contratação Direta. Inexigibilidade Credenciamento. O credenciamento é hipótese de inviabilidade de competição não expressamente mencionada no art. 25 da Lei 8.666/93 (cujos incisos são meramente exemplificativos). Adota-se o credenciamento quando a Administração tem por objetivo dispor da maior rede possível de prestadores de serviços. Nessa situação, a inviabilidade de competição não decorre da ausência de possibilidade de competição, mas sim da ausência de interesse da Administração em restringir o número de contratados”. (Acórdão 3567/2014 Plenário - Representação, Relator Ministro José Múcio Monteiro).

13 28. Em consonância com jurisprudência desta Corte (Acórdão 1.215/2013-TCU-Plenário), “é possível a utilização do credenciamento para a prestação de serviços privados de saúde no âmbito do SUS ante as suas peculiaridades, que envolvem, entre outras, preço pré-fixado e nível de demanda superior à oferta.” (...)

30. O credenciamento é um procedimento amplamente utilizado no âmbito do SUS. Em diversas oportunidades, o Tribunal se deparou com a realização de credenciamento por parte de estados e municípios, não tendo apontado ressalvas quanto à possibilidade de utilização desse tipo de procedimento (Acórdãos 295/2011-TCU-Plenário, 1.078/2011-TCU-Plenário, 528/2011-TCU-2ª Câmara, dentre diversos outros). (...)

32. A partir do exposto, verifica-se que a inexigibilidade é possível para a contratação de serviços de saúde, geralmente representados por uma maior gama de diferentes procedimentos. Ademais, percebe-se que o credenciamento de prestadores de serviços tem por objetivo ampliar as opções dos usuários e pacientes ao decidirem a que estabelecimento recorrer em uma delimitada área. (Representação RP 006.431/2016-0-TCU-1ª Câmara, Relator Min. Bruno Dantas)

Conforme a Lei Complementar Estadual nº 81, de 10 de agosto de 2004¹⁴, os cargos da carreira da Advocacia Pública do Estado são lotados no Quadro de Pessoal da AGE, com exercício na própria sede da instituição, nas assessorias jurídicas dos órgãos da Administração direta do Poder Executivo ou nas procuradorias das autarquias e das fundações estaduais. Dispõe, ainda, que a chefia dos setores jurídicos dos órgãos da Administração direta será exercida por Procurador do Estado (art. 3º, caput e §§ 4º e 7º), como é o caso das assessorias jurídicas das Secretarias de Estado.

Por sua vez, a Lei Complementar Estadual nº 75, de 13 janeiro de 2004, que dispõe sobre as assessorias jurídicas dos órgãos da administração direta do poder executivo, prevê, em seu art. 2º, que “as Assessorias Jurídicas são unidades setoriais de execução da Advocacia-Geral do Estado – AGE –, à qual se subordinam tecnicamente, e integram a estrutura administrativa dos órgãos da Administração direta do Poder Executivo”. Prossegue, no art. 3º, prevendo as competências das assessorias jurídicas¹⁵, a saber:

Art. 3º – Às Assessorias Jurídicas compete cumprir e fazer cumprir, no âmbito dos órgãos a que se subordinam administrativamente, as orientações do Advogado-Geral do Estado no tocante a:

I – prestação de assessoria e consultoria jurídicas ao titular do órgão;

II – coordenação das atividades de natureza jurídica;

III – interpretação dos atos normativos a serem cumpridos pelo órgão ou por entidade a ele vinculada;

IV – elaboração de estudos e preparação de informações por solicitação do titular do órgão;

V – assessoramento ao titular do órgão no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem praticados pelo órgão ou por entidade a ele vinculada;

VI – exame prévio de:

a) edital de licitação, convênio, contrato ou instrumentos congêneres, a serem celebrados e publicados;

b) ato pelo qual se reconhece a inexigibilidade ou se decide pela dispensa ou retardamento de processo de licitação;

VII – fornecimento à Advocacia-Geral do Estado de subsídios e elementos que possibilitem a defesa do Estado em juízo, bem como a defesa dos atos do titular e de outras autoridades do órgão.

14 Norma que institui as carreiras do Grupo de Atividades Jurídicas do Poder Executivo.

15 Dispositivos semelhantes encontram-se também previstos na Lei Complementar Estadual nº 83, de 28 de janeiro de 2005, em seu art. 1º-A, incisos III, VII, XVI e XVII; bem como na Resolução AGE nº 93, de 25 de fevereiro de 2021.

Parágrafo único – Compete ao Advogado-Geral do Estado dirimir as controvérsias eventualmente registradas entre os órgãos de consultoria e assessoramento jurídicos do Estado. (MINAS GERAIS, 2004)

Diante de tais competências e atribuições legais dos setores de assessoramento jurídico das Secretarias integrantes do Poder Executivo do estado de Minas Gerais, e em vista das instituições jurídicas que prestam ações e serviços públicos de saúde ao SUS, é possível afirmar que a Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais - unidade setorial de execução da AGE - , primordialmente, tem por função orientar o Secretário de Saúde, ou a quem essa autoridade delegar competências de gestão, a desempenhar sua missão institucional de gestor estadual do SUS.

Relativamente à CIB-SUS/MG, não compete à Assessoria Jurídica da SES-MG prestar assessoramento ao colegiado, mas tão somente ao Secretário de Saúde que, em razão desse cargo, exerce a coordenação da Comissão. Nessa esteira, é cabível a análise, pela Assessoria Jurídica, das disposições específicas das minutas de deliberação da CIB-SUS/MG quando formulada, pelo Secretário, consulta delimitada a respeito da natureza jurídico-legal de uma situação concreta¹⁶.

Quanto aos consórcios de saúde, especificamente os Consórcios Intermunicipais de Saúde (CIS), a atuação da Assessoria Jurídica é imprescindível para a análise prévia dos contratos de programa e dos contratos de prestação de serviços de saúde, a serem firmados entre eles e a SES-MG com base na Lei Federal nº 11.107/2005, no Decreto nº 6.017/2007 e na Lei Estadual nº 18.036/2009, além da manifestação jurídica em consultas sobre questionamentos específicos; em ambos os casos, sempre encaminhados pelos gestores da SES.

E no que se refere às entidades prestadoras de serviços de saúde, seja por previsão da lei de licitações ainda vigente (Lei nº 8.666, de 1993), seja pela que a substituirá (Lei nº 14.133, de 2021), também é inafastável a atuação do assessoramento jurídico da Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais para a formalização dos instrumentos contratuais junto aos prestadores que atuarão nos municípios que não possuem a gestão de seus prestadores, uma vez que a análise das minutas dos editais e dos contratos administrativos obrigatoriamente conta com a apreciação jurídica, conforme previsão já apontada na Lei Complementar Estadual nº 75, de 2004, e na Resolução AGE nº 93, de 2021.

¹⁶ Art. 7º da Resolução AGE nº 93, de 2021.

9. CONCLUSÃO.

O Sistema Único de Saúde brasileiro, reconhecidamente um dos mais bem arquitetados sistemas de saúde pública do mundo e com a maior cobertura populacional mundial, é uma construção de complexa engenharia, contando com diversas instituições jurídicas responsáveis pelo planejamento e elaboração de políticas, bem como pela execução e prestação das ações e serviços públicos de saúde. Esses atores possuem competências a atribuições diversas, algumas delas adequadamente desempenhadas, outras ainda exercidas de forma precária e sem a amplitude desenhada para o sistema, merecendo críticas para seu aperfeiçoamento.

Relativamente aos entes federativos, a crítica feita à repartição de competências do SUS entre eles diz respeito ao modelo de formação centrífugo da federação brasileira (do centro para a periferia), o que significa a maior concentração de poder, competências, bens e recursos nas mãos da União Federal, em detrimento dos estados e municípios. Em que pesa a CR/1988 ter resgatado, em parte, o pacto federativo, buscando o equilíbrio entre os entes, ainda manteve com a União a maior parte das atribuições, bens e recursos. Tal modelo, para o sistema de saúde, fragiliza estados e municípios, notadamente aqueles mais carentes, cujo desempenho de suas atribuições fica condicionado aos repasses federais, além de a entrega da assistência em saúde ficar comprometida pela ausência de assertividade ou pela demora na entrega dos meios hábeis à execução das políticas de saúde.

Ainda considerando o modelo de formação da federação brasileira, é possível constatar que o processo de descentralização da prestação das ações e serviços de saúde foi realizado de modo desigual no país, levando os municípios do interior, que até então não tinham uma participação efetiva nas ações de saúde, a buscarem alternativas para implantá-lo. Neste percurso, a associação com outros municípios mediante consórcios intermunicipais representou a parceria ideal para otimizar estruturas e equipamentos de maior complexidade tecnológica, resolver problemas de recursos humanos, financeiros e facilitar o acesso aos serviços de saúde para um maior número de pessoas.

No que diz respeito aos conselhos e conferências de saúde, reconhecidamente esses atores representam experiências concretas de gestão participativa, que trouxeram melhorias no campo da participação social no SUS e servem de exemplo de sua democratização. Porém, a

participação social no SUS, por meio dos conselhos e conferências, não basta para contemplar a diversidade de opiniões da sociedade, tornando-se insuficientes quando representam a única abertura da gestão à participação popular, pois percebem-se problemas estruturais e políticos que dificultam sua organicidade.

Certo é que, relativamente à atuação de todos os atores do SUS analisados neste estudo, em medidas distintas entre eles, haverá necessidade de participação da Assessoramento Jurídica da Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais para concretizar suas atribuições, o que indica a relevância e a indispensabilidade desse trabalho para a realização dos fins buscados pelo SUS.

Importante arrematar o estudo informando que se optou por não abordar a atuação das Organizações Sociais de Saúde (OSS), pois elas são mais afetas à gestão de hospitais, o que, em Minas Gerais, está a cargo da Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais (FHEMIG).

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Decreto nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007. Regulamenta a Lei nº 11.107, de 6 abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios público. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6017.htm.

BRASIL. Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcio público e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111107.htm.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: [planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm).

BRASIL. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho setembro de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria de Consolidação nº 1. Consolidação das normas sobre os direitos e deveres dos usuários de saúde, a organização e o funcionamento do Sistema Único de Saúde. 2017. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0001_03_10_2017.html. Acesso em 2 de ago. de 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria de Consolidação nº 2. Consolidação das normas sobre as políticas nacionais de saúde do Sistema Único de Saúde. 2017. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/MatrizesConsolidacao/Matriz-2-Politic.html>. Acesso em 2 de ago. de 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Sistema Único de Saúde (SUS): estrutura, princípios e como funciona. Brasília, 24 de nov. de 2020. Disponível em: [https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/sus=-estrutura-principios-e-como-funciona#:~:text=O%20Sistema%20%C3%A9Anico%20de%20Sa%C3%BAde%20\(SUS\)%20%C3%A9um%20dos%20maiores,toda%20a%20popula%C3%A7%C3%A3o%20da%20pa%C3%ADs](https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/sus=-estrutura-principios-e-como-funciona#:~:text=O%20Sistema%20%C3%A9Anico%20de%20Sa%C3%BAde%20(SUS)%20%C3%A9um%20dos%20maiores,toda%20a%20popula%C3%A7%C3%A3o%20da%20pa%C3%ADs). Acesso em 31 de jul. de 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (1ª Câmara). Pedido de reexame – Representação. Processo TC 006.431/2016-0. Ementa: Pedido de reexame. Ausência de elementos capazes de modificar o acórdão recorrido. Conhecimento. Não provimento. Ciência ao Recorrente. Partes: Marcelo Fortes Barbieri e Wilson Chediek *versus* Município de Araraquara/SP. Relator Min. Bruno Dantas. Brasília, 21 de março de 2017. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultaPagina=5&item0=583217>. Acesso em 2 de ago. de 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). Acórdão 3.567/2014 – Representação. Processo 018.515/2014-2. Ementa: Representações. Pedidos de cautelar. Procedimento para credenciamento de sociedades de advogados. Conhecimento. Concessão de medida cautelar inaudita altera pars. Partes: Ayrton Dias Camargo, Natividade e Gonçalves Sociedade de Advogados e Pereira Gionêdis Advocacia *versus* Centro de Apoio aos Negócios e Operações Logísticas de São Paulo (Cenop Logística São Paulo) do Banco do Brasil S.A. Relator Min. José Múcio Monteiro. Brasília, 09 de dezembro de 2014. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1328478/DIRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse. Acesso em 2 de ago. de 2022.

CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde (Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90)*. 4.ed. Campinas: Editora da UNICAMP, 2006.

CÉSAR, Paulo Sérgio Mendes. Consórcios Públicos Interfederativos em Minas Gerais: Arranjos Intermunicipais para a Gestão Regional Associada de Políticas Públicas. Dissertação defendida em 2017. Belo Horizonte: FJP, 2017. Disponível em: <http://tede.fjp.mg.gov.br/handle/tede/410>.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. 8ª Conferência Nacional de Saúde - relatório final. Brasília: CNS, 1986, 29p. Disponível em: http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf. Acesso em 31 de jul. de 2022.

DOMINGUEZ, B. C. A gestão autoritária cede espaço, pouco a pouco, à práxis democrática. *RADIS Comunicação em Saúde*, Rio de Janeiro, n. 53, p. 12-19, jan. 2007.

Disponível em: https://radis.ensp.fiocruz.br/phocadownload/revista/Radis53_web.pdf. Acesso em 31 de jul. de 2022.

FERRAZ, Luciano. *Licitações, estudos e práticas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 2002.

GUIZARDI, Francini Lube et al. Participação da comunidade em espaços públicos de saúde: uma análise das conferências nacionais de saúde. *Physis*, 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/fj/physis/a/FxGXKMGgbGfvzkRNHSzNvmy/?lang=pt>. Acesso em 31 de jul. de 2022.

LIMA, Ana Paula Gil de. Os Consórcios Intermunicipais de Saúde e o Sistema Único de Saúde. *Scielo Brasil - Cadernos de Saúde Pública*, 2000. Disponível em: <https://www.scielo.br/fj/csp/a/jWHZPRpnJvpXpghpX4v83SJ/?lang=pt>. Acesso em 3 de ago. de 2022.

MANZINI, Fernanda et al. Integração das políticas de saúde: *vigilância em saúde; assistência farmacêutica; ciência, tecnologia e inovação em saúde*. São Paulo: Escola Nacional dos Farmacêuticos, 2021.

MINAS GERAIS. Advocacia-Geral do Estado. Resolução nº 93, de 25 de fevereiro de 2021. Dispõe sobre a organização e os procedimentos da Consultoria Jurídica da Advocacia-Geral do Estado e suas unidades jurídicas. Disponível em <https://advocaciageral.mg.gov.br/legislacao/resolucao-93-de-25-2-2021/>.

MINAS GERAIS. Decreto nº 47.769, de 2019, Art. 7º. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=DEC&num=47769&comp=&ano=2019&texto=consolidado#texto>.

MINAS GERAIS. Fundação João Pinheiro. *Gestão em saúde: Módulo I – Política em saúde – diretrizes doutrinárias e organizativas do sistema*. Partes 1, 2 e 3. Belo Horizonte: FJP, 2021, 14p, 9p, 8p.

MINAS GERAIS. Fundação João Pinheiro. *Gestão em saúde: Módulo IV – Regulação em saúde*. Belo Horizonte: FJP, 2021, 21p.

MINAS GERAIS. Lei Complementar nº 75, de 13 de janeiro de 2004. Dispõe sobre as Assessorias Jurídicas dos órgãos da Administração direta do Poder Executivo, transforma e cria cargos e dá outras providências. Disponível em: https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LCP&num=75&comp=&ano=2004&aba=js_textoAtualizado#texto.

MINAS GERAIS. Lei Complementar nº 81, de 10 de agosto de 2004. Institui as carreiras do Grupo de Atividades Jurídicas do Poder Executivo. Disponível em: https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LCP&num=81&comp=&ano=2004&aba=js_textoAtualizado#texto.

MINAS GERAIS. Lei Complementar nº 83, de 28 de janeiro de 2005. Dispõe sobre a estrutura orgânica da Advocacia-Geral do Estado – AGE e dá outras providências. Disponível em: https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LCP&num=83&comp=&ano=2005&aba=js_textoAtualizado#texto

MINAS GERAIS. Lei nº 18.036, de 12 de janeiro de 2009. Dispõe sobre a constituição de consórcios públicos no estado e dá outras providências. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?num=18036&ano=2009&tipo=LEI>.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Saúde. CIB-SUS/MG. Disponível em: <https://www.saude.mg.gov.br/cib>. Acesso em 31 de jul. de 2022.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Saúde. Deliberação CIB-SUS/MG nº 3.030, de 13 de novembro de 2019. Disponível em: https://www.saude.mg.gov.br/images/noticias_e_eventos/000_2020/jan_fev_mar/31-01-Del3030_SUBGR_SECIB-Revisao-do-Regimento-Interno.pdf. Acesso em 31 de jul. de 2022.

REBRATS – REDE BRASILEIRA DE AVALIAÇÃO DE TECNOLOGIAS EM SAÚDE. Conselho Nacional Saúde - CONAS. Brasília: REBRATS, 2015. Disponível em: <https://rebrats.saude.gov.br/membros-cat/79-conass>. Acesso em 01 de ago. de 2022.

SANTOS, Ricart César Coelho. *Financiamento da saúde pública no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CASTRO, Maria Cecília de Almeida Castro. O SUS e suas instituições jurídicas que prestam ações e serviços públicos de saúde. *DIREITO PÚBLICO: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 19-20, n.1, p. 189-220, 2022/2023.

TOMADA DE DECISÃO ORGANIZACIONAL POR FUGA OU OMISSÃO E SEUS IMPACTOS NA JUDICIALIZAÇÃO RECORRENTE DE CONFLITOS REMUNERATÓRIOS ENTRE ADMINISTRAÇÃO E AGENTE PÚBLICOS: ANÁLISE DO PODER EXECUTIVO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

MATHEUS FERNANDES FIGUEIREDO COUTO¹

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Referencial teórico. 2.1 Tipologia das partes e capacidade das partes (Galanter, 1974). 2.2 Tomada de decisão organizacional por fuga ou omissão a partir do modelo “Lata de Lixo” de Cohen, March e Olsen, (1972). 3 Metodologia e análise de informações 4 Conclusão.

RESUMO: A Administração Pública brasileira se apresenta como o maior usuário do sistema de Justiça nacional. Nesse contexto, o Poder Executivo do Estado de Minas Gerais não foge a essa observação, colocando-se como grande litigante judicial no conflito remuneratório em face de seus agentes públicos. Buscou-se, neste artigo, avaliar a posição do ente público como “jogador habitual” na judicialização deste conflito remuneratório, tal como teorizado por Marc Galanter (1974) e, sob o ponto de vista do processo de tomada de decisão organizacional, quais as razões o levariam a encaminhar com regularidade a resolução do conflito remuneratório em face de seus agentes para a arena judicial, quando poderia, em tese, resolvê-lo de forma consensual e autocomposta. Assim, na esteira da teorização encabeçada por Cohen, March, e Olsen (1972), em especial o modelo organizacional decisório “lata de lixo”, procurou-se demonstrar, empiricamente, que o problema pesquisado, seria, em grande medida, resultado das decisões tomadas por fuga ou omissão por parte da Administração estadual.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização; Jogador habitual; Decisão; Fuga.

¹ Procurador do Estado de Minas Gerais. Procurador-Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Infraestrutura e Mobilidade do Estado de Minas Gerais. Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Mestre em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro.

1. INTRODUÇÃO.

O Poder Executivo do Estado de Minas Gerais conta com, aproximadamente, 423.000 (quatrocentos e vinte e três mil) agentes públicos ativos² (somando-se estáveis, comissionados e contratados temporariamente), vinculados à Administração Direta, autárquica e fundacional, e submetidos, como tais, às regras remuneratórias e funcionais oriundas da legislação estadual. Para esses agentes são devidas verbas remuneratórias e outorgados direitos previstos em lei, tanto de caráter geral, como específicos, das diversas carreiras integrantes dos quadros do Estado.

A despeito da segurança e conformidade que, em tese, deveriam acobertar as parcelas remuneratórias desses agentes públicos, tendo em vista a formalidade normativa e a estrita legalidade às quais se submete o Poder Público, verifica-se que o ajuizamento de demandas judiciais com vistas à obtenção de incrementos remuneratórios ou concessão de direitos funcionais com repercussão financeira, por parte de servidores públicos do Estado de Minas Gerias e em face deste, é situação corriqueira.

Seja por meio de ações individuais ou coletivas, seja sob o patrocínio e coordenação das associações de classe e sindicatos de servidores públicos, quase a integralidade das carreiras públicas estaduais possuem ações judiciais com pedidos de implementação ou pagamento de verbas salariais ou reconhecimento de direitos funcionais com implicação financeira como licenças, promoções, progressões, férias, férias prêmio, indenizações, entre outros. São situações em que há controvérsia na interpretação da lei ou mudança nas bases legais e jurisprudenciais que geraram conflito.³

2 Dados Retirados do Relatório CEAPE. Disponível em: <<http://www.transparencia.mg.gov.br/estado-pessoal#cadastro-de-servidores-civis-exclu%C3%ADdos-da-administra%C3%A7%C3%A3o-p%C3%BAblica-estadual>>. Acesso em: 18/07/2019.

3 Uma simples análise dos sítios eletrônicos dos principais sindicatos de servidores públicos estaduais ou associações de classe nos permite observar, em praticamente todos, o estímulo ao ajuizamento de demandas judiciais em face do Estado, por parte dos seus filiados, em especial na busca de incrementos remuneratórios. Essas páginas oficiais oferecem: instruções, assessoria jurídica, listas de documentos necessários ao ajuizamento das demandas e, por vezes, até indicam escritórios de advocacia conveniados. Como exemplos: Sindicato dos Servidores da Saúde de Minas Gerais (disponível em: <<http://www.sindsaudemg.org.br/index.php/departamentos/juridico.html>>. Acesso em: 04 out. 2019) ou Sindicato dos Servidores da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais (disponível em: <<http://162.243.36.120/wp-content/uploads/2016/02/03-Pacote-de-A-%C3%A7%C3%B5es-Judiciais.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2019).

Percebe-se, portanto, que a resolução dos conflitos decorrentes das relações de trabalho entre servidores públicos e Estado de Minas Gerais se encaminha à esfera judicial com naturalidade, em detrimento de outras possibilidades de resolução ou gestão.

Não por outra razão, segundo dados da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais (AGE)⁴, a Procuradoria Administrativa e de Pessoal, órgão da advocacia pública estadual responsável pelo acompanhamento das ações judiciais que versam sobre litígios remuneratórios e funcionais entre servidores e o Estado, registrou, entre 2014 e 2018, 50.189 (cinquenta mil cento e oitenta e nove) novos processos, cujos temas mais relevantes serão detalhados ao longo desta exposição.

Não bastasse a relevância dos números de demandas registradas na série extraída do banco de dados da AGE, destaca-se, ainda, o aumento substancial no registro de novos processos⁵ nos últimos dois anos da série. Vejamos:

Tabela 1 - Demandas registradas nos bancos de dados da AGE Minas Gerais 2014 - 2018

Ano	2014	2015	2016	2017	2018	TOTAL
Processos	8.667	7.233	6.561	13.068	14.660	50.189

Fonte: Dados da pesquisa, 2019.

Com efeito, o problema se mostra especialmente relevante quando observado esse significativo volume de litígios e as dificuldades que trazem à gestão do Estado, seja pela perspectiva dos recursos financeiros e a imprevisibilidade dos gastos decorrentes de condenações judiciais, seja da perspectiva da gestão de pessoas e carreiras públicas e a insegurança jurídica decorrente da judicialização (pendente de decisão), tanto para o Estado quanto para os agentes públicos.

É de se destacar, entretanto, que o problema descrito não se revela exclusivo do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais. Na realidade, se insere em uma crise maior de litígios judiciais no Brasil, tendo o Poder Público como principal “cliente” do sistema de Justiça.

⁴ Dados retirados do *software* de controle de processos judiciais *Tribunus* em 23/02/2018.

⁵ Consideraram-se apenas registros novos no *software Tribunus*, não se levando em consideração o estoque.

Conforme o Relatório divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2011, o setor público federal, o setor público estadual e o setor público municipal constavam entre os cinco maiores litigantes judiciais do Brasil, na primeira, terceira e quinta posições, respectivamente. Empresas bancárias e de telefonia completaram a lista na segunda e quarta posições (BRASIL, 2012).

Ainda segundo o CNJ, em 2011, o setor público (federal, estadual e municipal), bancos e telefonia representavam 95% do total de processos dos cem maiores litigantes nacionais. Desses processos, 51% tinham como parte ente do setor público, 38% empresas do setor bancário, 6% companhias do setor de telefonia e 5% de outras empresas (BRASIL, 2012).

No âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), o Relatório Supremo em Ação – 2017, divulgado pelo CNJ, revelou que os dois maiores litigantes foram a União e o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), tanto no polo ativo quanto no passivo. Entre os maiores demandantes (polo ativo) figuram, além da União (com 6.354 ou 6,2% dos casos novos em 2017) e do INSS (3.847 processos - 3,8%), o Estado de São Paulo (com 3.434 processos - 3,4%) e o Banco do Brasil (1.785 processos - 1,7%). Entre os maiores demandados (polo passivo) estão, além do INSS (com 6.964 ou 6,8% dos processos) e da União (5.976 - 5,8%), o Estado de São Paulo (com 3.852 processos - 3,8%) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) (2.933 processos - 2,9%) (BRASIL, 2017). Ou seja, os maiores litigantes do STF, no ano de 2017, foram, invariavelmente, órgãos e entes públicos. A partir de tais fatos, Asperti *et al.* (2019) expõem que a Administração Pública no Brasil ocupa em tribunais as posições mais destacadas, seja como demandante seja como demandada, possuindo influência institucional e normativa.

Feitas, portanto, essas considerações, é de se perguntar por quais razões, do ponto de vista organizacional, a Administração Pública do Estado de Minas Gerais (Poder Executivo), encaminha a resolução dos conflitos remuneratórios em face de seus agentes públicos para a esfera do Poder Judiciário, quando seria possível, em tese, resolvê-los internamente, pela via da autocomposição.

Em nossa visão, e como se pretende discorrer ao longo do presente artigo, a Administração estadual se comporta como um verdadeiro litigante (jogador) habitual do sistema de justiça, consoante teorização de Marc Galanter (1974), buscando obter vantagens estruturais do

ajuizamento repetitivo de demandas judiciais idênticas. Mas para além disso, a decisão organizacional que opta deliberadamente pelo litígio, no caso analisado, não decorre de uma análise pragmática, apurada e consciente, acerca dos menores custos financeiros totais para o Estado na opção pela judicialização serial, mas sim pela característica singular do processo organizacional de tomada de decisão pelo ente público, que em regra decide por se omitir ou fugir do problema analisado (re-metendo-o a outra esfera decisória), amoldando-se, no caso, ao modelo decisório organizacional de “*lata de lixo*”, teorizado por Cohen, March e Olsen (1972).

2. REFERENCIAL TEÓRICO.

2.1. TIPOLOGIA DAS PARTES E CAPACIDADE DAS PARTES (GALANTER, 1974).

O referencial teórico da pesquisa se utiliza, inicialmente, da tipologia das partes e da teoria da capacidade das partes idealizadas pelo professor Marc Galanter⁶. Segundo Franco (2018, p. 176), o trabalho de Galanter é considerado um divisor de águas no estudo da litigância processual, sendo que sua obra é classificada pela *Social Science Citation Index* (Índice de Citações de Ciências Sociais, em tradução livre) como uma citação clássica que está presente no *ranking* dos quinze artigos mais citados no mundo no campo da pesquisa jurídica, tendo sido traduzido para diversos idiomas. A tipologia das partes, criada por Galanter, institui a diferenciação entre os *repeat players* (jogadores habituais) e os *one-shooters* (participantes eventuais)⁷ nos processos

⁶ Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Wisconsin (*University of Wisconsin Law School*) nos EUA. Teoria exposta no artigo intitulado *Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change* (“Por que quem tem sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no Direito”, em tradução), publicado originalmente na revista jurídica intitulada *Law and Society Review* no ano de 1974.

⁷ Quanto à tradução adotada para *repeat player* e *one-shooter*, nos valeremos da tradução oficial para Língua Portuguesa proposta por Chasin (2018, p. 46), em que esclarece: No original, “*repeat player*” [“jogador que se repete”] e “*one-shooter*” [“atirador de um só disparo”]. Esses termos foram difundidos, em português, a partir da tradução do livro *Acesso à justiça*, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, como “litigantes habituais” e “litigantes eventuais”. Optou-se aqui por conservar os adjetivos de tais expressões, alterando-se, porém, o substantivo. Isso por que,

judiciais. A partir dela, a teoria da capacidade das partes visa a uma finalidade redistributiva direcionada a equalizar as presumidas diferenças processuais, econômicas e estruturais existentes entre esses dois tipos de partes.

Segundo Galanter (1974), em razão de diferenças em seus tamanhos, no estado do direito e em seus recursos, alguns dos atores na sociedade têm muitas oportunidades para utilizar os tribunais (no sentido amplo) para apresentar (ou se defender de) reclamações, enquanto outros fazem isso apenas raramente. Podem-se dividir esses atores entre aqueles que recorrem aos tribunais apenas ocasionalmente - Participantes Eventuais (PE) - e aqueles Jogadores Habituais (JH) que se envolvem em várias litigâncias similares ao longo do tempo.

Em uma simplificação, o cônjuge em um caso de divórcio, o requerente por acidente de trânsito, o acusado criminalmente seriam exemplos de PE. De outro turno, a empresa de seguros, o promotor de justiça, a empresa financeira seriam JH. Galanter (1974) esclarece que essa definição corresponde a tipos ideais, e que devemos pensar PE/JH mais como um *continuum* do que como um par dicotômico.

Partindo, portanto, desses tipos idealizados, tipicamente o jogador habitual é uma unidade maior e suas apostas e riscos menores nos processos unitariamente considerados, seja em comparação ao seu tamanho, capacidade econômica ou estrutura organizacional.

O participante eventual, por outro lado, se mostra em regra uma unidade menor e suas apostas e riscos, representadas por um resultado tangível do caso, podem ser altas em relação ao valor total, para arriscar suportá-las. Ou pode, ainda, sofrer do problema oposto: suas demandas podem ser tão pequenas e inadministráveis que o custo de cobrá-las excede a qualquer expectativa de benefício.

Com efeito, o JH seria, na visão de Galanter (1974), um participante que já teve e antecipa a litigância repetitiva, que corre poucos riscos com o resultado de qualquer caso e que possui recursos para perseguir seus interesses de longo prazo. O PE, por sua vez, possui demandas

segundo o próprio autor, os termos em inglês possuem uma acepção coloquial, o que permite o seu uso para além do universo do direito. Para o primeiro caso, optou-se pelo substantivo “jogador”, que supõe alguém já inteirado com as regras. No segundo, utiliza-se o termo “participante”, que, por não remeter necessariamente a essa familiaridade, se ajusta melhor à posição do *one-shooter*. Além disso, a opção por “jogadores habituais” e “participantes eventuais” permite melhor diferenciar as abreviações (JH e PE).

judiciais muito amplas (em relação ao seu próprio tamanho) ou muito pequenas (em relação ao custo da resolução) para serem administradas rotineira e racionalmente.

Em arremate, Galanter (1974) esclarece que, dada a discrepância de forças, é de se esperar que os jogadores habituais participem do jogo da litigância de maneira diferente, possuindo as seguintes vantagens:

1. **Os JHs, por já terem feito isso antes, têm conhecimento prévio.** Eles são capazes de estruturar a transação seguinte e construir um registro.
2. **JHs desenvolvem expertise e têm pronto acesso a especialistas.** Eles desfrutam de economias de escala e têm baixos custos iniciais em qualquer caso.
3. **JHs têm oportunidades para desenvolver relações informais facilitadoras com os encarregados institucionais.**
4. **O JH precisa estabelecer e manter sua credibilidade como um combatente.** O interesse que possui em sua “reputação de negociador” serve como um recurso para estabelecer “compromissos” a respeito de suas posições. Sem uma reputação desse tipo a manter, o PE tem mais dificuldade em se envolver de maneira convincente na negociação.
(...)
5. **JHs podem jogar com as probabilidades.** Quanto mais o caso em questão vai sendo revelado para o PE, mais provavelmente ele irá adotar uma estratégia “minimax” (minimizar a probabilidade de perda máxima). Uma vez que a aposta é relativamente menor para os JHs, eles podem adotar estratégias calculadas para maximizar o ganho relacionado a uma longa série de casos, mesmo quando isso envolve o risco de perda máxima em alguns deles.
(...)
6. **JHs podem disputar tanto regras quanto ganhos imediatos.** Para eles vale a pena, antes de tudo, despender recursos a fim de influenciar a elaboração das regras relevantes por meio de métodos tais como o lobby. (E a expertise que acumulam lhes permite fazê-lo persuasivamente.)
7. **JHs também podem disputar as regras da própria litigância,** ao passo que é improvável que um PE o faça. Isto é, existe uma diferença em relação ao que eles consideram como resultado favorável. Dado que sua aposta no resultado imediato é alta e que por definição um PE é despreocupado com o resultado de semelhante litígio no futuro, ele terá pouco interesse naquele elemento do resultado que pode influenciar a disposição do julgador da próxima vez. Para o JH, por outro lado, qualquer coisa que favoravelmente influencie os resultados de casos futuros vale a pena [...] (GALANTER, 1974, p. 48-51).

Depreende-se, pois, a diferença essencial entre JHs e PEs. Ao passo que o participante eventual está, conforme idealizado, em busca da maximizar o ganho tangível imediato na demanda judicializada, o jogador habitual busca maximizar seu ganho efetivo em uma série de casos semelhantes. Assim sendo, o JH pode estar disposto a trocar o

ganho imediato em um caso, pelo ganho normativo a acobertar seus interesses futuramente.

Galanter (1974) esclarece que, se partirmos do princípio de que os aparatos institucionais para litigância estão sobrecarregados, poderíamos então presumir que os JHs desistem da discussão (seja por negociação, seja por não recorrer) nos casos nos quais aguardam resultados normativos desfavoráveis. Como eles esperam litigar novamente, JHs podem optar por levar a julgamento (ou a recurso) apenas os casos que consideram como os mais prováveis para produzir normas favoráveis. Por outro lado, PEs estão dispostos a trocar por ganhos tangíveis a possibilidade de construir uma “boa jurisprudência”. Em conclusão, poderíamos esperar que o corpo de casos “precedentes” - isto é, capazes de influenciar o resultado de casos futuros - fosse relativamente inclinado em direção aos JHs.

Por óbvio não se pode inferir que a toda a construção normativa ou jurisprudencial ocorre por obra ou em favor de jogadores habituais, tampouco compreender que seus objetivos são sempre normativos. Contudo, diante da assimetria de forças, compreende-se que estes possuem maiores capacidades e oportunidades para influenciar essa construção.

A análise da assimetria de forças prossegue e ganha corpo a partir do momento em que se direciona, igualmente, para outros elementos que interferem no resultado das demandas, a saber: advogados, aparatos institucionais e regras.

A despeito da teoria de Galanter ter sido concebida diante da e para a realidade norte americana, pode-se dizer que os pesquisadores brasileiros (MANCUSO 2015; FRANCO 2018; ASPERTI *et al* 2019), em boa medida compartilham da visão apresentada por ele acerca do comportamento das partes habituais e eventuais no processo judicial brasileiro, bem como de suas vantagens e/ou desvantagens comparativas.

É claro que não se pode desconsiderar que o sistema jurídico-processual norte americano e brasileiro foram, respectivamente, construídos sobre bases históricas e conceituais distintas, lá a *common law*, cá a *civil law*. Contudo, a despeito da diferença na matriz processual, a distinção de comportamentos entre sujeitos do processo, tanto aqui, quanto lá, se refere muito mais à estratégia processual adotada pelas partes, em suas respectivas realidades, diante das regras processuais que lhes são apresentadas, do que para a existência (ou inexistência) de assimetria de forças e incentivos desiguais para a busca da arena judicial na solução de conflitos entre as duas categorias de litigantes em

cada um dos países. Assim, dada a clareza dos argumentos comportamentais das partes apresentada pelo autor norte americano, sua teoria tem sido assimilada no Brasil.

Em uma das primeiras obras em publicação nacional a discorrer sobre o tema, Capeletti e Garth (1988), ao apresentarem a teoria de Galanter, reafirmam que as organizações possuem recursos financeiros consideráveis e vantagens óbvias ao propor e defender demandas, seja porque podem pagar para litigar, seja porque podem suportar as delongas do litígio. Concluem esses autores, que os litigantes organizacionais são, sem dúvidas, mais eficientes que os indivíduos, havendo menos problemas em mobilizar as empresas no sentido de tirarem vantagens de seus direitos, o que com frequência se dá exatamente contra aquelas pessoas comuns que, em sua condição de consumidores, por exemplo, são as mais relutantes em buscar amparo do sistema judicial.

Mancuso (2015) pondera que o conflito, uma vez judicializado, passa a se desenvolver em modo desigual em face das partes, conforme se trate daquela que usualmente comparece aos órgãos judiciários, ou daquela que raramente aí tem acesso, na condição de autor, réu ou interveniente. Aí se configuram duas classes de litigantes, tanto pessoas físicas como jurídicas: (a) os habituais, (*repeat players*), que trabalham em economia de escala em sua relação com a Justiça estatal (têm departamento jurídico próprio, contratam advocacia de partido ou mantêm Procuradorias organizadas) e por isso não são propriamente prejudicados pelas mazelas e deficiências da justiça oficial (isso quando delas não tiram proveito, apostando no quanto pior melhor); (b) os eventuais (*one-shooters players*), que raramente comparecem ao serviço judiciário estatal, e, por isso mesmo, lhes pesam extraordinariamente os ônus, encargos e riscos inerentes ao processo.

Pimenta (2000), ao retratar os desafios para a conciliação nos processos que tramitam na Justiça do Trabalho, apresenta, em sua visão, e a partir da teoria de Galanter, quais são as vantagens dos litigantes habituais em face dos litigantes eventuais:

- a) maior experiência com o Direito, que lhes possibilita melhor planejamento de cada litígio e do conjunto de litígios em que eles estão ou estarão envolvidos;
- b) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos (o que significa que, para cada um deles, ser-lhe-á menos oneroso atuar em Juízo; por exemplo, em se tratando das mesmas lesões eventualmente cometidas contra um número expressivo de empregados, suas defesas

e seus meios de prova serão sempre iguais, padronizados ou ao menos semelhantes);

c) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora (que, embora não sejam capazes de influenciar o conteúdo de suas decisões imparciais, não deixam de constituir uma vantagem adicional, ao menos para lhe permitir saber qual a melhor maneira de se conduzir ao longo dos feitos e de se argumentar da forma mais persuasiva possível, em função de seu conhecimento das posições de cada julgador, já manifestadas em casos similares);

d) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos (o que por sua vez vai diminuir o peso de cada derrota, que será eventualmente compensado por algumas vitórias);

e) ele pode testar estratégias diferentes com determinados casos (de natureza material ou processual), de modo a criar precedentes favoráveis em pelo menos alguns deles e a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros (PIMENTA, 2000, p. 41).

Asperti *et al* (2019), ao analisarem a litigância judicial brasileira sob a luz da teoria de Galanter, expõem que:

Uma das principais afirmações de Marc Galanter em seu artigo seminal é que litigantes têm diferentes capacidades para operar os sistemas legais e judiciais e que esse desequilíbrio pode facilmente derrotar os resultados esperados das reformas legais (GALANTER, 1974). **Os perfis brasileiros de processos e litígios judiciais parecem ilustrar perfeitamente a hipótese** (ASPERTI *et al*, 2019, p. 15, tradução e grifo nossos).

A partir disso, os autores concluem que o sistema judicial brasileiro é, pelo menos em teoria, igualmente aberto a todos, mas a realidade mostra exatamente o oposto, pois sua estrutura e regras institucionais são interpretadas em favor de alguns litigantes, ainda que muito frequentes, que se beneficiam da complexidade do sistema e da quantidade em larga escala de processos judiciais pendentes e reivindicações. Ironicamente, esses litigantes, na visão deles, não precisam do sistema para resolver seus litígios, uma vez que podem conceber outros mecanismos (melhor cobrança de dívidas, práticas bancárias ou serviços mais efetivos e adequados na administração da seguridade social) para resolver conflitos com os indivíduos com quem eles se relacionam (ASPERTI *et al*, 2019).

Como se vê, pela reprodução acima transcrita da bibliografia nacional, a teoria de Galanter não encontra resistência em se aplicar à realidade brasileira, ao menos na visão da maioria dos pesquisadores, e a despeito das diferenças entre os sistemas jurídico-processuais norte americano e brasileiro.

Dito isto, rememoramos que o objetivo deste artigo é analisar a posição de jogador (litigante) habitual do Estado de Minas Gerais no conflito remuneratório em face de seus agentes públicos, mas não apenas destacando sua inserção no conceito teórico. Para além, busca-se compreender os aspectos circunscritos ao processo de tomada de decisão organizacional que o colocam nesta posição (jogador habitual) de forma deliberada. Neste contexto, o modelo organizacional de tomada de decisão compreendido como aplicável, parte da teorização conhecida como “lata de lixo”, a qual se discorrerá s adiante.

2.2. TOMADA DE DECISÃO ORGANIZACIONAL POR FUGA OU OMISSÃO A PARTIR DO MODELO “LATA DE LIXO” DE COHEN, MARCH E OLSEN, (1972).

Cohen, March e Olsen (1972) propõem o modelo de “escolha organizacional da lata de lixo”. Segundo tal modelo, a oportunidade de se fazer uma escolha pode ser considerada uma lata de lixo na qual vários tipos de problemas e soluções são jogados pelos participantes à medida que são gerados. Segundo a teorização, a decisão organizacional seria um resultado da interação entre problemas, soluções, participantes e escolhas, todos aparecendo de forma relativamente autônoma.

Nesse contexto, considerando os limites organizacionais para tomada de decisões, associados aos limites políticos de definição dos objetivos organizacionais, teríamos, na visão de Cohen, March e Olsen, (1972), “anarquias organizadas”, sobretudo nas organizações públicas. Essas anarquias organizadas possuiriam três propriedades gerais: a) suas preferências e objetivos não seriam claros, sendo descobertos no cotidiano, podendo ser descritos mais como uma coleção solta de ideias do que uma estrutura coerente; b) possuem uma “tecnologia confusa”, que funciona mais na tentativa e erro, ou no pragmatismo imediato, do que no planejamento; c) participação fluida de quem está envolvido no processo decisório em constante modificação, ou seja, o envolvimento dos atores varia no tempo. Em consequência dessas propriedades, os limites da organização são incertos e mutáveis.

Choo (2003) esclarece que nesse modelo anárquico as decisões resultam de quatro correntes relativamente independentes de: problemas, soluções, participantes e oportunidades de escolha. **Problemas** são pontos de insatisfação com as atividades ou o desempenho que requerem atenção. **Soluções** são produtos ou ideias propostos por alguém ou algum grupo,

ou seja, são respostas em busca de uma pergunta. As soluções existem independentemente dos problemas. Os membros podem ser atraídos por uma ideia e defendê-la como uma escolha lógica a despeito do problema. Os **participantes** vêm e vão numa situação de decisão, dependendo de outras demandas que exigem tempo deles. Os participantes também carregam com eles suas preferências e ideias de como reconhecer ou definir um problema ou uma solução. As **oportunidades** de escolha, por fim, são ocasiões em que a organização deve tomar uma decisão. Elas oferecem o ambiente para que os fluxos de problemas, soluções e participantes se encontrem.

As decisões surgiriam através da resolução, da omissão (inadvertência) ou da fuga⁸, sendo, na visão de Cohen, March e Olsen (1972), que a maioria das decisões se dá pela omissão ou fuga. Pela resolução, a escolha soluciona o problema, embora isso demande tempo. Se pela omissão (ou inadvertência) a escolha é feita rapidamente, em meio a outras escolhas que estejam sendo feitas, no caso da fuga, o problema original desaparece deixando a escolha mais fácil, mas que não resolve. Nas palavras de March (1994):

Omissão ou inadvertência. Às vezes, chega uma oportunidade de escolha e o problema se apega a outra escolha. Nesta situação, uma escolha é feita com um mínimo de tempo e energia. Isto não resolve nenhum problema. **Resolução do problema.** Às vezes, existem problemas associados a uma oportunidade de escolha, e os tomadores de decisão ligados à escolha trazem energia suficiente para atender à demanda desses problemas. A escolha é feita e os problemas são resolvidos. **Fuga.** Às vezes, vários problemas estão associados a uma oportunidade de escolha há algum tempo. Como eles excedem coletivamente a energia dos tomadores de decisão ligados à escolha, a escolha não é feita. Quando outra oportunidade de escolha fica disponível, os problemas deixam a escolha inicial para se apegarem a outra (**ex. pessoas levam sua queixa salarial para outro fórum**). Depois que os problemas desaparecem, a escolha original é feita. Isso não resolve nenhum problema. Nas simulações sobre processo decisório de lata de lixo, a maioria das decisões é tomada por omissão ou por fuga (MARCH, 1994, p. 172, tradução e grifo nossos).

Choo (2003) esclarece que a resolução é a tomada de decisão que ocorre depois de se pensar sobre o problema por um determinado tempo. A inadvertência (ou omissão) ocorre se uma escolha é ativada quando problemas estão ligados a outras escolhas e existe energia disponível para fazer uma nova escolha rapidamente. Na inadvertên-

⁸ No original, *problem resolution, oversight e flight*. Choo (2003) traduz *oversight* como inadvertência. Pugh e Hickson (2004) traduzem *oversight* como omissão.

cia, uma escolha é adotada rápida e incidentalmente para outras escolhas serem feitas. A decisão por fuga ocorre quando os problemas abandonam a escolha, ou seja, o problema original desaparece, deixando uma escolha que agora pode ser feita, mas a decisão não resolve problema algum.

Como exemplos, a incapacidade da organização em lidar com um funcionário improdutivo, protegido por contrato, permitindo a sua transferência a outra unidade, se revela uma decisão por fuga. A dificuldade de um departamento em definir suas atividades, vindo a ser absorvido por outro departamento maior, que terá a missão de redefini-las, é exemplo de decisão por omissão ou inadvertência.

Conclui-se, portanto, nesse modelo anárquico, que quando uma decisão acontece, ou não, tal fato se deve à proximidade temporal em que as variáveis são jogadas na lata do lixo, ou seja, uma decisão ocorre quando um conjunto de problemas, soluções e participantes coincidem de maneira aleatória.

Como definem Cohen, March e Olsen (1972), o conjunto de observações feitas no estudo de algumas organizações foi traduzido em um modelo de tomada de decisão em anarquias organizadas, isto é, em situações que não atendem às condições para modelos mais clássicos de tomada de decisão em razão de situações importantes, quais sejam: as preferências são problemáticas, a tecnologia não é clara ou a participação é fluida.

Ainda segundo Cohen, March e Olsen (1972), o processo da “lata de lixo” é aquele em que os problemas, as soluções e os participantes passam de uma oportunidade de escolha para outra de tal sorte que a natureza da escolha, o tempo que leva e os problemas que ela resolve dependem numa mistura relativamente complicada de elementos. Isso inclui o *mix* de opções disponíveis a qualquer momento, o *mix* de problemas que têm acesso à organização, o *mix* de soluções procurando problemas e demandas externas aos tomadores de decisão. Uma característica principal do processo da “lata de lixo” é o desacoplamento parcial de problemas e escolhas. Ao final, embora a tomada de decisão seja pensada como um processo para resolver problemas, muitas vezes não é o que acontece. Os problemas são trabalhados no contexto de alguma escolha, mas as escolhas são feitas apenas quando as combinações variáveis de problemas, soluções e decisores tornam a ação possível. Assim, concluem os autores:

É claro que o processo da lata de lixo não resolve bem os problemas. Mas permite que escolhas sejam feitas e que os problemas sejam resolvidos, mesmo quando a organização é atormentada por ambiguidade e conflito de objetivos, com problemas pouco compreendidos que entram e saem do sistema, com um ambiente variável e com tomadores de decisão que podem ter outras coisas em mente (COHEN, MARCH, OLSEN, 1972, p. 16, tradução nossa).

Com efeito, em razão desse modelo anárquico do processo decisório-organizacional, March e Olsen (1989) compreendem que as dificuldades para modificar as instituições decorrem do fato de que, muitas vezes, ocorrem conflitos irreconciliáveis de objetivos entre indivíduos, instituições e ambiente institucional. Nada garante que os objetivos dos três sejam consistentes entre si.

Retomando para o objeto deste artigo, a administração do conflito remuneratório face aos agentes públicos, por parte dos gestores responsáveis no Estado, possui alto grau de incerteza e indefinição. Ao final, tal como teorizado no modelo de “lata de lixo”, compreende-se que a enorme judicialização do conflito remuneratório se dá, em grande medida, por decorrência das decisões tomadas por fuga ou omissão por parte dos agentes responsáveis na organização burocrática. Isto em detrimento da efetiva resolução e prevenção do conflito fora do ambiente judicial que, embora possível, ensejaria mudança organizacional (fortemente resistida).

3. METODOLOGIA E ANÁLISE DE INFORMAÇÕES.

Com vistas a analisar o problema pesquisado, realizaram-se as seguintes atividades:

Primeiro. Identificação, junto à base de dados do Estado, de quais os maiores temas que geram conflito judicial remuneratório entre o Ente e seus agentes públicos. Utilizou-se, para tanto, a base de dados da AGE do Estado de Minas Gerais, disponível no software *Tribunus*, que faz a gestão de processos judiciais, para identificação dos litígios judiciais mais recorrentes (temas) entre Estado e servidores, por remuneração.⁹

⁹ A base de dados escolhida, a partir do software *Tribunus*, se limitou à Procuradoria Administrativa e de Pessoal do órgão central (sediado na capital). Tal Procuradoria é responsável pelo acompanhamento de processos judiciais entre Estado e servidores públicos na capital e região metropolitana, bem como conduz os recursos no Tribunal de Justiça de Minas Gerais decorrentes de processos iniciados no interior. As ferramentas do software não permitem a compilação de dados da capital com

Segundo. Analisou-se, a partir da jurisprudência pacificada (quando existente), a variação de êxito entre Estado e agentes nessas demandas identificadas. Quanto ao posicionamento judicial, optamos por descrever a existência de julgados com efeitos vinculantes dentro do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (ou seja, que vinculam os julgados dentro do próprio Tribunal e 1ª Instância), proferidos e sede de Incidente de Uniformização de Jurisprudência nos termos dos artigos 476 a 479 do Código de Processo Civil de 1973, ou Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, de acordo com os artigos 976 a 987 do Código de Processo Civil de 2015, ou ainda julgados realizados pelos Tribunais Superiores (STJ e STF) sob a sistemática de recurso repetitivo (artigo 1036 do CPC/2015), e repercussão geral (artigo 102 §3º da CF/1988), ou proferidos em controle concentrado de constitucionalidade.¹⁰

unidades do interior, contudo, por ser a Procuradoria Administrativa e de Pessoal a maior concentradora dos litígios pesquisados, bem como ser única a legislação que rege as carreiras na capital e no interior do Estado, o que faz com que os temas em litígio não variem entre capital e interior, compreende-se que a base de dados obtida (na capital) possui condições de fornecer adequadamente as informações necessárias à pesquisa. Em complemento, após se definir a utilização dos dados da capital, houve a extração, no sistema *Tribunus*, do relatório quantitativo de processos por “assunto” (temas debatidos em juízo) referente a cinco anos. Optou-se pelos cinco anos anteriores ao ano da realização da pesquisa, por se tratar de base de dados já estabilizada, assim o critério foi: 01/01/2014 a 31/12/2018.

10 São os seguintes julgados: 1) Tema, Adicional de Insalubridade Agentes Penitenciários, IRDR no TJMG, registrado sob o número 1.0000.16.033398-5/000, julgado em 26/04/2018. 2) Tema, Adicional de Local de Trabalho – Periculosidade- Agentes Penitenciários Efetivos, Incidente de Unificação de Jurisprudência no TJMG registrado sob o número 1.0686.13.007.929-2/002, julgado em 15/07/2015. 3) Tema Adicional de Local de Trabalho Agentes Penitenciários Contratados, IRDR no TJMG registrado sob o nº 1.0024.14.187591-4/002, julgado em 22/10/2019. 4) Tema Adicional Noturno, Incidente de Uniformização de Jurisprudência TJMG registrado sob o nº 1.0024.08.941612-7/004, julgado em 22/06/2011. 5) Tema Base de Cálculo do Adicional de Insalubridade dos Servidores das Carreiras da Saúde e Instituto Mineiro de Agropecuária- IMA, Incidente de Uniformização de Jurisprudências registrado no TJMG sob o nº 1.0024.09.648678-2/003, julgado em 15/04/2013. 6) Tema Férias Prêmio, Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº ARE 721001 RG / RJ, no STF. 7) Tema GIEFS na Base de Cálculo do Décimo Terceiro Salário e Férias, IRDR no TJMG registrado sob o número 1.0000.16.032832-4/000. 8) Tema Promoção por Escolaridade Adicional, IRDR no TJMG sob nº 1.0000.16.049047-0/001. 9) Tema Verbas Rescisórias em Contratos Nulos de Seleção Temporária de Pessoal, Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 705140/RS, junto ao STF.

Terceiro. Comparação da repercussão dessas demandas identificadas junto ao principal órgão administrativo de solução de conflitos funcionais (inclusive remuneratórios) do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais, qual seja, o Conselho de Administração de Pessoal (CAP). Trata-se de um órgão coletivo de jurisdição administrativa intermediária, cuja função é, segundo o artigo 2º do Decreto Estadual nº 46.120/12, acolher, analisar e decidir reclamações e pleitos dos servidores, em atividade e aposentados, das Secretarias de Estado, das autarquias e das fundações públicas, em relação aos atos que afetem seus direitos funcionais, bem ainda a apreciação de recurso interposto por servidor demitido por desempenho insatisfatório. A submissão de demandas ao CAP é facultativa, e não impede posterior judicialização por parte dos servidores.

Quarto. Entrevistas junto aos principais gestores públicos responsáveis pela prevenção, resolução e condução do problema no Estado de Minas Gerais, bem como advogados públicos (Procuradores do Estado), com vistas a averiguar se haveria outras possibilidades de solução para os temas identificados, sem a judicialização, e quais as razões explicariam o encaminhamento de tais conflitos à arena judicial, de forma tão recorrente¹¹.

11 Na Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais foram entrevistados Procuradores que atuam na Procuradoria Administrativa e de Pessoal, órgão que se responsabiliza pelo acompanhamento de todas as ações que versam sobre o conflito remuneratório entre Estado e servidores ajuizadas na capital, bem como recursos no TJMG, das ações inicialmente ajuizadas no interior. Optou-se, junto a este órgão de advocacia pública, em se entrevistar a Procuradora-Chefe, bem como o coordenador do Núcleo de Acompanhamento de Processos e Procedimentos Repetitivos- NAP.

De outro turno, junto aos gestores de recurso humanos, as entrevistas ocorreram com os gestores máximos desta função, nos seguintes órgãos e entidades: Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão – SEPLAG, Secretaria de Estado de Educação – SEE, Secretaria de Estado de Saúde – SES, Fundação Hospitalar de Minas Gerais – FHEMIG, Fundação Centro de Hematologia e Hemoterapia de Minas Gerais – HEMOMINAS, Polícia Civil do Estado de Minas Gerais – PC, Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública – SEJUSP . Ao final totalizou-se 9 entrevistas. Os órgãos escolhidos são aqueles em que se identificou a maior concentração de litígios sobre o tema pesquisado, como se vê, coincidem com as grandes áreas da Educação, Saúde e Segurança Pública, intensivas na contratação de mão de obra. A escolha da SEPLAG se deu em razão do seu papel centralizador na definição da política de recursos humanos do Estado, afinal, em decorrência de suas atribuições legais, quaisquer modificações nas estruturas remuneratórias das carreiras precisa ocorrer sob sua articulação e aprovação. É de registro que o serviço público de saúde do Estado possui sua mão de obra dividida entre a própria Secretaria de Estado de Saúde e outros órgãos tais como: FHEMIG, HEMOMINAS e FUNED. Como a HEMOMINAS e FHEMIG possuem o maior número de servidores, seus gestores de recursos humanos foram entrevistados, em adição ao gestor da própria SES.

Quanto à identificação das principais demandas judicializadas obtivemos, em resumo, os seguintes resultados.

Tabela 2 - Identificação das principais demandas judicializadas AGE Minas Gerais 2014 -- 2018 (continua)

Tema	Órgãos públicos envolvidos	Número de casos registrados	Jurisprudência pacificada	Favorável ao Estado
Adicional de Produtividade	Todos, desde que signatários do Acordo de Resultados da Lei Estadual nº 17.600/2008	3329	NÃO	-
Piso dos Professores da Educação Básica	SEE	2508	SIM	SIM
GIEFS na Base de Cálculo do Décimo Terceiro Salário e Férias	FHEMIG - FUNED - HEMOMINAS	1705	SIM	NÃO

Tema	Órgãos públicos envolvidos	Número de casos registrados	Jurisprudência pacificada	Favorável ao Estado
Fundo de Garantia por Tempo de Serviço para ex-efetivados pela LC nº 100/2007	SEE	1610	NÃO	-
Adicional Noturno	Todos, em especial; Polícia Civil - FHEMIG - SEE - SEAP (sucendida por SEJUSP)	1361	SIM	NÃO
Verbas Rescisórias em Contratos Nulos de Seleção Temporária de Pessoal.	SEJUSP - FHEMG	1225*	SIM	SIM ¹²
Adicional de Local de Trabalho - Periculosidade: Agentes Penitenciários Efetivos	SEDS - SESP - SEAP (sucidados pela SEJUSP)	1002**	SIM	SIM

12 Apesar da condenação ao pagamento do FGTS, para contratos declarados nulos, na jurisprudência pacificada, consideramos ainda assim favorável ao Estado, em razão da não equiparação dos contratados com trabalhadores regidos pela CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas).

Adicional de Local de Trabalho - Periculosidade: Agentes Penitenciários Contratados	SEDS - SESP - SEAP - (sucédidos pela SEJUSP)	1002**	SIM	NÃO
Promoção por Escolaridade Adicional	Todos para cujas carreiras estão elencadas no artigo 1º do Decreto Estadual nº 44769/2008. Casos mais recorrentes nos quadros da atual SEJUSP	933	SIM	NÃO
Base de Cálculo do Adicional de Insalubridade dos Servidores das Carreiras da Saúde e IMA	SES - FHEMIG - FUNED - HEMOMINAS - IMA	950	SIM	NÃO

Tabela 2 - Identificação das principais demandas judicializadas AGE Minas Gerais 2014 - 2018

Tema	Órgãos públicos envolvidos	Número de casos registrados	Jurisprudência pacificada	Favorável ao Estado
Férias-Prêmio	TODOS	257	SIM	NÃO
Vantagem Pessoal dos ex-servidores da Minas Caixa	TODOS	237	NÃO	-
Regime Especial de Trabalho - RET, na base de cálculo de quinquênios	SEE	125	NÃO	-
Férias-Prêmio para ex-efetivos pela LC nº 100/2007	SEE	122	NÃO	-
Adicional de Insalubridade: Agentes Penitenciários	SEDS - SESP - SEAP - SUCEDIDOS PELA SEJUSP	50	SIM	SIM

Fonte: Dados da pesquisa, 2019.

**Esse número de demandas incorporou o assunto "assunção Fhemig", obtido junto ao sistema "tribunus", com 1164 (um mil cento e sessenta e quatro registros), para o qual não foi possível obter o detalhamento.*

***Utilizou-se o mesmo quantitativo de registros para o tema adicional de local de trabalho, tanto para efetivos, quanto para contratados, posto que a base de dados não permitiu a diferenciação.*

Perceba-se que dos quinze grandes temas identificados apenas cinco ainda não possuíam algum tipo de jurisprudência pacificada, sendo certo que, para aferir essa “pacificação”, optamos por considerar apenas julgamentos com efeitos vinculantes para o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e órgãos de primeira instância do Tribunal mineiro, proferidos como Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas ou Incidente de Uniformização de Jurisprudência, recursos sob repercussão geral, ou repetitivos nos tribunais superiores, e controle concentrado de constitucionalidade no STF (conforme já descrito, acima).

Prosseguindo, após a identificação dos grandes temas levados a juízo no conflito remuneratório entre Estado e seus agentes públicos, a pesquisa se propôs a averiguar qual a solução administrativa ofertada pela Administração, aos seus agentes, para esse mesmo conflito observado na arena judicial.

Para esse fim, investigou-se o CAP, órgão administrativo de solução de controvérsias funcionais do Estado que, a princípio, poderia conduzir o conflito internamente, sem a necessidade de judicialização das demandas. É de registro que todas as deliberações proferidas pelo Conselho entre 01/01/2014 e 31/12/2018 foram lidas e analisadas.

Comparando-se, especificamente, a efetividade do Conselho em face da judicialização em massa dos temas identificados, temos a seguinte situação:

Tabela 3 - Comparação da efetividade do CAP em face da judicialização em massa dos temas identificados 2014 - 2018 (continua)

Tema	Processos judiciais registrados	Deliberações do CAP registradas	Jurisprudência pacificada em favor do agente público	Deliberações que acompanham a jurisprudência pacificada em favor agente público
Adicional de Produtividade	3329	31	-	-
Piso dos Professores da Educação Básica	2508	0	NÃO	-
GIEFS na Base de Cálculo do Décimo Terceiro Salário e Férias	1705	1	SIM	1
Fundo de Garantia por Tempo de Serviço para Ex-efetivados pela LC nº 100/2007	1610	0	-	-

Adicional Noturno	1361	12	SIM	10
Verbas Rescisórias em Contratos Nulos de Seleção Temporária de Pessoal.	1225	0	NÃO	-
Adicional de Local de Trabalho - Periculosidade: Agentes Penitenciários Efetivos	1002	0	NÃO	-

Tabela 3 - Comparação da efetividade do CAP em face da judicialização em massa dos temas identificados 2014 - 2018 (continua)

Tema	Processos judiciais registrados	Deliberações do CAP registradas	Jurisprudência pacificada em favor do agente público	Deliberações que acompanham a jurisprudência pacificada em favor agente público
Adicional de Local de Trabalho - Periculosidade: Agentes Penitenciários Contratados	1002	0	SIM	0
Promoção por Escolaridade Adicional	933	27	SIM	6
Base de Cálculo do Adicional de Insalubridade dos Servidores das Carreiras da Saúde e IMA	950	3	SIM	0
Férias-Prêmio	257	11	SIM	0
Vantagem Pessoal dos ex-servidores da Minas Caixa	237	2	-	-
Regime Especial de Trabalho - RET, na base de cálculo de quinquênios	125	0	-	-
Férias-Prêmio para ex-efetivados pela LC 100/2007	122	0	-	-
Adicional de Insalubridade: Agentes Penitenciários	50	0	NÃO	-

Fonte: Dados da pesquisa, 2019.

Ao final compreendeu-se, a partir dos dados coletados (*supra*), que a efetividade para a solução dos temas debatidos pelo CAP é muito inferior à judicialização, sendo, inclusive, uma arena de discussão de baixa utilização por parte dos servidores interessados. Atribui-se a isto o baixo número de registros de êxito aos servidores nesta esfera administrativa de solução de litígios, mesmo quando já há pacificação da jurisprudência em desfavor do ente público, na esfera judicial.

Enquanto houve, na Procuradoria Administrativa e de Pessoal, o registro de 50.189 (cinquenta mil cento e oitenta e nove) novos processos por questões funcionais ou concurso público entre 01/01/2014 e 31/12/2018, o CAP proferiu 992 (novecentos e noventa e duas) deliberações.

Da mesma forma, enquanto no período analisado houve 15.225 (quinze mil duzentos e cinquenta e cinco) registros de processos judiciais sobre as quinze teses identificadas e analisadas nos capítulos quatro e cinco, para esses mesmos temas foram detectados apenas 87 (oitenta e sete) julgamentos administrativos no CAP em idêntico período. Dentre esses, a maioria dos recursos administrativos, 69 (sessenta e nove) exatamente, tiveram uma resposta negativa às pretensões dos servidores, por não provimento ou não conhecimento, e em 18 (dezoito) oportunidades os recursos foram providos.

Todo esse levantamento de dados, análise e investigação dos temas mais judicializados sobre o conflito remuneratório e sua repercussão nas arenas administrativas de gestão de litígios do Estado nos conduziu ao passo seguinte, qual seja: as entrevistas com os maiores gestores de recursos humanos do Estado de Minas Gerais, bem como com Procuradores do Estado diretamente envolvidos na condução do conflito judicial.

A principal questão para a qual se orientou as entrevistas foi compreender se existem alternativas à solução desses conflitos fora do processo judicial (na visão dos entrevistados), bem como as razões que levariam o Estado a optar pela judicialização dos temas, comportando-se como um litigante (jogador) habitual. Objetivou-se, assim, aferir junto aos agentes públicos se haveria vantagens ao Estado em encaminhar tal conflito ao crivo do Poder Judiciário, e quais vantagens seriam essas. Ainda, se seria possível reduzir ou minimizar esse conflito judicial repetitivo, e porque isto não se realiza.

Com efeito, após entrevistar os gestores e advogados públicos envolvidos na condução do conflito judicial remuneratório entre o Poder Executivo do Estado e seus agentes públicos, nos foi possível concluir que a remessa da discussão para a arena externa (Poder Judiciário) reflete a

extrema dificuldade em se tomar decisões que impliquem modificação estrutural na organização. Destacam-se, dentre muitas outras, as seguintes afirmações dos entrevistados¹³:

Entrevistado 01:

Compreendo que, muitas vezes, para a administração não resolver os problemas judicializados é cômodo, mas não sei dizer se alguém pragmaticamente toma essa decisão. O Estado tem recursos para fazer frente ao conflito, mas o que falta é postura organizacional proativa, posto que em regra reativa da administração. Mapear problema e decidir os problemas judicializados não é uma visão hegemônica no Estado. Avançar para a articulação da judicialização para resolução administrativa não seria fácil, mas possível. Compreendo que o Estado não vê a judicialização como um grande problema. As tentativas de organização ocorrem mais para a resolução de problemas práticos. Em algumas medidas, a judicialização é pretendida pelo Estado. Há situações em que a judicialização se impõe pela racionalidade. Postergar a efetivação do direito seria uma vantagem para o Estado, na litigância em massa. Jogar o gasto para o futuro, ou mesmo fazer, no futuro, um acordo que resolva a questão. Pode-se justificar a judicialização, como vantagem, por abrir ao Estado um tempo de maturação para que se possibilite uma solução futura, em outras condições. Algumas situações foram tratadas pontualmente de forma administrativa; em outras, havia o interesse de postergar a resolução, ou mesmo remeter à judicialização.

Entrevistado 02:

Diante do grande volume de ações judiciais, a prioridade acaba sendo a gestão do conflito judicializado, em detrimento do conflito administrativo, ou gestão administrativa do problema. Em algumas situações, acompanhou a decisão de que a judicialização postergaria o pagamento, e isso foi levado em consideração.

Entrevistado 03:

Desconheço articulação entre órgãos para tentar minimizar o problema. Compreendo que esse é um problema que não é prioritário na visão do Estado. Além disso, o impacto financeiro inviabilizaria grandes mudanças.

Entrevistado 04:

Não há preocupação nos órgãos, como se o problema fosse só da Advocacia do Estado. Os gestores somente se preocupam com o cumprimento da ordem e com a responsabilização pessoal por eventual descumprimento.

13 Entrevistado 01 – Gestor da SEE; Entrevistado 02 – Gestor da SEPLAG; Entrevistado 03 – Gestor da SEJUSP; Entrevistado 04 – Gestor da SES; Entrevistado 05 – Gestor da FHEMIG; Entrevistado 06 – Gestor do HEMOMINAS; Entrevistado 07 – Gestor da PC – Entrevistado 08 – Procurador do Estado; Entrevistado 09 – Procurador do Estado.

Em algumas situações, compensa para o Estado a judicialização, até porque o Poder Judiciário não teria muita *expertise* em Direito Administrativo e leis e regulamentos do Estado. Nesse caso, a controvérsia, que acaba se arrastando no tempo, é vantajosa.

Entrevistado 05:

Enxergo pouca atitude resolutiva do Estado quando se detecta a existência de demandas em massa. O Estado não se prepara adequadamente nesse conflito. O Estado, em muitas ocasiões, aguarda deliberadamente a judicialização, já viu isso ocorrer. De 2015 para cá, a situação financeira catastrófica do Estado fez com que a política de RH se caminhasse à judicialização. O Estado prefere aguardar a judicialização, sem ações preventivas. Há também o problema financeiro para tomar essa atitude de incorporação, o momento fiscal do Estado é muito ruim. A Administração vê vantagem na judicialização em razão do prazo, ou seja, pagar no futuro.

Entrevistado 06:

O Estado não possui a visão de que a judicialização remuneratória é um problema porque, se assim compreendesse, teria uma postura de solucionar os conflitos e tomar providências. No caso da GIEFS, por exemplo, há a compressão de que a incorporação dessa gratificação ao vencimento básico dos servidores poderia resolver a questão do excessivo número de ações judiciais para a incorporação dela na base de cálculo, 13º salário e quinquênio. A fragmentação das decisões também deveria ser revista, pois cada setor se volta para as suas questões sem que exista um planejamento geral ou preventivo.

Entrevistado 07:

Adicional noturno é a principal demanda da Polícia Civil. O órgão sabe que está errado, que há necessidade de regulamentação da questão. A lei orgânica e lei específica falam que precisa de regulamento. Todavia, não há regulamentação em razão das dificuldades de controle de ponto dos policiais. As próprias entidades sindicais são contra o controle de ponto biométrico, que possibilitaria o pagamento administrativo do adicional noturno. Apesar de difícil de resolver o controle de ponto, seria plenamente possível resolver. O problema é político, o desgaste de um controle em que os servidores são contra. Mas seria plenamente possível resolver, desde que houvesse controle de ponto rigoroso, mas não sem controle, como ocorre hoje. Falta energia política e institucional para mapear a necessidade do trabalho noturno e regulamentar. Mas nenhum gestor com poder decisório quer enfrentar esse problema em razão do desgaste político. Não há qualquer articulação entre órgãos do Estado para resolução dessas demandas judiciais massificadas. Isto só ocorre quando vira um problema pessoal para o gestor. O governo e a SEPLAG não entram em atrito político com a Polícia. Muitas vezes, ninguém, de posto central, que tem condições de tomar a decisão, quer decidir, por conveniência. Essa judicialização funciona como um filtro: permite que o gestor não tome qualquer decisão,

postergue o problema e apenas cumpra uma ordem judicial, se vier. A mentalidade é não resolver o problema, deixar que se resolva naturalmente. Os gestores têm medo de decidir e lavam as mãos para a judicialização porque não se sentem responsáveis por isso.

Entrevistado 08:

Por vezes, entendo que o gestor é parceiro do litigante, ou seja, a judicialização também seria conveniente ao gestor de recursos humanos. Isto porque para o gestor local seria desgastante resolver algumas questões afetas à remuneração dos servidores. Compreendo que existe uma lógica imediatista, do gestor, que não precisa pagar ou resolver o problema imediatamente com a judicialização.

Entrevistado 09:

Compreendo que o problema da judicialização em massa de demandas remuneratórias ocorre, em regra, em razão da lógica imediatista do gestor, que não quer pagar ou resolver o problema imediatamente encaminhando o conflito à lentidão do Poder Judiciário. Como exemplo, lembro-me do adicional noturno. Nesse caso, a Administração sabe que o Judiciário é contrário ao posicionamento do Estado, mesmo assim não paga o adicional devido aos servidores sob argumento de falta de regulamentação da lei. O gestor imediato não banca essas decisões, o Secretário, por sua vez, leva em conta o impacto financeiro imediato e igualmente não resolve.

Como se depreende das entrevistas, o custo político, financeiro ou organizacional da tomada de decisão ativa na solução dos problemas que geram a judicialização do conflito não é encarado e os gestores, na maioria dos casos, possuem dificuldades em operar as mudanças necessárias à resolução (aversão a mudanças).

Como consequência, a extrema judicialização do conflito em questão é resultado, igualmente, do processo decisório pelo qual o gestor, em regra, “decide por não decidir”, encaminhando o problema para o crivo da Justiça, em cuja resolução se dará em momento futuro e incerto, com possibilidade de êxito ao ente público, que tem para si as vantagens estruturais que um litigante em série possui. Trata-se, na realidade, da tomada de decisão por fuga ou omissão, tal como teorizado acima, sendo esta a principal razão que leva o Estado, no conflito analisado, a comportar-se como um litigante (jogador) habitual.

4. CONCLUSÃO.

Conforme descrito na contextualização teórica apresentada para a “tipologia das partes” e para a “teoria da capacidade das partes” de

Galanter (1974), um jogador habitual, no litígio judicial por vantagem comparativa, possui a condição de extrair do conflito repetitivo e serial proveitos de longo prazo, estando disposto, inclusive, a sofrer derrotas imediatas em prol da possibilidade de ganhos normativos futuros. Dadas essas vantagens, para o jogador habitual a resolução de conflitos sob a arbitragem do Poder Judiciário se mostra, em última análise, desejada, afinal trata-se de arena favorável aos seus interesses considerando a assimetria de forças em relação aos participantes eventuais.

Segundo Galanter (1974), o conceito de participante habitual não é fixo, estabelecendo-se, na realidade, como um contínuo. Com efeito, a partir da análise empírica realizada pela pesquisa, em que se buscou a identificação dos conflitos (temas) mais recorrentes entre Estado de Minas Gerais e servidores, por remuneração, levados ao crivo do Judiciário, em associação às entrevistas dos gestores e advogados públicos envolvidos na condução do problema e, ainda, na verificação da repercussão desses mesmos temas na esfera administrativa de solução de litígios funcionais, objetivou-se compreender em qual medida o Estado pode ser classificado como um litigante (jogador) habitual, nesse contínuo teórico, e para o tema específico, e as razões que explicariam tal comportamento.

A opção pelo litígio judicial foi especialmente verificada pela pouca efetividade das arenas administrativas de resolução de litígios funcionais no Poder Executivo do Estado, em especial no CAP, especificamente analisado na pesquisa.

Essa baixa utilização e efetividade da maior esfera administrativa de solução de litígios funcionais do Poder Executivo do Estado foi reconhecida pela quase totalidade dos entrevistados e refletida nos números do Conselho

Restou claro que a condução do problema não possui uma atenção centralizada, tampouco uma postura ativa na identificação, discussão e proposição de soluções com vistas a prevenir ou minimizar o conflito. Não se detectou, na visão dos gestores entrevistados, ações organizadas por parte do Estado (ao menos em regra) que colem informações de maneira sistematizada e real acerca dos impactos financeiros e organizacionais do conflito judicial recorrente. Na realidade, o que os gestores apontaram foram tentativas localizadas e independentes de gestão do problema, por cada um dos diversos atores envolvidos, a partir de uma lógica particular (departamental).

Em diversas ocasiões, os gestores compreenderam que essa lógica local e departamental de gestão do conflito remuneratório judicializado possui, como grande preocupação, o cumprimento de ordens judiciais e a prestação de informações ao Poder Judiciário ou à Advocacia-Geral do Estado, sem reflexão sobre ações preventivas ou eventualmente resolutivas das origens do conflito. Tentativas de racionalização dos grandes temas judicializados foram apresentadas como raras, recentes e infrutíferas.

Sequer o real impacto financeiro desses conflitos é conhecido. Muito embora os gestores tenham a consciência, em muitas oportunidades, do impacto imediato na folha de pagamentos de eventual concessão administrativa de benefício remuneratório, o custo real da litigância judicial, com a consideração dos custos dos processos judiciais para o Estado, é desconhecido. O custo organizacional, compreendido como o direcionamento de atenção e esforços para o conflito judicial, ao invés da realização de outras políticas públicas, é igualmente desconhecido na compreensão dos entrevistados.

Ademais, com recorrência, os gestores expuseram que a efetiva resolução de diversas demandas levadas ao crivo do Judiciário de forma repetitiva poderia ocorrer, com certa objetividade. Todavia, não lhes era possível realizar tal resolução sem a anuência de outros atores, em especial por impactos financeiros. Ao final, a pesquisa pôde depreender que não há no Estado uma esfera decisória própria para a solução e a prevenção, na origem, dessa espécie de conflito, sendo que, no modelo atual, propostas resolutivas dependem da articulação de diversos órgãos, o que raramente acontece.

Nesse ponto, não se desconhece que a própria estrutura do Poder Executivo do Estado, dividido em órgãos e entidades, fomenta a fragmentação do processo decisório em diversos aspectos. Contudo, para questões funcionais, em especial remuneratórias, uma vez que as soluções envolvem orçamento ou mesmo alterações legais e regulamentares, há necessidade de ações coordenadas e centralizadas, especialmente na Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão de Minas Gerais. Essa ausência indevida de centralização e organização das decisões é conhecida, e ao mesmo tempo indesejada, pelos gestores.

Com efeito, a falta de coordenação do processo decisório não se mostrou, apenas, uma decorrência natural da complexidade da estrutura estatal, posto que, nesse ponto, as soluções, quando ocorrem, não

são (e não podem ser) fragmentadas. A própria natureza dos constrangimentos a serem vencidos para se pacificar esses conflitos remuneratórios judicializados em série enseja centralização (por depender de modificação de lei e orçamento, entre outros). Ou seja, o problema enseja gestão coordenada, segundo os próprios gestores, mas isto não se implementa, em regra.

Assim, a judicialização em massa de conflitos remuneratórios entre Estado e servidores (em especial os quinze temas destacados na pesquisa), se revelou, portanto, como um problema conduzido e administrado sob um processo decisório realizado de forma essencialmente fragmentada, sem grandes ações direcionadas a uma resolução definitiva. Nesse contexto, ao invés de esforços para a solução, o que foi possível observar foram decisões direcionadas a uma melhor e mais “confortável” convivência com o problema, remetendo à arena judicial, onde se acredita que os interesses do Estado poderiam ser atendidos (pela vantagem que possui, decorrente da litigância repetitiva).

Ao final, identificou-se que soluções que reduziriam ou solucionariam diversos conflitos judiciais massificados por remuneração são, em princípio, conhecidas, mas cuja implementação implicaria grandes esforços, sejam financeiros sejam político-organizacionais.

Todas essas constatações empiricamente verificadas nos permitem observar que, tal como na descrição do modelo decisório organizacional de “lata de lixo” (COHEN; MARCH; OLSEN, 1972) a condução desses conflitos remuneratórios repetitivos em face de seus agentes se dá, em regra, pela omissão ou fuga. Em outras palavras, o Poder Executivo do Estado de Minas Gerais, diante de conflitos remuneratórios em face de seus servidores públicos com características de repetição (que possuem potencial de atingir diversos indivíduos), se omite ou foge da resolução do problema, encaminhando-o naturalmente ao crivo do Poder Judiciário.

Ao final, temos que o processo de tomada de decisão no Poder Executivo do Estado de Minas Gerais, para o objeto pesquisado, possui como característica o não enfrentamento das questões na sua origem, seja de forma preventiva, seja de maneira repressiva. Assim, tem-se que o Estado aguarda e espera, em regra, o encaminhamento das controvérsias remuneratórias ao Poder Judiciário e cumpre, oportunamente, suas decisões. É uma questão de conveniência administrativo-organizacional, posto que, no fim das contas, cumprir um comando externo

e dotado de obrigatoriedade, como são as ordens judiciais, é mais confortável à Administração do que enfrentar constrangimentos diversos na resolução de problemas.

Tais constrangimentos, é de se esclarecer, muitas vezes se associam ao próprio temor do gestor em, ao decidir, trazer para si a possibilidade de vir a ser questionado por órgãos de controle externo da Administração, tais como Ministério Público e Tribunal de Contas, ou mesmo abrir o problema para discussão por parte de opositores políticos.

Conclui-se, portanto, que tal como o modelo organizacional de tomada de decisão “lata de lixo”, as questões envolvidas na solução das controvérsias remuneratórias do Estado de Minas Gerais em face de seus servidores estão imersas em um ambiente em que as preferências são problemáticas, a tecnologia não é clara e a participação é fluida, levando a decisões que se dão, em regra, por fuga ou omissão.

Desse modo e para o futuro, acredita-se que a solução para a excessiva judicialização de demandas entre o Estado de Minas Gerais e seus agentes por remuneração e a pacificação dessas relações de trabalho, enseja, antes de tudo, a revisitação dos processos decisórios da organização, bem como a modificação da cultura organizacional, de tal sorte que uma consciência efetiva da necessidade e possibilidade de resoluções administrativas dessas controvérsias ocorra e decisões resolutivas possam efetivamente ser tomadas.

REFERÊNCIAS

ASPERTI, Maria Cecília de Araujo *et al.* Why the “Haves” Come Out Ahead in Brazil? Revisiting Speculations Concerning Repeat Players and One-Shooters in the Brazilian Litigation Setting. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 16, n. 88, p. 11-33, jul./ago. 2019. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3503/pdf>>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *100 Maiores Litigantes*. Brasília: CNJ, 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 28 out. 2019

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Supremo em ação 2017: ano-base 2016*. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2017/06/f8bcd6f3390e723534ace4f7b81b9a2a.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2019

CAPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

CHASIN, Ana Carolina. Nota à edição brasileira. In: GALANTER, Marc. *Por que “quem tem” sai na frente*: especulações sobre os limites da transformação no direito. São Paulo: FGV Direito SP, 2018. (Coleção acadêmica livre).

CHOO, Chun Wei. *A organização do conhecimento*: como as organizações usam a informação para criar significado, construir conhecimento e tomar decisões. São Paulo: Editora Senac, 2003.

COHEN, M.D.; MARCH, J.G.; OLSEN, J. P. A garbage can model of organizational choice. *Administrative Science Quarterly*, v. 17, n. 1, p. 1-25, mar. 1972. Disponível em: < http://fbaum.unc.edu/teaching/articles/Cohen_March_Olsen_1972.pdf >. Acesso em: 12 out. 2019.

FRANCO, Marcelo Veiga. *A Administração Pública como litigante habitual*: necessária mudança da cultura jurídica do tratamento dos conflitos. 2018. 541f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte.

GALANTER, Marc. Why the “Haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, 1974.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça*: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARCH, J. G. *A primer on decision making*: how decisions happen. New York: Free Press, 1994.

MARCH, J. G.; OLSEN, J. P. *Rediscovering institutions*: the organizational basis of politics. New York: Free Press, 1989.

MARCH, J.G.; SIMON, H. A. *Teoria das organizações*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1975.

PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 32, n. 62, p. 29-50, jul./dez. 2000.

PUGH, Derek S.; HICKSON, David J. *Os teóricos das organizações*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2004.

COUTO, Matheus Fernandes Figueiredo. Tomada de decisão organizacional por fuga ou omissão e seus impactos na judicialização recorrente de conflitos remuneratórios entre administração e agentes públicos: análise do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais. *DIREITO PÚBLICO: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 19-20, n.1, p. 221-249, 2022/2023.

A IMPOSSIBILIDADE DE DISPENSA DA CERTIDÃO MUNICIPAL DE USO E OCUPAÇÃO DO SOLO NOS LICENCIAMENTOS AMBIENTAIS ESTADUAIS

RICARDO AGRA VILLARIM¹
ADRIANO BRANDÃO DE CASTRO²

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A natureza jurídica das Resoluções do Conama: atos administrativos primários, dotados de generalidade e abstração. 3 Exigência de certidão municipal nos licenciamentos ambientais: Interpretação à luz da Lei nº 13.874, de 2019, conhecida como Lei da Liberdade Econômica. 4 Conclusão.

RESUMO: O presente estudo analisa a viabilidade da dispensa de apresentação da certidão municipal de uso e ocupação do solo, conforme prevê o art. 10, § 1º, da Resolução Conama nº 237, de 1997, considerando o estabelecimento, pelo art. 3º, XII, da Lei da Liberdade Econômica, do direito de não ser exigida pela Administração Pública certidão sem previsão expressa em lei.

PALAVRAS-CHAVE: Licenciamento ambiental; certidão municipal de uso e ocupação do solo; liberdade econômica.

1. INTRODUÇÃO.

No âmbito do Estado de Minas Gerais, vigora o Decreto Estadual nº 47.383, de 2018, que estabelece normas para licenciamento ambiental,

1 Procurador do Estado de Minas Gerais desde 2013. Inicialmente atuou no contencioso da AGE, mas, pouco mais de um ano após o ingresso na carreira, passou a atuar no consultivo, tendo desempenhado suas funções nas Secretarias de Estado de Saúde, de Cultura, de Desenvolvimento Social, de Segurança Pública (atual Sejus) e no Núcleo de Assessoramento Jurídico da AGE. Atualmente está lotado na Consultoria Jurídica, onde exerce função de coordenador de área.

2 Procurador do Estado de Minas Gerais desde 2013. Atuou na Advocacia Regional de Juiz de Fora e no consultivo, desempenhando suas funções nas Secretarias de Estado de Saúde, de Defesa Social (atual Sejus), no Corpo de Bombeiros do Estado de Minas Gerais. Atualmente é chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável.

tipifica e classifica infrações às normas de proteção ao meio ambiente e aos recursos hídricos e estabelece procedimentos administrativos de fiscalização e aplicação das penalidades. O art. 18³ do decreto, seguindo o que estabelece o art. 10, § 1^o, da Resolução Conama nº 237, de 1997, determina que o processo de licenciamento ambiental seja instruído com a certidão emitida pelos municípios abrangidos pela Área Diretamente Afetada (ADA) do empreendimento.

Ocorre que, no ano de 2019, entrou em vigor da Lei nº 13.874, de 2019, conhecida como Lei da Liberdade Econômica, prevendo, em seu art. 3^o, XII, como direito de toda pessoa, natural ou jurídica, essencial para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal, “*não ser exigida pela administração pública direta ou indireta certidão sem previsão expressa em lei*”.

3 Art. 18 - O processo de licenciamento ambiental deverá ser obrigatoriamente instruído com a certidão emitida pelos municípios abrangidos pela Área Diretamente Afetada - ADA - do empreendimento, cujo teor versará sobre a conformidade do local de implantação e operação da atividade com a legislação municipal aplicável ao uso e ocupação do solo.

§ 1^o - A certidão de que trata o *caput* deverá ser apresentada durante o trâmite do processo administrativo e antes da elaboração do parecer único, sob pena de arquivamento do processo.

§ 2^o - Quanto à forma, respeitadas as demais exigências legais, as certidões emitidas pelos municípios devem conter:

I - identificação do órgão emissor e do setor responsável;

II - identificação funcional do servidor que a assina;

III - descrição de todas as atividades desenvolvidas no empreendimento.

(Parágrafo com redação dada pelo art. 6^o do Decreto nº 47.837, de 9/1/2020.)

§ 3^o - Atendido o requisito de apresentação da certidão municipal, a obrigação restará cumprida, sendo desnecessário reiterar sua apresentação nas demais fases do processo de licenciamento ambiental, quando esse não ocorrer em fase única, bem como na renovação, ressalvados os casos de alteração ou ampliação do projeto que não tenham sido previamente analisados pelo município.

4 Art. 10 (...)

§ 1^o No procedimento de licenciamento ambiental deverá constar, obrigatoriamente, a certidão da Prefeitura Municipal, declarando que o local e o tipo de empreendimento ou atividade estão em conformidade com a legislação aplicável ao uso e ocupação do solo e, quando for o caso, a autorização para supressão de vegetação e a outorga para o uso da água, emitidas pelos órgãos competentes.

Sobretudo após o Presidente do Ibama, por meio do Despacho nº 7013022/2020-GABIN, ter firmado orientação geral pela desnecessidade de obtenção da licença de uso e ocupação do solo para o licenciamento ambiental, passou-se a se cogitar em vários Estados, inclusive em Minas Gerais, a necessidade de rever os regulamentos que exigem tal documento, uma vez que não estariam previstos em lei em sentido estrito.

Para além da previsão estipulada na Lei da Liberdade Econômica, argumentou-se que a Lei Complementar nº 140, de 2011, em seu art. 13, *caput* e § 1º, prevê que os empreendimentos serão licenciados por apenas um ente federativo, cabendo aos demais se manifestar de forma não vinculante.

2. O RECONHECIMENTO DAS RESOLUÇÕES DO CONAMA COMO ATOS NORMATIVOS PRIMÁRIOS E DOTADOS DE GENERALIDADE E ABSTRAÇÃO.

Em uma primeira aproximação já se percebe que o tema vai muito além da superficial constatação de que não existe lei exigindo a apresentação de certidão municipal de conformidade de uso e ocupação do solo no âmbito do licenciamento ambiental.

Como órgão central do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama), o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) foi criado com poder regulamentar, consubstanciado nas competências que lhe foram outorgadas pela Lei nº 6.938, de 1981, de:

“estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA” (art. 8º, I); “estabelecer, privativamente, normas e padrões nacionais de controle da poluição por veículos automotores, aeronaves e embarcações, mediante audiência dos Ministérios competentes” (VI); e “estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos”.

Sob a égide da Constituição Federal de 1988, o entendimento que se firmou inicialmente, e que perdurou até há pouco, era o de que as resoluções do Conama eram atos normativos infralegais. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em sede de agravo regimental na ADI 3.074/DF, chegou a decidir que:

Não se admite a propositura de ação direta de inconstitucionalidade para impugnar Resolução do CONAMA, ato normativo regulamentar e não autônomo, de natureza secundária. O parâmetro de análise dessa espécie de ato é a lei regulamentada e não a Constituição. Precedentes

Mas, ao guinar em direção à compreensão de que as resoluções do Conama têm respaldo constitucional, o STF passou a reconhecer que tais atos normativos são primários e dotados de generalidade e abstração suficientes a permitir o controle concentrado de constitucionalidade. Reconhecendo que elas viabilizam o cumprimento da legislação vigente, de compromissos internacionais em matéria ambiental, e porque dão concretude direta à própria Constituição Federal.

Assim, ao julgar a ADPF 748/DF, a Corte entendeu que:

1. O exercício da competência normativa do CONAMA vê os seus limites materiais condicionados aos parâmetros fixados pelo constituinte e pelo legislador. As Resoluções editadas pelo órgão preservam a sua legitimidade quando cumprem o conteúdo material da Constituição e da legislação ambiental. A preservação da ordem constitucional vigente de proteção do meio ambiente impõe-se, pois, como limite substantivo ao agir administrativo.
2. O poder normativo atribuído ao CONAMA pela respectiva lei instituído- ra consiste em instrumento para que dele lance mão o agente regulador no sentido da implementação das diretrizes, finalidades, objetivos e princípios expressos na Constituição e na legislação ambiental. Em outras palavras, a orientação seguida pelo Administrador deve necessariamente mostrar-se compatível com a ordem constitucional de proteção do patrimônio ambiental. Eventualmente falhando nesse dever de justificação, expõe-se a atividade normativa do ente administrativo ao controle jurisdicional da sua legitimidade. Tais objetivos e princípios são extraídos, primariamente, do art. 225 da Lei Maior, a consagrar que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
3. A mera revogação de normas operacionais fixadoras de parâmetros mensuráveis necessários ao cumprimento da legislação ambiental, sem sua substituição ou atualização, compromete a observância da Constituição, da legislação vigente e de compromissos internacionais.

Extrai-se do julgado que a procedência da arguição foi motivada pela revogação de resoluções que davam concretude a objetivos e a princípios protetivos do meio ambiente fixados na Constituição Federal, sem que houvesse a substituição ou atualização da legislação ambiental.

Na ADI 5.547/DF, o Supremo entendeu que a Resolução Conama nº 458, de 2013, “é ato normativo primário, dotada de generalidade e abs-

tração suficientes a permitir o controle concentrado de constitucionalidade”, mas que “não denota retrocesso inconstitucional, nem vulnera os princípios da prevenção e da precaução ou o princípio da proteção deficiente”, tendo julgado improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade do normativo.

No julgamento da ADI 4.615/CE, o STF firmou a posição de que lei do Estado do Ceará, que dispõe sobre procedimentos ambientais simplificados para implantação e operação de empreendimentos e/ou atividades de porte micro com potencial poluidor degradador baixo, não violou os arts. 24, VI⁵, e 225⁶ da Constituição Federal, não tendo usurpado competência legislativa da União nem destoado do modelo

5 Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

6 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.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (Regulamento)

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento)

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (Regulamento)

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; (Regulamento)

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (Regulamento)

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (Regulamento)

federal de proteção ambiental. Nesse caso, o Supremo também indicou que a Resolução Conama nº 237, de 1997, justamente a que interessa à presente análise, retira sua força de validade diretamente da Constituição Federal e que é um marco normativo a ser seguido pelos demais entes federados, conforme se verifica nos seguintes pontos da emenda do julgado:

4. A Lei nº 6.938/1981, de âmbito nacional, ao instituir a Política Nacional do Meio Ambiente, elegeu o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA como o órgão competente para estabelecer normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA. O CONAMA, diante de seu poder regulamentar, editou a Resolução nº 237/1997, que, em seu art. 12, § 1º, fixou que poderão ser estabelecidos procedimentos simplificados para as atividades e empreendimentos de pequeno potencial de impacto ambiental, que deverão ser aprovados pelos respectivos Conselhos de Meio Ambiente.

VIII - manter regime fiscal favorecido para os biocombustíveis destinados ao consumo final, na forma de lei complementar, a fim de assegurar-lhes tributação inferior à incidente sobre os combustíveis fósseis, capaz de garantir diferencial competitivo em relação a estes, especialmente em relação às contribuições de que tratam a alínea “b” do inciso I e o inciso IV do caput do art. 195 e o art. 239 e ao imposto a que se refere o inciso II do caput do art. 155 desta Constituição. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 123, de 2022)

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. (Regulamento) (Regulamento)

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 96, de 2017)

5. A legislação federal, retirando sua força de validade diretamente da Constituição Federal, permitiu que os Estados-membros estabelecessem procedimentos simplificados para as atividades e empreendimentos de pequeno potencial de impacto ambiental.

Resulta, portanto, dos motivos determinantes do referido julgamento que a Resolução Conama nº 237, de 1997, ao retirar seu fundamento de validade diretamente da Constituição Federal, tornou-se um ato normativo dotado de generalidade e abstração apto ao controle concentrado de constitucionalidade do Supremo e a orientar atuação dos Estados em matéria de licenciamento ambiental. E se há, conforme o STF, um parâmetro normativo revestido de todos esses atributos, e o Estado adota regulamento seguindo suas diretrizes, não se vislumbra ilegalidade ou excesso na atividade regulamentar assim levada a efeito.

É exatamente o que ocorre com o art. 18 do Decreto Estadual nº 47.383, de 2018, ao reproduzir para a realidade do Estado do Estado de Minas Gerais o comando previsto no art. 10, § 1º, da Resolução Conama nº 237, de 1997, segundo o qual,

“no procedimento de licenciamento ambiental deverá constar, obrigatoriamente, a certidão da Prefeitura Municipal, declarando que o local e o tipo de empreendimento ou atividade estão em conformidade com a legislação aplicável ao uso e ocupação do solo e, quando for o caso, a autorização para supressão de vegetação e a outorga para o uso da água, emitidas pelos órgãos competentes”.

Em virtude da premissa que se cristalizou no STF, acerca da consistência normativa primária e dotada de generalidade e abstração das resoluções do Conama, em especial da Resolução nº 237, de 1997, que recebeu o reconhecimento expresso da Corte de que retira sua força normativa diretamente da Constituição Federal e orienta os Estados no exercício de sua competência suplementar, é de se concluir que a exigência da certidão municipal de uso e ocupação do solo se enquadra na exceção ao direito previsto no art. 3º, XII, da Lei da Liberdade Econômica.

Sobre uma eventual impertinência dessa certidão no licenciamento ambiental estadual, também importa esclarecer que se trata de um documento que objetiva equilibrar o uso do solo no contexto da organização do território do município, declarando a permissão ou não de diferentes atividades se localizarem em áreas abrangidas por esse ente. Não há dúvidas de sua pertinência nos licenciamentos ambientais dos Estados e da União, já que ela permite a integração da legislação

ambiental à urbanística e não se pode olvidar que a proteção constitucional não é somente ao meio ambiente natural, mas também ao meio ambiente artificial e ao urbano. É, portanto, um documento de ligação entre a proteção ambiental e o desenvolvimento urbano, que constitui uma típica competência municipal⁷. Basta ver que o Estatuto da Cidades, Lei nº 10.257, de 2001, conforme o seu art. 1º, parágrafo único, “*estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental*”. E, com vistas a isso, ainda estabelece, em seu art. 2º, XIII, que “*a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana*”, por meio, entre outras diretrizes gerais, da “*audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população*”.

No Parecer Jurídico AGE/CJ 15.915, a Consultoria Jurídica da Advocacia Geral do Estado reforçou a importância da certidão municipal e o seu caráter vinculante nos licenciamentos ambientais estaduais:

8. A competência para legislar sobre assuntos de interesse local, bem como para promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano é do Município, na forma do art. 30, incisos I e VIII, da Constituição Federal.

9. Ao seu turno, a Lei da Política Nacional de Meio Ambiente previu, como um de seus instrumentos, antes mesmo do licenciamento, o zoneamento ambiental (art. 9º, II), significando que as regras de uso e ocupação do solo e o desenvolvimento de atividades em espaço territorial merece ser previsto antes do licenciamento. Não como uma ordem de prioridades, mas porque o zoneamento subsidia o processo de planejamento e de ordenação do uso e da ocupação do território, bem como da utilização de recursos naturais”.

10. Uma vez definido o zoneamento, com a organização territorial, deve ser obrigatoriamente seguido na implantação de planos, obras e ativi-

7 Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Art. 30. Compete aos Municípios:

(...)

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

dades, públicas ou privadas, nos termos do art. 2º Decreto Federal n. 4.297, de 2002.

11. Com efeito, somos de opinião no sentido de que a Certidão de Conformidade de uso e ocupação do solo, expedida pelo Município, constitui-se em ato administrativo vinculado e tem caráter vinculante no licenciamento. Sua existência é, pois, imprescindível ao prosseguimento do processo de licenciamento.

12. Contudo, embora não se trate de uma posição dominante e seja uma questão aberta ao debate, ficamos com a corrente que entende que o objeto ou conteúdo da declaração do município se limita à certificação de que o empreendimento e sua localização estão conformes a lei de uso e ocupação do solo do Município, já que o licenciamento, no caso, é de competência do Estado. Ou seja, estamos defendendo um objeto restrito ao que houve de regulamentação de uso e ocupação do solo no município, sem maior aprofundamento, cuja análise quanto aos aspectos técnicos propriamente ditos será feita pelo ente licenciador, que decidirá se é viável a instalação, estabelecendo as condições, restrições e medidas que deverão ser adotadas pelo empreendedor, sendo facultado ao ente municipal, nesse ponto, a participação de modo opinativo, dentro da ótica do licenciamento por um único ente, nos termos do art. 13, § 1º, da Lei Complementar n. 140/2011.

Como o próprio parecer reconhece, há debates sobre os efeitos da certidão municipal, havendo quem a entenda como não vinculante do ente responsável pelo licenciamento⁸, ao argumento de que o art. 13, § 1º, da Lei Complementar nº 140, de 2011, assim o estabeleceu.

Entretanto, a certidão municipal de uso e ocupação do solo não pode ser confundida com a manifestação que o município pode apresentar nos licenciamentos de outros entes federados, na forma do aludido dispositivo, pois o conteúdo desta última, apesar de sujeito à discricionariedade do gestor municipal, se dirige ao mérito técnico da licença ou autorização objeto do procedimento de licenciamento. Daí porque é facultativa sua apresentação, e não vinculante, o seu conteúdo. Enquanto que a certidão de uso e ocupação tem o conteúdo vinculado, posto que apenas deve declarar se o local e o tipo de empreendimento ou atividade estão em conformidade com a legislação municipal aplicável ao uso e ocupação do solo urbano.

Assim, não pode o gestor municipal ou aquele que detém competência para tanto, retardar a emissão da certidão, criar empecilhos para

⁸ Nesse sentido, Terence Trennepohl, quando pontua que “*mesmo não tendo efeito vinculante e, muitas vezes, nenhuma interferência na área urbana do Município, a falta da Certidão do Município paralisa o processo de licenciamento*” (Manual de Direito Ambiental. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, versão digital).

emiti-la ou utilizá-la para finalidades diversas da declaração do uso e ocupação do solo. Também não pode condicionar a sua emissão à apresentação de documentos complementares ou à realização de compensações ambientais, sociais ou urbanísticas. O cometimento de desvios e excessos como esses sujeita o responsável a sanções penais e por ato de improbidade administrativa, além de tornar nula total ou parcialmente a certidão.⁹

3. CONCLUSÃO.

Enfim, a certidão municipal de uso e ocupação do solo se destina a integrar a política de desenvolvimento urbano às políticas de proteção ambiental, dada a notória complementariedade entre os sistemas legais que os pautam, devendo eventuais desvios e abusos na emissão desse documento serem combatidos por meio da adoção de medidas administrativas e judiciais contra os responsáveis.

Reveste-se de legalidade, portanto, o art. 18 do Decreto Estadual nº 47.383, de 2018, posto que se destina a viabilizar o cumprimento de competência constitucional e legal dos municípios e está fundamentado em ato normativo primário, geral e abstrato, conforme expressamente reconhecido pelo STF, a tanto que se equipara a lei, para o fim de excepcionar o direito previsto no art. 3º, XII, da Lei da Liberdade Econômica.

REFERÊNCIAS

FARIAS, Talden. Questões sobre a certidão de uso e ocupação do solo. *Conjur*, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-06/ambiente-juridico-questoes-certidao-uso-ocupacao-solo>. Acesso em: 4 maio 2023.

TRENNEPOHL, Terence. *Manual de direito ambiental*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2020. versão digital.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 11.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 38.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

⁹ É o que muito bem defende o professor Talden Farias em artigo intitulado “*Questões sobre a certidão de uso e ocupação do solo*”. *Conjur*, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-06/ambiente-juridico-questoes-certidao-uso-ocupacao-solo>

VILLARIM, Ricardo Agra; CASTRO, Adriano Brandão de Castro. A impossibilidade da dispensa da certidão municipal de uso e ocupação do solo nos licenciamentos ambientais estaduais. *DIREITO PÚBLICO*: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 19-20, n.1, p. 250-260, 2022/2023.

CIÊNCIA NORMATIVA DO DIREITO, FATO E *FATTISPECIE*¹

RICARDO ADRIANO MASSARA BRASILEIRO²

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Villela e o direito como ciência de fenômenos. 3 *Sed Contra*: primeira aproximação crítica. 4 Resposta à primeira questão: direito e natureza. Ciências causais e ciências normativas. 5 Resposta à segunda questão: fatos *sub specie iuris*. 6 Conclusão.

RESUMO: O presente trabalho pretende responder a dois questionamentos: A ciência do direito poderia ser entendida como uma ciência dos fenômenos? Fato e fato jurídico dizem respeito a uma mesma fenomenalidade, compondo idêntica categoria ontológica? As questões investigadas decorrem da leitura e da análise de um importante texto de um reconhecido autor que se quer aqui homenagear. O trabalho se valerá, como método, do cotejo do texto do jurista homenageado com obras teóricas de recorte mais normativista. Concluirá com respostas negativas às duas questões apresentadas.

PALAVRAS-CHAVE: Ciência do direito; ciência dos fenômenos; fato; fato jurídico.

1. INTRODUÇÃO

A ciência do direito, por tratar de normas que eventualmente incorporam fatos no antecedente da sua estrutura, poderia ser entendida como uma ciência dos fenômenos ou do acontecer? Fato e fato jurídico são categorias ontologicamente distintas ou dizem respeito a uma mesma fenomenalidade?

As questões investigadas no presente estudo decorrem da leitura e da análise de um importante texto de um reconhecido civilista que se quer aqui homenagear, apresentando-lhe alguns contrapontos.

¹ O presente texto foi concebido como homenagem ao recentemente falecido Professor João Batista Villela, mestre de muitos integrantes da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais.

² Procurador do Estado de Minas Gerais, Doutor e Mestre em Direito pela UFMG, autor dos seguintes livros: *O objeto do processo civil clássico romano*. Belo Horizonte: Líder, 2007; *História do processo: romanismo e pandectismo nas teorizações da ação*. Belo Horizonte: Líder, 2009; *Estudos de direito processual civil e de direito e processo do trabalho*. Belo Horizonte: RTM, 2013 (em co-autoria com Aroldo Plínio Gonçalves).

O texto em questão, que influenciou toda uma geração de estudiosos, intitula-se “*Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual*”³, da lavra de João Baptista Villela.⁴

Pelo título do texto, já é possível antever alguns dos seus méritos, dado que o esforço pela precisão conceitual é coisa muitas vezes rara no universo do Direito, em que noções vagas, imprecisas ou mesmo contraditórias são utilizadas, porque mais facilmente manipuladas para os fins da ocasião. Isso, também já se sabendo, milenarmente, que mesmo definições precisas são igualmente perigosas, pois é raro que não possam ser subvertidas (*Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset*. Jaloveno, D. 50, 17, 202).⁵

O presente texto se valerá, como método, do cotejo do texto do civilista mineiro com obras de filosofia do direito e metódica jurídica de recorte mais normativista, em sua maioria. Tal perspectiva jusfilosófica é a que se adotará em razão de ser ela própria a pressuposta pela abordagem do autor homenageado que, no entanto, aparentemente, não as conduziu às derradeiras consequências.⁶

2. VILLELA E O DIREITO COMO CIÊNCIA DE FENÔMENOS

Villela inaugura seu texto sublinhando que tratar o Direito como “uma ciência do comportamento, embora seja verdadeiro, não é, em rigor, suficientemente extenso para alcançar os limites mais remotos da sua identidade epistemológica”, dado que, “nem sempre [...] a ordem jurídica reclama ações humanas, vale dizer, condutas ou comportamentos, para que se ponha em movimento”. E continua:

3 In: DIAS, Adahyl Lourenço *et al.* *Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 251-266.

4 O homenageado é Professor Titular aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

5 Consulte-se: JUSTINIAN. *Digesta*. In: The Latin Library <<https://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest50.shtml>> Acesso em 22.8.2019.

6 Uma primeira versão dessa homenagem – que já estava identificada e planejada há uns tantos anos, talvez quinze – foi apresentada e debatida no VIII Colóquio Direito, Argumentação e Normatividade, promovido pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, no ano de 2018, sob a regência dos Professores Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno e Júlio Aguiar de Oliveira, a cuja oportunidade agradeço.

“Consequências juridicamente significativas podem decorrer de fenômenos inconscientes ou involuntários. [...] O raio que tira a vida do cavalo e libera o comodatário do dever de o restituir; o rio que, abandonando o álveo, faz crescer, só por isso, a propriedade dos ribeirinhos; o desprender-se do fruto, que determina a sua aquisição pelo proprietário do solo em que cai etc. São, todos, acontecimentos que produzem [...] mutações de caráter jurídico [a saber, segundo o autor, criação, conservação, modificação, transferência ou extinção de direitos], qualquer que seja a vontade das pessoas em cada caso envolvidas, e mesmo independentemente de qualquer atividade que tenham desempenhado ou de que se tenham omitido.”

Com base nessas reflexões, Villela conclui que “com maior poder de abrangência dir-se-á, pois, que o Direito é uma ciência dos fenômenos ou do acontecer”, tanto como o são a Física, a Química e a Biologia. [Esta, a primeira questão a ser enfrentada no presente texto.] Ressalta ainda que, a despeito da correção dessa última proposição, ela não é totalmente exata para a diferenciação das ciências jurídicas, pois outras ciências, inclusive não humanas, como as acima apontadas, também são ciência dos fenômenos. Mas sublinha que o que se perde em precisão quantitativa, ganha-se em propriedade qualitativa, dado que, com a categorização que ele sugere, não seriam aprioristicamente e de forma indébita excluídas do fenômeno jurídico determinadas situações.⁷

Pretendendo apresentar fundamentos para uma tipologia dos fatos jurídicos, Villela ressalta que, a despeito de o Direito ser uma ciência de fenômenos, “a fenomenidade, ela própria, não é uma categoria jurídica”, que “a intervenção do Direito se dá [...] a partir do preciso instante em que os fatos deixam de lhe ser indiferentes.”

Vilella assim continua (e aqui segue reproduzido um texto mais ou menos extenso do autor, o que se faz tanto para efeito de fidedignidade àquilo com o que se vai posteriormente interagir, bem como para que o leitor possa ter contato com os méritos estilísticos do autor, que é irmão do premiado contista e escritor Luiz Vilela):

Nos exemplos antes indicados, não é o Direito que define a morte por caso fortuito, o abandono do álveo, a queda do fruto. Mas ao atribuir-lhes relevância jurídica, trá-los para os seus domínios e lhes impões um regime, em função do qual passam a produzir consequências típicas. O encontro do Di-

⁷ Todo o conteúdo exposto até o momento é extraído de VILLELA, João Baptista. Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual. In: DIAS, Adahyl Lourenço et al. *Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 255.

reito com os fatos verifica-se, portanto, não no momento em que estes ocorrem, senão já antes, quando aquele lhes infunde potencialidade jusgenética. Logo, o *fato* e o *fato jurídico* não são categorias ontológicas distintas [são, então, para o autor, a mesma categoria ontológica – e aqui, a segunda questão a ser enfrentada pelo presente estudo], mas atitudes axiologicamente diversas diante da mesma fenomenidade.⁸ Assim, de novo, o desprender-se do fruto, que pode produzir a aquisição do seu domínio, quando o solo da árvore e o da queda são de proprietários diferentes, não levará a nenhuma consequência juridicamente relevante na hipótese contrária, isto é, naquela em que os solos sejam do mesmo proprietário. No primeiro caso, o fato é jurídico. No segundo, não. Visto como fenômeno, contudo, não há diferenças a assinalar. O que houve foram avaliações diversas a que ficou submetido, por força de uma circunstância que, de resto, não é fenomênica, mas puramente jurídica: a titularidade do domínio dos solos. O de que o fruto proveio e o daquele sobre que caiu. Do mesmo modo o abandono de alveo, que, no primeiro exemplo, faz surgir novos direitos dominicais em favor dos ribeirinhos, será absolutamente destituído de consequências jurídicas, se o desvio de curso, que deixa descoberta a superfície, ocorre no interior de uma única propriedade.

Sintetizando: a juridicidade não é um atributo intrínseco à materialidade dos fatos, mas uma propriedade que o Direito lhes acrescenta, com base em puras razões de conveniência ou oportunidade. Logo é equivocado pretender-se fundar uma tipologia dos fatos jurídicos a partir de uma angulação estática. Não há fatos jurídicos *a priori*. É no dinamismo da sua

8 Como de se observar, ao longo do texto tem sido e será utilizado o termo fenomenalidade, ao revés do vocábulo “fenomenidade” utilizado por Villela. Isso, em razão de a primeira ocorrência ser mais usual e também possuir como significados dicionarizados algo próximo daquilo que Villela pretendeu tangenciar com o segundo termo, a saber, (1) “caráter do que se apresenta como fenômeno” ou (2) “conjunto de fenômenos”. Assim: CALDAS AULETE. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. V. II. 3 ed. Rio de Janeiro: Delta, 1974, p. 1.577, col. 1 – sentido (1); HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1.326, 3 col. 3 – sentido (2). Em nenhum desses dicionários se encontra o registro “fenomenidade”. Tal composição, que é largamente funcional no texto do autor homenageado, aparenta propriedade. No entanto, ao menos no segundo dicionário acima indicado, o sufixo –dade comparece unicamente como formador de substantivos abstratos derivados de adjetivos, o que não o caso do termo fenômeno (donde “fenomenidade”), que segue apontado exclusivamente como substantivo por HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *op. cit.*, p. 903, col. 2, e p. 1.327, col. 1. Esta pequena questão filológica escapa às competências do autor da presente nota. Presta-se, no entanto, à exemplificação do que seguirá dito quando da resposta à segunda questão: os sistemas linguísticos – dentre eles o direito – possuem complexidades próprias e constituem suas próprias realidades.

apropriação axiológica que os fatos adquirem ou não o atributo, eminentemente extrínseco, de serem jurídicos.⁹

Ainda em busca de precisão conceitual, Villela sequencia seu texto com uma tipologia dos fatos jurídicos, destrinchando, entre outros assuntos: (1) os fatos essencialmente jurídicos (necessariamente portadores da propriedade de serem afetados pelo Direito, “por força ainda de uma determinação *ab extrinseco*”, como nascimento, morte, privação de faculdades de entendimento, que “sempre produzem consequências juridicamente relevantes”) de fatos eventualmente jurídicos (somente jurídicos “sob determinadas circunstâncias”); (2) no seio dos fatos essencialmente jurídicos, os fatos jurídicos voluntários, atos exclusivamente humanos, dos fatos jurídicos involuntários (provenientes de “atividades materialmente desempenhadas pelo homem, mas sem concurso da vontade”, de modo a poderem ser “categorialmente assimilados a outro qualquer fato do mundo físico”, ou a fatos da natureza. Assim, o ato de um demente equivaler a um ato da força bruta); (3) dentre os atos jurídicos, os atos lícitos dos ilícitos. Aqui, o autor apresenta a questão da juridicidade do ato ilícito, ressaltando que o então tradicional debate girava em torno de qual o critério para a juridicidade: ou antes o da relevância para o direito ou antes o da conformidade ao direito.¹⁰

3. *SED CONTRA*: PRIMEIRA APROXIMAÇÃO CRÍTICA.

A pretensão de discutir um texto após quarenta anos da sua publicação, após múltiplas aquisições e/ou consolidações da hermenêutica, da metódica e da ciência jurídicas, somente revelam a importância do texto e do seu autor para quem o revisita e para as novas gerações.

De toda sorte, desde já, pode ser-lhe apontado um reparo que, em sua aparente singeleza, sintetiza um ponto de unidade pressuposto para a resposta comum aos dois questionamentos que o presente texto pretende fornecer. Siga-se com a evidenciação de uma ligeira contradição que pode ser vista na categorização que Villela faz dos fatos essencialmente jurídicos.

⁹ VILLELA, João Baptista. Do fato ao negócio, p. 256.

¹⁰ VILLELA, João Baptista. Do fato ao negócio, p. 257-259. Para a distinção entre fatos jurídicos voluntários e involuntários, Villela apoia-se em: DE RUGGIERO, Roberto. *Istituzioni di diritto civile*. 7 ed. Messina. G. Pincipato, 1934, v. 1, p. 226.

Para o autor, esses fatos são aqueles “necessariamente portadores da propriedade de serem afetados pelo direito”, “por força ainda de uma determinação *ab extrinseco*”, dado que “sempre produzem consequências juridicamente relevantes”, como “o nascimento, a morte, a privação da faculdade de entendimento etc.”

Ora, segundo o próprio texto não é o Direito mesmo que, por razões de pura conveniência e oportunidade, elege o que juridicamente relevante?

Sim, nisso o texto é literal e expresso. Mas a compreensão de que a essência, o fundo do ser de algo, sua substância, sua quiddidade, possam ser determinados *ab extrinseco*, isso parece contrário, ao menos, às mais tradicionais noções de essencialismo.¹¹ Pelo conjunto do exposto, a questão pode parecer, à primeira vista, resumir-se a uma má escolha vocabular. No entanto, numa análise mais detida, a questão revela a existência de alguma tateio, alguma indefinição, alguma oscilação de critérios que permeia o texto e deriva implicações para as duas asserções que o autor apresentou que serão aqui escrutinadas.

Veja-se que, no sentido inverso, também é impróprio sustentar que determinados fenômenos “naturais”, como “o nascimento, a morte, a privação da faculdade de entendimento etc.”, “sempre produzem consequências juridicamente relevantes”. Se o nascimento ou a morte de um escravo, por exemplo, nas legislações históricas que o admitiam, significavam o acréscimo ou o decréscimo patrimonial do seu dono, qual a relevância jurídica, qual a consequência juridicamente significativa da perda da faculdade de entendimento de algo que já era tratado como coisa? E qual a consequência juridicamente relevante para o nascimento ou a morte de um potencial escravo em estado de liberdade, previamente a uma eventual captura? Outra questão que parece relevante: qual a extensão do etc. apresentado por Villela no seu texto na exemplificação dos fatos que sempre produzem consequências juridicamente relevantes? O autor, a despeito de afirmar que é o direito que elege aquilo que juridicamente relevante, parece aqui, de modo

11 A propósito: LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. Trad. Fátima Sá Correia et al. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 338-339; ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi (coord.). 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 358-362; FERRATER MORA, J. *Dicionário de filosofia*. t. 2. Trad. Maria Stela Gonçalves et al. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2005, p. 896-902; SOSA, Ernest. Essence. In: HONDERICH, Ted (Editor). *The Oxford companion to philosophy*. Oxford, New York: Oxford University Press, 1995, p. 250-251.

contraditório, dobrar-se a um entendimento que produz a submissão do direito à natureza ou a qualquer outro sistema de inteligência dos fatos ditos naturais. Em outra passagem, essa contradição igualmente se revela: “Nos exemplos antes indicados, não é o Direito que define a morte por caso fortuito, o abandono do álveo, a queda do fruto.” Ou seja, as definições desses dados viriam de fora do Direito que a elas se deveria dobrar.

Não é desse modo que as coisas se dão, no entanto. Isso é o que se verá a partir de agora, de modo integrado com a análise das duas questões que o texto se predispôs a enfrentar: O direito realmente se equipara a uma ciência dos acontecimentos, como a química, a física e a biologia? Fato e fato jurídico são categorias ontologicamente distintas ou dizem respeito a uma mesma fenomenalidade?

4. RESPOSTA À PRIMEIRA QUESTÃO: DIREITO E NATUREZA. CIÊNCIAS CAUSAIS E CIÊNCIAS NORMATIVAS.

Direito e natureza. Curiosamente, esse é o título do primeiro capítulo¹² de uma das mais importantes obras da filosofia jurídica do século XX. É a partir dessa perspectiva que Kelsen introduz sua *Teoria Pura do Direito*, erigindo como princípio metodológico fundamental a libertação da teoria do direito de todos os elementos que lhe são estranhos. Não tanto das ciências naturais, mas da psicologia, da sociologia, da ética e da teoria política, ciências com as quais a ciência jurídica havia sido confundida pela teoria jurídica tradicional no transcurso dos séculos XIX e XX.¹³

Kelsen não nega que ao menos uma parcela do ser do Direito parece assentar-se no domínio da natureza ou ter uma existência inteiramente natural. A própria sociedade, o concreto e efetivo convívio entre os homens, podem ser compreendidos como componentes da vida em geral e da natureza. E em qualquer dos fatos que se classificam como jurídicos ou que se conectam com o Direito podem-se distinguir dois elementos: tanto (1) um evento [o autor trata exclusivamente de atos] sensorialmente perceptível, que se realiza no espaço e no tempo e se sujeita às leis da causalidade, como (2) sua significação jurídica, que não pode ser percebida por meio dos sentidos, mas que é atribuída

¹² Devo essa lembrança ao amigo Professor Júlio Aguiar de Oliveira.

¹³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. 2 tir. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 1-2.

ou imputada ao evento por uma norma considerada válida que, como esquema interpretativo, empresta-lhe significação jurídica, conforme estabelecido pela autoridade jurídica.¹⁴

O jusfilósofo entende que o objeto da ciência jurídica são as normas jurídicas, de modo que a conduta humana [e igualmente os eventos da natureza] só se constitui em objeto da ciência jurídica na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas, seja como pressuposto ou consequência de normas jurídicas.¹⁵

Dessa perspectiva kelseniana, portanto, a ciência do direito somente poderia também eventualmente qualificar-se como uma ciência fenomênica, de eventos inconscientes e involuntários, tal como a enquadrou Villela, na medida em que tais fenômenos comparecessem como pressupostos de normas jurídicas, sendo certo que tais fenômenos jamais poderiam comparecer como consequentes de normas jurídicas, não podendo figurar como espécie de dever-ser.

A perspectiva de Kelsen, no entanto, não se resume ao apontado, dado que o jusfilósofo esclarece que esse pressuposto da norma jurídica, que essa conduta humana – ou esse evento da natureza, acrescenta-se – somente seria apreendido pela ciência do direito de modo jurídico, ou seja, somente a partir do ponto de vista próprio do Direito, tal como determinado através de uma norma jurídica.¹⁶ Esse ponto, no entanto, que, *prima facie*, parece confirmar o perspectivismo de Villela quanto à segunda questão, será melhor explorado no tópico seguinte, quando a segunda questão será enfrentada. No entanto, desde já pode-se reforçar que para o jusfilósofo a apreensão de algo do ponto de vista próprio do direito significa precisamente a apreensão desse algo tal como determinado através de uma norma jurídica.

Retornando à primeira questão, pode-se observar, no entanto, que, para o jusfilósofo, as ciências jurídicas não se assimilam às ciências naturais, em razão de serem regidas por princípios distintos. As ciências naturais são modalidades de ciências causais, regidas pelo princípio da causalidade, que estruturam seus enunciados sobre seu objeto segundo uma relação de causa e efeito, que independe da vontade humana, tal como a relação entre o aquecimento do metal e sua respectiva dilatação. A própria natureza é concebida pelas ciências naturais de modo

¹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 2-5 e p. 86-91.

¹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 79.

¹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 79.

mecanicista, como uma ordem das coisas ou um sistema de elementos vinculados uns aos outros como causa e efeito. Algumas ciências sociais, que se ocupam das condutas humanas, igualmente as podem perspectivar causalmente, e estabelecer relações de causa e efeito entre fatos distintos, tal como um sociólogo que poderia relacionar as altas taxas de desemprego com o aumento da criminalidade. Nesse caso, haveria diferenciação somente de grau, mas não de princípio, entre essas ciências sociais causais (como a Sociologia, a Psicologia, a Etnologia e a História) e as ciências naturais.

O mesmo não se dá, contudo, com as ciências jurídicas, que tanto quanto as ciências da Ética e da Moral, são modalidades de ciências sociais normativas, que interpretam a sociedade enquanto “ordem normativa da conduta dos homens entre si” e perspectivam a conduta recíproca dos homens enquanto pautadas por normas. Diferentemente das ciências causais, as ciências normativas estruturam seus enunciados sobre seu objeto segundo o princípio da imputação, de modo a designarem precisamente uma relação normativa, e não causal. Enquanto na proposição causal se diz que se é A, então é B, nas proposições normativas se diz que se é A, então deve ser B, a despeito de o conseqüente se seguir ou não, dado que referido a um ato de vontade (o que equivale a uma norma) de um titular de competência jurídica.¹⁷ Nos termos do próprio autor:

“a proposição jurídica não é um imperativo: é um juízo, a afirmação sobre um objeto dado ao conhecimento. [...] O jurista científico que descreve o Direito não se identifica com a autoridade que põe a norma jurídica. A proposição jurídica permanece descrição objetiva – não se torna prescrição. Ela apenas afirma, tal como a lei natural, a ligação de dois fatos, uma conexão funcional.”¹⁸

Para Kelsen:

“somente quando a sociedade é entendida como uma ordem normativa da conduta dos homens entre si é que ela pode ser concebida como um objeto diferente da ordem causal da natureza, só então é que a ciência social pode ser contraposta à ciência natural. Somente na medida em que o direito for uma ordem normativa da conduta dos homens entre si pode ele, como

¹⁷ O conteúdo dos dois últimos parágrafos pode ser encontrado em: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 84-91 e p. 95-102; COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 49-54.

¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 89.

fenômeno social, ser distinguido da natureza, e pode a ciência jurídica, como ciência social, ser separada da ciência da natureza.”¹⁹

Em resposta à primeira questão, pode-se dizer, portanto, que, dessa perspectiva normativista, ao contrário do que sustenta Villela, o Direito não é assimilável a uma ciência dos fenômenos em razão da mera circunstância de “deles” se ocupar. Como se verá, aliás, o modo pelo qual o direito se ocupa dos fenômenos é um modo todo próprio, que os enxerga ou os constitui *sub specie iuris*.

Viu-se que o que buscava Villela eram “os limites mais remotos da sua [do Direito] identidade epistêmica”. No entanto, o próprio Villela reconhece que o critério que sugere não é totalmente exato para a diferenciação das ciências jurídicas. Qual seria, então, a razão para adotá-lo? Conceituar, definir ou identificar algo não é propriamente apresentar o que esse algo tem de próprio e de distinto das outras coisas? Não é precisamente o fincar os marcos e divisar as fronteiras desse algo com o que lhe é diferente? O critério de identificação não é propriamente um critério de especificação?²⁰ Uma coisa é igual a si mesma [e diferente das outras]; *ens est ens*: esse o chamado princípio ontológico da identidade.²¹

Desse modo, a caracterização que Villela faz do Direito parece imprimir perda qualitativa na identificação daquilo que propriamente jurídico. Notadamente se o que o Direito teria de comum com os dados das chamadas ciências dos fenômenos ou do acontecer é meramente aparente e não real, como se verá a seguir.

Conforme a classificação de Villela, o Direito é antes uma ciência dos fenômenos ou do acontecer – “com maior poder de abrangência dir-se-á”, foi como introduziu a questão – e somente depois uma ciência do comportamento – “dizer que o Direito é uma ciência do comportamento, embora seja verdadeiro, não é suficientemente extenso para alcançar os limites mais remotos da sua identidade epistêmica”, assim o disse. Como ficará claro, Villela inverte os dados do problema. É muito mais próximo da especificidade do direito ser uma ciência do comportamento do que ser – o que, aliás, não é – uma ciência dos fe-

¹⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 86.

²⁰ LOWE, E. J. Identity, criterion of. In: HONDERICH, Ted (Editor). *The Oxford companion to philosophy*. Oxford, New York: Oxford University Press, 1995, p. 391.

²¹ FERRATER MORA, J. *Dicionário de filosofia*. t. 2. Trad. Maria Stela Gonçalves et al. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2005, p. 1.429, verbete identidade.

nômenos ou do acontecer. Se se perspectiva a questão da identificação do próprio do Direito tomando por base a estrutura da norma jurídica, é como se Villela colocasse a estatuição em função da previsão – não o faz contudo: “a juridicidade [...] é [...] uma propriedade que o Direito lhes [aos fatos] acrescenta”, foi o que disse; é, assim, incoerente: conhece mais do mecanismo de funcionamento amiadado do jurídico do que da abstração para qualificá-lo como ciência; é antes um civilista do que um teórico geral – . No entanto, as coisas se dão precisamente ao contrário: na norma jurídica, é a previsão que está em função da estatuição. É o que se verá a partir de agora, em conjunto com a apreciação da segunda questão.

5. RESPOSTA À SEGUNDA QUESTÃO: FATOS *SUB SPECIE IURIS*.

Vimos que Kelsen sustenta que em qualquer dos fatos que se classificam como jurídicos ou que se conectam com o Direito podem-se distinguir dois elementos: tanto (1) um evento sensorialmente perceptível, que se realiza no espaço e no tempo e se sujeita às leis da causalidade, como (2) sua significação jurídica, que não pode ser percebida por meio dos sentidos, mas que é atribuída ou imputada ao evento por uma norma considerada válida que, como esquema interpretativo, empresta-lhe significação jurídica, conforme estabelecido pela autoridade jurídica.²²

Esses dois elementos são usualmente coordenáveis a elementos já anteriormente perceptíveis na própria estrutura da norma jurídica que empresta significação ao fato e que são tradicionalmente qualificados como previsão e estatuição. A previsão (*facti-species*, *fattispecie* ou *Tatbestand*) como o antecedente, a hipótese, o tipo legal, a dita situação da vida, o dito evento natural ou humano, os ditos fato ou conjunto de fatos, a cuja ocorrência concreta o direito liga uma consequência jurídica qualquer. A estatuição (*Rechtsfolge*), por seu turno, como sendo a própria consequência jurídica, que é havida pelo geral da civilística como a constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica, ou, como quer Villela, como a criação, a conservação, a modificação, a transferência ou a extinção de direitos. Tais consequências jurídicas, a rigor, são redutíveis a direitos e deveres. E isto, numa perspectiva normativista, o próprio centro gravitacional do direito: o conferimen-

²² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 2-5 e p. 86-91.

to de direitos e a imposição de deveres. Ou, numa síntese ainda mais apertada: as consequências jurídicas previstas normativamente são constituídas por deveres, que, por seu turno, nada mais são do que um dever-ser de certa conduta ou certo comportamento, um fazer ou um deixar de fazer algo.²³ Aqui, a ideia do Direito como ciência do comportamento.

Podem ser feitas múltiplas considerações sobre cada um dos termos dessa equação ou sobre a relação entre eles. Em vista, no entanto, de a questão que o texto se predispôs a enfrentar dizer respeito unicamente à previsão, somente com um maior detalhamento dela é que se seguirá.

Sobre a previsão ou o antecedente, a observação das realidades normativas revela enorme ambiguidade do termo fatos, podendo neles figurar dados normativos, qualidades, situações ou posições jurídicas que já são o resultado da aplicação de outras normas jurídicas²⁴, as chamadas normas auxiliares para a intelecção do preceito jurídico.²⁵ As noções, por exemplo, de cidadão brasileiro, coisa alheia, sócio, credor, transmissão da propriedade, todas elas utilizadas como supostos de algumas normas jurídicas, todas pressupõem a prévia aplicação de outras normas. Destarte, ao revés da falarmos de fatos, melhor seria se falássemos de dados.²⁶

É o tradutor português da *Teoria Pura do Direito* quem prossegue num trecho fundamental para os nossos propósitos, o que justifica a extensão da sua reprodução:

[...] com exceção dos conceitos que se refiram a números, todos os conceitos utilizados pelas normas jurídicas, mesmo os chamados conceitos descritivos, são conceitos “análogos”, no sentido de que não carregam apenas o significado de referência a algo de perceptível pelos sentidos, mas também, se não principalmente, dão expressão a um específico sentido jurídico [...]. Neste sentido pode também dizer-se que todas as noções que a lei vai buscar às situações típicas da vida sofrem sempre uma tal ou qual deformação “teleológica” ao serem incorporados no sistema jurídico, pois que são sempre elementos integrantes do *sentido* da lei, são sempre

23 Com a última percepção: ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7 ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Gulbenkian, 1996, p. 23-29, 35-36.

24 BAPTISTA MACHADO, J. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 80.

25 SCHAPP, Jan. *Introdução ao direito civil*. Trad. Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Fabris, 2006, p. 33.

26 BAPTISTA MACHADO, J. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, cit., p. 80.

“conceitos funcionais.” Daí que tais conceitos sejam muitas vezes susceptíveis de aplicação a “factos” ou dados muito distantes da sua significação originária.[...]

Importa aqui sobretudo salientar que a *facti-species*, quando se reporta a factos, os juridiciza. O que significa que, para *identificar* o facto ou situação de facto, ao averiguar se se concretiza ou não a hipótese legal (ao resolver a chamada “questão de facto” quando se trata de fazer aplicação do Direito), temos de ter presente que estamos a aplicar um conceito jurídico, um conceito integrado no sistema jurídico – e não um conceito naturalístico ou um conceito fornecido por qualquer outro sistema conceitual (científico, económico, sociológico, técnico) de intelecção e descrição da “realidade”.

[...] em bom rigor, é a *facti-species* jurídica que nos fornece o óculo pelo qual havemos de “in-speccionar” a realidade facto. É através dela que o próprio facto ou situação se recorta e configura como sendo o facto ou a situação prevista pela lei, é através dela que tal situação nos pode aparecer como *tal* situação e se *distingue* de outras que, de um ponto de vista naturalista, técnico, etc., lhe seria idêntica, ou se identifica com outras que, de outro ponto de vista, seriam diferentes. O que permite identificar, especificar ou determinar a diferença *específica* das situações de facto do ponto de vista do Direito é a *facti-species* jurídica. É segundo esta, pois, que se deve fazer a *in-spicium* (in-speccção) dos factos, para que estes se nos apresentem (configurados) *sub specie iuris*.

Esta observação é importante para definir a atitude mental do jurista na aplicação do direito e para afastar a ilusão corrente de que a resolução da questão de fato se processa através de uma simples constatação de dados sem qualquer intervenção da “species” jurídica (ou da intenção da juridicidade) no *achar* o dado de facto, do descobri-lo e notá-lo.²⁷

A pretensa fenomenalidade natural, portanto, que pode figurar como suposto da norma jurídica, é antes uma “leitura ou versão *jurídica* da realidade”; “o que se descreve não é ‘a realidade antes de ser convocada pelo direito’, mas a realidade já percebida e marcada pelo direito”; o fatos são “construções mentais” adaptadas ao papel ou à função que desempenham no caso jurídico.²⁸

Como visto, repita-se, não se trata de qualquer conceito naturalístico ou de qualquer outro conceito advindo de qualquer outro sistema conceitual de apreensão e descrição da “realidade”, seja ele um sistema científico, técnico, sociológico ou económico, mas, pura e simples-

²⁷ BAPTISTA MACHADO, J. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, cit., p. 80-82.

²⁸ HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 478-479.

mente, um enquadramento jurídico da realidade. O direito se vale de uma apropriação analógica e instrumental dos dados e circunstâncias típicas da vida, relacionando ou comparando termos de sistemas ou ordens linguísticas e conceituais distintos.²⁹ Dessas comparações podem resultar sobras e/ou defecções conceituais. *Omnis comparatio claudicat*.

No que diz respeito ao entendimento das previsões legais, elas dizem respeito a determinados fatos ou situações da vida que a vivência e a experiência comuns já pré-compreendem, facultando, assim, a própria intelecção da norma. Para que qualquer signo linguístico possa ser compreendido, é necessário que aponte para algo alheio a si, para algo de extralinguístico, para um referente externo, um *quid* ou coisa extralinguística significada. Isso é a própria pré-estrutura do compreender. A compreensão do texto é a compreensão da coisa para a qual o texto aponta. Na estrutura da norma jurídica, contudo, a previsão normativa existe e se justifica em função do que seguirá estatuído para a hipótese. É na estatuição normativa que está revelada a especial concepção de direito e de justiça mantida pelo legislador, que se apropria dos fatos e situações da vida de modo unicamente instrumental, como mediadores dessa expressão do justo. Os fatos e situações da vida comparecem na norma com um valor somente secundário e derivado. A função e o sentido das normas não são propriamente os de descrever ou classificar situações da vida. Tudo isso é o que esclarece Baptista Machado, que prossegue:

“as diferentes normas jurídicas têm de ser encaradas já como “respostas” a questões ou problemas de regulamentação jurídica – designadamente, a problemas de ordenação e integração justa da vida social. [...] as normas, representam já, ao fim e ao cabo “interpretações” do legislador da sua própria concepção de Direito ou da ideia de Justiça a que adere. Logo, os próprio enunciados legais (*facti-species*) hão de ser entendidos neste contexto, perspectivados segundo esta função das normas.”³⁰

O referente fundamental da norma jurídica, o *quid* ou a coisa extralinguística para que a norma quer apontar é antes e precisamente esse modo de integração e ordenação justa da vida social, e não a situação da vida referida.

²⁹ Para o raciocínio analógico em geral: FERRATER MORA, J. *Dicionário de filosofia*. t. 1. Trad. Maria Stela Gonçalves et al. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 128-132.

³⁰ BAPTISTA MACHADO, J. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, cit., p. 205-207. É também nesse autor que se apoia o que segue dito no parágrafo subsequente.

É somente aparente uma curvatura do direito perante a natureza, com afirmações apenas daquilo que é. Distinções, por exemplo, que já foram endossadas pelo direito entre filhos legítimos e filhos ilegítimos seriam impensáveis para um biólogo para quem há unicamente o fenômeno da descendência natural. O conceito jurídico de parentesco não necessariamente se conforma com uma apreensão “natural” ou biológica de parentesco. A distinção poderia se dar, por exemplo, *para fins* ou *para efeitos* sucessórios. E aqui uma exemplificação daquela deformação teleológica dos fatos típicos da vida há pouco referida. Quando se sustentava, por exemplo, que o pai não é parente do seu filho ilegítimo, com essa regra jurídica se queria dizer que a filiação ilegítima não se equiparava à filiação legítima para fins sucessórios. Ou seja, de uma e outra filiação, ainda que representassem o mesmo fato natural da descendência biológica, decorriam efeitos jurídicos distintos. As hipóteses legais são tão só e unicamente recortadas, postas e constituídas como pressupostos de regulações jurídicas específicas, sejam elas de caráter penal, civil ou de direito público.³¹ A própria concepção jurídica de parentesco, aliás, pode variar para efeitos jurídicos diversos, com o que podem existir diversas concepções jurídicas de parentesco, seja parentesco para fins sucessórios, seja para fins penais, seja para fins processuais, entre outros.³² Ou mesmo, parentesco para o fim penal x, parentesco para o fim penal y, parentesco para o fim penal z, etc. Em suma, conforme já salientado, a função enunciativa do antecedente da norma, onde eventualmente identificáveis aparentes eventos naturais, está ao serviço da correspondente função normativa, contida no consequente, na estatuição da norma.

Analise-se a noção de noite, por exemplo, para efeitos de um eventual agravamento da pena de um criminoso. Noite se deve referir ao fenômeno empírico da ausência de luz natural, ao fenômeno convencional da etiqueta social (após as dezoito horas deve-se dar boa noite e não mais boa tarde) ou a situações humanas a que remete a noção de noite, como as de quietude, sono, perda do estado de vigília, o vazio das ruas? Qual a diferença juridicamente significativa entre um furto ou roubo num *shopping center* durante o dia ou à noite, se a luz é a mesma, ou se durante a noite há maior frequência e maior burbu-

³¹ Para todo o conteúdo do parágrafo: ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, cit., p. 23-29.

³² HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito*, p. 481.

rinho? Ou mesmo numa estação de metrô com muitas linhas que se entrecruzam, ou num distrito turístico iluminado para um batedor de carteiras? Outra situação: a vedação de um cão no transporte público vale igualmente para ursos, gatos, pássaros e cães-guia?

Por certo, a própria atividade de interpretação da norma é constitutiva da identificação dos fatos. A ideia de que os fatos deveriam ser objeto de observação objetiva está cercada de múltiplas dificuldades. Não é de se excluir uma discricionariedade mais ou menos extensa do órgão interpretativo. Causam problemas desde a vagueza, a indeterminação ou a falta de precisão da linguagem natural em que expressa a norma, até o emprego de dados de natureza avaliativa, como ordem pública, bem comum e congêneres.³³ A multiplicidade dos dados empíricos conjugáveis com o texto normativo pode igualmente condicionar a determinação do seu sentido específico.

Sabe-se mesmo do fracasso da pretensão da escola da exegese de contrapor clareza e interpretação, negando a necessidade desta quando de uma pretensa inequívocidade do texto. *Interpretatio cessat in claris*, se dizia. Mas quando um texto é claro? Dizer que um texto redigido em linguagem comum é claro somente significa salientar que ele não foi devidamente discutido. A pretensa clareza do texto pode dizer mais do intérprete do que do próprio texto. “A impressão de clareza pode ser menos a expressão de uma boa compreensão que de uma falta de imaginação”³⁴, vivência, estudo ou tirocínio. Não é incomum ao estudioso do direito sair com mais dúvidas acerca de determinada disposição normativa após sua ampla perscrutação. É de Locke a seguinte constatação:

“Mais de um homem, que acreditara, à primeira leitura, ter compreendido uma passagem da escritura ou uma cláusula do código, perdeu-lhes totalmente a compreensão após ter consultado comentadores cujas elucidações aumentaram-lhe as dúvidas ou as originaram e mergulharam o texto na obscuridade.”³⁵

33 PFERSMANN, Otto. Fato. In: ALLAND, Denis e RIALS, Stéphane (Org.). *Dicionário da cultura jurídica*. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 769-770.

34 PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1988, p. 50-51. Esse autor é igualmente o inspirador do conteúdo anterior do parágrafo, bem como do referenciamento de Locke que se seguirá.

35 LOCKE, John. *An essay concerning human undestending*. The Pennsylvania State University, 1999, livro III, Ca. IX, parag. 9, p. 469. Disponível em: <

Em confronto com a pretensão da escola da exegese, Ulpiano tem melhor razão: ainda quando claríssimo o texto normativo, não é de se negligenciar a respectiva interpretação (*Quavis sit manifestissimum edictum praetoris attamen non est negligenda interpretatio eius.* – D. 25, 4, 1, 11).³⁶

A situação vinda de ver, aliás, não é particularmente diferenciada da que se opera com qualquer discurso ou mesmo com a própria linguagem. São as palavras (significantes) ou, com maior rigor, o sistema de palavras ou o sistema de significantes, que atribuem sentido e constituem as próprias coisas ou a “realidade” com que lidam. Isso é o que esclarece o recente e precocemente falecido historiador e jurista português António Manuel Hespanha, que do modo seguinte prossegue:

“a realidade jurídica, descrita na previsão, é uma realidade de sentido e, nesta medida, não constitui uma entidade *a se stante* (autônoma, independente), mas uma construção levada a cabo pelo sentido imanente ao sistema (do sistema discursivo do direito). Se o facto jurídico é o evento juridicamente relevante, também se pode dizer que é esta relevância jurídica que o constitui como facto para o direito. [...] como nos sistemas auto-poiéticos, os factos jurídicos constituem um universo fechado em relação aos factos brutos; um universo cujo sentido não provém da “realidade”, mas do “direito””.³⁷

Nada disso espanta o jurista. A capacidade construtora do direito sequer termina por aqui, não sendo incomum a utilização de entidades que a natureza desconhece, que podem ser ou não ser óbvias para o senso comum ou que podem mesmo causar verdadeiro estranhamento ao senso comum. Tenha-se o uso das presunções ou mesmo das ficções jurídicas. Nestas, o direito fazendo de conta que existem coisas que empiricamente não existem³⁸, para fins de equiparação de efeitos jurídicos.

An Essay on Human Understanding - FTP Directory Listing ftp.dca.fee.unicamp.br › pub › docs › humanund› Consultado em 24.8.2019. A versão portuguesa foi extraída da obra citada na nota anterior. Vale ressaltar que, nessa obra do filósofo inglês, todo o livro III trata das palavras, enquanto o capítulo IX, de onde extraída a citação, trata da imperfeição das palavras.

36 JUSTINIAN. Digesta. In: The Latin Library <<https://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest25.shtml>> Acesso em: 9 set. 2019.

37 HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito*, cit., p. 479-481 – quanto às suas asserções sobre a linguagem, o autor apoia-se em Saussure e Bourdieu.

38 HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito*, cit., p. 482-484, de onde o conteúdo do parágrafo.

E mesmo nas situações em que são utilizados conceitos referidos a números no antecedente da norma, situação em que haveria menor margem para a interpretação normativa, mesmo nessas hipóteses, ocorre, eventualmente, de o intérprete valer-se de ficções interpretativas, como, por exemplo, no caso das ficções jurisprudenciais utilizadas pelos juízes ingleses do início do século XIX, a fim de evitar os rigores da legislação então vigente que previa pena de morte para culpados do então chamado *grand larceny*, fixado pela legislação como roubo de valor superior a 40 xelins. Por anos, a magistratura avaliou qualquer roubo em, no máximo, 39 xelins, a fim de evitar a condenação à morte do apenado. Isso, até superveniência de modificação da legislação. O recurso a tal sorte de ficções tem a função de salvaguardar a aparência do sistema até a adequação deste à nova ideologia jurídica em vigor.³⁹

Como realidade de sentido, portanto, a realidade jurídica descrita na previsão é uma realidade estritamente jurídica, e não fenomênica. O enunciado normativo é uma realidade linguística tanto quanto o raciocínio jurídico que o tem por base é igualmente linguístico. Se se explicita o raciocínio jurídico com base num silogismo de subsunção⁴⁰, observa-se que o que se subsome na hipótese normativa não é um fato – o que, aliás, seria impossível –, mas enunciados sobre situações de fato. O enunciado linguístico sobre o fato é distinto do fato. O enunciado linguístico é o enunciado linguístico; o fato é o fato. Coisas distintas. Consoante Larenz, “não é por acaso que em lógica se fala de subsunção de conceitos a conceitos.” Para o autor seria até mesmo problemático qualificar o procedimento de formação da premissa menor unicamente como subsunção, por assim se excluir um outro ato de julgamento. Essa coordenação da situação de fato ou do fenômeno da

³⁹ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*, cit., 86-87.

⁴⁰ Nesse texto não se irá ingressar na questão da pertinência ou da impertinência dessa explicitação ou mesmo na questão dos maiores ou menores limites dessa explicitação. De toda sorte, é conveniente desde já rememorar, com Engisch, que o silogismo judiciário somente é, com frequência, difamado, “porque mal entendido na sua função”; que, quanto a ele, vale o que Klug disse da tarefa da lógica formal relativamente ao conhecimento jurídico: “ela tem ‘uma importância necessária e, portanto, insubstituível, no entanto, não tem ao mesmo tempo uma importância bastante’; que ‘a ‘trivial’ dedução a partir da premissa maior e da premissa menor não diz absolutamente nada sobre a dificuldade e a subtileza da elaboração daquelas mesmas premissas’”. A propósito: ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. cit., p. 382-383.

vida ao tipo ou à esfera de sentido prevista normativamente e carecida de preenchimento melhor se designaria por coordenação valorativa.

“Em lugar do juízo que diz que as notas distintivas indicadas na previsão estão aqui presentes, existe o juízo que diz que a situação de fato *sub judice* se equipara ou aproxima a uma outra em todos os aspectos decisivos para o julgamento, e que deverá julgar-se, sem dúvida alguma, do mesmo modo.”⁴¹

Os fatos brutos são incorporados pelo discurso jurídico através de um processo de institucionalização pautado pelo próprio direito, melhor dizendo, pelas escolhas de enquadramento jurídico que o intérprete ou o aplicador do direito enleva entre as múltiplas possibilidades de enquadramento existentes. A construção narrativa dos enunciados de fato é uma questão de escolha.⁴² Não de uma escolha qualquer, mas uma escolha que pretenda “demonstrar” um encaixe ou uma cópula simples e trivial do fato à hipótese jurídica eleita, ou seja, uma escolha que pretenda, muitas vezes, jogar para as sombras e tirar de evidência a própria existência de um processo de escolha, de modo a naturalizar a consequência jurídica que se quer aplicar.

Ainda com Larenz podem ser aclarados alguns aspectos da questão:

“O jurista, que deve julgar um caso jurídico, parte, na maioria das vezes, de uma “situação de fato em bruto”, que lhe é apresentada na forma de um relato. Neste relato encontram-se, antes de mais, ocorrências singulares e circunstâncias que são irrelevantes para a apreciação jurídica e que, por isso, o julgador separará, no decurso das suas ponderações, da situação de fato definitiva (enquanto enunciado). A mulher que foi mordida na mão pelo cão do vizinho, enquanto lhe oferecia um osso [...] não dirá que o vizinho a tinha advertido que não desse nada ao cão [...] [de modo a evitar um concurso de culpas] [...] Deste modo o relato originário, a “situação de fato em bruto”, será pelo jurista em parte encurtado e em parte complementado, até que a situação de fato definitiva contenha apenas os elementos, mas todos eles, de evento real que sejam relevantes face às normas jurídicas eventualmente aplicáveis. A situação de fato (definitiva) é assim o resultado de uma elaboração mental, em que a apreciação jurídica foi já antecipada. Nela serão caracterizados fatos singulares, ou eventos, mediante termos – como cão, mordedura, ferimentos na mão – que se deixam facilmente subsumir aos conceitos da lei – animal, ofensa corporal [...]. São de estrutura semelhante todas as situações de fato a apreciar ju-

⁴¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 383-386.

⁴² TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 19-20.

ridicamente; não representam uma pura enumeração de fatos, mas são o resultado de uma certa escolha, aclaração e enlace de fatos, em atenção ao que nisso pode ser juridicamente relevante.”⁴³

Do mesmo modo, o que se prova num processo judicial não são fatos, mas enunciados, versões ou narrativas sobre situações de fato, ou seja, enunciados, versões ou narrativas sobre o que ocorreu. O que se apura não é a veracidade de um fato, mas a veracidade de um enunciado sobre o fato. Os fatos não se incorporam na realidade processual na sua realidade empírica ou material. Eles usualmente já se deram e pertencem ao passado. Eles se apresentam ao processo e ao raciocínio judiciário como versões sobre fatos.⁴⁴

Em resumo, ao contrário do que sustentou Villela, o fato previsto normativamente não é o fato natural. Ambos são categorias ontologicamente distintas. Ainda que haja uma aparente identidade de tais dados, o que se dá é uma superposição de sentidos advindos de sistemas distintos de referência e significação.

Villela seguramente não desconhece a questão. Diz ser, com todas as letras, o Direito quem outorga juridicidade aos fatos. Trai-se, contudo, quando tenta teorizar de modo mais largo e geral. Hesita, recua, contradiz-se.

Villela sustenta, com grande propriedade, que “é equivocados pretender-se fundar uma tipologia dos fatos jurídicos a partir de uma angulação estática”, que é “não há fatos jurídicos *a priori*. É no dinamismo da sua apropriação axiológica que os fatos adquirem ou não o atributo, eminentemente extrínseco, de serem jurídicos.” No entanto, ao mesmo tempo, e de modo contraditório, enxerga fatos que “sempre produzem consequências juridicamente relevantes” (“fatos essencialmente jurídicos”), bem como supõe que algum sistema de significação externo ao Direito condiciona-lhe a apreensão das “realidades” (“não é o Direito que define a morte por caso fortuito, o abandono do álveo, a queda do fruto”).

Trai-se: inexistente morte por caso fortuito, para os fins de liberar o comodatário do dever de restituir o cavalo (*rectius*: o seu equivalente pecuniário), senão no Direito. Inexistente na natureza qualquer objetividade ou empiria que se possa designar de “caso fortuito”. Isso é inequivocamente uma categoria jurídica. A suposta empiria “raio que

⁴³ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 392/393.

⁴⁴ TARUFFO, Michele. *A prova*, op. cit., p. 19.

tira a vida do cavalo” se vincula, por um processo interpretativo, ao efeito de liberar o comodatário do dever de restituição, já é um fato juridicamente qualificado, um conceito, uma abstração. Villela o sabe. O que antes chamou de “raio que tira a vida do cavalo”, depois chamou de “caso fortuito”. Os teve como sinônimos, sendo que a última qualificação, em nenhuma hipótese, é um dado encontrável na natureza. Na concreção judiciária, por exemplo, comparecem como casos fortuitos, para o efeito de exoneração de responsabilidade civil, além do raio, situações tão distintas como o acidente causado por automóvel furtado, alguns defeitos mecânicos no veículo acidentado, o assalto, o mal súbito de motorista, a morte por eletrocussão, o incêndio.⁴⁵ Aliás, ainda na hipótese do raio, o comodatário estaria exonerado do dever de indenizar mesmo na hipótese em que estivesse obrigado a manter o reprodutor de elite estritamente em estábulo? Mais: um clube ou condomínio que descumprisse o dever imposto pelas posturas municipais de manter equipamento de para-raios estaria exonerado de indenizar o dano moral causado pela morte, por raio, de condômino ou associado?

Do mesmo modo, a queda do fruto que outorga sua aquisição ao dono do terreno lindeiro, já é uma queda juridicamente qualificada. Seguramente não vale se o fruto foi lançado ao seu terreno por algum moleque surpreendido ao colhê-lo de modo desautorizado, querendo livrar-se da prova da infração, bem como não vale se a queda no próprio terreno foi deliberadamente provocada pelo próprio vizinho que pretendeu adquirir-lhe a propriedade.

O mesmo se diga do abandono de álveo para fins de crescer a propriedade dos ribeirinhos: também ele não é uma pura materialidade, mas uma qualificação, uma significação jurídica. Na vigência do Código das Águas, por exemplo, se a mudança da corrente se faz por utilidade pública, o álveo abandonado passa a pertencer ao expropriante (art. 27 do Decreto 24.643, de 10 de julho de 1934). Mais: questiona-se: em se dando o abandono de um álveo extensíssimo de margem a margem, qualquer ribeirinho poderia sozinho dirigir-se ao cartório de registro de imóveis e conseguir, sem mais, a incorporação dos hectares correspondentes na(s) sua(s) matrícula(s)? Em havendo uma disputa judicial entre os ribeirinhos confinantes sobre os limites da aquisição, o efeito jurídico a ser ou não ser conferido pelo juiz não estaria deli-

⁴⁵ STOCCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*: doutrina e jurisprudência. 8.ed. São Paulo: RT, 2011, p. 213-215.

mitado pela equação jurídica que foi veiculada na petição inicial? Não estaria o efeito a depender do modo como deduzida a demanda, em suma, do modo como escolhida a narrativa dos fatos e a ela vinculado o pedido, bem como do que resultar do debate processual?

Em suma, a dinamicidade da apropriação dos fatos pelo Direito, a fim da produção de efeitos jurídicos concretos, é também ela extensíssima. Só nessa multiplicidade de possibilidades é que os fatos jurídicos se podem identificar. Nisso Villela tem razão.

Os já apontados tateio, indefinição e oscilação de critérios que permeiam o texto de Villela parecem derivar do modelamento mental do grande civilista que é: um civilista que talvez perceba a limitação da sua perspectiva, mas que não a consegue abandonar totalmente ou que não a consegue perspectivar à distância, com o afastamento necessário para uma crítica ou revisão completas de uma matéria que está tradicionalmente positivada na Parte Geral do Código Civil, por força da influência pandectista, mas que pertence, em realidade, à Teoria Geral do Direito.

Aqui vale a advertência com que o grande Clóvis inaugurou, já na primeira linha, sua *Theoria Geral do Direito Civil*: “Não cabe, certamente, ao direito civil [...] fornecer o conceito geral do direito. Sómente a philosophia jurídica é que o póde extrahir, como synthese final”.⁴⁶

6. CONCLUSÃO.

Antes de se passar à conclusão, repita-se o que já se sublinhou anteriormente: a pretensão de discutir um texto após quarenta anos da sua publicação, após múltiplas aquisições e/ou consolidações de entendimentos da hermenêutica, da metódica e da ciência jurídicas, somente revelam a importância do texto e do seu autor para quem o revisita, bem como para as novas gerações.

Nada obstante, a título de resposta à primeira questão, pode-se afirmar que, de uma perspectiva normativista, ao contrário do que sustenta Villela, o Direito não é assimilável a uma ciência dos fenômenos, em razão de as duas modalidades de ciência se regerem por princípios distintos.

⁴⁶ BEVILAQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929, p. 9.

Por outro lado, em resposta à segunda questão, também ao contrário do que sustenta Villela, fato e fato jurídico são categorias ontologicamente distintas e não dizem respeito a uma mesma fenomenalidade. Ainda que haja uma aparente identidade de tais dados, o que se dá é uma superposição de sentidos advindos de sistemas distintos de referência e significação.

Ainda assim, parece louvável o esforço autodidático da mente inquieta e curiosa de um velho Professor de complanar as lacunas de sua formação clássica, mas não científica – segundo o modelo escolar então vigente na época da sua formação secundária –, acomodando aos seus padrões de formação os fenômenos afetos ao estudo das ciências químicas, físicas e biológicas.

Essa, nossa singela homenagem ao velho e inesquecível Professor João Baptista Villela.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi (coord.). 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ALLAND, Denis e RIALS, Stéphane (Org.). *Dicionário da cultura jurídica*. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- BAPTISTA MACHADO, J. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1989.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929.
- CALDAS AULETE. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. v. II. 3 ed. Rio de Janeiro: Delta, 1974,
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DIAS, Adahyl Lourenço et al. *Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7.ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Gulbenkian, 1996.
- FERRATER MORA, J. *Dicionário de filosofia*. t.1. Trad. Maria Stela Gonçalves et al. 2.ed. São Paulo: Loyola, 2004.
- . *Dicionário de filosofia*. t. 2. Trad. Maria Stela Gonçalves et al. 2.ed. São Paulo: Loyola, 2005.
- HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007.
- HONDERICH, Ted (Editor). *The Oxford companion to philosophy*. Oxford, New York: Oxford University Press, 1995.

- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- JUSTINIAN. Digesta. In: The Latin Library < <https://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest50.shtml> > Acesso em: 22 ago. 2019.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. 2 tir. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. Trad. Fátima Sá Correia et al. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- LOCKE, John. *An essay concerning human undestending*. The Pennsylvania State University, 1999. Disponível em: <An Essay on Human Understanding - FTP Directory Listing ftp.dca.fee.unicamp.br > pub > docs > humanund> Acesso em: 24 ago. 2019.
- LOWE, E. J. Identity, criterion of. In: HONDERICH, Ted (Editor). *The Oxford companion to philosophy*. Oxford, New York: Oxford University Press, 1995.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1988.
- PFERSMANN, Otto. Fato. In: ALLAND, Denis e RIALS, Stéphane (Org.). *Dicionário da cultura jurídica*. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- SCHAPP, Jan. *Introdução ao direito civil*. Trad. Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Fabris, 2006.
- SOSA, Ernest. Essence. In: HONDERICH, Ted (Editor). *The Oxford companion to philosophy*. Oxford, New York: Oxford University Press, 1995.
- STOCCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 8.ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- VILLELA, João Baptista. Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual. In: DIAS, Adahyl Lourenço et al. *Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- BRASILEIRO, Ricardo Adriano Massara. Ciência normativa do direito, fato e *fattispecie*. *DIREITO PÚBLICO: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, v. 19-20, n.1, p. 261-284, 2022/2023.

EFICÁCIA TEMPORAL DO TEMA 1.093 DA REPERCUSSÃO GERAL

SILVÉRIO BOUZADA DIAS CAMPOS¹

SUMÁRIO

1 Tema 1.093 da Repercussão Geral. 2 Eficácia temporal da sentença na jurisdição constitucional em matéria tributária. 3 A problemática da eficácia temporal do Tema 1.093 da RG. 4 Conclusão.

1. TEMA 1.093 DA REPERCUSSÃO GERAL

O saudoso Ministro Teori Albino Zavascki, na obra “Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional” (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001) condensa no excerto abaixo transcrito a matéria jurídica de fundo, alusiva à correta compreensão do art.27 da Lei nº 9.868, de 10.11.99:

Com efeito, não é nenhuma novidade, na rotina dos juizes, a de terem diante de si situações de manifesta ilegitimidade cuja correção, todavia, acarreta dano, fático ou jurídico, maior do que a manutenção do status quo. Diante de fatos consumados, irreversíveis ou de reversão possível, mas comprometedor de outros valores constitucionais, só resta ao julgador - e esse é o seu papel - ponderar os bens jurídicos em conflito e optar pela providência menos gravosa ao sistema de direito, ainda quando ela possa ter como resultado o da manutenção de uma situação originariamente ilegítima. Em casos tais, a eficácia retroativa da sentença de nulidade importaria a reversão de um estado de fato consolidado, muitas vezes, sem culpa do interessado, que sofreria prejuízo desmesurado e desproporcional. Mutatis mutandis, é justamente esse o quadro suposto pelo artigo 27 da Lei nº9.868, de 10.11.99, o de um manifesto conflito entre valores constitucionais de mesma hierarquia: de um lado, a nulidade do ato; de outro o sério comprometimento da segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Tendo de dirimi-lo, o STF faz prevalecer o bem jurídico que considera ser mais relevante na situação em causa, ainda que isso importe a manutenção de atos ou situações formados com base em lei que se pressupunha válida, mas que era nula. Isso é julgar, não legislar. O legislador cria normas para disciplinar situações futuras. O Supremo, ao

¹ Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado. Ex-Advogado Regional do Estado. silverio@lawyer.com

aplicar o artigo 27 da Lei nº 9.868, de 10.11.99, faz juízo de valor sobre fatos já passados.

O presente trabalho científico buscará responder, especificamente, à seguinte questão jurídica amplamente debatida nos Tribunais de Justiça e na primeira instância da justiça comum estadual: ainda pendente o trânsito em julgado do acórdão da ADI Nº 5.469/DF, remanesceria a discussão quanto à possibilidade de as demandas ajuizadas entre a data do julgamento e da publicação da respectiva ata serem consideradas como ações judiciais em curso, para fim de aplicação imediata dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade?

Ao longo do presente trabalho, o principal propósito será a exegese da eficácia temporal do Tema 1.093 da repercussão geral, ponto de relevante litigiosidade perante os Tribunais. Inicialmente, após uma breve propedêutica panorâmica, será colocada a questão sob perspectiva intertemporal em matéria tributária, a fim de melhor captar a problemática sob ângulo da segurança jurídica, para enfim propor a solução/conclusão identificada na própria jurisprudência.

A hipótese de incidência do diferencial de alíquotas do ICMS, assim como, a atribuição do ônus de seu recolhimento, encontram-se previstos na Constituição Federal da seguinte forma:

Art. 155.

(...)

§ 2º

(...)

VII – nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;

VIII - a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída:

a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto;

b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto; (...)

O Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do Tema 1.093 (em 24 de fevereiro de 2021), fixou a tese de que “A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais”, asseverando no julgamento conjunto da

ADI 5469, de que convênio interestadual não poderia suprir a ausência de lei complementar dispendo sobre obrigação tributária, contribuintes, bases de cálculo/alíquotas e créditos de ICMS nas operações ou prestações interestaduais com consumidor final não contribuinte do imposto, como fizeram as cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta do Convênio ICMS nº 93/2015.

O julgamento do RE-RG 1.287.019/DF teve início em sessão virtual iniciada em 16/10/2020, data em que foi proferido voto pelo e. Relator, Ministro Marco Aurélio Mello. Após pedido de vista do e. Ministro Dias Toffoli, o julgamento foi reiniciado na sessão por videoconferência de 11/11/2020, em conjunto com a ADI 5.469.

Naquela oportunidade, votaram os e. Ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli, Relatores do RE-RG e da ADI, respectivamente, julgando procedente o pedido formulado na ação direta e “declarando a inconstitucionalidade formal das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do Convênio ICMS nº 93, de 17 de setembro de 2015, do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), por invasão de campo próprio de lei complementar federal”.

Na ocasião, o e. Ministro Dias Toffoli propôs a modulação de efeitos da decisão a partir do exercício seguinte, exceto quanto à cláusula nona do ICMS nº 93/2015, em relação à qual se fixou como marco para a modulação a concessão da medida cautelar na ADI 5.464. O julgado conjunto foi suspenso em decorrência de pedido de vista do e. Ministro Nunes Marques.

Em 24/02/2021, foi concluído o julgamento e, por 6 (seis) votos a 5 (cinco), restou proferida a seguinte decisão, registrada na mesma data no sítio eletrônico da Excelsa Corte: “Ficam ressalvadas da proposta de modulação as ações judiciais em curso”. Vencidos, nesse ponto, o Ministro Edson Fachin, que aderiu à proposta original de modulação dos efeitos, e o Ministro Marco Aurélio, que não modulava os efeitos da decisão.

Com efeito, é possível extrair do acórdão que modulação dos efeitos também não atinge os contribuintes com ações judiciais em andamento, ressalvadas em flagrante quebra de isonomia por prever, para os demais contribuintes, efeitos apenas a partir de 01/01/2022, o que autoriza os Estados continuar exigindo o ICMS/DIFAL/EC87 para fatos geradores até 31/12/2021, *in verbis*:

“Recurso extraordinário. Repercussão geral. Direito tributário. Emenda Constitucional nº 87/2015. ICMS. Operações e prestações em que haja a destinação de bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS localizado em estado distinto daquele do remetente. Inovação constitucional. Matéria reservada a lei complementar (art. 146, I e III, a e b; e art. 155, § 2º, XII, a, b, c, d e i, da CF/88). Cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta do Convênio ICMS nº 93/15. Inconstitucionalidade. Tratamento tributário diferenciado e favorecido destinado a microempresas e empresas de pequeno porte. Simples Nacional. Matéria reservada a lei complementar (art. 146, III, d, e parágrafo único, da CF/88). Cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15. Inconstitucionalidade. 1. A EC nº 87/15 criou nova relação jurídico-tributária entre o remetente do bem ou serviço (contribuinte) e o estado de destino nas operações com bens e serviços destinados a consumidor final não contribuinte do ICMS. O imposto incidente nessas operações e prestações, que antes era devido totalmente ao estado de origem, passou a ser dividido entre dois sujeitos ativos, cabendo ao estado de origem o ICMS calculado com base na alíquota interestadual e ao estado de destino, o diferencial entre a alíquota interestadual e sua alíquota interna. 2. Convênio interestadual não pode suprir a ausência de lei complementar dispoendo sobre obrigação tributária, contribuintes, bases de cálculo/alíquotas e créditos de ICMS nas operações ou prestações interestaduais com consumidor final não contribuinte do imposto, como fizeram as cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta do Convênio ICMS nº 93/15. 3. A cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15, ao determinar a extensão da sistemática da EC nº 87/2015 aos optantes do Simples Nacional, adentra no campo material de incidência da LC nº 123/06, que estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e às empresas de pequeno porte, à luz do art. 146, inciso III, d, e parágrafo único, da Constituição Federal. 4. Tese fixada para o Tema nº 1.093: “A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais”. 5. Recurso extraordinário provido, assentando-se a invalidade da cobrança do diferencial de alíquota do ICMS, na forma do Convênio nº 93/1, em operação interestadual envolvendo mercadoria destinada a consumidor final não contribuinte. 6. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do convênio questionado, de modo que a decisão produza efeitos, quanto à cláusula nona, desde a data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF e, quanto às cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta, a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022), aplicando-se a mesma solução em relação às respectivas leis dos estados e do Distrito Federal, para as quais a decisão deverá produzir efeitos a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022), exceto no que diz respeito às normas legais que versarem sobre a cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15, cujos efeitos deverão retroagir à data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF. Ficam ressalvadas da

modulação as ações judiciais em curso. (RE 1287019, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2021, REPERCUSSÃO GERAL - DJe-099 divulgado em 24-05-2021 e publicado em 25-05-2021).”

Não se pode ignorar a importância do tema em vista da grande repercussão prática em diversos processos judiciais sob custódia dos Procuradores do Estado pelo país. A fim de encerrar a introdução ao trabalho, imperioso demonstrar o peso das teses e dos juristas frente aos quais a presente pretensão científica é refutá-las em seus argumentos, por mais robustos que se possam apresentar numa primeira leitura.

Em parecer de 19 de junho de 2021, da lavra da i. Doutora Teresa Arruda Alvim, Livre Docente, Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, é possível extrair a primeira grande tese dos contribuintes na presente questão:

“a) (...) Portanto, e em resumo, três momentos podem ser considerados como marco inicial da eficácia do acórdão proferido pelo STF no julgamento do Tema 1093, a depender da posição ocupada pelo receptor da (nova) norma jurídica. São eles:

1) data da sessão de julgamento (24/02/2021), se o destinatário da decisão for parte na relação jurídico-processual em que proferida a decisão que se consubstancia em precedente vinculante (a nosso ver, considerar-se ser esta a data correta é desprovido de racionalidade jurídica, já que parte da equiparação de duas eficácias que têm públicos diferentes: as partes e toda a sociedade)

2) data da publicação da Ata de julgamento (03/03/2021), considerando-se destinatária da decisão a sociedade como um todo; e

3) data da publicação do acórdão (25/05/2021), mais ainda, considerando-se a necessidade de se ter conhecimento da decisão inteira, inclusive de seus fundamentos.

Apesar de a publicação da Ata de julgamento (ou a própria sessão de julgamento, para a parte) poder ser considerada como marco inicial da eficácia da decisão (conforme, inclusive, dispõe o art. 1.035, § 11, do CPC/15), a nós, de rigor, a data da publicação do acórdão é que deveria ser considerada o momento do nascimento dos efeitos “normativos” da decisão.

Portanto, quando se usa o momento da formação do precedente para se dizer que este deve (ou não deve) atingir “os processos em curso”, tem-se que esta expressão deve abranger todos os iniciados até o momento da publicação do acórdão.

É no acórdão que se contém a *ratio*, ou se assim se entender, se se tratar de recurso repetitivo, a TESE, i.e., a nova norma jurídica. A partir deste momento, a nosso ver, é que devem ser considerados existentes efeitos nos processos pendentes (conforme reconhecido pelo STF no julgamento do tema 201, em interpretação sistemática do art. 1.040 do CPC/15).

E não poderia ser diferente, afinal, somente a partir da publicação da íntegra da decisão em meio oficial é que se terá conhecimento amplo e pleno do exato conteúdo e alcance da nova norma constituída no precedente vinculante i e., da pauta de conduta a ser levada em conta pelo jurisdicionado dali para a frente.

b) caso a resposta ao quesito “a” seja no sentido de que não estariam abrangidas pela modulação as situações veiculadas pelas ações ajuizadas até o dia da publicação da ata, também ficariam ressalvadas da modulação as ações ajuizadas no próprio dia 03/03/2021 (= dia de publicação da ata)?

Como exposto na resposta ao quesito anterior, entendemos que todas as ações ajuizadas até o dia da publicação do acórdão (25/05/2021) podem ser consideradas “ações judiciais pendentes” para efeitos de incidência do precedente vinculante relativo ao tema 1.093.

Portanto, mesmo ações ajuizadas após a publicação da ata de julgamento (03/03/2021) estão suscetíveis à aplicação da norma constituída no julgamento do tema 1.093 pelo STF, inserindo-se na categoria de “demandas pendentes”, desde que ajuizadas até a data da publicação do referido acórdão.”

Outro doutrinador de escol cujo parecer foi possível observar em ações judiciais em curso perante órgãos judiciários de Minas Gerais é o i. Doutor Daniel Mitidiero, Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da UFRGS. Com as vênias cabíveis, o excerto:

“(…) i) as ações ajuizadas no próprio dia 03.03.2021 estão abarcadas ou não pela modulação de efeitos? Essas ações devem ser consideradas em curso diante do direito brasileiro?

As ações ajuizadas no dia 03 de março de 2021 não estão abarcadas pela modulação de efeitos, devendo ser consideradas em curso, sob pena de violados os princípios da segurança jurídica e do devido processo legal. Essas ações devem ser consideradas em curso, forte no art. 312, CPC.

ii) Pode a tese fixada pelo STF beneficiar os autores dessas ações?

Os autores das ações propostas no dia 03 de março de 2021 podem ser beneficiados pela declaração de inconstitucionalidade.

iii) há obscuridade na decisão e lacuna na ordem jurídica a respeito do termo a partir do qual opera a eficácia do julgamento do STF?

Não há nem uma coisa, nem outra. A decisão é expressa em ressaltar as ações em curso, cujos critérios constitucionais e legais de interpretação apontam para a salvaguarda de todas as ações propostas até o dia 03 de março de 2021.

iv) há contradição na decisão do STF?

Não há. O que os embargantes pretendem é contrabandear, a título de contradição, simples contrariedade entre as razões judiciais e as alegações das partes, reabrindo indevidamente o julgamento do caso, o que é sabidamente vedado em embargos declaratórios.”

Adianta-se que, após a pesquisa jurisprudencial, a conclusão obtida é contrária aos respeitáveis juristas.

2. EFICÁCIA TEMPORAL DA SENTENÇA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.

Embora o STF não tenha, inicialmente, especificado o marco inicial para fim de enquadramento das ações como “em curso” na ressalva constante do acórdão de julgamento do Tema 1.093, será demonstrado que a jurisprudência da Suprema Corte assentando que “A eficácia das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade ocorre a partir da publicação da ata de seu julgamento. Precedentes.” (ARE 1031810 AgR-ED-ED, Relator(a): Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 05/11/2019, DJe-250 12-11-2019, publicação 18-11-2019). A tese contida nos pareceres dos ilustres doutrinadores citados na introdução não engendra, para efeitos da compreensão da correta e específica modulação de efeitos, os valores constitucionais da segurança jurídica e da prevalência do interesse público sobre o privado, a merecer esta problemática com repercussões práticas nos tribunais aprofundamento da investigação científica.

No julgamento do Tema 201/STF (RE 593.849), relativamente à recuperação dos valores de ICMS-ST decorrentes da diferença entre a base de cálculo presumida e a efetivamente realizada, cf. trecho da Ementa:

“A tese de julgamento que consta em ata de julgamento publicada no Diário Oficial possui força de acórdão, até a publicação deste. Assim, o marco temporal de observância da orientação jurisprudencial para casos futuros ajuizados após o julgamento do paradigma deve ser considerado a partir da publicação da tese ou súmula da decisão em meio oficial. Arts. 1.035, §11, e 1.040 do CPC”

(Segundos EDs em RE 593.849, Pleno, Rel. Edson Fachin, DJe 13.11.2017 – g.n.). Trecho do Inteiro teor:

“Por evidente, os referidos dispositivos se complementam e devem ser interpretados sistematicamente. Sendo assim, a formação de diretriz jurisprudencial para casos futuros oriundos de antecipação do pagamento de fato gerador realizado após o julgamento do paradigma deve ser considerada a partir da publicação da tese ou súmula da decisão em meio oficial. Dessa maneira, eventuais ações ajuizadas no interregno entre a publicação da ata de julgamento e a publicação da decisão embargada devem ser julgadas de acordo com o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria”.

Já na ADI 1945/STF, em que houve a discussão sobre incidência de ISS ou ICMS na aquisição de softwares, vejamos o seguinte trecho da Ata do Julgamento:

“Decisão: Em continuidade de julgamento, o Tribunal, por maioria, modulou os efeitos da decisão, atribuindo eficácia ex nunc, a contar da publicação da ata de julgamento do mérito em questão para: a) impossibilitar a repetição de indébito do ICMS incidente sobre operações com softwares em favor de quem recolheu esse imposto, até a véspera da data da publicação da ata de julgamento do mérito, vedando, nesse caso, que os municípios cobrem o ISS em relação aos mesmos fatos geradores; b) impedir que os estados cobrem o ICMS em relação aos fatos geradores ocorridos até a véspera da data da publicação da ata de julgamento do mérito. Ficam ressalvadas (i) as ações judiciais em curso, inclusive de repetição de indébito e execuções fiscais em que se discutam a incidência do ICMS e (ii) as hipóteses de comprovada bitributação, caso em que o contribuinte terá direito à repetição do indébito do ICMS. Por sua vez, incide o ISS no caso de não recolhimento do ICMS ou do ISS em relação aos fatos geradores ocorridos até a véspera da data da publicação da ata de julgamento do mérito [...]”.

Conquanto o julgamento conjunto do RE nº 1.287.019 e da ADI nº 5.469 tenha ocorrido em 24/2/2021, a ata de julgamento foi publicada apenas no dia 03/03/2021 e tornou-se ponto de grande controvérsia saber se a solução constante da jurisprudência supramencionada (ARE nº 1.031.810 Agr-ED-ED, Relator: Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 05/11/2019, DJe 18/11/2019) deveria ser adotada para fins da eficácia da sentença da Suprema Corte que declarou não permitir a Constituição Federal a cobrança do Diferencial de Alíquota do ICMS sem a edição de lei complementar, razão pela qual declarou inconstitucionais as cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do Convênio ICMS nº 93/2015 do CONFAZ e apesar de ter havido modulação dos efeitos da decisão, os quais só passam a operar no exercício de 2022, para as cláusulas 1ª a 3ª e cláusula 6ª, a decisão estabeleceu que “ficam ressalvadas da proposta de modulação as ações judiciais em curso”.

A problemática poderia ser forçada *ad absurdum* ao argumento que o acórdão do Tema nº 1.093, enquanto não publicado (o que só ocorreu 25.5.2021), impetrado o mandado de segurança ou aforada ação ordinária em momento anterior, os efeitos do julgamento devem ser a ele aplicados, pois “ação judicial em curso”, segundo essa linha de raciocínio, para fins de modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, é aquela ajuizada antes da publicação do respectivo acórdão; considerando que apenas com a publicação do acórdão é que as partes e demais interessados na tese vinculante firmada têm condição de saber o que foi decidido e em que extensão, em respeito ao princípio constitucional da publicidade (art. 93, IX, da Constituição Federal).

Esta tese encontraria guarida em precedente que o STF recentemente declarou a inconstitucionalidade da cobrança do ITCMD sobre a transmissão causa mortis e via doação de bens situados no exterior (Tema nº 825), com modulação de efeitos, e assegurou, de forma expressa, o direito daqueles que ajuizaram ação para discutir o tema antes da publicação do respectivo acórdão, o que demonstra que a publicação do acórdão seria o marco temporal adequado para a proteção das ações judiciais em curso em caso de ressalvas a modulação de efeitos no controle concentrado de leis e atos normativos. Embora não se compartilhe com o entendimento do i. Desembargador Marcelo Rodrigues do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relator do Agravo de Instrumento nº 1.0000.21.094699-2/001, ao despachar pelo indeferimento do efeito ativo ao recurso do contribuinte, rechaçou eventual alargamento do conceito:

“Entretanto, ao menos à primeira vista, não foi possível constatar a presença de ambos os requisitos. Ora, apesar de o mandado de segurança ter sido impetrado antes da publicação do acórdão, a distribuição (4.3.2021) ocorreu somente após a publicação da ata no Diário da Justiça eletrônico, em 3.3.2021. Significa dizer: a ata revela-se, por ora, suficiente à publicidade do julgamento. Logo, pode ser tido como um marco temporal para o encerramento da classificação das ações como “pendentes”. Em que pese a existência de divergências sobre o tema, numa análise perfunctória dos autos, entendo dessa forma. Em recentíssimo julgado, de 23.11.2020, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, assim decidiu (ED no AgR no ED no RE 1.235.961-RS, sob relatoria da eminente ministra Cármen Lúcia): (...) o marco temporal de observância da orientação jurisprudencial para casos futuros ajuizados após o julgamento do paradigma deve ser considerado a partir da publicação da tese ou súmula da decisão em meio oficial. Arts. 1.035, § 11, e 1.040 do CPC.”

3. A PROBLEMÁTICA DA EFICÁCIA TEMPORAL DO TEMA 1.093 DA REPERCUSSÃO GERAL.

A doutrina autorizada da Procuradora do Estado de Minas Gerais, Doutora Daniela Victor de Souza Melo, chegou a advogar a incompatibilidade de qualquer ressalva à modulação para com mais altos valores constitucionais, no artigo intitulado O perigo da ressalva na decisão sobre o Difal, de 28 de abril de 2021 (<https://www.conjur.com.br/2021-abr-28/daniela-victor-perigo-ressalva-decisao-difal>):

“Não se pretende debater aqui o mérito da decisão do STF, cujo placar apertado no julgamento demonstra que o assunto é polêmico, mas apenas

demonstrar a imperativa necessidade de modulação de seus efeitos, sem ressalvas, a partir de 1º de janeiro de 2022.

Como bem destacou o relator da ADI 5469, ministro Dias Toffoli, o objetivo da Emenda Constitucional nº 87/2015 “foi reequilibrar as ‘distorções no equilíbrio econômico entre as unidades federadas’ provocadas pelo avanço do comércio interestadual, especialmente via comércio eletrônico, estabelecendo que ‘parte dos recursos auferidos pelo recolhimento do ICMS [fosse] canalizada para o Estado de destino, numa justa adequação à realidade dos fatos” (trechos do parecer aprovado na CCJ do Senado Federal relativo à PEC nº 7/15).

Fica claro que o constituinte derivado não quis prestigiar, ou favorecer, ou estabelecer privilégios para as operações interestaduais, mas apenas repartir o ICMS devido nesses casos, em face de enorme incremento do e-commerce, por uma razão de justiça federativa. Afinal, a manifestação de riqueza tributada pelo ICMS é o consumo. Nada mais justo, portanto, do que atribuir o imposto ao estado em que estiver localizado o consumidor. O incremento do comércio eletrônico, que já era uma tendência, dada a evolução tecnológica, foi notadamente potencializado com a pandemia da Covid-19. Uma pesquisa realizada pela Associação Brasileira de Comércio Eletrônico (Abcom), no primeiro semestre de 2020, evidencia alta considerável no ritmo das vendas online coincidente com os períodos de fechamento do comércio, aliada à abrupta retração no setor nos momentos de flexibilização das medidas de isolamento, com a reabertura do comércio físico.

Paralelamente, o reconhecimento pelo STF da repercussão geral da matéria relativa à exigibilidade do diferencial de alíquotas também nas operações interestaduais destinadas a consumidores finais não contribuintes do ICMS, que acabou coincidindo com o início do isolamento, gerou em diversos contribuintes, que nunca haviam questionado a alteração constitucional na repartição do imposto entre os estados e cumpriam integralmente as disposições das leis estaduais já adequadas à nova realidade constitucional, uma verdadeira corrida para o ajuizamento de ações judiciais, impugnando a regulamentação constitucional dada pelo Convênio 93/2015.

Andou bem o ministro Dias Toffoli ao propor a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das cláusulas primeira, segunda, terceira, e sexta do convênio para que a decisão produza efeitos a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão do julgamento (2022).

Como bem ponderado em seu voto na ADI, “a EC nº 87/15 e o convênio impugnado, o qual a regulamentou, vieram do objetivo de melhor distribuir entre os estados e o Distrito Federal parcela da renda advinda do ICMS nas operações e prestações interestaduais”

Até o advento da EC nº 87/2015, as operações interestaduais destinadas a consumidores finais não contribuintes do imposto eram integralmente tributadas pelo estado de origem, à alíquota interna do estado remetente. E esse sistema encontrava-se em plena vigência até o advento da Emenda Constitucional nº 87/2015.

A declaração de inconstitucionalidade do Convênio ICMS nº 93/2015 não tem o efeito de reprimir esta antiga sistemática, mesmo porque ela foi revogada por uma norma constitucional que permanece válida.

Com isso, cria-se uma situação em que os estados de origem das mercadorias não podem exigir o imposto integralmente nas operações interestaduais, nem os estados de destino podem exigir sua parcela na arrecadação, o que torna as aquisições interestaduais nesse período de vácuo normativo muito mais vantajosas e menos onerosas que as aquisições internas.

Afinal, o consumidor final não contribuinte que adquirir mercadorias em outro estado só irá suportar o ônus do ICMS à alíquota interestadual, que, como todos sabemos, é bem inferior às alíquotas internas.

Ora, o objetivo do constituinte derivado ao alterar a forma de tributação nas operações interestaduais não foi o de torná-las mais vantajosas do que as operações internas, mas apenas o de repartir o imposto entre os estados de origem e destino das mercadorias.

E o que é mais grave: a diferença brutal de carga tributária entre os dois tipos de operação (interna e interestadual) viola frontalmente os princípios da isonomia (artigo 150, II) e da não discriminação (artigo 152), ambos cláusulas pétreas da nossa Constituição.

Apesar da discordância quando ao mérito da decisão que acabou prevalecendo na Suprema Corte, corretíssima a proposta de modulação. O que não cabe é a ressalva às ações já ajuizadas, ressalva esta que, além de não ter sido proposta no voto do relator, cria uma indesejável e inconstitucional condição de vantagem concorrencial para um grupo de contribuintes em detrimento de outro, sem falar na tremenda insegurança jurídica quanto à manutenção da forma de tributação nos moldes do Convênio 93/2015 até 2022.

Afinal, a prevalecer a ressalva constante da ata de decisão, as operações interestaduais promovidas por contribuintes que ajuizaram ações antes do julgamento da ADIn sofrerão incidência apenas da alíquota interestadual? E os demais contribuintes serão tributados na forma do Convênio 93/2015? Teremos dois regramentos diferentes para o ICMS nas operações interestaduais até 2022?

A ressalva das ações já ajuizadas, no caso específico em análise, gera diversas incongruências, e ocasiona inconstitucionalidades muito mais graves do que a decisão entendeu afastar (suposta necessidade de lei complementar para instituição do Diferencial de Alíquota do ICMS (Difal), previsto diretamente pelo texto constitucional).

Além de acarretar uma enorme perda de receita para os estados, colocando-os em uma “situação inquestionavelmente pior do que aquela na qual se encontravam antes da emenda constitucional”, discrimina entre contribuintes que se encontram em situação equivalente, prestigia as aquisições interestaduais em detrimento das operações internas, estabelece tratamento tributário diferenciado, privilegiando injustificadamente o setor de comércio eletrônico e mais, mesmo entre as empresas de comércio eletrônico,

coloca aquelas que ajuizaram ações judiciais em posição muito mais favorável do que a de seus concorrentes.

Assim, espera-se uma adequação da decisão proferida em 24/2/2021 com a exclusão da expressão “ressalvadas as ações já ajuizadas”, aplicando-se a modulação indistintamente a toda e qualquer operação interestadual destinada a consumidor final não contribuinte até 1º de janeiro de 2022.”

Os embargos de declaração dos Estados na ADI 5469, entretanto, foram rejeitados, à unanimidade. Apesar de rejeitados, mantida, portanto, a ressalva à modulação em relação às ações judiciais em curso, o voto do Ministro Relator deixou expressa a data em que se admitiria os casos judicializados: o dia da sessão de julgamento do feito, 24 de fevereiro de 2021, e não a data da publicação da ata, em 03 de março de 2021. O Senhor Ministro Dias Toffoli (Relator) nos EDcl. à ADI 5469:

“Com efeito, o Tribunal Pleno, na sessão de 24/2/21, julgou, por maioria, procedente o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade, declarando a inconstitucionalidade formal das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do Convênio ICMS nº 93, de 17 de setembro de 2015, do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ).

Na mesma ocasião, a Corte, também por maioria, concluiu ser o caso de se modular os efeitos dessa decisão, tal como registrado na ata de julgamento do mérito, ressalvando da modulação, contudo, as ações judiciais então em curso, ou seja, as ações judiciais propostas até a data do referido julgamento.”

A rigor, o egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais antecipou esse entendimento, brilhantemente, em diversos casos concretos. A 4ª Câmara Cível:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – LIMINAR – REQUISITOS AUSENTES – TEMA 1093 DE REPERCUSÃO GERAL – AÇÃO AJUIZADA APÓS JULGAMENTO – INAPLICABILIDADE.

- O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 1.287.019/DF, Tema 1093 de repercussão geral, decidiu que “A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais”, modulando os efeitos para que a decisão seja aplicável a partir de 2022, exercício financeiro seguinte à data do julgamento, ressalvadas as ações em curso.

- Considerando que o julgamento do Recurso Extraordinário em questão foi realizado na data de 24/02/2021 e que o presente Mandado de Segurança foi impetrado somente em 02/03/2021, não se aplica a tese ao caso dos autos, ainda que a publicação da ata de julgamento tenha se dado em momento posterior.

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0000.21.067169-9/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): SPECIAL PHARMUS COMERCIO DE MEDICAMENTOS LTDA - AGRAVADO(A)(S): AUDITOR FISCAL DA RECEITA ESTADUAL, DELEGADO AUDITOR FISCAL DA RECEITA ESTADUAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS, ESTADO DE MINAS GERAIS.

Na mesma linha, a 6ª Câmara Cível:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. ICMS. DIFERENÇA DE ALIQUOTA (DIFAL). EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 87/2015. CONVÊNIO ICMS N. 93/2015. INCONSTITUCIONALIDADE. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TEMA Nº 1.093 DA REPERCUSSÃO GERAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. EXERCÍCIO DE 2022. EXCEÇÃO: AÇÕES JUDICIAIS EM CURSO. DEMANDA AJUIZADA APÓS O JULGAMENTO E ANTES DA PUBLICAÇÃO DA ATA. FEITO QUE NÃO ESTAVA EM CURSO QUANDO DA DECISÃO DO EXCELSE PRETÓRIO. RECURSO NÃO PROVIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Tema n. 1.093 da repercussão geral, fixou a seguinte tese: “A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais”.

- Modulados para o futuro os efeitos da inconstitucionalidade declarada, salvo em relação às ações em judiciais em curso, apenas as demandas em tramitação na data do julgamento não são abrangidas pela postergação dos efeitos do “decisum” do Excelso Pretório.

- Constatado que, na data em que proferido o julgado, divulgados os votos e decidida a modulação dos efeitos, o “*mandamus*” ainda não havia sido impetrado, não pode ser a demanda classificada como ação judicial em curso.

. Sem embargo do entendimento de que os precedentes vinculativos devem ser aplicados a partir da publicação da ata do julgamento, independentemente da posterior divulgação do inteiro teor do acórdão, a modulação de efeitos que ressalva as ações judiciais em curso e tem o escopo de impedir a dedução de demandas após a prolação do “decisum” deve abranger apenas as causas já ajuizadas quando prolatado o julgado.

- Recurso não provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0000.21.069747-0/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): AGP TECNOLOGIA EM INFORMATICA DO BRASIL LTDA. - AGRAVADO(A)(S): ESTADO DE MINAS GERAIS - AUTORID COATORA: CHEFE DA ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA DA SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA DE MINAS GERAIS, DIRETOR EXECUTIVO DE FISCALIZAÇÃO DA SUPERINTENDÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO DA SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA DE MINAS GERAIS, DIRETOR EXECUTIVO DE FISCALIZAÇÃO DA SUPERINTENDÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO DA SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA DE MINAS GERAIS - SEF/MG

Nos autos do Agravo de Instrumento nº 1.0000.21.069747-0/001, em judicioso voto condutor, o i. DES. CORRÊA JUNIOR (RELATOR) preconizou:

“No que importa a esta análise, deliberou a Corte Constitucional que a decisão produzirá efeitos a partir de 2022, ou seja, no exercício financeiro seguinte à data do julgamento. Até lá, permanecem hígidas as cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta do Convênio ICMS nº 93/2015, e, em relação à cláusula 9ª, o “decisum” retroage a fevereiro de 2016, quando foi deferida a cautelar na ADI n. 5.464.

Ainda à luz do entendimento chancelado pelo colendo Supremo Tribunal Federal, apenas as ações em curso na data da prolação do acórdão não ficam sujeitas à modulação perpetrada.

O presente mandado de segurança foi impetrado em 26 de fevereiro de 2021, em momento posterior ao julgamento proferido pelo Excelso Pretório, que ocorreu em 24 de fevereiro de 2021.

Logo, na data em que proferido o julgado, divulgados os votos e decidida a modulação dos efeitos, este “*mandamus*” ainda não havia sido impetrado, o que desautoriza a sua classificação como “ações judiciais em curso”.

Não desnatura a presente conclusão, com a devida vênia, o fato de a Ata do Julgamento apenas ter sido publicada em 03/03/21, haja vista que emerge com clareza do julgado que o objetivo do “decisum” da Suprema Corte foi preservar a aplicação da tese de repercussão geral apenas às ações que já estavam em curso quando prolatada a decisão, sem oportunizar aos contribuintes o ajuizamento de demandas após o conhecimento da tese firmada, como ocorre “*in casu*”.

(...)

Assim, sem embargo do entendimento de que os precedentes vinculativos devem ser aplicados a partir da publicação da ata do julgamento, independentemente da posterior divulgação do inteiro teor do acórdão, a modulação dos efeitos, que abrangeu as ações judiciais em curso e tem o escopo de impedir a dedução de demandas após a prolação do “decisum”, deve abranger apenas as causas já ajuizadas quando prolatado o julgado.

Em suma, por ter sido este mandado de segurança impetrado em momento posterior ao julgamento ocorrido no âmbito do Pretório Excelso, não se pode qualificá-lo como ação judicial em curso.”

4. CONCLUSÃO.

Por todo o exposto, é possível arrematar a tese de que ficaram ressalvadas da modulação da declaração de inconstitucionalidade somente as ações ajuizadas antes do julgamento realizado em 24/02/2021.

Aos poucos a jurisprudência indica pela pacificação do ponto, ainda que com algumas exceções, tomando o caso abaixo como exemplo entre vários precedentes:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – LIMINAR – ICMS DIFAL – CONVÊNIO Nº 93/2015 DO CONFAZ – INCONSTITUCIONALIDADE – MODULAÇÃO – EXERCÍCIO FINANCEIRO SEGUINTE.

- Por ser a ilegalidade do ato impugnado pressuposto essencial para a concessão da segurança, especialmente em sede de provimento liminar, deve ficar evidenciada a relevância do pedido e o justo receio de irreparabilidade, com o objetivo de suspensão do ato que deu origem ao pedido.

- O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade das cláusulas do Convênio nº 93/2015 do Conselho Nacional de Política Fazendária (RE 1287019 e da ADI nº 5.464/DF), que regulamentam o diferencial de alíquota de ICMS nas operações interestaduais, modulando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade quanto às cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta, a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão do julgamento.

- Ficaram ressalvadas da modulação da declaração de inconstitucionalidade somente as ações ajuizadas antes do julgamento realizado em 24/02/2021. AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0000.21.090415-7/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): DUPLOR COMERCIO DE FERRAMENTAS INDUSTRIAIS E SERVICOS LTDA - AGRAVADO(A)(S): ESTADO DE MINAS GERAIS, MINISTÉRIO PÚBLICO - MPMG, SUPERINTENDENTE REGIONAL DAFAZENDA II - BELO HORIZONTE

E mister, por fim, elaborar uma questão quanto a hipótese de ação/writ movida/impetrado na própria data marco temporal de 24/02/2021, vale dizer na própria data do julgamento.

Na jurisprudência mineira, é possível perceber decisões majoritárias que indicam o quão sensível, sutil, a questão tratada no presente artigo se apresenta: com a divulgação dos votos e decidida a modulação dos efeitos, o mandado de segurança aforado no dia do julgamento não poderá ser considerado ação em curso ainda que não pacificada a tese. Veja-se o precedente:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR - AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS - ICMS - DIFERENCIAL DE ALIQUOTA - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 87/2015 - CONVÊNIO ICMS Nº 93/2015 - INCONSTITUCIONALIDADE - PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - TEMA Nº 1.093 DA REPERCUSSÃO GERAL - MODULAÇÃO DOS EFEITOS - AÇÕES JUDICIAIS EM CURSO - DEMANDA AJUIZADA APÓS O JULGAMENTO - INAPLICABILIDADE DA MODULAÇÃO AO CASO CONCRETO - DESPROVIMENTO DO RECURSO.

- O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema nº 1.093 da repercussão geral, fixou a tese segundo a qual “a cobrança do diferencial

de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais”.

- A decisão modulou para o futuro os efeitos da inconstitucionalidade declarada, salvo em relação às ações em judiciais em curso, de modo que apenas as demandas em tramitação na data do julgamento não são abrangidas pela postergação dos efeitos da repercussão geral.

- No caso concreto, na data do julgamento, com a divulgação dos votos e decidida a modulação dos efeitos, o mandado de segurança ainda não havia sido impetrado, razão pela qual não pode se beneficiar da referida modulação.

- Recurso improvido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0000.21.093638-1/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): DELL COMPUTADORES DO BRASIL LTDA, DELL COMPUTADORES DO BRASIL LTDA, DELL COMPUTADORES DO BRASIL LTDA, DELL COMPUTADORES DO BRASIL LTDA - AGRAVADO(A)(S): AUDITOR FISCAL DA RECEITA ESTADUAL DO ESTADO, ESTADO DE MINAS GERAIS, SUPERINTENDENTE DE ARRECADAÇÃO E INFORMAÇÕES FISCAIS DA SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA DE MINAS GERAIS

Em outro precedente também em votação dividida:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. AUSÊNCIA DE “PERICULUM IN MORA.” EFICÁCIA DA SENTENÇA FINAL QUE SE CONSTATA. RECURSO PROVIDO.

- A concessão de liminar, no mandado de segurança, é condicionada. Não possui caráter de tutela de urgência, mas objetiva viabilizar direito líquido e certo que, de outro modo, tornar-se-ia inviável. Assim, para que a liminar seja deferida, é imprescindível a comprovação da relevância dos fundamentos do pedido e a possibilidade de ineficácia final da sentença.

- Além disso, o parágrafo 3º do artigo 1º da Lei 8.437/92 veda a concessão de liminar de caráter satisfativo contra o Poder Público.

- Dar provimento ao recurso.

V.V. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO – COBRANÇA DE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA ALUSIVO AO ICMS – DIFAL – EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR REGULAMENTANDO A COBRANÇA – INEXISTÊNCIA – CONVÊNIO Nº 93/2015 DO CONFAZ – INCONSTITUCIONALIDADE – RE Nº 1.287.019 – ADI Nº 5.469 – MODULAÇÃO DOS EFEITOS – EXERCÍCIO FINANCEIRO DE 2022 – AÇÃO EM CURSO – DEMANDA AJUIZADA ANTES DA PUBLICAÇÃO DA ATA DE JULGAMENTO – EXCEÇÃO – DECISÃO MANTIDA.

- O excelso Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE nº 1.287.019 (Tema 1093), com repercussão geral, e da ADI nº 5.469, fixou a tese de que “a cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais”.

- Diante da inexistência de lei complementar, a Suprema Corte declarou inconstitucionais as cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do Convênio ICMS nº 93/2015 do CONFAZ, uma vez que invadiram a competência reservada à lei complementar para legislar norma geral em matéria de ICMS.

- No que tange a modulação dos efeitos da decisão, as referidas cláusulas continuam vigentes até dezembro de 2021, passando a decisão do col. Supremo Tribunal Federal a produzir efeitos a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão do aludido julgamento, qual seja, 2022, excetuadas as normas legais que versarem sobre a cláusula nona e as ações em curso.

- Tendo em vista que a presente demanda foi ajuizada em 24/02/2021 e a publicação da ata da sessão de julgamento se deu em 03/03/2021, devem ser aplicados de forma imediata os efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte, por se tratar de ação judicial em curso.

- Recurso não provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0000.21.079500-1/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): ESTADO DE MINAS GERAIS - AGRAVADO(A)(S): CERAMICA URUSSANGA S/A, DURATEX S.A.

A C Ó R D Ã O

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O RELATOR.

Neste caso, o i. DES. CARLOS LEVENHAGEN, em judicioso voto, enfrentou o ponto, citando inclusive a manifestação do Parquet:

“Destarte, conquanto pendente a publicação do acórdão em referência, evidencia-se, a partir do extrato de julgamento disponibilizado no site do Supremo Tribunal Federal, que a modulação não aproveita ao Impetrante/Agravado.

Ademais, soa contraditório o Impetrante pretender afastar os efeitos da modulação, utilizados como fundamento da decisão agravada, sob o argumento de que o acórdão de mérito não foi publicado, enquanto, por outro lado, ambiciona a aplicação, em seu favor, de imediato, da tese principal fixada no mesmo julgamento.

Assim, impetrado o presente *mandamus* às 22h14 do dia 24/02/2021, posteriormente à realização do julgamento, sucedido no mesmo dia, não há que se falar em ação em curso, não devendo ser considerada, para fins de modulação, a data da publicação, porquanto seu escopo é, justamente, a preservação da segurança jurídica, evitando o ajuizamento de ações após o conhecimento da tese fixada.

Nesse sentido, é o parecer da PGJ (ordem 56):

“No entanto, houve modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das mencionadas cláusulas do Convênio ICMS nº 93/15 a fim de que a decisão produza seus efeitos a partir do exercício seguinte ao que

ocorreu o julgamento, ou seja, em 2022, com exceção para a cláusula nona cujos efeitos devem retroagir à data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF, oportunidade em que a Suprema Corte já havia determinado a sua suspensão. O Plenário do STF, contudo, entendeu que essa modulação de efeitos não se aplicaria às ações judiciais já em curso. Pois bem. Tendo em vista que a impetração do Mandado de Segurança pela agravada ocorreu na data de 24/02/2021, é forçoso reconhecer que a ação mandamental não se encontrava em curso quando do julgamento dos méritos do RE nº 1.287.019 e da ADI nº 5469/DF pelo STF, em 24/02/2021, sendo esta data o marco utilizado pelos Tribunais pátrios para fins de verificação se a ação proposta está ou não albergada pela modulação dos efeitos da decisão”.

Por todo exposto, para fins da eficácia temporal do Tema 1093 da repercussão geral, somente serão excepcionadas da modulação aprovada pelo plenário do STF as ações judiciais em curso até o dia 24 de fevereiro de 2021, não detendo a qualidade de ação em curso aquela ajuizada na exata data de 24 de fevereiro de 2021 (não se ignorando que este ponto ainda se constitui um hot point do debate judicial).

A tese do presente artigo, em suma: é equívoca a confusão entre o padrão da eficácia das decisões proferidas em sede de controle concentrado (data da publicação da ata de julgamento), *lex generalis*, com o exercício casuístico exercido pelo Supremo Tribunal Federal quando de eventual e particularíssima delimitação de modulação dos efeitos das mencionadas decisões (data do julgamento no tema 1093), *speciali lege*.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10.11.99.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.469.

MELO, Daniela Victor de Souza. O perigo da ressalva na decisão sobre o Difal, de 28 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-28/daniela-victor-perigo-ressalva-decisao-difal>.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CAMPOS, Silvério Bouzada Dias Campos. Eficácia temporal do Tema 1.093 da Repercussão Geral. *DIREITO PÚBLICO: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 19-20, n.1, p. 285-302, 2022/2023.

PARECER

PROCEDÊNCIA: CONTROLADORIA-GERAL DO ESTADO
INTERESSADO: NÚCLEO DE COMBATE À CORRUPÇÃO

NÚMERO: 16.284

Data: 16 de dezembro de 2020

Classificação Temática: Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público. Lei Anticorrupção. Acordo de Leniência.

Referências normativas: Lei nº 12.846, de 2013; Decreto nº 8.420, de 2015.

DIREITO ADMINISTRATIVO. LEI Nº 12.846, DE 2013. LEI ANTICORRUPÇÃO. ACORDO DE LENIÊNCIA. PESSOA JURÍDICA INTERESSADA. PRIMAZIA DA MANIFESTAÇÃO DA VONTADE. FLEXIBILIZAÇÃO. MULTIPLICIDADE DE ACORDOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 16, §1º, I, DA LEI. Com fulcro em interpretação sistemática da legislação anticorrupção, a aplicação do requisito da primazia da manifestação da vontade na celebração de acordo de leniência com a Administração Pública, estabelecido pelo art. 16, §1º, I da Lei nº 12.846, de 2013, demanda a avaliação, em cada caso, da natureza do ilícito e da potencialidade de ampliação da capacidade persecutória do Estado. Reconhecendo-se no ineditismo dos fatos relatados pela pessoa jurídica interessada em celebrar o acordo e na utilidade das informações para o aprofundamento das investigações realizadas pelo Poder Público, os critérios a serem adotados para a aplicação daquele requisito.

PARECER

I

1. Vem à Consultoria Jurídica da Advocacia-Geral do Estado consulta da Controladoria-Geral do Estado - CGE. Que, por meio do Núcleo de Combate à Corrupção - NUCC, apresenta questionamentos a respeito da interpretação conferida a dispositivo da Lei nº 12.846, de 2013.
2. Esclarece a consulente que a denominada “Lei Anticorrupção” traz em seu bojo a possibilidade da Administração Pública celebrar acordo de leniência com pessoas jurídicas que tenham praticado atos lesivos ao patrimônio público. Dizendo que a Lei estabelece, em seu art. 16, §1º, I, que as tratativas conducentes a eventual acordo de leniência devam fazer-se com a pessoa jurídica que, em primeiro lugar, manifeste seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito por ela relatado.
3. Com base no viés conferido ao dispositivo pelo ato que regulamentou a Lei, o Decreto nº 8.420, de 2015, e citando interpretação

doutrinária, a consulente aponta, no entanto, para o caminho da flexibilização do requisito da primazia da manifestação da vontade. Apresentando a tanto argumentos relacionados à própria finalidade do instrumento do acordo de leniência. Notadamente a possibilidade de alavancar a capacidade investigativa do Estado.

4. E questiona a Advocacia-Geral do Estado acerca da possibilidade da adoção de tal entendimento. Formulando, ao fim, os seguintes quesitos, litteris:

i) Caso as Comissões de Negociação de Acordos de Leniência sejam procuradas por pessoas jurídicas que não sejam as primeiras a relatarem a prática de certo ato ilícito, afigura-se lícito dar início às tratativas e, eventualmente, celebrar um acordo, ponderando-se os benefícios a serem concedidos conforme o grau de ineditismo e a utilidade das informações trazidas pelas pessoas jurídicas interessadas?

ii) Caso se entenda não ser lícito dar início às tratativas a que se refere o item anterior, na hipótese de a negociação com a primeira pessoa jurídica a contatar as Comissões não prospere, afigura-se lícito que a Comissão inicie as tratativas com as demais pessoas jurídicas que o fizerem acerca do mesmo esquema de corrupção?

iii) Considerada a hipótese de que um mesmo esquema de corrupção possa abarcar a prática de atos em tese tipificados como ilícitos distintos, indaga-se: se determinada pessoa jurídica não for a primeira a se manifestar em relação a um desses ilícitos, mas relatar outro até então desconhecido, pode-se considerar por atendido o requisito previsto pelo art. 16, §1º, I, da Lei nº 12.846/2013, para fins de iniciarem-se as tratativas?

5. O expediente encontra-se instruído exclusivamente com o documento de encaminhamento da consulta (SEI 21146288). Vindo-nos diretamente para manifestação.

6. Em suma, é o relatório. Passa-se a opinar.

II

7. Nos termos da narrativa inicial, a consulta encerra questionamentos a respeito da aplicação, pela Administração Pública estadual, da Lei nº 12.846, de 2013. Mais precisamente, sobre o instituto do acordo de leniência, de que tratam os seus arts. 16 e 17. Em especial o comando contido no inciso I do §1º do art. 16, que dispõe:

Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. § 1º O acordo de que trata o caput somente poderá

ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:
I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; (...) [g.n.]

I. DA LEI ANTICORRUPÇÃO

8. De criação recente, a denominada Lei Anticorrupção tem por objeto precípuo a responsabilização, nos campos administrativo e civil, das pessoas jurídicas que, por seus atos, venham a lesar a Administração Pública nacional e estrangeira (art. 1º). Inclusive em matéria de licitações e contratos administrativos de que trata a Lei nº 8.666, de 1993. Inaugurando em nosso ordenamento jurídico instrumento de responsabilização objetiva de pessoas jurídicas contra atos praticados contra o Estado. E não das pessoas naturais que, em nome da pessoa jurídica, venham a praticar os atos a ela imputados. Dizendo-se, a seu respeito:

“A Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, conhecida como Lei Anticorrupção (LAC), é considerada um divisor de águas no processo de institucionalização dos esforços de combate à corrupção no Brasil, porquanto instituiu a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos cometidos em seu interesse ou benefício, em desfavor da administração pública nacional ou estrangeira. Referida inovação legislativa foi objeto de apontamento pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico OCDE, que no relatório contendo avaliação do Grupo de Trabalho sobre Suborno (WGB) quanto à Fase 3 da implementação da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, publicado em outubro de 2014, assim pontuou: ‘Após três anos de longas negociações entre o governo e a comunidade anticorrupção, o Projeto de Lei nº 6.826 tornou-se lei, a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013), entrando em vigor em janeiro de 2014 e, desse modo, introduzindo o primeiro regime de responsabilização de pessoas jurídicas para atos lesivos cometidos contra a administração pública no Brasil e pondo fim a mais de 14 anos de não conformidade com o Art. 2º da Convenção.’”¹

9. E dentre as medidas e previsões da Lei, o legislador estabeleceu, a exemplo de outros documentos normativos², a possibilidade da utilização de instrumento negocial de repressão e combate aos ilícitos praticados contra a Administração. Franqueando, por meio dele, a oportunidade para que o particular venha a colaborar com o Estado na repressão ao ilícito. Incentivando a cooperação.

10. Intitulado de acordo de leniência³, tal instrumento mereceu da Lei um capítulo específico destinado à sua regulação. Composto pelos arts. 16 e 17.

11. Observa-se, quanto ao ponto, que a matéria segue o modelo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, de que trata a Lei nº 12.529, de 2011. Sendo, a julgar do processo legislativo que deu causa à Lei Anticorrupção, a fonte da qual o legislador retirou as normas referentes ao acordo de leniência aqui versado. Nesse sentido, a doutrina:

“Com o espírito de seguir a tendência mundial, em 8 de fevereiro de 2010, o Poder Executivo federal encaminhou a Mensagem n. 52 ao Congresso Nacional, por meio da qual propôs o projeto de lei que passou a tramitar, na Câmara dos Deputados, sob o número 6.826/2010. Conforme se depreende da leitura do texto original, a proposta cuidou de tipificar os atos lesivos praticados pelas pessoas jurídicas passíveis de responsabilização, bem como estabelecer as respectivas sanções e disciplinar os procedimentos administrativo e civil. Não há menção no texto encaminhado ao Poder Legislativo sobre o acordo de leniência. A matéria do acordo de leniência só veio a ser introduzida no texto do Projeto de Lei na apresentação de projeto substitutivo pelo relator, deputado Zarattini, em 14/03/2012. A propósito, em seu relatório, o parlamentar foi bastante econômico na justificativa da incorporação do que se tornaria tão polêmico instrumento, a saber: ‘(...) Entre as sugestões do Ibrademp acolhidas pela Comissão Especial, vale ressaltar a inclusão de capítulo sobre acordo de leniência (...). (...) No art. 18 incluímos um capítulo sobre o Acordo de Leniência, semelhante previsto na lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e aplicado pelo Cade. (...)’ Conforme se observa, os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e mesmo o projeto de lei encaminhado pelo Poder Executivo não traziam em seu bojo a ideia do acordo de leniência, mas apenas o aspecto repressivo da norma. Ao que parece, da leitura do trâmite do projeto de lei na Câmara dos Deputados, a concepção do acordo de leniência foi introduzida, acatando-se a sugestão do Instituto Brasileiro de Direito Empresarial – Ibrademp quanto à ideia e não ao conteúdo – e tomando de inspiração a experiência trazida pela legislação nacional antitruste. Essa constatação é de grande importância, uma vez que demonstra o surgimento da concepção do acordo de leniência no curso do processo legislativo.”⁴

II. DA PRIMAZIA DA MANIFESTAÇÃO DA VONTADE

12. A legislação nacional antitruste estabelece como requisito para a celebração do acordo de leniência (art. 86, §1º, da Lei nº 12.529/2011), dentre outros, que a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação. Requisito que foi igualmente inserido na lei Anticorrupção, nos termos daqui transcrito inciso I do § 1º do art. 16 da Lei.

13. Aquela previsão, no entanto, está pautada, sobretudo, na natureza das atividades e práticas comerciais combatidas pelos órgãos e entidades

do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Notadamente a formação de cartéis, em que o acordo e a concorrência de vontades entre os seus membros é traço característico à prática criminosa. Nesse sentido:

“(…) importante destacar que se trata de importação do direito concorrencial. Naquela esfera, o acordo de leniência tem por objetivo central a repressão à prática de cartel, infração essa exclusivamente plurissubjetiva, isto é, só existirá quando cometida por mais de um agente. Nessa lógica, a ideia é que o acordo de leniência seja instrumento de desestabilização da organização criminosa, uma vez que a qualquer momento um de seus membros pode denunciar os parceiros e gozar dos benefícios de ter sido o primeiro a quebrar o pacto clandestino.”⁵

14. Do que se infere que a colaboração primeira tornaria, ao menos em tese, inócuas contribuições outras – pois já descortinado o ilícito pelo primeiro colaborador.

15. Por sua vez, merece destaque o fato da mesma Lei nº 12.529/2011 prever outros dois instrumentos negociais de combate às práticas anticoncorrenciais. O Termo de Compromisso de Cessação - TCC de que trata o seu art. 85. E um misto entre o acordo de leniência e o TCC, apelidado de leniência plus, em seu art. 86, §§ 7º e 8º. Ambos destinados às situações em que o colaborador, conquanto não se enquadre nas condições exigidas para a celebração do acordo de leniência, apresente informações outras sobre investigações a cargo. Vindo a beneficiar-se, com isso, da redução das penalidades que lhe seriam impostas⁶.

16. No caso da Lei Anticorrupção, o legislador deixou de prever instrumentos semelhantes. Mas, tão somente, o acordo de leniência em sua versão “pura”. Com a exigência da primazia da manifestação da vontade.

17. A questão, todavia, é alvo de críticas por parte da doutrina. Dizendo-se a respeito que

“(…) o legislador parece não ter examinado com cuidado todos os instrumentos que compõe o Programa de Leniência Antitruste, o que, na nossa opinião, poderia ter contribuído para uma melhor normatização da matéria no âmbito da Lei 12.846/2013. Naturalmente, é necessário que se tenha em mente as peculiaridades inerentes ao ilícito da cartelização de mercados e tomar os devidos cuidados para não se impor requisitos que não se aplicam aos atos lesivos da LAC. Outro ponto positivo da Lei 12.529/2011 parece ser a criação de uma estrutura de incentivos voltada para a permanente colaboração dos particulares com a ação investigativa do Estado. O objetivo principal de ampliar a capacidade persecutória da autoridade antitruste é sempre mantido, mas abre-se a possibilidade de um maior número de colaboradores firmar transações. No entanto, os be-

nefícios vão sendo escalonados de acordo com a ordem de chegada dos proponentes, do estágio do processo e do grau de colaboração.”⁷

18. Vale ressaltar que o acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção é mais um exemplar da tendência verificada nos últimos tempos da adoção, pelo Estado, de instrumentos de colaboração no combate a atividades ilícitas. E tem por mote, tal como os demais, criar condições atenuantes àquele que, por livre vontade, resolva colaborar com as atividades investigativas levadas a efeito pelo Poder Público. Fornecendo ao Estado informações e dados que, muitas das vezes, em função das dificuldades relacionadas à natureza do ilícito em si, ou mesmo à própria capacidade investigativa da Administração Pública, não seriam alcançadas no curso do regular procedimento administrativo sancionador.

19. Por isso, a adoção de tais instrumentos devem estar revestida de elementos práticos e de funcionalidade. Fazendo-se coerente que o Poder Público os autorize apenas nas hipóteses em que seu uso reflita efetiva colaboração com as investigações e o procedimento administrativo conduzido pelos órgãos e entes competentes. Sempre com foco: i) no combate à corrupção; ii) na defesa do patrimônio público; e iii) na recuperação de ativos estatais.

20. Em outras palavras. A interpretação das regras trazidas pela Lei Anticorrupção deve, necessariamente, observar os princípios que a fundamentam. Dizendo-se o mesmo de seus institutos e dos instrumentos nela previstos. Reconhecendo-se, no que aqui interessa, que só faria sentido a celebração de acordo de leniência com determinada pessoa jurídica quando – e se – as informações por ela trazidas venham caracterizar, de fato, auxílio à atividade de fiscalização e aplicação do direito sancionador pelo Estado.

21. Parece-nos, assim, legítimo e razoável propor que a regra da primazia da manifestação da vontade seja, igualmente, interpretada sob tal viés. Entendendo-a, por exemplo, não como uma regra a afastar outras pessoas jurídicas da celebração de acordos de leniência. Exclusivamente pela existência de pedido antecedente no curso de dado procedimento administrativo. Mas, regra destinada a afastar de eventuais outros acordos de leniência os fatos já narrados e informados pelo primeiro delator-colaborador.

22. Isto é. A interpretação que ora se faz e se propõe suplantaria a mera interpretação literal do comando contido no inciso I do § 1º do art. 16 da Lei Anticorrupção. Valendo-nos de interpretação sistemática – e mesmo histórica – da Lei, a primazia prevista no referido dispositivo residiria na novidade da informação trazida ao ente sancionador por dada pessoa jurídica. Ainda que acordos outros tenham sido celebrados no âmbito do

mesmo procedimento. Desde que observado o caráter do ineditismo das informações e o teor colaborativo à atuação do Poder Público a fim de: i) identificar envolvidos; e ii) obter de forma célere informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração (art. 16, caput, I e II).

23. Essa nos parece a opção interpretativa feita pelo Decreto nº 8.420, de 2015, que regulamentou a Lei Anticorrupção. Colhendo-se de seu art. 30, I, complemento apto a temperar o rigor e rigidez resultantes da simples interpretação literal do comando contido na Lei. Vejamos:

Art. 30. A pessoa jurídica que pretenda celebrar acordo de leniência deverá:
I - ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, quando tal circunstância for relevante;
(...) [g.n.]

24. Observa-se que a regulamentação acrescenta à regra da primazia o elemento da relevância. O que nos permitiria entender, em leitura reversa, a possibilidade de afastamento da unicidade e exclusividade do acordo de leniência celebrando com a primeira pessoa jurídica a manifestar interesse, se tal primazia se mostre irrelevante às investigações e sanções que lhe são decorrentes. Tudo em prol da ampla colaboração com o Poder Público a fim de serem elucidados os fatos, identificados e punidos os envolvidos, assim como recomposto o patrimônio público.

25. Com esse entendimento, a doutrina:

“(…) sob o aspecto substancial o pioneirismo volta-se para o ato ilícito em si, ou seja, para o conteúdo da conduta havida na realidade ontológica, desconforme ao ordenamento jurídico, e que é ou será objeto de investigação. A pessoa jurídica, em obséquio ao preceptivo legal, deverá ser pioneira no oferecimento de colaboração a um determinado ato ilícito a ser investigado. Problemas aparentes poderão surgir quando ocorrerem, em conjunto, diversos atos ilícitos que, uma vez integrados, componham um todo instrumentalizador da prática da corrupção. Referimo-nos, no ponto, à prática cumulativa de formulação de propostas escusas, à sua aceitação, a aberturas de contas no exterior em profusão, deslocamentos pessoais com numerários abundantes etc. Em casos como esse, em que os trabalhos de investigação poderão ter início e desenvolver-se a partir de diversos ângulos de ataque (permita-se a linguagem aeronáutica), os ilícitos que, integralmente, compõem um todo, a rigor, quando concretamente apontados pelas empresas interessadas em celebrar acordo de leniência, poderão ser identificados separadamente, sob o prisma do pioneirismo, com isso satisfazendo à condição legalmente estabelecida pela Lei Anticorrupção.”⁸ [g.n.]

26. No mesmo sentido:

“(…) opinamos que a legislação poderia ter optado por outro caminho. Ponderamos que o elemento central para julgar o grau de efetividade do acordo de leniência para o Estado é o ineditismo da informação trazida pelo proponente. É a possibilidade de a Administração ter conhecimento de uma infração que, pelos métodos convencionais de investigação, ela teria grande dificuldade para obter.

(…) é necessário retornar à finalidade do acordo de leniência. Entendemos que um programa de colaboração, seja em qual esfera for, deve se balizar pelo objetivo central de obtenção de informações que incrementem a capacidade persecutória do Estado. O instrumento negocial, medida sempre excepcional, se justifica diante da espécie da infração que se está apurando, cujas particularidades dificultam sua detecção pelo processo investigativo ordinário.”⁹ [g.n.]

27. A questão da primazia, portanto, mostra-se relevante a julgar do grau de colaboração de cada pessoa jurídica na elucidação e penalização dos envolvidos no caso de corrupção. Permitindo-se falar na utilidade da informação prestada pelos colaboradores. Transferindo-se a limitação ao conteúdo da cooperação. E não ao número de pessoas jurídicas passíveis de celebrar acordos de leniência¹⁰.

28. Reconhecendo-se, ainda, a validade da primazia para as situações em que identificado, tal como ocorre em casos combatidos pela legislação antitruste, o concurso de agentes para a prática de atos em benefício comum. Hipótese em que a manifestação primeira de uma das pessoas jurídicas envolvidas serviria, por si só, ao desbaratamento da prática coletiva. Com a identificação e punição dos envolvidos.

III

29. Diante de todo o exposto, opinamos no sentido da interpretação sistemática da legislação anticorrupção em matéria de celebração de acordos de leniência pelo Estado. Pautando-se a imposição do requisito da primazia da manifestação da vontade, estabelecido pelo art. 16, §1º, I da Lei nº 12.846, de 2013, na avaliação, em cada caso, da natureza do ilícito e da potencialidade de ampliação da capacidade persecutória do Estado. Reconhecendo-se, inclusive com fulcro no Decreto nº 8.420, de 2015, no ineditismo dos fatos relatados pela pessoa jurídica interessada em celebrar o acordo e na utilidade das informações para o aprofundamento das investigações realizadas pelo Poder Público os critérios a serem adotados para a aplicação daquele requisito.

30. Dito isso, no intuito de responder ao primeiro quesito formulado pela consultante, somos de opinião pela legitimidade do ato que dá início às tratativas – e de eventual acordo de leniência – com pessoas jurídicas que, a despeito de não serem as primeiras a relatarem a prática do ilícito

to, venham a colaborar efetivamente com a persecução investigatória. Julgando-se o ato plenamente justificável pela legislação anticorrupção.

31. Restando prejudicados os demais quesitos em razão da resposta conferida ao primeiro questionamento.

32. É como opinamos.

À superior consideração.
Belo Horizonte, data supra.

RAFAEL REZENDE FARIA

Procurador do Estado

Aprovado pelo Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica.

WALLACE ALVES DOS SANTOS

Aprovado pelo Advogado-Geral do Estado

SÉRGIO PESSOA DE PAULA CASTRO

1. Termos do Acordo de Cooperação Técnica celebrado entre o Ministério Público Federal, a Controladoria-Geral da União, a Advocacia-Geral da União, o Ministério da Justiça e Segurança Pública e o Tribunal de Contas da União em matéria de combate à corrupção no Brasil, especialmente em relação aos acordos de leniência da Lei nº 12.846, de 2013. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Acordo06agosto.pdf>. Acesso em 15 de dezembro de 2020.

2. Ver, a título de exemplo, as Leis nº 12.529, de 2011, e nº 12.850, de 2013.

3. Na definição de Carolina Fidalgo e Rafaela Canetti: “Acordos de Leniência são acordos celebrados entre o Poder Público e um agente envolvido em uma infração, com vista à sua colaboração na obtenção de informações sobre o tema, em especial sobre outros partícipes e autores, com a apresentação de provas materiais de autoria, tendo por contrapartida a liberação ou diminuição das penalidades que seriam a ele impostas com base nos mesmos fatos.” (Os Acordos de Leniência na Lei de Combate à Corrupção. In: *Lei Anticorrupção e Temas de Compliance*. Salvador: JusPodivm, 2.ed., p. 338

4. VIANA, Marcelo Pontes e SIMÃO, Valdir Moyses. O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, 1. ed., p. 27.

5. Idem, p. 119.

6. Idem, p. 89.

7. Idem, p. 92.

8. PESTANA, Marcio. Lei Anticorrupção: Exame Sistematizado da Lei n. 12.846/2013. Barueri-SP: Manole, 2016, p. 164

9. VIANA, Marcelo Pontes e SIMÃO, Valdir Moyses. *Ob. cit.*, p. 119.

10. Idem, p. 123

PARECER N° 16.343 - AGE/CJ BELO HORIZONTE, 28 DE MAIO DE 2021.

PROCEDÊNCIA: Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão (Seplag).

INTERESSADO: Coordenador dos Comitês Gestores Pró-Brumadinho e Pró-Rio Doce e Secretário de Estado Adjunto de Planejamento e Gestão.

PARECER JURÍDICO AGE/CJ: 16.343

DATA: 28 de maio de 2021.

CLASSIFICAÇÃO TEMÁTICA: Direito Financeiro. Orçamento. Classificação de receitas.

PRECEDENTES: Parecer Jurídico AGE/CJ 16.299.

EMENTA:

DIREITO FINANCEIRO. ORÇAMENTO. CLASSIFICAÇÃO DE RECEITAS. Acordo judicial para reparação integral dos danos ocasionados pelo rompimento da barragem Córrego do Feijão em Brumadinho. Obrigações de pagar referentes à reparação e à compensação dos danos do desastre vinculadas à realização de projetos específicos. Recursos destinados globalmente à aplicação em despesas de capital. Enquadramento na categoria Receitas de Capital, subcategoria Outras Receitas de Capital.

REFERÊNCIAS NORMATIVAS: Código Civil. Código de Processo Civil. Código Tributário Nacional. Lei de Responsabilidade Fiscal. Leis Federais n°s 4.320, de 1.964, 7.347, de 1985, e 9.715, de 1998.

RELATÓRIO

1. O Secretário de Estado Adjunto de Planejamento e Gestão e Coordenador do Comitê Gestor Pró-Brumadinho direcionou o Ofício SEPLAG/RAM - FINANCEIRO n° 21/2021 (sei! n° 30057256) à Advocacia Geral do Estado, formulando consulta acerca da classificação da receita proveniente do “Termo de Reparação Judicial” que ingressará nos cofres públicos estaduais.

2. Consoante informado, em razão do acordo judicial para reparação integral dos danos ocasionados pelo rompimento da barragem Córrego do Feijão, firmado em 4 de fevereiro de 2021, no Processo de Mediação SEI n° 0122201-59.2020.8.13.0000, perante o CEJUSC 2° Grau do TJMG, serão repassados diretamente ao Estado de Minas Gerais R\$ 11.060.000.000,00 (onze bilhões e sessenta milhões de reais), que se-

rão “destinados exclusivamente à execução das obrigações dos Anexos II.3, III e IV, e também o disposto no item 4.4.10 do ACORDO JUDICIAL, que prevê o valor de R\$ 310 milhões para despesas públicas e contratação de pessoal em função do Rompimento”.

3. Assim, o consulente questiona: “Como deve ser classificada a receita proveniente do Termo de Reparação Judicial que ingressará nos cofres públicos?”

4. É o relatório, em síntese.

I. Natureza do acordo judicial firmado com a Vale S.A.

5. Antes de prosseguir com a análise do questionamento central da consulta, que é sobre a classificação legal que deverá ser dada à receita proveniente do acordo, interessa o exame da natureza jurídica dessa avença. 6. O “ACORDO JUDICIAL PARA REPARAÇÃO INTEGRAL RELATIVA AO ROMPIMENTO DAS BARRAGENS B-I, B-IV E B-IVA / CÓRREGO DO FEIJÃO”, firmado no Processo de Mediação SEI nº 0122201-59.2020.8.13.0000, perante o CEJUSC 2º Grau do TJMG, encontra fundamento, dentre outros, no art. 5º, § 6º, da Lei Federal nº 7.347, de 1985, conforme consta do seu “considerando” XIV, in verbis: “que o TERMO DE COMPROMISSO, regido na forma do art. 5º, parágrafo 6º, da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, com a redação que lhe foi dada pela Lei Federal 8.078, de 11 de setembro de 1990, é uma alternativa constitucional e legal para a resolução consensual de conflitos, permitindo que as partes alcancem por essa via, com viés essencialmente resolutivo, pragmático e eficaz, a defesa do bem jurídico tutelado, reduzindo custos e diminuindo o tempo de resposta da ação controladora;”

7. O § 6º do art. 5º da Lei Federal nº 7.347, de 1985, Lei da Ação Civil Pública, dispõe que “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”. Como sobressai do dispositivo, o termo de compromisso celebrado com base nele configura um acordo celebrado entre as partes interessadas com o objetivo de proteger direitos de natureza transindividual, bem como substituir penalidades com a imposição de obrigações líquidas e certas.

8. Todavia, mais do que prever cominações para compromissos de ajustamento de conduta, o acordo em pauta prevê obrigações de fazer e de pagar concretas, como forma de reparação dos danos multitudinários ocasionados pelo rompimento das barragens de propriedade da Vale no Município de Brumadinho.

9. Assim, abrangendo termos de compromisso de ajustamento de conduta, bem como diversos litígios e relações processuais que orbitavam em torno do desastre, restou entabulada, no mencionado acordo judicial, uma solução consensual direcionada a obter a reparação dos danos causados pelo evento.

10. Não houve, portanto, pleno voluntarismo da Vale S.A. em pactuar o pagamento dos valores referenciados no acordo, uma vez que as quantias que ela se obrigou a pagar e a executar refletem o resultado do que decisões técnicas interinstitucionais entenderam como suficientes para a reparação e a compensação socioambientais e socioeconômicas dos danos, denotando que as exaustivas negociações empreendidas, mais do que apenas uma cooperação, buscavam realizar direitos e recompor danos, sendo a solução consensual apenas um instrumento para realizar isso, cientes que estavam as autoridades envolvidas de que sua adoção atenderá ao interesse público de forma mais rápida e eficaz, abreviando processos judiciais e administrativos que poderiam se alongar e impedir a reparação dos danos causados pelo rompimento da barragem.

11. Além de pesar contra a Vale a sua notória culpa, o Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública Estadual da Comarca de Belo Horizonte/MG proferiu sentença parcial de mérito reconhecendo, no bojo das ações nº 502640867.2019.8.13.0024, 5044954-73.2019.8.13.0024 e 5087481.2019.8.13.0024, a responsabilidade da mineradora pela ocorrência do rompimento das barragens.

12. E com todos os efeitos que o ato processual engendra, o acordo fora homologado judicialmente por meio de sentença proferida em audiência de mediação, no âmbito do CEJUSC de 2º Grau do TJMG, com os seguintes termos: “Homologamos o termo de acordo firmado entre as partes e instituições jurídicas, o qual passa a fazer parte desta ata, para que produza seus jurídicos e legais efeitos”.

13. Enfim, o acordo judicial em pauta, além de estar fundamentado meramente no art. 5º, § 6º, da Lei Federal nº 7.347, de 1985, constituiu uma transação amparada pelo art. 840[1] do Código Civil, a qual restou homologada judicialmente, nos termos do art. 487, inc. III, “b”, do CPC[2], vindo a constituir sentença de mérito acobertada por coisa julgada.

14. Ademais, o conteúdo do acordo consiste basicamente em obrigações de pagar e de fazer concernentes à reparação e à compensação dos danos do desastre, na forma preconizada pelo § 3º[3] do art. 225 da Constituição Federal e pelo § 1º[4] do 14 da Lei Federal 6.938, de 31 de agosto de 1981.

15. Por esse viés, então, o acordo judicial em questão não se aproxima das modalidades de ajustes que se estabelecem mediante união de esforços e mútua colaboração dos partícipes para atingimento de um objetivo comum, já que o acordo em tela ostenta nítida contraposição de interesses entre as partes.

16. Nesses ajustes, além de o fundamento jurídico ser diverso, estando previsto no art. 116 da Lei Federal nº 8.666, de 1993, não há a finalidade de pôr fim a conflitos e a litígios, mas sim de conjugar interesses recíprocos para que haja a cooperação mútua dos partícipes.

17. Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro[5], “define-se o convênio como forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração”. No acordo judicial celebrado com a Vale, não há, pois, reciprocidade de interesses ou mútua cooperação no plano material. A cooperação que nele se percebe decorreu de preceitos de natureza processual, mormente do art. 6º do CPC, segundo o qual, “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

18. Por outro lado, contudo, não há como se ignorar que o acordo judicial celebrado também não adequa à figura do contrato a estabelecer obrigações contrapostas que se exauem com o respectivo cumprimento.

19. Por conseguinte, as obrigações de pagar e fazer decorrentes do acordo judicial, ainda que se refiram à reparação e à compensação dos danos do desastre, extrapolam o sentido de indenização pura e simples, pois estão vinculadas à realização de projetos específicos. Em outras palavras, os recursos que ingressarão derivados das obrigações de pagar estão vinculados a objetos definidos, circunstância que aproxima o acordo dos ajustes convenientes e seus congêneres.

20. Nessa senda, a adequada caracterização da receita que ingressará em razão do cumprimento das obrigações de pagar definidas no acordo judicial não será alcançada pelo simplista enquadramento como indenização. Afinal, tal caracterização depende de uma análise global das cláusulas contidas no instrumento de formalização do acordo, cujo resultado revele, ou o predomínio da desforra de um dano ao Estado pelo pagamento formal de uma indenização, ou, ao revés, ao atingimento de um objetivo pré-estabelecido, mediante a execução de projetos definidos no próprio texto do acordo.

21. No caso do acordo celebrado com a Vale S.A., é nítida a atribuição da receita que ingressará a projetos específicos. A enumeração exaustiva dos projetos por ele contemplados é circunstância fundamental, que caracteriza e constitui o próprio acordo judicial celebrado, juntamente com a respectiva estimativa de valores para sua execução - estimativa que se justifica pela previsão de posterior detalhamento, durante a execução do acordo, de cada um dos projetos contemplados, podendo resultar em adequação dos valores. Entretanto, a possibilidade de adequação dos projetos por ocasião de seu detalhamento não dá azo à substituição ou subversão dos projetos, sob pena de insubsistência do próprio acordo. Com efeito, as limitadas hipóteses de alteração dos projetos previstos no acordo devem observar a sistemática por este estabelecida, sempre relacionada à inviabilidade técnica supervenientemente constatada pelos compromitentes e submetida ao juízo competente pela execução do acordo (observado a intangibilidade do ato jurídico perfeito e da coisa julgada).

22. Não se pode olvidar, ainda que a propósito de vinculação legal, mas que também pode ser transposta para vinculação judicial, que o mecanismo fonte/destinação de recursos é obrigatório, conforme previsto no art. 8º, parágrafo único, e art. 50, inciso I, da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal):

“Art. 8º (...) Parágrafo único. Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso. (...)”

Art. 50. Além de obedecer às demais normas de contabilidade pública, a escrituração das contas públicas observará as seguintes:

I - a disponibilidade de caixa constará de registro próprio, de modo que os recursos vinculados a órgão, fundo ou despesa obrigatória fiquem identificados e escriturados de forma individualizada;”

23. Embora não haja um modelo padronizado a ser adotado é importante que seja possível prestar contas da utilização desses recursos ao Poder Judiciário, perante o qual foi celebrado o acordo, sendo, portanto, a instância com competência para decidir acerca do cumprimento do acordo, e aos órgãos de controle do Poder Executivo. Portanto, é imprescindível o cotejo dessas características elementares e peculiares do acordo celebrado com a Vale S.A. para perquirir o adequado enquadramento da receita decorrente das obrigações de pagar da Vale S.A., vinculadas que são aos projetos especificados no acordo.

II. Classificação da receita proveniente do acordo judicial celebrado com a Vale S.A.

24. Passemos, então, a perscrutar o enquadramento dos recursos pagos pela Vale S.A ao Estado, em função do acordo judicial, na classificação da receita prevista na Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964.

25. Como se disse alhures, o montante de R\$ 11.060.000.000,00 (onze bilhões e sessenta milhões de reais) será repassado ao Estado de Minas Gerais para a reparação e a compensação socioeconômica e socioambiental dos danos decorrentes do rompimento das barragens da Vale em Brumadinho. Sua natureza é, sem dúvida, indenizatória. E por ser indenizatória, não fosse o fato de haver uma aplicação vinculada no próprio acordo judicial, sua categoria econômica seria, longe de dúvidas, como Receita Corrente, subcategoria Outras Receitas Correntes, item Indenizações, código 1921.00.00, conforme a Portaria Interministerial nº 163, de 4 de maio de 2001, que dispõe sobre normas gerais de consolidação das Contas Públicas no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (http://www.orcamentofederal.gov.br/orcamentosanuais/orcamento-2015-2/arquivos%20portarias-sof/portaria-interm163_2001_atualizada_2015_02set2015.pdf/).

26. Deveras, uma interpretação literal e irrefletida do Anexo nº 3 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/anexo/ANL4320-64.pdf) da Lei Federal nº 4.320, de 1964, ignorando-se todas as complexidades e superlativos do acordo judicial em referência, atrairia a inclusão das receitas provenientes da avença no item Indenizações da subcategoria Outras Receitas Correntes. Confira-se:

- 1.5.0.00 - Receitas Diversas:
 - 1.5.1.00 - Multas.
 - 1.5.2.00 - Cobrança da Dívida Ativa. 1.5.3.00 - Indenizações e Restituições.
 - 1.5.4.00 - Outras Receitas Diversas
- 2.0.0.00 - RECEITAS DE CAPITAL:
 - 2.1.0.00 - Operações de Crédito.
 - 2.2.0.00 -Alienação de Bens Móveis e Imóveis.
 - 2.3.0.00 - Amortização de Empréstimos Concedidos.
 - 2.4.0.00 - Transferências de Capital
 - 2.4.1.00 - Auxílios da União
 - 2.4.2.00 - Auxílios dos Estados.
 - 2.4.3.00 - Auxílios dos Municípios
 - 2.4.4.00 - Auxílios Diversos.
 - 2.5.0.00 - Outras Receitas de Capital

27. Ocorre que o emprego dos recursos provenientes do acordo em referência está vinculado à execução de ações reparatórias e compensatórias específicas, observado que, nos termos da Nota Técnica da Diretoria Central de Análise Fiscal da Superintendência de Planejamento e Orçamento da Seplag, “os recursos da Vale se tratam, em sua quase totalidade, de valores destinados a despesas que implicarão em eventos modificativos aumentativos no patrimônio líquido do Estado - característica comum a recursos de capital”. Trata-se, pois, de Despesas de Capital, compreendidos na execução de investimentos públicos de grande vulto. Assim, serão realizados projetos e obras de mobilidade urbana, de fortalecimento do setor público e de segurança hídrica em importe que supera os 10 bilhões de reais.

28. Partindo dessa observação, pensamos que enquadrar todas essas receitas na categoria econômica composta pelas Receitas Correntes, especificamente em Outras Receitas Correntes, pelo só fato de haver identidade com o item que a integra, Indenizações, desprezando a destinação que lhe será dada, não se mostra razoável, sendo possivelmente ilegal. Isso porque o § 1º do art. 11 da Lei Federal nº 4.320, de 1964, estabelece que são correntes as receitas “quando destinadas a atender despesas classificáveis em Despesas Correntes”, e o § 2º do mesmo artigo, a contrário, que são de capital as receitas “destinadas a atender despesas classificáveis em Despesas de Capital e, ainda, o superávit do Orçamento Corrente”.

29. Do que se extrai da classificação legal das receitas públicas, principalmente da dicotomia entre as Receitas Correntes e Receitas de Capital, para o enquadramento em ou uma outra categoria, o legislador considerou não apenas a origem dos recursos e a natureza da relação jurídica que enseja o seu ingresso nos cofres públicos, mas também a destinação que se dará à disponibilidade havida. É nesse sentido que, conforme colocamos no parágrafo precedente, as Receitas Correntes estão correlacionadas à execução de Despesas Correntes e as Receitas de Capital, à execução de Despesas de Capital, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 11 da Lei Federal nº 4.320, de 1964.

30. Diante dessa inevitável constatação, entendemos que, quando da classificação da receita, o item discriminado deverá atentar para a natureza da destinação que se dará a ela, se será em gastos correntes, ou se será em gastos de capital. E mais: é preciso que a alocação da receita em algum item discriminado pelo Anexo nº 3 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19501969/anexo/ANL4320-64.pdf) da Lei Federal nº 4.320, de 1964, e pela regulamentação promovida pela Portaria Interministerial nº 163,

de 2001, esteja em consonância com o art. 11 da própria Lei Federal nº 4.320, de 1964. Até mesmo porque a razão de existir desse anexo, conforme o art. 8º, § 1º, do diploma, é apenas o estabelecimento dos códigos decimais de identificação para os itens da discriminação da receita, a fim de operacionalizar a classificação do § 4º do art. 11 e do art. 13 da lei, no momento da escrituração da receita e do empenhamento da despesa. Mister contábil esse que, obviamente, deverá estar de acordo, sobretudo, as normas previstas no corpo da própria lei, considerando, ainda, que os códigos gerais nela previstos não suplantam a utilização de códigos locais, que se mostrarem mais adequado ao cumprimento das suas normas, conforme o § 3º do art. 8º do diploma.

31. Para a melhor compreensão da questão, mostra-se indispensável a leitura do art. 8º da Lei Federal nº 4.320, de 1964:

“Art. 8º A discriminação da receita geral e da despesa de cada órgão do Governo ou unidade administrativa, a que se refere o artigo 2º, § 1º, incisos III e IV obedecerá à forma do Anexo nº 2.

§ 1º Os itens da discriminação da receita e da despesa, mencionados nos artigos 11, § 4º, e 13, serão identificados por números de códigos decimal, na forma dos Anexos nºs 3 e 4.

§ 2º Completarão os números do código decimal referido no parágrafo anterior os algarismos caracterizadores da classificação funcional da despesa, conforme estabelece o Anexo nº 5.

§ 3º O código geral estabelecido nesta lei não prejudicará a adoção de códigos locais.»

32. Conforme se depreende, a previsão dos códigos numéricos dispostos nos anexos da lei facilita a identificação das categorias econômicas das receitas e das despesas, a saber Receitas Correntes (1), Receitas de Capital (2), Despesas Correntes (3) e Despesas de Capital (4), bem assim dos seus consequentes desdobramentos. Mas a definição e o critério de enquadramento em uma ou outra categoria devem inevitavelmente ser buscados no texto da própria lei, do qual destacamos os §§ 1º e 2º do art. 11, que já explicamos.

33. Esses esclarecimentos podem parecer óbvios, mas se fazem necessários por ser até natural, segundo supomos, que o exercício de classificação de receitas seja cumprido de forma maquinal, sem atentar para situações excepcionais, como é o caso da que está em análise, e partindo e se encerrando apenas nos esquemas e nos códigos, olvidando o texto dos artigos da Lei Federal nº 4.320, de 1964, que são os reais definidores das categorias econômicas das receitas e das despesas.

34. Portanto, insistimos que o item Indenizações da subcategoria Outras Receitas Correntes apenas contempla as indenizações em geral, que ingresam nos cofres públicos sem estar vinculadas a uma correspondente despesa específica e que, por isso, são absorvidas pelo orçamento, aumentando a disponibilidade financeira do Estado. Esse tipo de indenização corresponde, em geral, aos danos e lesões de pequena monta sofridos pelo Estado, que se vê impelido a recompor o numerário equivalente ao prejuízo sofrido, com vistas ao exercício do seu direito de lesado e à manutenção do valor do seu patrimônio, e não para promover a substituição ou o reparo imediato do bem material lesionado. Exempli gratia, não é com o numerário que ressarcir o extravio de um computador que o Estado compra outro computador.

35. Essa lógica, contudo, não se aplica ao caso dos recursos oriundos do acordo judicial firmado com a Vale, em função da complexidade e extensão dos danos, da enormidade das cifras envolvidas e da aplicação programada e vinculada como resultado da solução consensual homologada judicialmente. Evidentemente, no caso da reparação dos danos causados pelo rompimento da barragem da Vale S.A. em Brumadinho, não seria factível ao Estado realizar as despesas previstas no acordo judicial, com disponibilidade financeira à custa do seu orçamento, independentemente do efetivo pagamento do montante do ressarcimento pela mineradora.

36. É diante disso que, na nossa compreensão, os recursos do acordo do judicial, em uma perspectiva jurídica, não se acomodariam, ao menos em sua integralidade, no subitem Indenizações da subcategoria Outras Receitas Correntes. Apenas a parcela desses haveres que tiver sua aplicação vinculada a Despesas Correntes de custeio é que seria passível de enquadramento nesse item.

37. Ainda nesse particular, releva consignar que a categoria econômica da receita, que é referenciada pelo primeiro dígito do código, tem a finalidade de discriminar o impacto econômico dos recursos arrecadados ou recebidos pelos cofres públicos. No caso dos recursos do acordo, os elementos que o definem, inegavelmente, aproximam-no de todos aqueles que partilham dos mesmos impactos derivados das Receitas de Capital, considerando que a quase integralidade deles será empregada em despesas de Investimento.

38. Aqui tem lugar o princípio da especificação ou especialização, que encontra previsão no art. 5º da Lei Federal nº 4.320, de 1964, in verbis:

Art. 5º A Lei de Orçamento não consignará dotações globais destinadas a atender indiferentemente a despesas de pessoal, material, serviços de terceiros, transferências ou quaisquer outras, ressalvado o disposto no artigo 20 e seu parágrafo único.

39. Nas palavras de Harrison Leite[6]:

O orçamento não pode ser genérico, estabelecer gastos sem precisão ou valer-se de termos ambíguos. Deve ser o mais claro possível, com receitas e despesas bem discriminadas, demonstrando o recurso desde a sua origem até a sua aplicação final. Nesse sentido, o princípio da especificação veda que se consignem no orçamento dotações globais para atender indiferentemente, as despesas nele previstas, o que facilitará a sua análise por parte das pessoas (art. 5º, da Lei n. 4.320/64). Somente assim poderá fazer avaliações do desempenho gerencial e analisar a aplicação dos princípios da economicidade, eficiência e efetividade.

40. Conforme a referida Nota Técnica da Diretoria Central de Análise Fiscal da Superintendência de Planejamento e Orçamento da Seplag:

A título de registro, é bom que se frise, a Fonte de Recurso é a única ferramenta orçamentária capaz de conectar a execução orçamentária da receita com a da despesa. Com isso, em consonância ao prescrito no art. 8º da Lei Complementar 101/2000 (LRF), tem o objetivo de evidenciar e discriminar os recursos legalmente vinculados a finalidade específica. Isto é, havendo dúvida ou não a respeito da vinculação dos valores liberados, o posicionamento das equipes técnicas, dadas as peculiaridades envolvendo as tratativas em questão, foi no sentido de garantir maior transparência e evidenciar tanto o destino dado aos recursos, como sua origem/ tratamento dado na parte receita.

41. Entender de modo diverso, para além de contrariar a Lei Federal nº 4.320, de 1964, ainda conduziria as contas públicas do Estado a uma grande desordem orçamentária e fiscal, haja vista que ensinaria um irreal superávit financeiro na Receita Corrente Líquida, quando, na verdade, a disponibilidade financeira decorrente do acordo, além de ser episódica, está vinculada a Investimentos predeterminados e seguirá influxos condicionados pelas regras a que o próprio Estado se obrigou a cumprir em juízo, as quais, embora em consonância com as normas de Direito Financeiro, não têm a mesma lógica de uma ordinária arrecadação de Receita Corrente.

42. A propósito, adverte a Nota Técnica da Diretoria Central de Análise Fiscal da Superintendência de Planejamento e Orçamento da Seplag:

“A discussão a respeito dos impactos fiscais advindos do novo acordo judicial com a Vale têm origem no fato de que as receitas públicas, a depender de seu tratamento/classificação, podem interferir nas bases de cálculo de vários indicadores de sustentabilidade e gestão fiscal, gerar novas obrigações tributárias ou não, dentre outros. Nessa feita, o crucial sob o ponto de vista fiscal, ao entendimento desta Diretoria, é saber se os recursos produzirão impacto na Receita Corrente Líquida (RCL) – indicador responsável por balizar os principais alicerces fiscais do Estado, como o limite de gastos com despesa de pessoal, endividamento,

definição dos limites para emendas parlamentares, reserva de contingência, pagamento do PASEP – Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, dentre outros. Diante disso, a seguir esposamos brevemente os pontos centrais que entendemos devem ser levados em consideração para a tomada de decisão:

i) Em contexto de modernização da orçamentação pública, é possível verificar na doutrina um enfoque nos conceitos orçamentários em detrimento dos processos de registro e evidenciações contábeis. Nesse sentido, a atual ênfase do orçamento adaptativo impõe ao gestor público que sua preocupação esteja voltada para o controle e redução do déficit público. Portanto, quanto aos recursos oriundos da Vale, caso se entenda preponderar uma interpretação civilista a respeito da natureza jurídica do fato gerador - no caso de classificá-los na matriz de “Indenização” – isso afetará diretamente a missão de operacionalidade decisória essencial à missão orçamentária e, como se poderá ver nos pontos a seguir, contribuirá para uma pressão de aumento do déficit público

ii) ii) Os recursos da Vale são preenchidos de peculiaridades, seja pelo montante, seja pela forma como entrarão nos cofres públicos, qual seja, com objeto de gasto definido. Isto é, em termos de gestão fiscal, isso implica dizer que são recursos de impacto fiscal nulo (receita = despesa). Nessa linha, caso os recursos da Vale sejam considerados como receita de indenização, produzirão uma alteração controversa no principal parâmetro regulamentador da atividade fiscal do Estado, a RCL, já que somaria à sua base de cálculo, mesmo que essa entrada dos recursos não tenha o condão de gerar aumento real na margem de gestão fiscal do Estado. Isto é, caso tratados os recursos como indenizatórios, serão classificados como receita corrente e, com isso, produzirão um alargamento artificial na margem fiscal do Estado, já que levará a uma RCL maior

43. Em termos de gestão fiscal, a entrada dos recursos oriundos do acórdão judicial, em que pese a exorbitância da cifra, terá impacto fiscal nulo, haja vista que o objeto do gasto já está definido, e o Estado não tem margem de discricionariedade em relação ao vulto financeiro do ingresso, estando a integralidade da receita vinculada a despesas específicas. Hipoteticamente, caso tais recursos fossem categorizados como Receita Corrente, o Estado teria um alargamento na sua margem fiscal totalmente artificial, em franca contrariedade ao princípio do equilíbrio orçamentário, que determina a busca e a manutenção da estabilidade fiscal.

44. O art. 1º, em seu caput e § 1º, da LRF expressa a essência desse princípio:

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições

no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar. (d.n)

45. Nessa linha de inteligência, entendemos que a parcela dos recursos que será empregada em Despesas de Capital, logicamente, não deve ser classificada como Receita Corrente, pois, como já restou demonstrado, é indiscutível que apenas podem ser classificadas nessa categoria as receitas “quando destinadas a atender despesas classificáveis em Despesas Correntes” (art. 11, § 1º, da Lei Federal nº 4.320, de 1964), sem descuidar de todos os nefastos efeitos que seriam atraídos caso se entenda e se proceda de modo diverso.

46. Enfim, em nossa compreensão, apenas a parcela do acordo que será destinada a executar Despesas de Custeio ou Transferências Correntes é que reuniria os elementos normativos relacionados à categoria econômica das Receitas Correntes. Ao passo que a parcela programada para ser executada em Investimento ou Inversões Financeiras (Aquisição de Imóveis), que qualificam Despesas de Capital, consideramos que deva ser classificada na categoria econômica das Receitas de Capital.

47. Indo além, quanto à subcategoria econômica da receita, confira-se, mais uma vez, Nota Técnica da Diretoria Central de Análise Fiscal da Superintendência de Planejamento e Orçamento da Seplag:

iii) O campo de classificação de receita responsável por discriminar um recurso enquanto corrente ou de capital é o primeiro dígito do código de natureza de receita. A título de registro, o código orçamentário de classificação de receita é composto por 13 dígitos, 8 definidos pela União e 5 adicionais criados por MG, subdivididos nos dois últimos campos. Retomando, tal campo - 1º dígito - é denominado Categoria Econômica da Receita e, como o próprio nome diz, tem a finalidade de discriminar o impacto econômico provocado pelos recursos arrecadados nos cofres públicos. Nesse contexto, os recursos em comento apresentam elementos que os aproximam do enquadramento das receitas de capital, visto que quase a integralidade dos recursos serão destinados a despesas que implicarão em eventos modificativos aumentativos no patrimônio líquido do Estado.

iv) Seguindo a lógica de classificação tradicional sucessiva vigente no ementário de classificações orçamentárias da receita, uma vez definido o tratamento a ser conferido segundo o critério de impacto econômico atrelado aos recursos arrecadados, a etapa seguinte de classificação é definida pela Lei 4.320/64 em seu art. 11, § 2º, da forma como se segue:

i) Receitas Correntes:

- a) Receita Tributárias;
- b) Receita de Contribuições;
- c) Receita Patrimonial;
- d) Receita Agropecuária;
- e) Receita Industrial;
- f) Receita de Serviços;
- g) Transferências Correntes;
- h) Outras Receitas Correntes;
- ii) Receitas de Capital:
 - a) Operações de Crédito;
 - b) Alienação de Bens;
 - c) Transferências de Capital;
 - d) Outras Receita de Capital.

Como é possível perceber, a lei dos orçamentos define, *numerus clausus*, um restrito universo de enquadramentos possíveis, havendo, para as duas categorias, corrente ou de capital, um classificador residual, denominado “Outras Receitas Correntes” e “Outras Receitas de Capital”, respectivamente. Caso acolhidas as ponderações feitas até o momento, prepondera, portanto, entendimento de que os recursos não devem ser tratados enquanto receitas correntes, já que se destinam a atender predominantemente despesas de capital. Ademais, classificá-los na categoria econômica de Receitas Correntes implicaria em severos impactos para a gestão fiscal sustentável do Estado de Minas Gerais. Nessa linha de entendimento, por conseguinte, resta ao gestor um universo ainda mais restrito de enquadramentos possíveis, agora dentro da matriz de “Receitas de Capital”. Por sua vez, há que se observar inexistir, de forma perfeita, uma subsunção da natureza jurídica dos recursos em comento, aos descritivos dos enquadramentos específicos (não-residuais) das “Receitas de Capital”, constantes das alíneas “a” a “c” do item “ii” acima. Isso, pois os recursos da Vale não se tratam de operações de crédito, nem alienações, tampouco de transferências dependentes que estão estas do elemento volitivo/discrecionário incompatível com o acordo judicial em comento. Sendo assim, o desfecho que se entende mais adequado é o tratamento dos recursos dentro da classificador residual das “Receitas de Capital”, a saber, “Outras Receitas de Capital”.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das peculiaridades e especificidades envolvendo o acordo judicial em discussão, a magnitude do montante a ser executado diretamente pelo Poder Executivo e a conseqüente ameaça de que isso afete o principal indicador fiscal do Estado, a RCL, mesmo sendo recursos de impacto fiscal nulo, o entendimento desta Diretoria é no sentido de recomendar que, de pronto, não sejam tratados dentro da matriz de “Receitas Correntes”. Soma-se a esse argumento o do fato de que os recursos da Vale se tratam, em sua quase totalidade, de valores destinados a despesas que implicarão em eventos modificativos aumentativos no patrimônio líquido do Estado - característica comum a recursos de capital. Por fim, tendo em vista que são restritos os enquadramentos disponíveis dentro da matriz de “Receitas de Capital”, bem como considerando inexistir correspondência razoável em relação aos enquadramentos específicos

(não residuais) instituído na lei dos orçamentos, sugere-se sejam os recursos da Vale classificados dentro da matriz de “Outras Receitas de Capital”.

48. Na nossa percepção, portanto, a parcela dos recursos pagos pela Vale, à conta do acordo judicial, que será aplicada em Despesas de Capital consiste em uma inequívoca Receita de Capital, mas, não se qualificando como operação de crédito, alienação de bem, amortização de empréstimo ou transferência de capital, sua discriminação legal mais adequada seria em Outras Receitas de Capital.

49. Essa linha de intelecção é a que mais se adequa à Lei Federal nº 4.320, de 1964, de maneira, que na nossa compreensão, considerando todas as peculiaridades do acordo judicial em referência, as quais, em última análise, tornam-no *sui generis* em muitos aspectos, a Portaria Interministerial nº 163, de 2001, carece de adequação. Isso porque, *permissa venia*, a regulamentação por ela realizada, no tocante ao detalhamento das categorias econômicas previstas na Lei Federal nº 4.320, de 1964, notoriamente atende aos imperativos e à conveniência da União, restando aos demais entes federados segui-la, não sem muitas dificuldades, buscando conformar as peculiaridades das suas finanças com a discriminação prescrita pela Secretaria do Tesouro Nacional.

50. Apenas para ilustrar essa constatação, basta mencionar que a subcategoria Outras Receitas de Capital é desdobrada pela Portaria Interministerial nº 163, de 2001, entre outras, em Resultado do Banco Central e Receita Auferida por Detentores de Títulos do Tesouro Nacional Resgatados, que são receitas notoriamente pertinentes à União. Daí ser forçoso reconhecer que, na espécie, também se impõe a devida adequação da portaria.

CONCLUSÃO

51. Em face do exposto, conclui-se que o enquadramento dos recursos pagos pela Vale, à conta do acordo judicial, destinados globalmente à aplicação em Despesas de Capital, mas, não se qualificando como operação de crédito, alienação de bem, amortização de empréstimo ou transferência de capital, têm sua discriminação legal mais adequada como Outras Receitas de Capital.

À consideração superior.

Belo Horizonte/MG, 28 de maio de 2021.

RICARDO AGRA VILLARIM
Procurador do Estado

DANILO ANTONIO DE SOUZA CASTRO

Procurador do Estado

DE ACORDO, BELO HORIZONTE, DATA SUPRA.

WALLACE ALVES DOS SANTOS

Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica

APROVADO.

SÉRGIO PESSOA DE PAULA CASTRO

Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais

[1] Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

[2] Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: (...) III - homologar: (...) b) a transação;

[3] Art. 225 (...) § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

[4] Art. 14 (...) § 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

[5] Direito Administrativo. 31.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

[6] Manual de Direito Financeiro. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p.149

**PROCEDÊNCIA: ADVOCACIA GERAL DO
ESTADO DE MINAS GERAIS – AGE/MG**

INTERESSADO: 1ª Procuradoria de Dívida Ativa

NÚMERO: 16.552

DATA: 10 de fevereiro de 2023

EMENTA: Processo civil. Legitimidade ativa para execução de multas aplicadas pelo TCE-MG em processos envolvendo dano ao erário municipal. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral. Definição do Tema 642. Análise da possibilidade de diferenciação entre multa por dano ao erário municipal e outras multas de natureza procedimental aplicadas pelo TCE-MG.

PARECER

I – A CONSULTA DA 1ª PROCURADORIA DE DÍVIDA ATIVA

A 1ª Procuradoria de Dívida Ativa da AGE/MG submeteu a esta Consultoria Jurídica consulta envolvendo a interpretação do precedente do STF no recente julgamento do Tema 642, ao definir a legitimidade ativa (se do Estado ou do Município) para execução de multas aplicadas pelos Tribunais de Contas estaduais, em caso de dano ao erário municipal:

“Assim, diante dessa complexa situação e, ainda, pretendendo evitar prejuízo ao erário e descompasso com entendimento do MP de Contas, o Gabinete autorizou a 1ª PDA (55967698) a realizar a presente consulta à Consultoria Jurídica para que seja esclarecida a possibilidade de fixação de premissas e critérios para a avaliação quanto à aplicação ou não do Tema 642.

Neste sentido, considerando a atribuição constitucional das competências para o controle externo de contas públicas do TCE/MG, saliento ser importante que na resposta à presente consulta seja explicitado se o Tema 642 do STF se aplica somente a multa ressarcitória ou se também alcança a multa-sanção e a multa-coerção, uma vez que os embargos declaratórios que pretendiam estabelecer esta distinção foram rejeitados pelo STF”

A controvérsia, como dito, originou-se do recente julgamento do Tema 642 pelo STF, no qual restou fixada a tese, em sede de repercussão geral em recurso extraordinário, de que o “Município prejudicado é o legitimado para a execução de crédito decorrente de multa aplicada por Tribunal de Contas estadual a agente público municipal, em razão de danos causados ao erário municipal”.

Nesse sentido, como registrou a 1ª Procuradoria de Dívida Ativa, a questão tem gerado “preocupação e perplexidade” em torno, por exemplo, de multas aplicadas não por dano ao erário municipal, mas, v.g., por inobservância de determinações de natureza procedimental nos processos envolvendo agentes municipais, quando, então, se teria a perspectiva da multa devida ao próprio Tribunal de Contas e surgiria a legitimidade do Estado de Minas Gerais para executar tal multa, cenário que também tem gerado debate com o Ministério Público de Contas:

“Confesso que esta decisão nos causou preocupação e perplexidade, uma vez que as multas aplicadas pelo TCE (diversas do ressarcimento), ainda que agora cobradas pelos Municípios, deveriam ser destinadas aos cofres do TCE, órgão estadual, representado em juízo pela AGE.

Com efeito, com a decisão do STF, não ficou claro se as multas aplicadas pelo TCE (multa-sanção e multa-coerção), em razão de danos causados ao erário municipal, continuarão sendo destinadas aos cofres do TCE ou serão a partir de agora direcionadas aos Municípios. Trata-se de um tema complexo e intrincado, que deverá ser alinhado e debatido entre o TCE e os Municípios. Antes desta decisão tais multas eram cobradas pelos Estados, através de suas Procuradorias, que representam o TCE em juízo, e destinadas aos cofres do Tribunal. Já os casos de ressarcimento referente a dano ao erário municipal já não eram mesmo cobrados pelo Estado.

Pela análise da Lei Complementar nº 102/2008 e do Regimento Interno do TCE, acredito que estas multas deveriam ser recolhidas aos cofres do Tribunal, mas com a nova decisão do STF confesso que esta questão não ficou muito clara, já que as Procuradorias Municipais cobrariam multas aplicadas pelo TCE, órgão representado em juízo pela AGE.

Entretanto, cabe salientar que todos os processos administrativos encaminhados ao TCE, em razão da aplicação do Tema nº 642, foram devolvidos pelo MP de Contas, por entender que não incidiria o Tema. Alguns destes processos foram reencaminhados ao TCE pelo Advogado-Geral. A verdade é que o MP de Contas parece não concordar com a decisão do STF e tem devolvido todos os feitos, sob o argumento de que não teria ocorrido prejuízo líquido ao Município, sem detalhar e esclarecer, contudo, o seu posicionamento.

Assim, diante deste contexto, 1ª PDA tem procurado realizar uma distinção nas multas aplicadas pelo TCE para se definir se a competência para cobrança é do Estado ou do Município”

Passa-se, pois, ao exame das questões postas, a partir da análise da extensão da aplicabilidade do Tema 642 do STF em relação aos diversos tipos de multas aplicadas pelos Tribunais de Contas, a fim de tentar estabelecer, no âmbito da interpretação do precedente em referência – que, adiante-se, tem natureza vinculante –, quais critérios e parâmetros podem ser utilizados para dirimir as dúvidas e fixar orientação mais segura para atuação do Estado de Minas Gerais, no que tange à execução das multas do TCE-MG.

Para tanto, a ideia é desenvolver a análise a partir da seguinte sequência: a) fixação das premissas teóricas envolvendo a interpretação dos precedentes vinculantes no sistema de precedentes do CPC/2015; b) em seguida, com base em tais premissas, analisar mais detalhadamente a base fática e a tese fixada na definição, pelo STF, do Tema 642, a fim de extrair os contornos de interpretação e aplicabilidade deste específico precedente vinculante; e c) por fim, desaguar na análise específica do tema no âmbito Estado de Minas Gerais, considerando a legislação que envolve a atuação do TCE-MG e as eventuais possibilidades de realizar distinções quanto às várias hipóteses suscitadas na consulta no âmbito da aplicação do precedente do STF no Tema 642, em relação às multas aplicadas a agentes municipais.

II – A INTERPRETAÇÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES NO SISTEMA DE PRECEDENTES DO CPC/2015

O legislador brasileiro tem dedicado especial atenção ao tema dos precedentes desde a década de 60 do século passado e, recentemente, deu dois passos importantes para a implementação de precedentes vinculantes ou de observância obrigatória no sistema judicial, primeiro com a edição da EC 45/2004, que permitiu ao Supremo Tribunal Federal editar súmulas vinculantes; e, na sequência, com a edição do CPC/2015, que implementa sofisticado sistema de precedentes, de modo a orientar a aplicação do direito no âmbito judicial, criando precedentes vinculantes a partir de entendimentos fixados em determinados julgamentos, principalmente aqueles das cortes superiores[1].

Assim, coube principalmente às chamadas “cortes de vértice” cuidar da uniformização da jurisprudência mediante adoção da técnica de conferir a uma decisão anterior a capacidade de influenciar e indicar qual a decisão que deve ser proferida nos casos sucessivos idênticos ou análogos, com força formalmente vinculante (art. 927, CPC/2015)[2], razão pela qual é possível afirmar que o impacto da temática dos precedentes no direito brasileiro é grande e se desdobra em consequências interessantes, como a admissão ou inserção da jurisprudência como fonte do direito; a atenção dedicada à natureza e estruturação da decisão judicial que pode configurar precedente; análise dos fatores que influenciam na sua interpretação e aplicação, como a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* e aplicação das técnicas do *overruling* e do *distinguishing*[3].

Daí ser necessário, antes de adentrar na questão posta na consulta – derivada diretamente da aplicação de um precedente vinculante

editado pelo STF, em sede de repercussão geral em recurso extraordinário (Tema 642) – assentar alguns conceitos importantes no âmbito do sistema de precedentes brasileiros, que serão úteis para solução das dúvidas e perplexidades ora apresentadas.

O primeiro ponto diz respeito à importância e relevância do fato jurídico ou da fixação da base fática que permeou o caso concreto definido juridicamente no precedente vinculante, ou mesmo das súmulas da jurisprudência dominante, sendo que tal importância foi clara e explicitamente acolhida no próprio CPC/2015, quando previu, no art. 926, §2º, que “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. Tal valorização dos fatos jurídicos no âmbito dos precedentes leva a doutrina a indicar, e aqui se adentra o segundo ponto, a importância da fixação da *ratio decidendi* do precedente, que se vincula diretamente aos fatos jurídicos da causa, ou seja

“os fatos decisivos ou principais da causa é que vão delimitar a fixação da *ratio decidendi*, de modo que o conjunto fato jurídico objeto do processo mais *ratio decidendi* é que vai permitir a identificação dos casos futuros em que o precedente pode ser invocado e, claro, aqueles em que tal não é possível”[4]

Daí, continua a doutrina, “o valor de precedente propriamente dito só poderia ser adequadamente extraído da *ratio decidendi*, sendo que ao mero *obiter dictum* não se deveria reconhecer outro valor senão aquele de uma simples opinião do julgador”, traduzindo a *ratio decidendi* os “motivos determinantes” do precedente e, por isso, deve ser colocada no centro do precedente, diretamente vinculada, reiterar-se, ao fato jurídico objeto do processo, deixando-se de lado o *obiter dictum*, que pode ser encontrado “por exclusão, pois pode ser tido como tal tudo que não entra na *ratio decidendi*”[5].

Assim, a identificação do fato jurídico objeto do precedente vinculante, inserido na sua *ratio decidendi*, vai permitir, de um lado, identificar os casos sucessivos aos quais o precedente vinculante se aplica e, de outro lado, aqueles aos quais não se aplica, em razão da perspectiva da diferenciação relevante envolvendo o fato jurídico base do precedente, perspectiva que é doutrinariamente enquadrada na possibilidade do *distinguishing*, e aqui se deságua no terceiro ponto[6].

Na hipótese de o caso sucessivo apresentar aspectos fáticos diversos daqueles que deram origem ao precedente invocado, o julgador do caso sucessivo pode, destacando as diferenças de fato, afastar-se da orientação consolidada no precedente e buscar outros aspectos jurídico-normativos para decidir o novo caso de forma diversa, a partir da perspectiva do *distinguishing*.

O sistema jurisprudencial instituído pelo CPC/2015 se mostrou atento ao tema da “distinção” (ou *distinguishing*), no âmbito da aplicação dos precedentes vinculantes, pois o art. 927, § 1º, invoca expressamente a aplicação ao sistema de precedente vinculantes da norma do art. 489, § 1º, cujo inciso V destaca o vício de fundamentação quando a decisão “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”; e, na sequência, o inciso VI também estabelece o vício ou defeito na fundamentação da decisão judicial que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Por outro lado, reforça tal perspectiva o art. 966, § 5º, do CPC/2015, na redação dada pela Lei 13.256/2016, que admitiu expressamente o cabimento de ação rescisória quando se trata de decisão transitada em julgado “baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento”.

Ou seja, como indica a doutrina,

“o direito brasileiro, em seu sistema de precedentes, especialmente no âmbito daqueles vinculantes, incorporou a técnica de common law do distinguishing, para permitir que os juízes dos casos sucessivos possam, fundamentadamente, indicar as diferenças relevantes do ponto de vista do fato jurídico apresentado nos casos sucessivos, em relação àquele que originou o precedente, para afastar validamente sua aplicação. Caso contrário, a decisão poderá ser invalidada por defeito de fundamentação (art. 489, § 1º, VI), sendo admissível até mesmo a ação rescisória após o trânsito em julgado (art. 966, § 5º)”[7]

Assentadas brevemente estas três importantes premissas teóricas do sistema de precedentes do CPC/2015, para exame da temática posta na consulta, pode-se, agora, analisar o precedente vinculante instituído pelo STF, no julgamento de repercussão geral em recurso extraordinário, no âmbito do Tema 642, para tentar identificar o fato jurídico que lhe deu origem bem como a sua *ratio decidendi* para, finalmente, na sequência, verificar as eventuais possibilidades de *distinguishing* com o leque de multas que podem ser fixadas pelo TCE-MG em processos envolvendo gestores municipais.

III – A BASE FÁTICA E A TESE FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL NO TEMA 642

O julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 642 teve como base, ou *leading case*, o RE 1.003.433-RJ, recurso extraordinário, admitido com repercussão geral, interposto pelo Estado do Rio de Janeiro contra acórdão de segundo grau que reconheceu sua ilegitimidade ativa para executar crédito decorrente de multa aplicada pelo TCE-RJ. Relembre-se o teor da tese fixada no Tema 642:

“O Município prejudicado é o legitimado para a execução de crédito decorrente de multa aplicada por Tribunal de Contas estadual a agente público municipal, em razão de danos causados ao erário municipal”

A correta interpretação da tese fixada com repercussão geral no julgamento do RE 1.003.433-RJ, que se insere no campo dos precedentes vinculantes (art. 927, III, CPC/2015)[8] e, por isso, tende a ser aplicada aos casos sucessivos análogos, envolve a realização, como dito no tópico anterior, de duas “operações” importantes: primeiro, a identificação dos fatos jurídicos que se inseriram na base fática do caso, vez que se trata de recurso extraordinário com repercussão geral e não caso de controle concentrado de constitucionalidade; e, segundo, a extração da *ratio decidendi* fixada nos votos vencedores, a fim de se apurar, de um lado, quais seriam os casos sucessivos que comportam a incidência do precedente vinculante e, de outro, aqueles que comportam exclusão do espectro de incidência do precedente, no campo do *distinguishing*, por se mostrarem diversos faticamente. A base fática do caso pode ser extraída do voto vencedor do Relator para o acórdão, Min Alexandre de Moraes, e vislumbrada na seguinte parte do relatório:

“Cuida-se, na origem, de Execução Fiscal ajuizada pelo Estado do Rio de Janeiro em face de Carlos Henrique de Araújo Consendey, objetivando a cobrança de multa aplicada pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, em razão de atos que causaram prejuízo ao Município de Cantagalo-RJ. O juízo de primeiro grau extinguiu o processo, sem julgamento de mérito, ao fundamento de que o Estado não tem legitimidade ativa ad causam para ajuizar execução fiscal para cobrança de multa decorrente de ato que causou prejuízo a Município (Vol. 30, fl. 166)”

Nesse sentido, ao iniciar o exame do caso em seu voto, o Min. Alexandre de Moraes destacou que a discussão girava em torno da legitimida-

de para executar multa aplicada por TCE a agente municipal, em caso de dano ao erário municipal:

“Discute-se, *in casu*, a legitimidade para executar multa aplicada pelo Tribunal de Contas do Estado a agente público municipal, em razão de prejuízo causado a Município”

Diante de tal fato jurídico ou base fática do caso inserido no recurso extraordinário, lançou-se o seguinte entendimento, que pode ser conformatado como a *ratio decidendi* do caso, extraída dos votos vencedores:

“A tese recursal, a rigor, contraria um dos mais basilares princípios jurídicos, segundo o qual o acessório segue a sorte do principal. Aplicado desde o direito romano (*accessio cedit principali*), está positivado no direito brasileiro há mais de um século (Código Civil/1916, art. 59: Salvo disposição especial em contrário, a coisa acessória segue a principal; Código Civil/2002, art. 92. Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal).

Ora, na situação em análise, a multa foi aplicada em razão de uma ação do agente público em detrimento do ente federativo ao qual serve, o Município. Não há nenhum sentido em que tal valor reverta para os cofres do Estado-membro a que vinculado o Tribunal de Contas.

Conforme muito bem percebido pelo acórdão recorrido, ‘se a multa aplicada pelo Tribunal de Contas decorreu da prática de atos que causaram prejuízo ao erário municipal, o legitimado ativo para a execução do crédito fiscal é o Município lesado, e não o Estado do Rio de Janeiro, sob pena de enriquecimento sem causa estatal’ (vol. 1, fl. 210)”

Todavia, um dos votos vencidos, do Min. Gilmar Mendes, construiu distinções interessantes entre multa por dano ao erário e o que chamou de “multa simples”, aplicada pelo TCE em razão, por exemplo, de inobservância de comandos e ordens procedimentais. Confira-se:

“Observando o teor dos dispositivos acima transcritos, que influenciaram substancialmente na elaboração de leis financeiras estaduais – v.g. os arts. 62 e 63 da Lei Complementar nº 63, do Estado do Rio de Janeiro –, é possível agrupar as sanções patrimoniais de acordo com as seguintes modalidades de responsabilidade financeira: a) imposição do dever de recomposição do erário, também intitulado, por alguns, de imputação de débito; b) multa proporcional ao dano causado ao erário, que decorre diretamente – e em razão – do prejuízo infligido ao patrimônio público; e c) multa simples, aplicada em razão da inobservância de normas financeiras, contábeis e orçamentárias, ou como consequência direta da violação de deveres de colaboração (obrigações acessórias) que os agentes fiscalizados devem guardar em relação ao órgão de controle.

(...)

A seu turno, no que toca à imposição de multa proporcional ao dano causado ao erário, adiro integralmente aos substanciosos argumentos lançados pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes, no sentido de que, na condição de pena acessória, a multa proporcional deve seguir a mesma sorte da responsabilidade financeira

reintegratória. Nesse particular, tem-se a aplicação de uma multa como decorrência direta, e quase automática, do dano causado aos cofres públicos, despontando com uma função claramente retributiva, com o propósito de punir o responsável financeiro pelos desvios, abusos ou atentados praticados em detrimento do erário. Por fim, no que toca à imputação de multa simples, aplicada em razão da grave inobservância de normas financeiras, contábeis e orçamentárias, ou como consequência direta da violação de deveres de colaboração com o órgão de controle, cuida-se de modalidade de responsabilidade financeira que guarda a mais absoluta autonomia em relação ao dever de recomposição do erário.

(...)

Pelos mesmos fundamentos e de maneira ainda mais clara, parece impróprio atribuir aos Municípios a cobrança de multas aplicadas em razão da inobservância de ordens do Tribunal de Contas estaduais, sonegação de informações e documentos que interessam ao órgão de controle estadual, bem assim nos casos de obstrução do livre exercício das inspeções ou auditorias determinadas pela Corte de Contas. Parece claro que a transgressão dos deveres de colaboração põe em xeque a autoridade do órgão de controle, de modo que a ele interessa a punição dos agentes públicos recalcitrantes”

Todavia, considerando a base fática do caso inserida nos votos vencedores, em que o caso envolvia multa aplicada por dano ao erário municipal, as considerações e distinções inseridas no voto vencido do Min. Gilmar Mendes se enquadrariam mais como *obiter dictum*[9], que abarcaria tudo que não faz parte da *ratio decidendi* adotada pela maioria[10], vez que a fundamentação parte de distinções que a base fática do caso, ao que tudo indica, não comportariam, considerando que o julgamento se realizou em sede de recurso extraordinário e não de ação direta de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, veja-se que foram interpostos embargos de declaração questionando inclusive os pontos trazidos pelo voto do Min. Gilmar Mendes e os embargos foram sumariamente rejeitados, por unanimidade, com indicação de não ter ocorrido omissão ou contradição no julgamento, tendo se afirmado que o acórdão resolveu todos os pontos colocados no recurso extraordinário[11], ocorrendo, em seguida, em 18 de maio de 2022, o trânsito em julgado do acórdão proferido no RE 1.003.433-RJ.

Assim, o fato jurídico e a *ratio decidendi* do precedente vinculante do STF, consistente no julgamento do RE 1.003.433-RJ, que servem para delimitar o campo de casos idênticos ou semelhantes e que vão, de um lado, demarcar a linha de aplicação do precedente vinculante e, de outro lado, permitir a subtração de tal linha de incidência para os casos que comportem o *distinguishing*, são aqueles encontrados na maioria que se formou em torno do voto do Min. Alexandre de Moraes, quais sejam:

- a) o fato jurídico analisado envolve aplicação de multa por TCE a agente municipal em caso de dano ao erário municipal;
- b) diante de tal fato jurídico ou base fática do caso inserido no recurso extraordinário, o STF entendeu que *“se a multa aplicada pelo Tribunal de Contas decorreu da prática de atos que causaram prejuízo ao erário municipal, o legitimado ativo para a execução do crédito fiscal é o Município lesado, e não o Estado do Rio de Janeiro, sob pena de enriquecimento sem causa estatal”*, na linha que de que *“o acessório segue a sorte do principal”*.

IV – A APLICAÇÃO DO PRECEDENTE VINCULANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO TEMA 642 NAS DECISÕES DO TCE-MG

Diante do contexto do julgamento pelo STF do Tema 642, a 1ª Procuradoria da Dívida Ativa, como visto, solicita análise do âmbito de aplicação do precedente em casos em que as multas são aplicadas pelo TCEMG não em razão de vinculação ao dano causado ao erário municipal mas sim, por exemplo, com base em descumprimentos de obrigações ou prazos perante o próprio TCE-MG.

De fato, o art. 85 da Lei Complementar Estadual 102/2008 tipifica várias situações em que o TCE-MG pode aplicar multas, em valor fixo, de até R\$35.000,00, envolvendo, por exemplo, descumprimento de despachos ou decisões do relator, sem qualquer ligação com o dano ao erário. Confira-se o teor dos incisos III a IX e XI do citado art. 85:

“Art.85 – O Tribunal poderá aplicar multa de até R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais) aos responsáveis pelas contas e pelos atos indicados a seguir, observados os seguintes percentuais desse montante:

III– até 30% (trinta por cento), por descumprimento de despacho, decisão ou diligência do Relator ou do Tribunal;

IV– até 70% (setenta por cento), por obstrução ao livre exercício de fiscalização do Tribunal;

V– até 50% (cinquenta por cento), por sonegação de processo, documento ou informação necessários ao exercício do controle externo;

VI– até 50% (cinquenta por cento), por reincidência no descumprimento de determinação do Relator ou do Tribunal;

VII– até 40% (quarenta por cento), pelo não-encaminhamento de relatórios, documentos e informações a que está obrigado por força de lei ou de ato normativo do Tribunal, no prazo e na forma estabelecidos;

VIII– até 100% (cem por cento), por omissão no cumprimento do dever funcional de levar ao conhecimento do Tribunal irregularidade ou ilegalidade de que tenha tido ciência, na qualidade de integrante do controle interno;

IX– até 50% (cinquenta por cento), pelo não-encaminhamento ao Tribunal da resolução e das atas de julgamento das contas prestadas pelo Prefeito, nos termos do art. 44 desta lei complementar; [...]

XI– até 10% (dez por cento), pela interposição de embargos declaratórios manifestamente protelatórios”

Já o art. 86 da Lei Complementar Estadual 102/2008 prevê especificamente a possibilidade de o TCE-MG aplicar multa de até 100% o valor do dano, no caso de dano ao erário:

“Art.86 – Apurada a prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário, independentemente do ressarcimento, poderá o Tribunal aplicar ao responsável multa de até 100% (cem por cento) do valor atualizado do dano”

O art. 90 da Lei Complementar Estadual 102/2008, a seu turno, prevê a possibilidade de o TCE-MG fixar multa diária nos casos em que o descumprimento da decisão puder ocasionar dano ao erário ou impedir o exercício das ações de controle externo:

“Art. 90 – O Tribunal poderá fixar multa diária, nos casos em que o descumprimento de diligência ou decisão ocasionar dano ao erário ou impedir o exercício das ações de controle externo, observado o disposto no Regimento Interno”

E, por fim, o já citado art. 85 da Lei Complementar Estadual 102/2008, nos incisos I, II e X, prevê hipóteses mais complexas que, não obstante não se mencione o dano ao erário, normalmente são coligadas a tal cenário, por envolver contas julgadas irregulares e atos praticados com grave infração de normas contábeis, financeiras, orçamentárias e patrimoniais:

“Art.85 – O Tribunal poderá aplicar multa de até R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais) aos responsáveis pelas contas e pelos atos indicados a seguir, observados os seguintes percentuais desse montante:

I – até 100% (cem por cento), por contas julgadas irregulares;

II – até 100% (cem por cento), por ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;

(...)

X – até 30% (trinta por cento), pela retenção de quantia a ser recolhida aos cofres públicos, por tempo superior ao previsto em lei”

Nesse sentido, realizando a aproximação do cenário legislativo do Estado de Minas Gerais, especialmente diante dos citados arts. 85, 86 e 90 da Lei Complementar Estadual 102/08, com o fato jurídico e a *ratio decidendi* firmada pelo STF no tema 642, pode-se indicar que a multa prevista no art. 86, quando aplicada a agente municipal, em razão de dano ao erário mu-

nicipal, vai atrair a incidência do precedente vinculante do STF, na linha da legitimidade do município para cobrar a multa aplicada pelo TCE-MG. Da mesma forma, também a hipótese de multa fixada no caso do art. 85, X, da Lei Complementar Estadual 102/2008, envolvendo o cenário de retenção de valores que deveriam ter sido recolhidos ao erário, traz ínsita a perspectiva de dano direto ao erário, pela falta de recolhimento da importância e, por isso, quando o município for o prejudicado, configura-se a *ratio decidendi* fixada pelo STF no julgamento do Tema 642, ou seja, de que a multa é acessória do principal.

Por outro lado, no que tange à multa aplicada, por exemplo, no caso de descumprimento de obrigações ou deveres processuais do agente perante o TCE-MG, prevista no art. 85, incisos III a IX e XI, da Lei complementar Estadual 102/08, é possível se entender que tais cenários comportam o *distinguishing* em relação ao precedente do STF no Tema 642, pois em todos eles a multa aplicada em valor fixo não guarda relação direta com o dano ao erário em si, mas envolvem, repita-se, cenários de descumprimentos de ordens ou comandos no âmbito do próprio TCE-MG, ou mesmo descumprimentos de prazos e deveres específicos de informação perante a Corte de Contas.

Nestes casos, como a multa é aplicada não em razão de dano ao erário municipal, mas sim em razão de descumprimento de deveres procedimentais específicos perante o TCE-MG, com multas em valor fixo totalmente desvinculadas de eventual dano ao erário, é possível se entender que a multa pode ser cobrada pelo próprio Estado de Minas Gerais, ente federado a qual pertence o órgão TCE-MG, uma vez que, nestes casos, as peculiaridades fáticas da multa rompem a ligação entre acessório e principal que deflui da *ratio decidendi* fixada no Tema 642 do STF. Isso porque, não se viu na manifestação dos votos vencedores que a multa aplicada ao TCE-MG em processos envolvendo agentes municipais atrairia sempre a legitimidade ativa do município para sua execução, independentemente de ligação com o dano ao erário municipal, na linha de que o acessório segue o principal no sentido de que qualquer multa aplicada em tais processos seria acessória, independentemente de ligação com o dano ao erário municipal.

Noutras palavras, não se encontra, na *ratio decidendi* e no próprio fato jurídico base do precedente, que a multa, em processos envolvendo agentes municipais, seria sempre acessória só por ter sido aplicada em processo envolvendo uma administração municipal, independentemente de a hi-

pótese de incidência da multa vincular-se a dano ao erário. Tal cenário, ao que parece, a decisão do STF não adentra, diante da vinculação explícita destacada no precedente com a hipótese de dano ao erário municipal.

Assim, em tais casos – multas aplicadas pelo TCE-MG em processos envolvendo agentes municipais, mas sem qualquer vinculação com dano ao erário – é possível imaginar que o agente municipal descumpra prazos ou determinações do Relator, sendo-lhe aplicada autonomamente, por exemplo, a multa prevista no art. 85, III, IV ou V, da Lei Complementar 102/2008, e, ao final, no processo administrativo, venha o Tribunal concluir que não houve dano ao erário e não aplica a multa, por exemplo, prevista no art. 86 da Lei Complementar 102/2008, caso em que não faria sentido a aplicação da *ratio decidendi* dos votos majoritários do STF, quando do julgamento do Tema 642, pois não ocorreu dano ao erário.

Assim, entende-se que é possível fazer o *distinguishing* em relação a tais situações, específicas do Estado de Minas Gerais, no âmbito da aplicação da Lei Complementar Estadual 102/2008, quando o TCE-MG aplica multas não por dano ao erário municipal, mas sim por violação autônoma de dever de informação ou colaboração da parte para com o TCE-MG, como ocorre nas hipóteses do art. 85, incisos III a IX e XI, ainda que tais multas sejam aplicadas em procedimentos envolvendo agentes municipais.

Em tais hipóteses é possível entender que a multa se “autonomiza” em relação ao objeto do processo em curso no TCE-MG, já que não guardaria relação direta com o dano ao erário municipal, mas sim com violação de deveres de informação e colaboração procedimental, permitindo, com isso, o *distinguishing*, diante da “quebra” da relação principal-acessório inserida na *ratio decidendi* do Tema 642.

Nessa linha, seria possível, por exemplo, fazer uma analogia de tais hipóteses da legislação estadual com o cenário da violação dos deveres processuais previstos no art. 77 do CPC/2015, em que o juiz pode aplicar ao responsável multa por violação, por exemplo, ao dever de cumprir com exatidão as decisões judiciais (art. 77, IV), no patamar de até 20% do valor da causa (art. 77, §2º), sendo tal multa destinada à União ou aos Estados, e não às partes, como previsto no §3º do mesmo art. 77 do CPC/2015[12].

Noutras palavras, a multa processual, no caso de descumprimento de tais deveres de informação e atendimento das decisões judiciais cabe ao próprio ente da federação ao qual pertence a autoridade judiciária que aplicou a penalidade, o que guarda, analogicamente, simetria com a perspectiva da aplicação de multas pelo TCE-MG por descumprimento de

decisões/despachos ou violação de deveres de informação e de colaboração para com o Tribunal, cenário que se apresenta de forma autônoma ou “descasada” com a questão da multa por dano ao erário municipal.

Tal lógica própria dessas multas de natureza procedimental pode afastar a aplicação da *ratio decidendi* assentada nos votos majoritários no STF quando do julgamento do Tema 642, na linha de que o acessório segue o principal, pois, se tal é verdadeiro em relação à multa aplicável por dano ao erário, não se mostra adequado para as hipóteses de aplicação de multas por violação aos deveres de observância das decisões e das determinações do Tribunal, bem como por violação ao dever de colaboração e de informação das partes em relação ao Tribunal, previstas no art. 85, III a IX e XI, da Lei Complementar Estadual 102/2008.

Aliás, os próprios fundamentos do voto divergente do Min. Gilmar Mendes, quando ficou vencido no julgamento do RE 1.003.433-RJ, podem se prestar à utilização para fins de *distinguishing*, pois a só existência do consistente entendimento divergente permite que a questão, como indica a doutrina, continue viva para fins de novos exames e distinções pelos tribunais[13].

Não obstante a maior clareza que se vislumbra, de um lado, em relação ao art. 86, e de outro do art. 85, III a IX e XI, todos da Lei Complementar Estadual 102/2008, o debate, entretanto, torna-se mais complexo no que tange à aplicação da multa nas hipóteses do art. 85, I e II, e do art. 90 da Lei Complementar Estadual 102/2008. Isso porque, nessas últimas hipóteses, não se tem a clareza da razão procedimental da aplicação da multa, sendo que todas elas podem tangenciar dano ao erário, como ocorre no caso de julgamento de contas irregulares ou de atos de gestão praticados com grave infração à norma legal ou regulamento de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial (art. 85, I e II); ou mesmo no caso de fixação de multa diária para descumprimento de diligências que podem causar dano ao erário (art. 90). Em tais casos pode surgir maior ligação entre o fato gerador da multa e o dano ao erário, que pode atrair a aplicação da *ratio decidendi* fixada pelo STF no julgamento do Tema 642, na linha da multa acessória ao principal (dano ao erário), e dificultar a realização do *distinguishing*, como se extrai, por exemplo, de dois casos recentes em que o TJMG aplicou a orientação do Tema 642, reconhecendo a ilegitimidade ativa do Estado de Minas Gerais para cobrança de multa fixada pelo TCE-MG em razão de i) irregularidades encontradas em proce-

dimentos licitatórios (AC1.0000.22.164894-2/001, 6ª Câmara Cível, julg. 09.11.2022) e ii) realização de despesa sem a devida licitação (AI 1.0056.10.009965-6/002, 6ª Câmara Cível, julg. 16.08.2022).

Também no STJ se encontra, depois da definição do Tema 642 pelo STF, o entendimento da legitimidade do Município para cobrança da multa em casos em que a penalidade pecuniária foi aplicada i) por violação de leis e regulamentos financeiros, contábeis, orçamentários, operacionais e patrimoniais (REsp 1.328.779/RS, 2ª Turma, julg. 10.05.2022); ii) por ilegalidades apuradas em licitação (AgInt no Ag-REsp 926.189/MG, 2ª Turma, julg. 15.02.2022); ou iii) por rejeição de contas (AgRg no AgRESP 163.157/RJ, 2ª Turma, julg. 12.09.2022).

Assim, em tais casos, envolvendo as multas aplicadas com base no art. 85, I, II e X, e art. 90, da Lei Complementar Estadual 102/2008, a jurisprudência do TJMG e do STJ, em dando aplicação à tese fixada no Tema 642 do STF, parece se encaminhar para o entendimento da ilegitimidade ativa do Estado para cobrança das multas fixadas em tais hipóteses, diante da vinculação maior com a possibilidade de dano ao erário, que foram ressaltadas nos julgados, parecendo mais claro o cenário de realização de *distinguishing*, com maior segurança jurídica, apenas nos casos em que o TCE-MG aplica multa apenas por descumprimento de suas determinações ou não observância de prazos para entrega de documentos, que podem ser consideradas multas de natureza “puramente” procedimental, sem vinculação direta com o tema de fundo objeto da fiscalização da Corte de Contas.

Nesse sentido, é possível tentar exercício de maior concretude na identificação da legitimidade x tipo de multa, com base nas considerações ora apresentadas, a partir de alguns julgados e certidões de débito do TCE-MG apresentados no expediente pela 1ª Procuradoria de Dívida Ativa:

- a) Certidão de Débito 990/2021, multa por irregularidades em licitação: encaminhamento para o campo da legitimidade municipal, e não do Estado de Minas Gerais, em razão do potencial de dano ao erário;
- b) Certidão de Débito 1211/2021, multa por não encaminhamento de Relatório de Gestão Fiscal: aqui se teria a perspectiva de defender o *distinguishing*, com a legitimidade do Estado de Minas Gerais, por se tratar de multa procedimental, por não envio de relatório de gestão, totalmente desvinculada de qualquer hipótese de dano ao erário;
- c) Certidão de Débito 1183/2021, multa aplicada em tomada de contas especial por omissão na prestação de contas, com indicação de prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico que resultou em dano ao erário:

- neste caso se teria a legitimidade municipal, afastada a legitimidade ativa do Estado diante da referência clara ao dano ao erário;
- d) Certidão de Débito 1260/2021, multa por irregularidades em licitação: encaminhamento para o campo da legitimidade municipal, e não do Estado de Minas Gerais, em razão do potencial de dano ao erário;
- e) Certidão de Débito 1278/2021, multa por não recolhimento de contribuição previdenciária não prescrita: encaminhamento para entendimento da legitimidade municipal, e não do Estado de Minas Gerais, em razão do potencial de dano ao erário;
- f) Certidão de Débito 546/2022, multa por descumprimento reiterado e sem justificativa de diligência determinada pelo Relator: aqui é possível defender o *distinguishing* para indicar a legitimidade estadual, inclusive com mais força jurídica, considerando o cenário de multa aplicada por violação procedimental “pura”;
- g) Certidão de Débito 569/2022, multa por gestão patrimonial irregular, doação de imóvel ao invés de concessão de direito real de uso: tal cenário parece caminhar para dano ao erário municipal, o que atrai a legitimidade municipal fixada no Tema 642;
- h) Certidão de Débito 646/2022, multa por irregularidades em licitação: encaminhamento para o campo da legitimidade municipal, e não do Estado de Minas Gerais, em razão do potencial de dano ao erário;
- i) Certidão de Débito 655/2022, multa aplicada em razão da prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico que resultou em dano ao erário: caso em que se teria a legitimidade municipal, afastada a legitimidade ativa do Estado diante da referência clara ao dano ao erário;
- j) Certidão de Débito 301/2022, multa por descumprimento reiterado e sem justificativa de diligência determinada pelo Relator: aqui é possível defender o *distinguishing*, para afirmar a legitimidade estadual para cobrança da multa, considerando o cenário de violação procedimental “pura” para aplicação da penalidade;
- l) Certidão de Débito 407/2022, multa por não encaminhamento de questionário de índice de efetividade de gestão municipal: neste caso se teria a perspectiva de realizar o *distinguishing* para defender a legitimidade do Estado de Minas Gerais, por se tratar de multa procedimental, por não envio de questionário, totalmente desvinculado de qualquer hipótese de dano ao erário;
- m) Certidão de Débito 446/2022, multa por descumprimento de intimação: caso em que também é possível o *distinguishing* para defender a legitimidade estadual com mais força para cobrança da multa, considerando o cenário de violação procedimental “pura” para aplicação da penalidade;
- n) Processo TCE 932892, aplicação de multa por não atendimento a determinação de diligência do Relator: o que torna possível defender o *distinguishing* para sustentar a legitimidade estadual para cobrança da multa, considerando o cenário de violação procedimental “pura” para aplicação da penalidade.

Certo, todavia, que mesmo a possibilidade de *distinguishing* ora apresentada, em relação à aplicação da *ratio decidendi* adotada pelo STF no julga-

mento do Tema 642, comporta riscos de os juízes de primeiro e segundo graus não operarem a distinção, de modo que o tema teria que ser levado novamente ao STF, gerando risco de sucumbência para o Estado de Minas Gerais em razão da extinção dos processos sem julgamento de mérito.

No caso, porém, de se optar pelo ajuizamento das execuções judiciais pelo Estado de Minas Gerais nas hipóteses sugeridas, a partir da perspectiva de realização de *distinguishing* entre as multas ligadas a dano ao erário municipal e multas procedimentais “puras”, sugere-se, a fim de diminuir risco jurídico e deixar mais claro o cenário do *distinguishing*, discutir, por exemplo, com o TCE-MG a perspectiva de emitir certidões de débito mais claras, indicando que se trata da cobrança, por exemplo, de multa por descumprimento procedimental ou de determinação do relator, sem ligação direta com o objeto do processo e sem dano direto ao erário municipal, diante da perspectiva, reitere-se, puramente procedimental de tais penalidades.

Da mesma forma, se a opção for pelo encaminhamento do ajuizamento das execuções pelo Estado de Minas Gerais na linha do *distinguishing* ora apresentado, sugere-se não apresentar todas as execuções de uma vez, mas optar por bloco de demandas com maior risco de prescrição e promover a execução com acompanhamento próximo, inclusive para no caso de eventual insucesso em relação à tese do *distinguishing*, cessar imediatamente o ajuizamento de novas execuções, para cortar o risco da sucumbência.

Interessante se mostra, de qualquer forma, a realização de alinhamento formal com o TCE-MG e outros órgãos que atuam perante a Corte de Contas, como o Ministério Público de Contas, para discutir o tema e, pelo menos, já redirecionar para os municípios as certidões de débito de multas aplicadas com ligação a dano ao erário, para que o ente municipal legitimado possa tomar as providências judiciais para execução do débito.

V – CONCLUSÃO

Diante dos fundamentos e considerações ora apresentados, e com as cautelas sugeridas, entende-se que é juridicamente sustentável a possibilidade de se realizar o *distinguishing*, em relação à aplicação da *ratio decidendi* que prevaleceu no julgamento do Tema 642 pelo STF, quanto as multas aplicadas pelo TCE-MG, em procedimentos envolvendo agentes municipais, separando, de um lado, as multas com vinculação a dano ao erário municipal, com legitimidade para cobrança judicial apenas dos municípios; e, de outro, as multas aplicadas em tais proce-

dimentos, por simples descumprimento procedimental ou do dever de colaboração e informação para com o Tribunal, desvinculadas de eventual dano ao erário municipal, em razão da perspectiva de quebra da relação principal-acessório, em relação aos quais é possível sustentar a legitimidade ativa para cobrança judicial do Estado de Minas Gerais.

Belo Horizonte, 9 de fevereiro de 2023.

ÉRICO ANDRADE

Procurador do Estado

Aprovado.

RAFAEL REZENDE FARIA

Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica

SÉRGIO PESSOA DE PAULA CASTRO

Advogado-Geral do Estado

- [1] THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no processo brasileiro*. Rio de Janeiro: gen-Forense, 2021. p. 4.
- [2] THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no processo brasileiro*. Rio de Janeiro: gen-Forense, 2021. p. 58/59.
- [3] THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no processo brasileiro*. Rio de Janeiro: gen-Forense, 2021. p. 4.
- [4] THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no processo brasileiro*. Rio de Janeiro: gen-Forense, 2021. p. 99.
- [5] THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no processo brasileiro*. Rio de Janeiro: gen-Forense, 2021. p. 92/93.
- [6] THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no processo brasileiro*. Rio de Janeiro: gen-Forense, 2021. p. 99/100: “Ganha muita relevância a ligação ou interpenetração entre a ratio decidendi e o fato jurídico base do caso julgado que gerou o precedente, que não se exprime só na tese jurídica adotada, mas especialmente pela descrição do próprio fato jurídico concreto, base do precedente e que abre a ‘estrada’ para aplicação da técnica do common law conhecida como distinguishing, que serve para evitar a aplicação dos precedentes a casos tidos como ‘diversos’ daquele decidido”.

[7] THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no processo brasileiro*. Rio de Janeiro: gen-Forense, 2021. p. 102.

[8] Cf., por exemplo, MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2019. p. 284, indicando que no caso do STF, o cenário da repercussão geral já resolve a perspectiva do efeito vinculante, indicando até o equívoco de inserção de recursos extraordinários repetitivos no CPC/15. Cf., ainda, no sentido do efeito vinculante dos julgamentos de mérito pelo Pleno do STF de recursos extraordinários com repercussão geral: REMO, Ivan Pereira. A repercussão geral e a superação da súmula vinculante no sistema de precedentes do CPC/2015. *Revista dos Tribunais*, vol. 1032, out/2021, p. 101/ 117; LEMOS, Vinícius Silva. A repercussão geral no novo CPC: a construção da vinculação da decisão de mérito proferida em repercussão geral pelo STF. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP/UERJ*, vol. 18, n. 1, jan-abr/2017. p. 403-427. O próprio STJ já declarou que o julgamento do STF na repercussão geral inserida no Tema 642 é precedente obrigatório: “1. O STF julgou o Tema 642 (RE 1.003.433/RJ) no qual se fixou a seguinte tese: ‘o Município prejudicado é o legitimado para a execução de crédito decorrente de multa aplicada por Tribunal de Contas estadual a agente público municipal, em razão de danos causados ao erário municipal’. Na hipótese, impõe-se a adequação do julgado, para se ajustar ao novo entendimento de caráter obrigatório e entender que, no caso em questão, o Município prejudicado, e não o Estado, é o legitimado para a execução de crédito decorrente de multa aplicada por Tribunal de Contas estadual a agente público municipal, em razão de danos causados ao erário municipal” (AgInt no AREsp n. 926.189/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julg. 5/2/2022, DJe 15/3/2022).

[9] MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamentos nas Cortes Supremas*. 2.ed. São Paulo: RT, 2017. p. 44: “*Obiter dictum* é tudo que não diz respeito ao fundamento que determina o resultado ou que não está inserido no ‘ponto’ que permite o alcance da decisão. Afirma-se que são passagens que não têm relação com o resultado, que não são conectadas com os fatos do caso ou que são relacionadas a ponto não arguido por nenhuma das partes”. [10] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 185: “Frise-se, por oportuno, que no julgamento de recurso especial ou extraordinário só há *ratio decidendi* quando a maioria do colegiado sustenta um mesmo fundamento ou uma mesma solução para a questão de direito”.

[11] Confira-se o julgamento dos ED's pelo STF no RE 1.003.433-RJ, ocorrido em 22.04.2022: “O acórdão embargado contém fundamentação apta e suficiente a resolver todos os pontos do recurso que lhe foi submetido. 2. Ausentes omissão, contradição, obscuridade ou erro material no julgado, não há razão para qualquer reparo. 3. Não se mostram presentes os requisitos para a modulação dos efeitos do julgado. 4. Embargos de Declaração ambos rejeitados”.

[12] BENDUZZI, Renato. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: RT, 2018. v.II, p.88: “O destinatário da multa não será nunca a parte eventualmente prejudicada pela conduta (diferentemente do que acontece na litigância de má-fé), mas sempre o Estado”.

[13] MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamentos nas Cortes Supremas*. 2.ed. São Paulo: RT, 2017. p. 39: “A apresentação de argumentos destinados a invalidar a ratio decidendi, portanto, tem a importância de conferir à ‘falta de unanimidade’ o poder de alçar a questão para discussão da comunidade, evitando que ela fique submersa ou quase invisível, como se a ratio houvesse sido amparada pela unanimidade dos votos”.

PROCEDÊNCIA: NÚCLEO DE UNIFORMIZAÇÃO DE TESES - NUT/AGE

Interessado: O erário

Número: 5.791

Data: 25 de março de 2021

Classificação Temática: Atos administrativos. Processos administrativos. Poder de Polícia. Prescrição e decadência. Prescrição intercorrente.

PRECEDENTES:

Precedente sobre prescrição e decadência em casos de ressarcimento de danos ao erário: Parecer AGE nº 15.851/2017 e respectiva Nota Jurídica nº 4.788/2017.

Precedentes específicos/incidência dos prazos prescricionais do Código Civil: Pareceres AGE nºs. 14.556/2005, 14.565/2005. Superação pelo Parecer nº 14.897/09/jurisprudência do STJ.

Pareceres subsequentes nºs: 15.047/2010, 15.233/2013, 16.048/2018 e 16.079/2019. Reafirmando a não incidência da Lei Federal nº 9.783/99, bem como da prescrição (ou decadência) intercorrente em processos administrativos por ausência de previsão em lei estadual.

Precedente sobre decadência intercorrente em processo disciplinar de servidores civis (matéria disciplinar/especificidade): Parecer AGE nº 15.219/2012 (reconhecimento de ofício de decadência intercorrente).

Precedente sobre prescrição e interrupção da prescrição. Direito sancionador. Militares: Parecer 16.030/2018. Alcance da Súmula Administrativa AGE nº 17.

Precedentes: prazo decadencial para rever ato administrativo do qual decorram efeitos favoráveis ao interessado: Pareceres 15.998/2018 e 16.012/2018.

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO (DECADÊNCIA) INTERCORRENTE. AUSÊNCIA DE LEI ESTADUAL PREVENDO PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. LEI Nº 15.735/2015. ADVENTO DA PREVISÃO NO ART. 206-A DO CÓDIGO CIVIL. INALTERABILIDADE DA ORIENTAÇÃO JURÍDICA DA AGE. PREVALÊNCIA DAS REGRAS DO DECRETO-LEI Nº 20.910/32. ESPECIALIDADE. ART. 2º, § 2º, DA LINDB. TRATAMENTO ISONÔMICO QUANTO AOS PRAZOS DECADENCIAIS E PRESCRICIONAIS. PODER PÚBLICO E PARTICULAR.

Referências normativas:

Art. 37, § 5º, da CR/88.

Art. 2º, § 2º. da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB.
Art. 206-A do Código Civil Brasileiro, incluído pela MP 1.040/2021 (ainda
pendente de convalidação em lei) e art. 190, mesmo Código.
Decreto-lei nº 20.910/32.
Lei Federal nº 9.783/99.
Leis Estaduais nºs 869/52 e 14.184/02.
Art. 2º, caput e § 1º da Lei Estadual nº 21.735/2015.

NOTA JURÍDICA

1. Vem à Consultoria Jurídica Promoção elaborada pelo caro Coordenador do Núcleo de Uniformização de Teses - NUT da AGE com o seguinte teor: Recebemos no NUT a correspondência em anexo, enviada pelo Procurador-Chefe da 1ª PDA, sugerindo a comunicação, pelo NUT, aos órgãos desta AGE, da norma contida no art. 206-A do CC, incluída pela MP 1.040/2021. Considerando a notícia de que há reiterados estudos recentes junto a essa CJ sobre o tema “prescrição” e que, conforme minha manifestação prévia no anexo, a discussão passa pela subsistência do Decreto n. 20.910/32 como norma especial, submeto o expediente ao vosso conhecimento, sugerindo seja avaliada a abordagem da questão nos estudos acerca da matéria já em andamento.
2. A Consultoria Jurídica já examinou a matéria relativa à decadência e à prescrição e, inclusive, de modo específico, à prescrição intercorrente, em várias oportunidades, conforme precedentes indicados no preâmbulo.
3. O entendimento atual da AGE, a partir do Parecer nº 14.897/2009, fundamentado em recurso representativo de controvérsia - decisão do STJ, é pela não incidência dos preceitos do Código Civil Brasileiro à seara administrativa, aplicando-se as regras do Decreto nº 20.910/32 (especialidade e isonomia).
4. No que se refere à prescrição intercorrente, ante a ausência de previsão em lei estadual, pelo não reconhecimento em processos administrativos - à exceção dos processos disciplinares - específicos. Em quaisquer dos casos, não se aplicando as regras do Código Civil.
5. A inovação a ser considerada no momento cinge-se, portanto, à inclusão do art. 206-A no Código Civil, pelo art. 32 da Medida Provisória 1.040/2021. Contudo, o advento da previsão da prescrição intercorrente no Código Civil não afeta, ao nosso ver, a posição jurídica da AGE, de modo que, até sobrevir previsão, em lei estadual, de prescrição intercorrente, não se reconhece essa causa que fulmina a pretensão pelo decurso do tempo.

6. Quanto à prescrição intercorrente no âmbito de processos judiciais, a lógica será a mesma, de incidência das regras especiais do Decreto nº 20.910/32, ou seja, a prescrição intercorrente começará a fluir a partir do decurso do prazo sem manifestação do Exequente, nos termos do art. 921, §§ 3º e 4º do Código de Processo Civil, e pelo mesmo prazo de prescrição da pretensão, isto é, de cinco anos, como preceitua o art. 1º do Decreto nº 20.910/32. Isto é, prescrição intercorrente no prazo de cinco anos - quinquenal: o mesmo prazo para Estado Devedor o será para o Estado Credor, o que guarda harmonia com o entendimento dos Tribunais Superiores.

7. Essa é a posição da Advocacia-Geral do Estado, conforme será detalhado a seguir, informando-se que há projeto de lei em construção, visando a estabelecer a prescrição intercorrente no âmbito dos processos administrativos estaduais, o que implicará superação de entendimento, nesse ponto.

8. Para o processo judicial, a compreensão é pela ocorrência da prescrição intercorrente no mesmo prazo de prescrição da pretensão, ou seja, de cinco anos, com fundamento no art. 1º do Decreto nº 20.910/32 (isonomia de tratamento).

I - DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

9. A presente manifestação parte das seguintes premissas acerca da prescrição:

10. 1. A prescrição é instituto de direito positivo, enquadrando-se na categoria dos fatos jurídicos, apta a produzir, no que diz respeito à presente manifestação, à extinção ou perda de situações jurídicas pelo decurso do tempo: tempo mais inércia do titular de relação jurídica.

11. 1.1. Não fulmina o direito de ação (a encaminhar a definição do instituto como de índole processual), mas tão somente neutraliza a pretensão, que garante um direito subjetivo patrimonial e que pode ser alegado pelo seu titular, ou seja, é instituto de direito material, cuja corrente repercute sobre a natureza autônoma e abstrata do direito de ação. [1]

12. 1.2. Sua estrutura jurídica está fundada no direito material, tanto assim que a prescrição pode ser alegada como exceção, no mesmo prazo do exercício da pretensão (art. 190 do Código Civil-CC).

13. 2. A prescrição intercorrente pressupõe o respeito ao prazo decadencial de cinco anos, em se tratando de processo administrativo visando a apurar ação ou omissão que configure infração administrativa ou contratual e a aplicar a respectiva penalidade, a contar da data em que a auto-

ridade administrativa competente para fiscalizar tomar conhecimento do ato ou do fato ou do dia em que cessar a prática da infração, o que ocorrer por último, nos termos do art. 2º e § 1º da Lei Estadual nº 21.735/2015.

14. 2.1. É dizer: Se sobrevier alteração legislativa estadual [gize-se que há construção de projeto de lei nesse sentido em Comissão Temática de nº 02/2021, instituída pela Consultoria Técnico-Legislativa], e, portanto, vier a ser positivada a “prescrição intercorrente”, a Administração Pública não apenas terá de observar o prazo decadencial de cinco anos para dar início à apuração do fato e notificar validamente o interessado, na forma do art. 2º da Lei nº 21.735/2015, mas também deverá cuidar, após a notificação válida dentro do prazo decadencial, para não deixar o processo paralisado por cinco anos, ou mais, sem nenhuma movimentação, por inércia exclusiva sua, sob a consequência jurídica de configuração da decadência intercorrente ou “prescrição intercorrente” tida como prescrição punitiva imprópria pelo Ministro Gilmar Mendes, como será trabalhado à frente, no RE nº 636.886.

15. 2.2. Essas assertivas visam a deixar assentado que, até a notificação válida do interessado, trata-se de prazo decadencial. Somente após esse marco, pode-se falar em decadência ou “prescrição intercorrente” no âmbito administrativo.

16. 3. A prescrição intercorrente pressupõe o respeito ao prazo prescricional anterior ao início do processo judicial, na lógica de que a pretensão (de direito material) terá de ter sido exercida no prazo legal fixado, [observado o princípio da *actio nata*][2]para, somente, então, cogitar-se de reinício do curso de novo prazo equivalente ao da prescrição no curso do processo, posteriormente à citação, de regra, que interrompe a prescrição (art. 202, I, do CC por motivos atribuíveis exclusivamente ao credor/exequente; arts. 240, § 1º do Código de Processo Civil CPC - processo de conhecimento - e 802, caput e parágrafo único/CPC/Processo de Execução).

17. 3.1. A 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça - STJ, no Incidente de Assunção de Competência n. 1, instaurado no julgamento do Recurso Especial n. 1.604.412/SC, da relatoria do ministro Marco Aurélio Bellizze, assentou:

RECURSO ESPECIAL. INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. CABIMENTO. TERMO INICIAL. NECESSIDADE DE PRÉVIA INTIMAÇÃO DO CREDOR-EXEQUENTE. OITIVA DO CREDOR. INEXISTÊNCIA. CONTRADITÓRIO DESRESPEITADO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. As teses a serem firmadas, para efeito do art. 947 do CPC/2015 são as seguintes: 1.1 Incide a prescrição intercorrente, nas causas regidas pelo

CPC/73, quando o exequente permanece inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado, conforme interpretação extraída do art. 202, parágrafo único, do Código Civil de 2002.

1.2 O termo inicial do prazo prescricional, na vigência do CPC/1973, conta-se do fim do prazo judicial de suspensão do processo ou, inexistindo prazo fixado, do transcurso de um ano (aplicação analógica do art. 40, § 2º, da Lei 6.830/1980).

1.3 O termo inicial do art. 1.056 do CPC/2015 tem incidência apenas nas hipóteses em que o processo se encontrava suspenso na data da entrada em vigor da novel lei processual, uma vez que não se pode extrair interpretação que viabilize o reinício ou a reabertura de prazo prescricional ocorridos na vigência do revogado CPC/1973 (aplicação irretroativa da norma processual).

1.4. O contraditório é princípio que deve ser respeitado em todas as manifestações do Poder Judiciário, que deve zelar pela sua observância, inclusive nas hipóteses de declaração de ofício da prescrição intercorrente, devendo o credor ser previamente intimado para opor algum fato impeditivo à incidência da prescrição.

2. No caso concreto, a despeito de transcorrido mais de uma década após o arquivamento administrativo do processo, não houve a intimação da recorrente a assegurar o exercício oportuno do contraditório.

3. Recurso especial provido. (REsp 1604412/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/06/2018, DJe 22/08/2018) Julgado conforme procedimento previsto para Incidente de Assunção de Competência (IAC) no âmbito do STJ. Informações Complementares à Ementa:

“[...] a prescrição intercorrente é meio de concretização das mesmas finalidades inspiradoras da prescrição tradicional, guarda, portanto, origem e natureza jurídica idênticas, distinguindo-se tão somente pelo momento de sua incidência. Por isso, não basta ao titular do direito subjetivo a dedução de sua pretensão em juízo dentro do prazo prescricional, sendo-lhe exigida a busca efetiva por sua satisfação. [...]”. “Diante da distinção ontológica entre a prescrição intercorrente e o abandono da causa, nota-se que a prescrição intercorrente independe de intimação para dar andamento ao processo. Esta intimação prevista no art. 267, § 1º, do CPC/1973 era exigida para o fim exclusivo de caracterizar comportamento processual desidioso, dando ensejo à punição processual cominada na forma de extinção da demanda sem resolução de mérito”. “[...] no âmbito da execução fiscal, em que o instituto vem sendo largamente aplicado com espeque em lei especial, esta Corte Superior, por intermédio de sua Primeira Seção, tem entendido de forma pacífica que é indispensável a prévia intimação da Fazenda Pública, credora naquelas demandas, para os fins de reconhecimento da prescrição intercorrente».

(VOTO VENCIDO) (MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO)

“[...] parece ilógico ou até ‘contra legem’, ‘data venia’, adotar o regramento do novo Código, mesmo que sob o pretexto de analogia à Lei de Execução Fiscal, para situações pretéritas, quando é o próprio ordenamento que ‘está afirmando’, de forma peremptória, que, no tocante à prescrição intercorrente, a sua incidência será voltada apenas para as execuções em curso e as posteriores à sua vigência.

Até porque, se não fosse assim, não haveria sentido algum a existência de dispositivo transitório próprio a afirmar que determinado texto - termo inicial da prescrição intercorrente (art. 946) - começará a ter sua vigência com o NCPC e que também deverá alcançar as execuções pendentes, até porque o próprio art. 1.046 já prevê a aplicação imediata do regramento instrumental aos processos em curso”.

18. Anotadas as premissas, prosseguimos.

II - BREVE RETROSPECTO DA POSIÇÃO DA AGE, FIXADA EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ:

19. O tema da prescrição, como salientado, foi objeto de análise em mais de uma oportunidade pela Consultoria Jurídica da AGE.

20. Os Pareceres AGE n.ºs. 14.556/2005 e 15.851/2017 são emblemáticos, apresentando análise aprofundada da matéria, inclusive admitindo a incidência do Código Civil (o parecer de 2005).

21. O Parecer n.º 14.565/2005, naquela ocasião, confirmou a orientação do Parecer n.º 15.556, do mesmo ano, nos seguintes termos:

Pelas razões expostas, entende-se pela observância do parecer normativo n.º 14.556, de 19.09.2005, que afastou a conclusão do parecer n.º 12.618, de 11.03.2002, afirmando a natureza decadencial do prazo a que se sujeita a Administração Estadual para o exercício do poder de polícia ambiental, sendo inaplicável o artigo 1º da Lei Federal n.º 9.873/99, em especial a prescrição intercorrente prevista no § 1º do referido artigo 1º da Lei Federal n.º 9.873/99. Reconhece-se não expirado o prazo para o Estado de Minas Gerais aplicar as penalidades cabíveis no exercício da polícia em favor da proteção ao meio ambiente em relação à empresa interessada, nos estritos termos da regra geral do prazo decenal do artigo 205 do novo Código Civil, incidente a partir do início da vigência da Lei n.º 10.406.

22. A conclusão do Parecer n.º 14.556/05 foi a seguinte:

DIREITO AMBIENTAL. PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA ESTADUAL. PRAZO PARA EXERCÍCIO. NATUREZA DECADENCIAL. INAPLICABILIDADE DA LEI FEDERAL Nº 9.873/99. INCIDÊNCIA DA REGRA GERAL DO ARTIGO 205 DO NOVO CÓDIGO CIVIL. PRINCÍPIOS DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E DA SEGURANÇA JURÍDICA. PONDERAÇÃO DIANTE DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO MEIO AMBIENTE. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE DA LEI FEDERAL INOCORRENTE. REVISÃO DO PARECER Nº 12.618 DE 11.03.2002. Pelas razões expostas, entende-se pela revisão do posicionamento anteriormente consagrado no Parecer n.º 12.618, de 11.03.2002, afirmando-se natureza decadencial do prazo a que se sujeita a Administração Estadual para o exercício do poder de polícia ambiental, sendo inaplicável o artigo 1º da Lei Federal n.º 9.873/99, em especial a prescrição intercorrente prevista no § 1º do

referido artigo 1º da Lei Federal nº 9.873/99. Destarte, para o Estado de Minas Gerais exercer as atividades de polícia em favor da proteção ao meio ambiente, incide a regra geral do prazo decenal do artigo 205 do novo Código Civil, tendo em vista a necessidade de ponderação da segurança jurídica em face da supremacia do interesse público em se tratando de medidas punitivas instrumentais da proteção dos recursos naturais assegurada no ordenamento vigente. Outrossim, fixadas as penalidades cabíveis, inicia-se o prazo prescricional decenal para a cobrança forçada dos valores devidos, com observância, nos casos cabíveis, da regra de transição do artigo 2.028 do Código Civil (Lei nº 10.406).

23. Contudo, com o advento dos entendimentos do Superior Tribunal de Justiça, mencionados no Parecer nº 14.897/09, a AGE reviu parcialmente o Parecer de 14.556, de 2005, para alinhar-se à jurisprudência do STJ:

Pelo exposto, ratificam-se os fundamentos do Parecer AGE 14.556/2005, relativamente à natureza decadencial do prazo para o exercício do poder de polícia administrativa com o fim de apurar prática de infração ambiental, e prescricional para a cobrança do crédito não-tributário.

Quanto à fixação desses prazos, decadencial e prescricional, com a devida vênia, é de se adotar a orientação jurisprudencial para afastar a conclusão pela incidência do código civil à espécie e fixá-los em cinco anos, cada qual, nos termos das razões expendidas.

Considerando não haver nenhum dispositivo de lei estadual que preveja prazo decadencial para exercício de poder de polícia a

mbiental ou prescricional para a cobrança de multa administrativa, sugere-se, nos exatos contornos da consulta formulada, a inclusão de dispositivos na Lei Estadual nº 14.309/2002, nos termos seguintes:

Decai em cinco anos a Administração Pública Estadual objetivando a apurar a prática de infrações contra o meio ambiente, a contar da data em que a autoridade ambiental delas tiver conhecimento, iniciando-se com a lavratura do auto de infração.

Prescreve em cinco anos a ação para cobrança do crédito decorrente de imposição de multa administrativa ambiental, a contar da notificação da decisão definitiva.

24. Tal orientação fundou-se nos seguintes julgados:

O Ministro Carlos Ayres Britto, no MS 24.448/DF, ao cuidar do tema “decadência” e tentar definir um “tempo médio” que atenda ao desejado critério da razoabilidade, fixa o prazo decadencial em cinco anos para o caso de controle externo pela Corte de Contas, cuja interpretação nos parece adequada para a espécie. Vejamos trecho do seu voto:

24. É dizer, então: partindo do fundamento de que a pretensão anulatória de qualquer um povo, frente aos atos administrativos ilícitos ou danosos, não deve ser diversa daquela do Poder Público para ver os particulares jungidos a ele, Poder Público, o renomado autor entende que o parágrafo 3º do artigo 6º da Lei 4.717/65 é de ser interpretado à luz dessa ponderação. Daí arrematar:

“ O prazo de cinco anos, que é o prazo prescricional previsto na Lei da Ação Popular, seria, no meu entender, razoável e adequado para que se operasse a sanção da invalidade e, por consequência, a preclusão ou decadência do direito e da pretensão de invalidar, salvo nos casos de má-fé dos interessados. (SILVA, Almiro do Couto. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública com relação a seus atos administrativos. In Revista de Direito Administrativo. abr./jun. 1996. Rio de Janeiro, 204:21-31).

A esse, o Ministro acresce vários outros prazos. Segundo ele, de forma convergente quanto à razoabilidade desse tempo médio, são previstos em leis e na própria Constituição da República outros prazos de cinco anos, quais sejam: o art. 54 da Lei Federal 9.784/99; os arts. 173 e 174 do Código Tributário Nacional; o art. 19 do ADCT da CR/88; os arts. 183 e 191, também da Constituição de 1988 (usucapião extraordinário).

Confirmam-se ainda RESP 1057477/SP, Re. Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, julgado em 04/09/2008. Resp 714756/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, julgado em 07/02/2006; Resp 539187/SC, REL. MINISTRA DENISE ARRUDA, 1ª TURMA, julgado em 21/02/2006; RESP 444.646/RJ Rel. Ministro João Otávio de Noronha. 2ª Turma, julgado em 23/05/2006, DJ 02/08/2006.

25.O Superior Tribunal de Justiça, em 2012, no julgamento do RESP sob o rito dos recursos representativos de controvérsia, Tema 553, assentou:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ARTIGO 543-C DO CPC). RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL (ART. 1º DO DECRETO 20.910/32) X PRAZO TRIENAL (ART. 206, § 3º, V, DO CC). PREVALÊNCIA DA LEI ESPECIAL. ORIENTAÇÃO PACIFICADA NO ÂMBITO DO STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. A controvérsia do presente recurso especial, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC e da Res. STJ n 8/2008, está limitada ao prazo prescricional em ação indenizatória ajuizada contra a Fazenda Pública, em face da aparente antinomia do prazo trienal (art. 206, § 3º, V, do Código Civil) e o prazo quinquenal (art. 1º do Decreto 20.910/32). 2. O tema analisado no presente caso não estava pacificado, visto que o prazo prescricional nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública era defendido de maneira antagônica nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial. Efetivamente, as Turmas de Direito Público desta Corte Superior divergiam sobre o tema, pois existem julgados de ambos os órgãos julgadores no sentido da aplicação do prazo prescricional trienal previsto no Código Civil de 2002 nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública. Nesse sentido, o seguintes precedentes: REsp 1.238.260/PB, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 5.5.2011; REsp 1.217.933/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 25.4.2011; REsp 1.182.973/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 10.2.2011; REsp 1.066.063/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 17.11.2008; EREsp sim 1.066.063/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 22/10/2009). A tese do prazo prescricional trienal também é defendida no âmbito doutrinário, dentre outros renomados dou-

trinadores: José dos Santos Carvalho Filho (“Manual de Direito Administrativo”, 24ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2011, págs. 529/530) e Leonardo José Carneiro da Cunha («A Fazenda Pública em Juízo», 8ª ed, São Paulo: Dialética, 2010, págs. 88/90). 3. Entretanto, não obstante os judiciosos entendimentos apontados, o atual e consolidado entendimento deste Tribunal Superior sobre o tema é no sentido da aplicação do prazo prescricional quinquenal - previsto do Decreto 20.910/32 - nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, em detrimento do prazo trienal contido do Código Civil de 2002. 4. O principal fundamento que autoriza tal afirmação decorre da natureza especial do Decreto 20.910/32, que regula a prescrição, seja qual for a sua natureza, das pretensões formuladas contra a Fazenda Pública, ao contrário da disposição prevista no Código Civil, norma geral que regula o tema de maneira genérica, a qual não altera o caráter especial da legislação, muito menos é capaz de determinar a sua revogação. Sobre o tema: Rui Stoco (“Tratado de Responsabilidade Civil”. Editora Revista dos Tribunais, 7ª Ed. - São Paulo, 2007; págs. 207/208) e Lucas Rocha Furtado (“Curso de Direito Administrativo”. Editora Fórum, 2ª Ed. - Belo Horizonte, 2010; pág. 1042). 5. A previsão contida no art. 10 do Decreto 20.910/32, por si só, não autoriza a afirmação de que o prazo prescricional nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública foi reduzido pelo Código Civil de 2002, a qual deve ser interpretada pelos critérios histórico e hermenêutico. Nesse sentido: Marçal Justen Filho (“Curso de Direito Administrativo”. Editora Saraiva, 5ª Ed. - São Paulo, 2010; págs. 1.296/1.299). 6. Sobre o tema, os recentes julgados desta Corte Superior: AgRg no AREsp 69.696/SE, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 21.8.2012; AgRg nos EREsp 1.200.764/AC, 1ª Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 6.6.2012; AgRg no REsp 1.195.013/AP, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 23.5.2012; REsp 1.236.599/RR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 21.5.2012; AgRg no AREsp 131.894/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 26.4.2012; AgRg no AREsp 34.053/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 21.5.2012; AgRg no AREsp 36.517/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 23.2.2012; EREsp 1.081.885/RR, 1ª Seção, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 1º.2.2011. 7. No caso concreto, a Corte a quo, ao julgar recurso contra sentença que reconheceu prazo trienal em ação indenizatória ajuizada por particular em face do Município, corretamente reformou a sentença para aplicar a prescrição quinquenal prevista no Decreto 20.910/32, em manifesta sintonia com o entendimento desta Corte Superior sobre o tema. 8. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1251993/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2012, DJe 19/12/2012) Tese Jurídica “Aplica-se o prazo prescricional quinquenal - previsto do Decreto 20.910/32 - nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, em detrimento do prazo trienal contido do Código Civil de 2002”.

26.No que se refere ao fundamento da isonomia:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAZENDA PÚBLICA AUTORA. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL. APLICAÇÃO. 1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, é quinquenal o prazo de prescrição nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, nos termos do art. 1º do Decreto n. 20.910/1932, sendo certo que, pelo princípio da isonomia, o mesmo lapso deve ser aplicado nos casos em que a Fazenda Pública é autora (AgRg no AREsp 850.760/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgado em 07/04/2016, DJe 15/04/2016). 2. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp 1503406/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 20/02/2019)

27. E, no que diz respeito à “prescrição intercorrente”, a Consultoria Jurídica tem inúmeras manifestações afastando a sua incidência no curso de processos administrativos, especialmente os de apuração de sanções administrativas pecuniárias impostas, com repercussão na constituição do crédito de natureza não tributária daí decorrente, bem como em caso de sanção de trânsito e, também, envolvendo infração administrativa em contratos administrativos, que foi a manifestação mais recente:

PARECER N° 16.048

Data:30.10.2018

Classificação Temática: Ato administrativo. Poder de polícia. Prescrição e Decadência. Infração administrativa. Dano ao erário. Contratos administrativos. Penalidades. Antecedentes/multas administrativas ambientais/ratificação: Pareceres ns. 14.897/2009, 15.047/2010, 15.233/2013 e 16.012/2018. Parecer AGE n. 15.851/2017. Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. REGIME DE DIREITO PÚBLICO. APLICAÇÃO UNILATERAL DE SANÇÃO CONTRATUAL. ARTS. 87 E 88 DA LEI N. 8.666/93. LEI N. 10.520/02. DECRETO ESTADUAL N. 45.902/2012. PRAZOS DECADENCIAL E PRESCRICIONAL. LEI ESTADUAL N 21.735/2015. RESSALVA. RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO.POSIÇÃO DO STF. RE 852.475. PARECER AGE N. 15.851/2017. Há regra específica em vigor no Estado de Minas Gerais, aplicável aos processos administrativos instaurados para apurar infrações em contratos administrativos, com fundamento nos arts. 87 e 88 da Lei n. 8.666/93. De acordo com o art. 2º da Lei n. 21.735/2015, o exercício do dever de fiscalização da administração pública estadual, direta, autárquica e fundacional, visando a apurar ação ou omissão que configure infração administrativa ou contratual e a aplicar a respectiva penalidade, decai em cinco anos a contar da data em que a autoridade administrativa competente para fiscalizar tomar conhecimento do ato ou do fato, considerando-se exercido o dever de fiscalização, nos termos de seu § 2º, com a notificação do interessado acerca do ato que importe início da apuração do fato.

Anteriormente à vigência da Lei n. 21.735/2015, adotavase o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de incidência do

prazo prescricional previsto no Decreto n. 20.910/1932, à míngua de previsão legal para a atuação da Administração Pública Estadual e em atenção ao princípio da isonomia (Conferir REsp 1.105.442/RJ; Rel Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe 22/2/2011, AgRg no Ag em REsp n. 768.400- DF/2015 e REsp n. 1.112.577 e n. 1.115.078/RS, submetidos ao rito dos recursos repetitivos), cujas diretivas se aplicam ao caso presente. Não há previsão em lei estadual de prescrição intercorrente. Portanto, durante o curso do processo administrativo não flui prazo decadencial nem prescricional. Notificado o contratado da instauração do processo administrativo para apuração de irregularidade contratual e aplicação da respectiva penalidade, não flui mais prazo decadencial, nem se inicia o curso do prazo prescricional para execução da decisão administrativa definitiva, cujo termo a quo se dará com o descumprimento da penalidade aplicada ao contratado, exurgindo a lesão ao direito. Ressalva-se o ressarcimento de danos ao erário. As ações de ressarcimento ao erário, como no caso de danos decorrentes de inexecução ou de execução parcial de contrato administrativo ou de outros ilícitos envolvendo o processo licitatório ou a execução do contrato, atos dolosos dos quais possam decorrer enriquecimento ilícito, favorecimento ilícito de terceiros ou causar dano intencional à administração pública, são imprescritíveis, de acordo com o decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 852475, com repercussão geral reconhecida, tratando-se, nessas hipóteses, de irregularidades ou ilícitos decorrentes de relação jurídica administrativa-contratual que podem configurar atos de improbidade administrativa.

PARECER Nº 16.079

Data: 25/02/2019

Classificação Temática: Precedentes: Parecer 14.556/05; Parecer 14.897/09; Parecer 14.956/09; Parecer 15.047/10, todos da Consultoria Jurídica da AGE; Nota Jurídica 3177/15 - Procuradoria do DEER; Nota Jurídica 3620/18 - Procuradoria do DEER.

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO. DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. MULTA DE TRÂNSITO E CRÉDITO ESTADUAL NÃO TRIBUTÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DE CONSTITUIÇÃO. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (CTB) E CONTRAN. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA. MATÉRIA DE TRÂNSITO. UNIÃO. ART. 22, IX, DA CR/88. NÃO INCIDÊNCIA DA LEI FEDERAL N. 9.873/99. AUTONOMIA DO ENTE FEDERATIVO. MATÉRIA ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES. São decadenciais os prazos para as notificações, como preceituado nos arts. 280 e 281, parágrafo único, II, e seguintes do CTB, contando-se a primeira notificação - da atuação - da ocorrência da infração, cujo termo final do prazo de trinta dias é a data de sua postagem nos Correios. Não incidem as regras sobre decadência, prescrição e prescrição intercorrente para o exercício de ação punitiva, previstas na Lei Federal n. 9.873/99, aos processos de constituição de crédito estadual não tributário decorrente de multa de trânsito, conforme

firme orientação da Advocacia-Geral do Estado, respaldada na posição do Superior Tribunal de Justiça, estabelecida em julgamentos de casos sob o rito dos recursos repetitivos. Opinamos, portanto, pela RATIFICAÇÃO da orientação da Consultoria Jurídica da AGE, consolidada nos precedentes indicados acima (pareceres da Consultoria Jurídica), especialmente no que se refere à não verificação de prescrição intercorrente em processos administrativos que discutem a aplicação de pena de multa de trânsito e culminam na constituição de crédito não tributário decorrente de tal sanção, afastando-se o entendimento estabelecido na Nota Jurídica n. 3.620/18/ Procuradoria do DEER. Incidência do disposto na Lei Estadual n. 21.735/2015 e no Decreto Estadual n. 46.668/2014.

28. Confirmam-se, ainda:

PARECER N° 16.012/18:

Teses: 1ª) O prazo de prescrição para que o Estado de Minas Gerais e/ou o IPSEMG busquem o ressarcimento de prejuízos decorrentes de pagamento indevido de benefícios previdenciários, cuja pretensão não se sujeite à imprescritibilidade excepcional da Constituição da República (art. 37, § 5º), é de cinco anos, com fundamento no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932 e no Decreto n. 4.597/42, conforme Parecer AGE n. 15.851/2017.

1.1. Opina-se pela defesa da imprescritibilidade do dano decorrente do recebimento indevido e de má-fé de proventos de aposentadoria ou pensão, pelo beneficiário, incidindo o mesmo entendimento em relação a terceiro, não beneficiário real do ato, caracterizada a má-fé, cujo dano decorrerá de uma relação jurídico-administrativa subjacente, de modo que o dano se vincula, ainda que de forma mediata, a uma relação administrativa anterior (proventos de aposentadoria ou pensão), aplicando-se analogicamente a regra do art. 65 da Lei Estadual n. 14.184/2002, parte final. Fica superado, nesse ponto, o Parecer AGE n. 15.288/2013, salientando a necessária cautela que deve ter a Administração, de providenciar o ajuizamento da ação competente em prazo razoável, tendo em vista a possibilidade de sobrevir posição do Supremo Tribunal Federal em sentido diverso.

1.2. Quando o pagamento indevido decorrer de erro administrativo, cujo comportamento comissivo da Administração seja voluntário, atentar para a orientação contida no Parecer AGE n. 15.998/2018, quanto à decadência - anterior - do direito da Administração de promover a revisão do ato, quando for o caso, e para a configuração de boa-fé do beneficiário, sugerindo, na forma da jurisprudência dominante, o não dever de restituição dos valores percebidos, observando-se, ademais, os requisitos concomitantes, como fixado pelo Supremo Tribunal Federal no MS 25.641: A reposição, ao erário, dos valores percebidos pelos servidores torna-se desnecessária, quando concomitantes os seguintes requisitos: “i] presença de boa-fé do servidor; ii] ausência, por parte do servidor, de influência ou interferência para a concessão da vantagem impugnada; iii] existência de dúvida plausível sobre a interpretação, validade ou incidência da norma infringida, no momento da edição do

ato que autorizou o pagamento da vantagem impugnada; iv] interpretação razoável, embora errônea, da lei pela Administração.”¹

1.3. Ainda que se trate de erro puramente operacional, a avaliação deve ser feita individualmente, à vista de situações concretas, que podem denotar, ou não, erros aberrantes, extremos, podendo ficar evidenciado, nestas hipóteses de erro - aberrantes, extremos-, a má-fé de quem recebe os valores, diante da clareza da irregularidade do pagamento, completamente destoante dos direitos funcionais do servidor público, a chamar a atenção deste quanto à irregularidade. De qualquer modo, a má-fé não se presume.²

2ª) O termo inicial do curso do prazo prescricional coincide com o nascimento da pretensão, sem desprezar o necessário conhecimento inequívoco, pela autoridade competente para agir, do fato e de suas consequências lesivas - princípio da *actio nata*, tampouco a necessária apuração mediante processo administrativo próprio, quando for o caso, durante o qual não flui o prazo prescricional, tendo em vista que, no Estado de Minas Gerais, encontram-se em vigor a Resolução SEPLAG/MG n. 37, de 2005, que determina a instauração de processo administrativo para apurar concessão indevida de vantagens e benefícios a servidor, e a Súmula Administrativa AGE n. 20, de 2013, segundo a qual “A Administração Pública Estadual deve observar o devido processo legal, pautado pelo contraditório e pela ampla defesa, para proceder à revisão de vencimentos, proventos e pensões e, quando for o caso, ao desconto em folha de pagamento de servidor público ou pensionista, para fins de ressarcimento ao erário.”2.1. Se a lesão ao direito decorrer de ato de má-fé do beneficiário, apurada e comprovada por meio de processo administrativo ou na ação de cobrança (terceiro), não haverá de cogitar-se de prescrição, na mesma linha de entendimento do Supremo Tribunal Federal relativamente à decadência para o desencadeamento da apuração, nos termos do art. 65, parte final, da Lei n. 14.184/02.

3ª) Para pagamento indevido decorrente de cumprimento de decisão judicial, posteriormente reformada, observar orientação contida nos Pareceres AGE ns. 15.845 e 15.925, ambos de 2017.

4ª) Interrompido o curso do prazo prescricional, ele só volta a fluir pela metade, da data do ato que a interrompeu ou do último ato ou termo do respectivo processo, nos termos do art. 9º do Decreto n. 20.910/32, observado o enunciado da Súmula n. 383/STF. 4.1. No caso específico de ajuizamento de execução fiscal e de sua extinção, sem resolução do mérito, em virtude da adoção da orientação contida no RE n. 1.350.804/PR, a prescrição só voltará a correr com o trânsito em julgado da decisão judicial de extinção da execução fiscal. 4.2. Sobre a interrupção do curso do prazo prescricional para execução de crédito não tributário, incidem as previsões do art. 4º da Lei Estadual n. 21.735/2015.

5ª) A prescribibilidade, ou não, de ações de ressarcimento de prejuízos ao erário, notadamente por ato de improbidade administrativa, será objeto de decisão pelo STF, em sede de repercussão geral, no RE 852.475. Esta situação, aliada aos princípios que regem a atuação administrativa, recomenda a adoção tempestiva das medidas para reparação do dano ao erário, como salientado no primeiro item, acima.

PARECER 15.998/18:

É de cinco anos, a contar da publicação do ato ou da percepção do primeiro pagamento, o prazo decadencial para a Administração Pública anular ato eivado de vício que o torne ilegal, do qual decorram efeitos favoráveis ao interessado, nos termos do art. 65, caput e § 2º, da Lei Estadual n. 14.184/2002, ressalvada a má-fé e hipótese de ato administrativo que viole diretamente o texto constitucional, que não se convalida pelo decurso do tempo, conforme entendimento já adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, atentando-se para o que vier a ser fixado pelo Supremo Tribunal Federal no Tema de repercussão geral n. 839, devendo-se observar, ainda, o disposto no art. 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, incluído pela Lei n. 13.655/2018. Atos de concessão de aposentadoria e pensão têm regra diferenciada para o termo inicial da fluência do prazo decadencial, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual a decadência não se consuma no período compreendido entre o ato administrativo concessivo de aposentadoria ou pensão e o julgamento de sua legalidade pela Corte de Contas, vez que o ato de concessão da aposentadoria é juridicamente complexo, que se aperfeiçoa apenas com o registro na Corte de Contas. A Administração Pública não decai do direito de rever ato apenas formalmente administrativo, de natureza enunciativa, que, por si só, não crie, extinga ou modifique direito, limitando-se a certificar ou a atestar um fato ou a emitir uma opinião acerca de determinado assunto, sem carga decisória e sem nenhum efeito jurídico próprio, conforme fixado no Parecer AGE n. 15.750/2016. Revisto ato administrativo formalmente editado, comissivo, único e de efeitos concretos e permanentes, no prazo decadencial, exsurge a questão da devolução de valores percebidos indevidamente pelo servidor. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em considerar de boa-fé o recebimento de valores, por servidor público, em decorrência de erro ou equivocada interpretação da lei pela Administração Pública, sem intervenção do interessado, hipótese em que, em virtude do princípio da confiança legítima, da expectativa legítima criada, de regra, tem-se caracterizada sua boa-fé objetiva, afastando-se o dever de devolução dessas parcelas, salvo a partir do momento em que tomou conhecimento da ilegalidade do ato. Ao que se soma o entendimento do Supremo Tribunal Federal no MS 25.641: A reposição, ao erário, dos valores percebidos pelos servidores torna-se desnecessária, quando concomitantes os seguintes requisitos: “i] presença de boa-fé do servidor; ii] ausência, por parte do servidor, de influência ou interferência para a concessão da vantagem impugnada; iii] existência de dúvida plausível sobre a interpretação, validade ou incidência da norma infringida, no momento da edição do ato que autorizou o pagamento da vantagem impugnada; iv] interpretação razoável, embora errônea, da lei pela Administração.” Ainda que se trate de erro puramente operacional, a avaliação deve ser feita individualmente, à vista de situações concretas, que podem denotar, ou não, erros aberrantes, extremos, podendo ficar evidenciado, nestas hipóteses de erro - aberrantes, extremos-, a má-fé de

quem recebe os valores, diante da clareza da irregularidade do pagamento, completamente destoante dos direitos funcionais do servidor público, a chamar a atenção deste quanto à irregularidade. De qualquer modo, a má-fé não se presume. (Parecer AGE 16.012, (1199375). Em sendo caracterizada má-fé por parte do servidor, mediante processo administrativo próprio, respeitado o devido processo legal, impõe-se o dever de devolução. Sobre devolução de valores percebidos por servidor público em virtude de provimento judicial precário, ver Parecer AGE n. 15.845, de 2017, cuja conclusão é a seguinte: O ressarcimento de valores recebidos em virtude de decisão judicial posteriormente reformada é possível em determinadas hipóteses, sendo necessária, em cada caso, a análise da configuração da boa-fé. A devolução deverá ser efetuada mediante desconto em folha, precedido do respectivo processo administrativo, observadas as garantias da ampla defesa e contraditório, dispensada a anuência do servidor interessado. Sob a perspectiva do beneficiário de ato administrativo comissivo da Administração Pública, tem ele o prazo prescricional de cinco anos para pleitear sua revisão (prescrição do fundo de direito), com fundamento no Decreto n. 20.910/1932, a contar do momento em que ocorrer a lesão a seu direito, a exemplo do exaurimento da via administrativa, em caso de ter sido instaurado processo administrativo. Ressalvam-se as relações jurídicas de trato sucessivo, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, não havendo ato único de efeito concreto e permanente, hipótese em que a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação, conforme verbete da Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça. Entendimento que se adota analogamente para hipótese de erro com pagamentos equivocados em favor de servidor, não se sujeitando ao prazo decadencial por ausência de ato administrativo formal de concessão de direito ou vantagem, renovando-se mês a mês o poder-dever de a Administração Pública atuar para buscar a invalidação, sem prejuízo da configuração da boa-fé do servidor. Há prazos prescricionais próprios para imposição de sanções disciplinares a servidores públicos. Quanto à indagação sobre a responsabilização do agente público pela concessão indevida de benefício remuneratório e/ou taxação, ratifica-se o entendimento pela necessidade de apuração individualizada, a fim de verificar se a conduta tida como irregular configura ação ou omissão definida como infração disciplinar ou se subsume a alguma das hipóteses definidas como ato de improbidade administrativa, para, então, em procedimento próprio, apurar eventual responsabilidade, com imposição do dever de ressarcimento dos valores pagos indevidamente, observando-se, em qualquer caso, as recomendações constantes no Parecer AGE nº 15.851 e na Nota Jurídica AGE nº 4.788 no que tange à prescritibilidade da ação de ressarcimento de dano ao erário, além de atentar-se para os termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, incluído pela Lei n. 13.655, de 2018.

29. Com efeito, a posição consolidada da AGE acerca da matéria é no sentido de prevalência do Decreto nº 20.910/32 sobre a lei civil, observando-se o princípio da especialidade, bem como a isonomia, que é o

princípio que fundamenta a orientação jurisprudencial dos Tribunais Superiores: as mesmas regras para Fazenda Pública, como devedora ou credora de uma situação jurídica.

III - O ADVENTO DA ALTERAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL PELA MP 1.040/2021

30. A presente consulta é originária da alteração no Código Civil Brasileiro, com a inclusão do art. 206-A pela Medida Provisória nº 1.040/2021: Art. 206-A. A prescrição intercorrente observará o mesmo prazo de prescrição da pretensão.

31. A alteração, presume-se, veio em virtude de o Código de Processo Civil de 2015 ter previsto a prescrição intercorrente no processo de execução, a qual deixa de se restringir às Execuções Fiscais, nos termos do art. 40, § 4º, da Lei nº 6.830/80.

32. Dispõe o art. 921 do NCPC:

Art. 921. Suspende-se a execução:

I - nas hipóteses dos arts. 313 e 315, no que couber;

II - no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução;

III - quando o executado não possuir bens penhoráveis;

IV - se a alienação dos bens penhorados não se realizar por falta de licitantes e o exequente, em 15 (quinze) dias, não requerer a adjudicação nem indicar outros bens penhoráveis;

V - quando concedido o parcelamento de que trata o art. 916.

§ 1º Na hipótese do inciso III, o juiz suspenderá a execução pelo prazo de 1 (um) ano, durante o qual se suspenderá a prescrição.

§ 2º Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano sem que seja localizado o executado ou que sejam encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º Os autos serão desarquivados para prosseguimento da execução se a qualquer tempo forem encontrados bens penhoráveis.

§ 4º Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem manifestação do exequente, começa a correr o prazo de prescrição intercorrente.

§ 5º O juiz, depois de ouvidas as partes, no prazo de 15 (quinze) dias, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição de que trata o § 4º e extinguir o processo.

33. A previsão do § 4º do art. 921 do NCPC induz à indagação sobre qual seria o prazo de prescrição intercorrente, situação com potencial para gerar discussões. Daí, ao nosso ver, vir a resposta mediante expressa previsão legal: o mesmo prazo de prescrição da pretensão, alinhando-se à norma

já existente no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, o art. 190 do Código Civil: a exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão.

III.1. OS FUNDAMENTOS DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ E DO STF: SEGURANÇA JURÍDICA E USO DOS TERMOS PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA.

34. O STF, ao estabelecer a prescritibilidade como regra, acaba por afirmar a dupla função da prescrição, como

“exigência dos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal, o qual, em seu sentido material, deve garantir efetiva e real proteção contra o exercício do arbítrio, com a imposição de restrições substanciais ao poder do Estado em relação à liberdade e à propriedade individuais, entre as quais a impossibilidade de permanência infinita do poder persecutório do Estado.” (Item 1 da Ementa do julgamento do RE nº 636.886)

35. Contudo, a mesma Corte Suprema adverte no sentido de não se admitir que o instrumento para conferir eficácia ao direito à ampla defesa e ao contraditório, com os meios a eles inerentes, na forma do art. 5º, da CR/88, converta essa finalidade constitucional em estratégia de defesa para alcançar a prescrição, o que seria um contrassenso:

1. As questões suscitadas no recurso extraordinário encontram-se preclusas, haja vista que a jurisprudência da Corte é assente no sentido de ser incabível recurso extraordinário contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça no qual se suscite questão resolvida na decisão de segundo grau.

2. Ainda que assim não fosse, segundo o entendimento da Corte, a consumação do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137/1990 somente se verifica com a constituição do crédito fiscal, começando a correr, a partir daí, a prescrição (HC 85.051/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Veloso, DJ de 1º/7/05). Esse entendimento encontra-se cristalizado no enunciado Súmula Vinculante 24 da Corte.

3. É ilógico permitir que a prescrição seguisse seu curso normal no período de duração do processo administrativo necessário à consolidação do crédito tributário. Se assim fosse, o recurso administrativo, por iniciativa do contribuinte, serviria mais como uma estratégia de defesa para alcançar a prescrição com o decurso do tempo do que a sua real finalidade, que é, segundo o Ministro Sepúlveda Pertence, propiciar a qualquer cidadão questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório de determinado tributo (HC 81.611/DF, Tribunal Pleno, DJ de 13/5/05).

4. Agravo regimental a que se nega provimento. [ARE 1.031.806 AgR, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T, j. 30-6-2017, DJE 177 de 14-8-2017.]

36. Postos esses termos, e sem embargo de certas incongruências na utilização dos institutos (um pelo outro - decadência por prescrição)

em leis e atos infralegais, bem como pela própria jurisprudência dos tribunais, mas considerando que, mais que a denominação, impõe-se aplicar o instituto, conforme o ordenamento jurídico vigente, notadamente a partir do Código Civil de 2002[3], cuja distinção doutrinária é rica e determina o sentido de cada um, aliada ao disposto no Decreto-lei nº 20.910/32 e na própria lei estadual que deverá ser alterada[4], prosseguimos para acrescer a leitura feita pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE nº 636.886[5], em que se fixou a tese de que é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas - que auxilia nossa construção.

37. Concluimos com a visão do Ministro Gilmar Mendes que, de olhos postos na Lei Orgânica do TCU, que envolvia a questão sob julgamento, e se valendo do disposto na Lei Federal nº 9.783/99 e no art. 23, III, da Lei de Improbidade Administrativa, assevera que “interpretando sistematicamente o ordenamento jurídico, é seguro afirmar a existência de prazos decadencial (prescricional punitivo impróprio) e prescricional quinquenais, salvo em se tratando de fato que também constitua crime” para fazer a distinção entre prazo decadencial e prescricional, valendo citar seus fundamentos que se harmonizam - parcialmente - com a posição da Consultoria Jurídica e com a Lei Estadual nº 21.735/2015, pelo menos no que conduz às mesmas consequências práticas:

Por oportuno, registro a incidência de prazos diferenciados a depender da fase fiscalizatória em que se encontre o fato que cause prejuízo ao erário. Primeiro, há prazo decadencial (prescricional punitivo, nos termos da lei) quinquenal entre a data da prestação de contas e o início da fase preliminar de tomada de contas especial (citação ou notificação do interessado ou responsável pela prestação de contas na fase preliminar de tomada de contas pelos órgãos internos ou externos), com a observância de causas de interrupção (retificação da prestação de contas pelo responsável) e de suspensão (enquanto durar a fiscalização preliminar realizada pelo controle interno do Ente Público, diante da inexistência de inércia estatal na averiguação do fato). Pela obviedade, em se tratando de ato de fiscalização prévia (controle externo preventivo), sequer existe a inércia estatal a justificar o início de qualquer decurso de tempo.

Secundariamente, uma vez iniciada a tomada de contas pelo órgão de controle interno ou externo, de forma preliminar, em decorrência de ser causa interruptiva legal, reinicia-se novo prazo decadencial (prescricional punitivo) até a decisão condenatória recorrível pelo Tribunal de Contas.

(...)

Terceiro, a contar da decisão final do Tribunal de Contas, inicia-se prazo prescricional (próprio) para ajuizamento da correspondente ação de execução.

(...)

Sendo obrigação constitucional e legal, a prestação de contas, que descreva pormenorizadamente a forma e o modo que foram geridos os recursos públicos, inaugura o prazo decadencial (prescricional punitivo) de apuração do ato ilícito que tenha causado prejuízo ao erário, o qual resta interrompido pela retificação das informações prestadas, reiniciando o cômputo do prazo por inteiro. Existindo fiscalização prévia das contas prestadas (que não se confunde com a tomada de contas especial), no exercício do controle interno pelo Poder Público (órgão concedente), há a suspensão do prazo punitivo. Finalizada a análise prévia pelo Poder Público, passa-se à tomada de contas pelo órgão de controle interno ou externo, de forma preliminar, sendo causa de interrupção do prazo decadencial (prescricional punitivo) até a decisão condenatória recorrível pelo Tribunal de Contas.

(...)

Assim, nos termos do § 1º do art. 10 da Lei 8.443/1992, a “notificação ou citação do indiciado ou acusado” importa interrupção do prazo decadencial de fiscalizar as contas prestadas (art. 2º, I, da Lei 9.873/1999).

De outra banda, não sendo prestadas as contas, sequer o prazo decadencial (prescricional punitivo) se inicia, por se tratar de descumprimento de obrigação constitucional. Assim, enquanto persistir o ato omissivo inconstitucional, a fiscalização poderá ocorrer independentemente do tempo transcorrido entre a prática do ato ilícito e o início da fiscalização. Nessa situação omissiva, apenas iniciará o cômputo decadencial com o início da tomada de contas especial pelo controle interno ou externo.

No passo seguinte, ultrapassada a fase preliminar, reinicia o cômputo do prazo punitivo que deve ser observado pelos órgãos de controle interno e/ou externo na tomada de contas especial.

(...)

Por fim, assento que incide o lustro prescricional (próprio) nos casos de ressarcimento ao erário decorrente de decisão das Cortes de Contas, a contar da finalização da tomada de contas especial até o ajuizamento da correspondente ação civil (ação de execução). Assim, uma vez encerrada a fase administrativo fiscalizatória (art. 19 e art. 23, III, “b”, c/c art. 24, todos da Lei 8.443/1992), o Poder Público possui o prazo de cinco anos para ajuizar a correspondente ação de ressarcimento, sob pena de restar fulminada a prescrição executória própria. Por conseguinte, há, em regra, prazos quinquenais diferenciados a depender da fase fiscalizatória em que se encontre o fato que cause prejuízo ao erário: fase administrativo-fiscalizatória (prazo decadencial ou prescricional punitivo) e fase executória (prazo prescricional próprio), observadas as causas suspensivas ou interruptivas dos cômputos. [3] (destaques parcialmente nossos)

38. No momento, tramita, administrativamente, novo projeto de lei para prever a prescrição intercorrente no curso de processos administrativos no âmbito Estado, como salientado acima, excluídos da previsão os processos tributários administrativos.

39. A AGE está participando das discussões a respeito dessa proposta, salientando que o Estado vem obtendo êxito judicialmente, principalmente a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que se posiciona no sentido da aplicação do Decreto nº 20.910/32, em não havendo lei local.

40. O STJ afasta a incidência da regra prevista na Lei Federal nº 9.783/99, bem como as normas do Código Civil:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MULTA. PODER DE POLÍCIA. BACEN. PRESCRIÇÃO. DECRETO 20.910/1932. LEI 9.873/99. SÚMULAS 7, 83, 282/STJ.

1. Trata-se, na origem, de Embargos à Execução para declarar extinta Ação de Execução Fiscal promovida pela União que cobrava crédito não tributário (multa administrativa) de R\$ 155.278,42 (cento e cinquenta e cinco mil, duzentos e setenta e oito reais, quarenta e dois centavos) (...)

2. A sentença julgou a ação parcialmente procedente para pronunciar a decadência do direito de lançar as multas relativas às operações realizadas em 1989, 1990, 1992 e 1993, autorizando o prosseguimento da execução apenas do crédito relativo à operação efetuada em 23.8.1995. (...)

7. Quanto ao prazo prescricional para a cobrança das multas impostas pela Administração Pública em razão do seu poder de polícia, há entendimento firmado no STJ de que às infrações praticadas antes da Lei 9.873/1999, quando não existia prazo decadencial para o exercício do poder de polícia por parte da Administração Pública Federal, deve-se aplicar por analogia a prescrição quinquenal do art. 1º do Decreto 20.910/1932, como o fez a Primeira Seção no que concerne às multas ambientais quando julgou os Temas 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330 e 331 (REsp 1.115.078/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 24/3/2010, DJe 6/4/2010).

8. Por tratar-se de multa de natureza administrativa infligida pelo Bacen, a prescrição rege-se pelo disposto no Decreto n. 20.910/32, não sendo aplicável ao caso dos autos o art. 174 do CTN ou o Código Civil. Precedentes: REsp 1.268.036/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 16/9/2014, DJe 9/12/2014; REsp 1.099.647/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 15/6/2010, DJe 1/7/2010; REsp 840.111/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 2/6/2009, DJe 1/7/2009; REsp 1.088.405/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 5/3/2009, DJe 1/4/2009; REsp 758.386/DF, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 14/2/2006, DJ 6/3/2006, p. 220; REsp 380.006/RS, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Primeira Seção, julgado em 10/12/2003, DJ 7/3/2005, p. 134. (...) (REsp 1740185/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 16/11/2018)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. MULTA ADMINISTRATIVA. PROCON. PRESCRIÇÃO. INAPLICABILIDADE DA LEI 9.873/99 ÀS AÇÕES ADMINISTRATIVAS PUNITIVAS PROPOSTAS POR ESTADOS E MUNICÍPIOS. APLI-

CAÇÃO DO DECRETO 20.910/32. PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA INTERCORRENTE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

(...)II. Na origem, trata-se de Ação Anulatória, ajuizada pela parte recorrida em face do Estado do Paraná, objetivando a declaração de nulidade da multa imposta pelo PROCON/PR, aplicada em decorrência de reclamação de consumidores. A sentença julgou procedente o pedido, para declarar a inexistência da multa aplicada pelo PROCON/PR, em razão da prescrição intercorrente verificada no processo administrativo. O acórdão do Tribunal de origem manteve a sentença, por diverso fundamento, em face da aplicação do prazo quinquenal da previsão sancionatória previsto no art. 1º do Decreto 20.910/32.

III. Na forma da jurisprudência desta Corte, firmada no julgamento do Recurso Especial 1.115.078/RS, sob a sistemática dos recursos repetitivos, a Lei 9.873/99 - cujo art. 1º, § 1º, prevê a prescrição intercorrente - não se aplica às ações administrativas punitivas desenvolvidas por estados e municípios, pois o âmbito espacial da aludida Lei limita-se ao plano federal, nos termos de seu art. 1º. No ponto, cabe ressaltar que o referido entendimento não se restringe aos procedimentos de apuração de infrações ambientais, na forma da pacífica jurisprudência do STJ. (AgInt no REsp 1.608.710/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 28/08/2017; AgRg no AREsp 750.574/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 13/11/2015).

IV. O art. 1º do Decreto 20.910/32 regula a prescrição quinquenal, sem nada dispor sobre a prescrição intercorrente. Nesse contexto, diante da impossibilidade de conferir interpretação extensiva ou analógica às regras atinentes à prescrição e da estrita aplicabilidade da Lei 9.873/99 ao âmbito federal, descabida é a fluência da prescrição intercorrente no processo administrativo estadual de origem, em face da ausência de norma autorizadora.

V. Consoante a pacífica jurisprudência do STJ, “o art. 1º do Decreto 20.910/1932 apenas regula a prescrição quinquenal, não havendo previsão acerca de prescrição intercorrente, apenas prevista na Lei 9.873/1999, que, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não se aplica às ações administrativas punitivas desenvolvidas por Estados e Municípios, em razão da limitação do âmbito espacial da lei ao plano federal”. (STJ, REsp 1.811.053/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/09/2019). No mesmo sentido: STJ, AgInt no REsp 1.609.487/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 23/02/2017; AgRg no REsp 1.513.771/PR, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 26/04/2016.

VI. Agravo interno improvido. (AgInt nos EDcl no REsp 1893478/PR, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2020, DJe 18/12/2020) (Negritos e sublinhados nossos)

41. A partir da firme orientação jurisprudencial, a Consultoria Jurídica veio se posicionando acerca da inexistência de regra jurídica estadual dispondo sobre “prescrição intercorrente”, bem como sobre a invia-

bilidade jurídica de incidência, no âmbito estadual, da Lei Federal nº 9.873/99, respeitando-se a autonomia política e legislativa do Estado, sua capacidade de se auto-organizar e normatizar, estabelecendo regras próprias sobre o poder ordenador, de imposição de sanções e de cobrança dos créditos daí advindos.

42. O mesmo raciocínio jurídico se faz agora, com a previsão da prescrição intercorrente no Código Civil.

43. Vale salientar, afinal, para hipóteses de processos administrativos de constituição de créditos de natureza não tributária do Estado, como previsto no Decreto Estadual nº 46.668/2014, a abertura à ampla defesa constitui exigência constitucional. Assim, somente após assegurado tal direito é que se confirma, ou não, a sanção administrativa aplicada. Entretanto, quando se trata de sanção de multa, esta não goza de autoexecutoriedade. O recebimento da receita pública derivada da multa, se não paga voluntariamente, depende do procedimento previsto em lei (Lei 6.830/80) e do concurso do Poder Judiciário (heteroexecutoriedade do ato).

44. Sabido que há peculiaridades a serem consideradas. Por exemplo, no âmbito do direito disciplinar. O STJ já enfrentou esse aspecto também:

1. O recorrente alega que foi apurado, no IPM n. 40BPMI 013-1406, que, no período compreendido entre 28 de dezembro de 2005 e 21 de outubro de 2006, ele teria tomado parte no gerenciamento de atividade comercial de pessoa jurídica; argumenta que tal apuração se deu através da colheita de informações no e-mail corporativo do recorrente. Sustenta a ocorrência de prescrição intercorrente da pretensão punitiva estatal e a ilicitude das provas que escoram o Conselho de Justificação, em razão de violação desautorizada dos e-mails do recorrente.

2. A Lei Federal n. 5.836/72 apenas delimita o prazo prescricional de 6 (seis) anos para desate do Conselho de Justificação, a ser verificado entre a data da prática do ato transgressional e a da instauração do procedimento. Trata-se, pois, da prescrição extintiva propriamente dita, que não se confunde com a prescrição intercorrente.

3. A prescrição intercorrente tem como pressuposto a inércia do ente público, que deliberadamente deixa de praticar atos necessários ao deslinde do procedimento, retardando de modo injustificado seu lapso temporal. A demora não ocorreu por inércia da Administração, mas por longo debate travado no âmbito do Poder Judiciário. No período entre 4/6/2009 e 12/8/2014, o Conselho de Justificação permaneceu suspenso por decisão judicial monocrática, no Recurso em Mandado de Segurança n. 28.567/SP. Não houve, portanto, desídia da Administração. (RMS 48.665/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 05/02/2016)

45. Nesta última decisão, vê-se tratar de situação distinta daquelas relativas à apuração de sanções pecuniárias, porque não há a necessidade de constituição da sanção disciplinar para posterior aplicação. O processo é de aplicação mesmo da penalidade, garantindo-se o direito de defesa, com a autoexecutoriedade ao final do processo, o que repercute sobre o termo inicial do cômputo do prazo prescricional; sem implicações, contudo, no que concerne à prescrição intercorrente.

III - CONCLUSÃO

46. Opina-se por manter a posição consolidada da Consultoria Jurídica da AGE, consentânea com o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, de prevalência das regras do Decreto-Lei nº 20.910/32 sobre as do Código Civil Brasileiro, na matéria prescrição e decadência, inclusive sobre prescrição intercorrente, prevista no recém inserto art. 206-A, em atenção ao princípio da especialidade do Decreto-Lei de 1932, a teor do disposto no art. 2º, § 2º da LINDB, bem como ao princípio da isonomia.

47. A ocorrência da prescrição intercorrente no âmbito dos processos administrativos no Estado somente poderá ser admitida desde que e se sobrevier a publicação de lei estadual com previsão nesse sentido (havendo tramitação de minuta de Projeto de Lei sobre a matéria).

48. No que diz respeito à prescrição intercorrente no âmbito do Processo Judicial, a “Fazenda Pública” se sujeitará à sua ocorrência, posto haver previsão no art. 921, §§ 1º e 4º, do Código de Processo Civil em vigor, parecendo-nos seguro entender pela prescrição intercorrente no prazo de cinco anos, que é o previsto no art. 1º do Decreto nº 20.910/32, o qual prevalece sobre a lei civil, pelos princípios da especialidade e também da isonomia, como exposto, observando-se, quanto mais e no que couber, as disposições deste.

49. À consideração superior.

NILZA APARECIDA RAMOS NOGUEIRA

Procuradora do Estado de Minas Gerais

De acordo.

WALLACE ALVES DOS SANTOS

Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica

[1] Conferir: ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil*: parte geral. Salvador: JusPodivm, 2017. p.737.

[2] Conferir entendimento do STJ que culminou na edição do enunciado de Súmula 467. O Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2010, publicou a Súmula 467, segundo a qual prescreve em cinco anos, contados do término do processo administrativo, a pretensão da Administração Pública de promover a execução da multa por infração ambiental. (Súmula 467, 1ª Seção, julgado em 13/10/2010, DJe 25/10/2010). A base do enunciado desta súmula é o princípio da *actio nata*. Ou seja, começa a fluir o prazo prescricional para o exercício da pretensão com o conhecimento da ocorrência da lesão ao direito pelo seu titular, numa vertente que privilegia a boa-fé. Em se tratando de créditos não tributários decorrentes de multas administrativas e, portanto, de uma sanção, é exigido o devido processo legal com os meios e recursos a ele inerentes para sua constituição. Portanto, é impossível ter-se como ocorrida a lesão ao direito antes de findo o processo administrativo de confirmação da aplicação da penalidade, do valor da multa a ser paga e ocorrido o inadimplemento. Daí a dificuldade do estabelecimento da “prescrição intercorrente” nos processos administrativos estaduais de tal natureza.

[3] A respeito, consistente estudo de Agnelo Amorim Filho: AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961. Estudo que se mantém atualizado e é tomado em consideração: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: parte geral e LINDB. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 735.

[4] Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343546769&ext=.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2021.

[5] Acórdão disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?se-qobjetoincidente=4046531>>. Acesso em: 05 jan 2021.

PROCEDÊNCIA: SECRETARIA DE ESTADO DE GOVERNO

Interessada: Reitora da Universidade do Estado de Minas Gerais

Número: 6.241

Data: 3 de janeiro de 2023

Classificação Temática: Competência administrativa. Atos administrativos/ato normativo/decreto.

Ementa: DIREITO PÚBLICO. DECRETO DE EXONERAÇÃO E DISPENSA DE CARGOS EM COMISSÃO. ALCANCE. UNIVERSIDADES PÚBLICAS ESTADUAIS. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. ART. 207 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Referências normativas: art. 206, incs. II, III e VI e art. 207 da Constituição Federal/1988; art. 199 da Constituição do Estado de Minas Gerais; arts. 53, 54, 55 e 56 da Lei federal nº 9.394/1996; arts. 12 e 17 da Lei estadual nº 11.539/1994; art. 1º da Lei estadual nº 11.517/1994; Decretos estaduais nº 45.799/2011, nº 46.352/2013 e nº 48.563/2023.

NOTA JURÍDICA

1. Trata-se de consulta remetida a esta Advocacia-Geral do Estado pelo Exmo. Senhor Secretário de Estado de Governo a respeito do pleito da Magnífica Reitora da Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG, formulado por meio do Ofício UEMG/GABREITOR nº 677/2022 (58546386), no sentido de não ser estendida à Universidade a aplicação de decreto de exonerações e dispensas gerais de cargos em comissão da Administração Pública direta e indireta do Estado.

2. Ao processo foram anexados o histórico de e-mails trocados no ano de 2019 entre a Secretaria de Estado de Educação, a Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão, esta Advocacia-Geral do Estado e a UEMG, que revelam a não sujeição da universidades estaduais aos Decretos nº 47.606/2018 e nº 47.608/2019, haja vista a existência de normativos específicos que atribuíam competência para nomeação de cargos comissionados, no caso da UEMG e da Unimontes, a seus Reitores (docs. SEI 58576313, 58547025 e 58547106), bem como Despacho interno do Gabinete da Secretaria de Estado de Educação, datado de 2 de janeiro de 2023, remetendo o pleito da UEMG à Subsecretaria de Ensino Superior - SU, não havendo, até o momento, juntada de resposta.

3. Em suma, este o relatório.

4.O Governador do Estado optou, no início de seu segundo mandato, por promover, de forma geral, a exoneração e a dispensa dos servidores ocupantes de cargos de provimento em comissão das secretarias de Estado, dos órgãos autônomos, das autarquias e das fundações da Administração Pública do Poder Executivo, o que foi levado à efeito pelo Decreto nº 48.563, de 1º de janeiro de 2023.

5.Os arts. 1º e 2º do Decreto delimitam o âmbito de abrangência do normativo:

“Art. 1º – Ficam exonerados e dispensados os servidores ocupantes de cargos de provimento em comissão que:

I – integram o Grupo de Direção e Assessoramento da Administração direta do Poder Executivo, denominado DAD, de nível 1 a 12, de que trata a Lei Delegada nº 174, de 26 de janeiro de 2007, inclusive os que tenham sido nomeados ou designados para responder por chefia ou direção de unidade administrativa da estrutura básica de secretaria de Estado e de órgão autônomo, incluindo aquelas definidas em decreto;

II – integram o Grupo de Direção e Assessoramento da Administração autárquica e fundacional do Poder Executivo, denominado DAI, de nível 1 a 40, de que trata a Lei Delegada nº 175, de 26 de janeiro de 2007, inclusive os que tenham sido nomeados ou designados para responder por chefia ou direção de unidade administrativa da estrutura básica de autarquias e fundações, incluindo aquelas definidas em decreto;

III – integram o Quadro Específico de Cargos de Provimento em Comissão constante do Anexo I da Lei nº 6.762, de 23 de dezembro de 1975.

Parágrafo único – A dispensa e a exoneração de que trata o caput aplicam-se:

I – à Gratificação Temporária Estratégica de que tratam as Leis Delegadas nºs 174 e 175, de 2007;

II – ao ocupante de cargo de provimento em comissão, denominado DAI, nomeado ou designado por ato do titular das autarquias e fundações, nos termos de decreto específico.

Art. 2º – A exoneração e a dispensa de que trata o art. 1º não se aplicam:

I – à servidora gestante ocupante de cargo de provimento em comissão, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, nos termos da alínea “b” do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República;

II – aos ocupantes de cargo de provimento em comissão para os quais a legislação preveja mandato;

III – aos servidores ocupantes de cargos de provimento em comissão que estejam em exercício nos seguintes órgãos autônomos ou entidades:

- a) Advocacia-Geral do Estado – AGE;
- b) Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais – CBMMG;
- c) Gabinete Militar do Governador – GMG;
- d) Polícia Civil do Estado de Minas Gerais – PCMG;
- e) Polícia Militar de Minas Gerais – PMMG;

- f) Consultoria Técnico-Legislativa;
- g) Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais – Fhemig;
- h) Fundação Ezequiel Dias – Funed;
- i) Fundação Centro de Hematologia e Hemoterapia do Estado de Minas Gerais – Hemominas;
- j) Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais – IPSM;
- k) Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais – Ipsemg; IV – aos servidores ocupantes de cargos de provimento em comissão que estejam em exercício nas seguintes unidades administrativas:
 - a) Assessoria de Comunicação do Governador e Secretaria Executiva, ambas da Secretaria-Geral – SG;
 - b) Subsecretaria de Comunicação Social e Eventos da SG e unidades subordinadas;
 - c) Subsecretaria de Planejamento e Orçamento, Subsecretaria de Gestão de Pessoas, Centro de Serviços Compartilhados e Coordenadoria Especial da Cidade Administrativa, todos da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão – Seplag, e unidades subordinadas;
 - d) Diretoria Central de Atendimento Presencial da Subsecretaria de Governança Eletrônica e Serviços da Seplag;
 - e) Superintendência Central de Atos e Superintendência de Imprensa Oficial, ambas da Secretaria de Estado de Governo, e unidades subordinadas;
 - f) Subsecretaria da Receita Estadual e Subsecretaria do Tesouro Estadual, ambas da Secretaria de Estado de Fazenda, e unidades subordinadas;
 - g) Diretoria de Contabilidade, Orçamento e Finanças e Superintendência de Planejamento e Finanças, ambas da Subsecretaria de Administração da Secretaria de Estado de Educação – SEE;
 - h) Diretoria de Gestão de Contratos e Convênios e Superintendência de Aquisições, Patrimônio e Alimentação Escolar, ambas da Subsecretaria de Administração da SEE;
 - i) Superintendência de Infraestrutura e Logística da Subsecretaria de Administração da SEE e unidades subordinadas;
 - j) Subsecretaria de Gestão de Recursos Humanos da SEE e unidades subordinadas;
 - k) Diretorias de Pessoal, Diretorias Administrativas e Financeiras e Superintendências Regionais de Ensino de Porte I e II, todas da Subsecretaria de Articulação Educacional da SEE;
 - l) Superintendência de Políticas Pedagógicas da Subsecretaria de Desenvolvimento da Educação Básica da SEE e unidades subordinadas;
 - m) Diretoria de Avaliação dos Sistemas Educacionais, Superintendência de Avaliação Educacional, Coordenadoria de Ensino, Escola de Formação e Desenvolvimento Profissional e de Educadores, todas da Subsecretaria de Desenvolvimento da Educação Básica da SEE;
 - n) Hospital Universitário Clemente de Faria da Universidade Estadual de Montes Claros;

- o) Subsecretaria de Atendimento Socioeducativo da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública – Sejusp e unidades subordinadas;
 - p) Superintendência de Apoio à Gestão Alimentar e Superintendência de Infraestrutura e Logística, ambas da Subsecretaria de Gestão Administrativa, Logística e Tecnologia da Sejusp, e unidades subordinadas;
 - q) Departamento Penitenciário de Minas Gerais da Sejusp;
 - r) Subsecretaria de Regulação do Acesso a Serviços e Insumos de Saúde e Subsecretaria de Vigilância em Saúde, ambas da Secretaria de Estado de Saúde, e unidades subordinadas;
 - s) Superintendência de Proteção Social Especial da Subsecretaria de Assistência Social da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social e unidades subordinadas;
 - t) unidades de recursos humanos das secretarias de Estado, dos órgãos autônomos, das autarquias e das fundações do Poder Executivo;
- V – aos servidores nomeados ou designados para responder pela chefia das seguintes unidades administrativas:
- a) subsecretarias das secretarias de Estado;
 - b) gabinetes das secretarias de Estado, dos órgãos autônomos, das autarquias e das fundações do Poder Executivo;
 - c) diretorias e secretarias de escolas da SEE;
 - d) unidades regionais dos órgãos da Administração Pública direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo.” - g.n.

6. A questão que se coloca, sobretudo em virtude do disposto no inciso II do parágrafo único do art. 1º do Decreto nº 48.563/2023, é se o decreto abarcaria igualmente os cargos comissionados dos quadros das universidades estaduais, que não foram, diferentemente das diretorias e secretarias de escolas da SEE, excepcionadas no art. 2º.

7. Consoante apontado na consulta, as universidades estaduais possuem, na lei, em decretos e em seus estatutos/regimentos, disposições específicas quanto à forma e à competência de nomeação de seus cargos em comissão, determinando a seus Reitores a prática dos atos. Ao Governador, compete, por seu turno, a nomeação dos Reitores e Vice-Reitores, a partir de lista tríplice formada por colegiado.

8. A Lei nº 11.539, de 22 de julho de 1994, que rege a Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG, estabelece:

“Art. 12. O Reitor e o Vice-Reitor da UEMG serão nomeados pelo Governador do Estado e escolhidos entre os indicados em lista tríplice elaborada por colégio eleitoral definido no estatuto da universidade, para mandato de 4 (quatro) anos contados da data da posse.

Parágrafo único. Após a absorção das fundações educacionais optantes, somente poderão candidatar-se aos cargos referidos neste artigo professores pertencentes ao corpo docente da Universidade. Art. 14. As Pró-Reitorias

de Ensino, de Pesquisa e Extensão, de Planejamento e de Administração e Finanças são unidades de coordenação, execução e assessoramento superior, subordinadas à Reitoria da Universidade.

§ 1º — Os titulares das Pró-Reitorias serão nomeados e empossados pelo Reitor, escolhidos entre pessoas qualificadas para o exercício das funções.

§ 2º — Após a absorção das fundações educacionais optantes, somente poderão candidatar-se aos cargos referidos neste artigo professores pertencentes ao corpo docente da Universidade. (...)

Art. 17. A direção executiva de cada campus universitário será exercida por titular nomeado e empossado pelo Reitor, escolhido entre os indicados em lista tríplice elaborada por colégio eleitoral, nos termos do estatuto. Parágrafo único. Os candidatos aos cargos de que trata o artigo deverão pertencer ao corpo docente da Universidade.” - g.n.

9. Complementando, o Decreto nº 46.352, de 2013, aprova o estatuto da UEMG versando que:

“Art. 28. O Reitor e o Vice-Reitor serão nomeados pelo Governador do Estado, escolhidos entre os indicados em lista tríplice de docentes da UEMG votada pelo Colégio Eleitoral na forma, peso e proporção estabelecidos no Regimento Geral.

§ 1º O Colégio Eleitoral é integrado pelo Conselho Universitário, Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão e pelos corpos docente, discente e técnico-administrativo.

§ 2º A votação, por escrutínio secreto, será processada da seguinte forma:

I – cada eleitor votará em cédula única, na qual deverá assinalar a chapa de sua preferência, vedada a indicação de mais de uma chapa, sob pena de nulidade do voto;

II – não serão permitidos votos cumulativos, nem por procuração;

III – integrarão a lista tríplice as três chapas que obtiverem o maior número de votos dos membros do Colégio Eleitoral.

§ 3º A relação de chapas, pela ordem decrescente dos votos obtidos, será encaminhada ao Governador do Estado até sessenta dias antes de extinto o mandato do Reitor em exercício ou, nos demais casos de vacância, dentro dos trinta dias subsequentes ao surgimento da vaga.

§ 4º Os mandatos do Reitor e do Vice-Reitor serão de quatro anos, contados da posse, permitido o exercício de até dois mandatos consecutivos, mediante reeleição.

Art. 30. São atribuições do Reitor:

I – exercer a direção superior da Universidade, praticando os atos de gestão necessários à consecução de sua finalidade; (...)

VI – nomear e exonerar os titulares dos cargos de provimento em comissão lotados nos quadros da UEMG, ressalvadas as exceções previstas em lei;” - g.n.

10. Do mesmo modo, a Universidade Estadual de Montes Claros, nos termos do art. 1º da Lei nº 11.517, de 13 de julho de 1994, entidade autárquica estadual de regime especial, na forma do art. 4º da Lei federal

nº 5.540, de 28 de novembro de 1968, detém autonomia didático-científica, administrativa, financeira e disciplinar, estando previsto no Decreto nº 45.799, de 6 de dezembro de 2011, a competência de sua Reitoria para designar, nomear e empossar dirigentes universitários, in verbis:

“Art. 7º A Reitoria tem por finalidade primordial a supervisão e o controle da realização das atividades básicas da UNIMONTES e o desenvolvimento da política institucional de forma a ser assegurada a autonomia didático-científica e administrativa, incluída a gestão financeira, patrimonial e disciplinar, na forma das Constituições da República e do Estado, da legislação vigente e do Estatuto da UNIMONTES, competindo ao Reitor, além de outras que vierem a ser estabelecidas no Estatuto e no Regimento Geral, as seguintes atribuições: (...)

VIII - designar, nomear e empossar os dirigentes universitários nos termos da legislação vigente;” -g.n.

11. Na mesma linha, o Regimento Geral da Unimontes consigna expressamente a competência do Reitor para nomear e exonerar os detentores de cargos em comissão:

“Art. 25 - Compete ao Reitor:

X. Designar, nomear e empossar os dirigentes Universitários;

Art. 27 – (...)

Parágrafo Único: Os titulares das unidades de assessoramento superior da UNIMONTES são escolhidos, nomeados e demissíveis “ad nutum” pelo Reitor.

Art. 35 - Os titulares das Pró-Reitorias, das Coordenadorias e das Divisões são escolhidos entre os servidores da Universidade, nomeados e demissíveis “ad nutum” pelo Reitor, obedecidos os requisitos para o exercício da função;” - g.n.

12. Para além do critério de competência, a aplicabilidade das exonerações e dispensas determinadas pelo Decreto nº 48.563/2023 frente às universidades públicas estaduais perpassa, necessariamente, pela análise quanto ao alcance e à compreensão da autonomia universitária, consagrada na Constituição Federal de 1988, que, diga-se, embasou o regramento das universidades estaduais. Dispõe a Carta Magna:

“Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

(...)

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

(...)

VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

(...)

Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.”- g.n.

13. Por simetria, a Constituição do Estado de Minas Gerais preconiza:

“Art. 199 – As universidades gozam de autonomia didático-científica e administrativa, incluída a gestão financeira e patrimonial, observado o princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.”- g.n.

14. A autonomia universitária, em nível infraconstitucional, tem previsão nos arts. 53, 54, 55 e 56 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação). Vejamos:

“Art. 53. No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições:

I - criar, organizar e extinguir, em sua sede, cursos e programas de educação superior previstos nesta Lei, obedecendo às normas gerais da União e, quando for o caso, do respectivo sistema de ensino; (Regulamento)

II - fixar os currículos dos seus cursos e programas, observadas as diretrizes gerais pertinentes;

III - estabelecer planos, programas e projetos de pesquisa científica, produção artística e atividades de extensão;

IV - fixar o número de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências do seu meio;

V - elaborar e reformar os seus estatutos e regimentos em consonância com as normas gerais atinentes;

VI - conferir graus, diplomas e outros títulos;

VII - firmar contratos, acordos e convênios;

VIII - aprovar e executar planos, programas e projetos de investimentos referentes a obras, serviços e aquisições em geral, bem como administrar rendimentos conforme dispositivos institucionais;

IX - administrar os rendimentos e deles dispor na forma prevista no ato de constituição, nas leis e nos respectivos estatutos;

X - receber subvenções, doações, heranças, legados e cooperação financeira resultante de convênios com entidades públicas e privadas.

§ 1º Para garantir a autonomia didático-científica das universidades, caberá aos seus colegiados de ensino e pesquisa decidir, dentro dos recursos orçamentários disponíveis, sobre: (Redação dada pela Lei nº 13.490, de 2017)

I - criação, expansão, modificação e extinção de cursos; (Redação dada pela Lei nº 13.490, de 2017)

II - ampliação e diminuição de vagas; (Redação dada pela Lei nº 13.490, de 2017)

III - elaboração da programação dos cursos; (Redação dada pela Lei nº 13.490, de 2017)

IV - programação das pesquisas e das atividades de extensão; (Redação dada pela Lei nº 13.490, de 2017)

V - contratação e dispensa de professores; (Redação dada pela Lei nº 13.490, de 2017)

VI - planos de carreira docente. (Redação dada pela Lei nº 13.490, de 2017)

§ 2º As doações, inclusive monetárias, podem ser dirigidas a setores ou projetos específicos, conforme acordo entre doadores e universidades. (Incluído pela Lei nº 13.490, de 2017)

§ 3º No caso das universidades públicas, os recursos das doações devem ser dirigidos ao caixa único da instituição, com destinação garantida às unidades a serem beneficiadas. (Incluído pela Lei nº 13.490, de 2017)

Art. 54. As universidades mantidas pelo Poder Público gozarão, na forma da lei, de estatuto jurídico especial para atender às peculiaridades de sua estrutura, organização e financiamento pelo Poder Público, assim como dos seus planos de carreira e do regime jurídico do seu pessoal. (Regulamento) (Regulamento)

§ 1º No exercício da sua autonomia, além das atribuições asseguradas pelo artigo anterior, as universidades públicas poderão:

I - propor o seu quadro de pessoal docente, técnico e administrativo, assim como um plano de cargos e salários, atendidas as normas gerais pertinentes e os recursos disponíveis;

II - elaborar o regulamento de seu pessoal em conformidade com as normas gerais concernentes;

III - aprovar e executar planos, programas e projetos de investimentos referentes a obras, serviços e aquisições em geral, de acordo com os recursos alocados pelo respectivo Poder mantenedor;

IV - elaborar seus orçamentos anuais e plurianuais;

V - adotar regime financeiro e contábil que atenda às suas peculiaridades de organização e funcionamento;

VI - realizar operações de crédito ou de financiamento, com aprovação do Poder competente, para aquisição de bens imóveis, instalações e equipamentos;

VII - efetuar transferências, quitações e tomar outras providências de ordem orçamentária, financeira e patrimonial necessárias ao seu bom desempenho.

§ 2º Atribuições de autonomia universitária poderão ser estendidas a instituições que comprovem alta qualificação para o ensino ou para a pesquisa, com base em avaliação realizada pelo Poder Público.

Art. 55. Caberá à União assegurar, anualmente, em seu Orçamento Geral, recursos suficientes para manutenção e desenvolvimento das instituições de educação superior por ela mantidas.

Art. 56. As instituições públicas de educação superior obedecerão ao princípio da gestão democrática, assegurada a existência de órgãos colegiados deliberativos, de que participarão os segmentos da comunidade institucional, local e regional.

Parágrafo único. Em qualquer caso, os docentes ocuparão setenta por cento dos assentos em cada órgão colegiado e comissão, inclusive nos que tratem da elaboração e modificações estatutárias e regimentais, bem como da escolha de dirigentes.” g.n.

15. Os dispositivos auxiliam a compreender as três dimensões da autonomia universitária, dispondo sobre a forma de concretização da autonomia didático-científica, financeiro-patrimonial e administrativa. Porém, sendo a autonomia universitária compreendida como princípio constitucional, a sua exata noção demanda não apenas a utilização da interpretação jurídica que consiste em revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos, como também da “construção” que busca encontrar conclusões que transcendem o texto da norma, que estão fora dela, mas que decorrem de seu espírito.

16. O Ministro Luís Roberto Barroso[1] vem explicitar o significado de construção para a hermenêutica jurídica:

“Outro conceito relevante, especialmente no âmbito da interpretação constitucional, é o de construção. Por sua natureza, uma Constituição se utiliza de termos vagos e de cláusulas gerais, como igualdade, justiça, segurança, interesse público, devido processo legal, moralidade ou dignidade humana. Isso se deve ao fato de que ela se destina a alcançar situações que não foram expressamente contempladas ou detalhadas no texto. A interpretação consiste na atribuição de sentido a textos ou a outros signos existentes, ao passo que a construção significa tirar conclusões que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatos nele considerados. São conclusões que se colhem no espírito, embora não na letra da norma. A interpretação é limitada à exploração do texto, ao passo que a construção vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas.”

17. Partindo desse viés interpretativo, o Ministro Gilmar Mendes, no voto da ADI 5946/RR pondera:

“Como ensina Nina Ranieri, ‘a autonomia universitária é um conceito dinâmico’, cujo conteúdo é definido a partir das circunstâncias históricas, políticas e jurídicas do tempo em que vivemos, e que ‘estará sempre em movimento e nunca será ideal’ (RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Trinta ano de autonomia universitária: resultados diversos, efeitos contraditórios. Educação Social, Campinas, v.39, n 145, p. 947)
(...)

Ora, de modo absolutamente único em nossa história institucional, a Constituição de 1988 elevou o princípio da autonomia universitária à estatura constitucional e, por conseguinte, modificou por completo o horizonte normativo no qual ele se inseria desde, ao menos, as reformas universitárias da década de 1930. Em outras palavras, a autonomia universitária deixou de ser um mecanismo de programação e autocontenção do Poder Executivo, transformando-se, em memória das condenáveis violações de

direitos humanos ocorridas durante a Ditadura Militar brasileira, em verdadeira garantia constitucional contra ingerências de natureza política. Este é, a meu sentir, o núcleo normativo do art. 207 da CRFB/88.

Não por outra razão, a melhor literatura classifica as instituições universitárias públicas como 'autarquias especiais', e afirma que suas prerrogativas: 'Deverão ser [exercidas] sem ingerência de poderes estranhos à universidade ou subordinação hierárquica a outros entes políticos ou administrativos' (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. A autonomia universitária na Constituição de 05.10.1988. R. Dir. Adm, n. 215, p. 117-142, 1999, p. 132). A autonomia universitária prevista no art. 207 da CRFB/88 subdivide-se em três dimensões co-originárias e equiprimordiais, a saber: as autonomias didático-científica, financeiro-orçamentária e administrativa. É da interação sincrônica e virtuosa entre elas que se compõe, finalmente, esta importante garantia contra todas as formas de arbítrio, notadamente aquele que a professora Anna Cândida da Cunha Ferraz nomeou de 'ingerência de poderes estranhos'. Está-se a tratar, portanto, de situações em que a lógica destas instituições, seus valores, seus objetivos e seus códigos acadêmicos são subvertidos." - g.n.

18. De acordo com § 1º, inciso I do art. 54 as universidades públicas, no exercício da sua autonomia, poderão propor o seu quadro de pessoal docente, técnico e administrativo, assim como um plano de cargos e salários, atendidas as normas gerais pertinentes e os recursos disponíveis.

19. Em complemento, o art. 56 assevera que as instituições públicas de educação superior devem obedecer ao princípio da gestão democrática, a que se refere o inciso VI do art. 206 da Constituição, mediante a previsão de órgãos colegiados deliberativos.

20. Considerando as disposições acima e os antecedentes que levaram a alçar a autonomia universitária a princípio constitucional, sobretudo o período de ditadura militar, ressaí que seu conceito está atrelado a um objetivo primordial: a garantia de uma gestão democrática contra ingerências de natureza política ou mercadológica que interfiram em seu mister, de modo a preservar a verdadeira indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

21. Nesse sentido, impende reproduzir trecho da decisão cautelar proferida pela Ministra Cármen Lúcia na ADPF 548:

“A autonomia é o espaço de discricionariedade deixado constitucionalmente à atuação normativa infralegal de cada universidade para o excelente desempenho de suas funções constitucionais. Reitere-se: universidades são espaços de liberdade e de libertação pessoal e política. Seu título indica a pluralidade e o respeito às diferenças, às divergências para se formarem consensos, legítimos apenas quando decorrentes de manifestações livres. Discordâncias são próprias das liberdades individuais. As pessoas divergem, não se tornam por isso inimigas.

As pessoas criticam. Não se tornam por isso não gratas. Democracia não é unanimidade. Consenso não é imposição.

Daí ali ser expressamente assegurado pela Constituição da República a liberdade de aprender e de ensinar e de divulgar livremente o pensamento, porque sem a manifestação garantida o pensamento é ideia engaiolada.

Também o pluralismo de ideias está na base da autonomia universitária como extensão do princípio fundante da democracia brasileira, que é exposta no inc. V, do art. 1º, da Constituição do Brasil.

Pensamento único é para ditadores. Verdade absoluta é para tiranos. A democracia é plural em sua essência. E é esse princípio que assegura a igualdade de direitos individuais na diversidade dos indivíduos.”

22. Assim, a autonomia das universidades se materializa na possibilidade de dispor internamente sobre as questões que lhe digam respeito.

23. Nos dizeres do Ministro Dias Toffoli, a autonomia universitária revela “a impossibilidade de exercício de tutela ou indevida ingerência no âmbito próprio das suas funções, assegurando à universidade a discricionariedade de dispor ou propor (legislativamente) sobre sua estrutura e funcionamento administrativo, bem como sobre suas atividades pedagógicas” (ADI n. 3.792, Relator o Ministro Dias Toffoli, Plenário, DJe 1º.8.2017).

24. O Ministro Eros Grau assevera que

“As universidades públicas são dotadas de autonomia suficiente para gerir seu pessoal, bem como o próprio patrimônio financeiro. Precedentes: RE 83.962, rel. min. Soares Muñoz, DJ de 17-4-1979, e ADI 1.599 MC, rel. min. Maurício Corrêa, DJ de 18-5-2001” (RMS n. 22.047-AgR, Relator o Ministro Eros Grau, Primeira Turma, DJ 31.3.2006) – g.n.

25. O posicionamento do STF, aparentemente, indica uma tendência de se reconhecer a autonomia das universidades [2] para escolha de seu quadro de servidores, reservando ao Chefe do Executivo apenas a escolha de seus dirigentes máximos. Todavia, até o momento não há decisão que coloque uma pá de cal no assunto. Salienta-se que tramita, no STF, a ADI nº 6140, proposta pela Rede Sustentabilidade, que questiona dispositivos do Decreto federal nº 9.794, de 2019[3], em especial, no aqui interessa, a submissão de indicados (pró-reitores e diretores), que atualmente são nomeados pelos reitores, para análise da Presidência da República, com nomeação pelo Ministro da Educação; bem como a ADI 6186, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que requer seja determinada a interpretação conforme à Constituição dos arts. 1º, 2º e 3º do Decreto federal nº 9.725/2019 que extingue cargos em comissão e funções de confiança para compatibilizá-los com os princípios da autonomia universitária, inexistindo em ambas, porém, posicionamento da Suprema Corte.

26. A título ilustrativo, cabe registrar que no âmbito federal o art. 16 da Lei federal nº 5.540, de 1968, com redação dada pela Lei federal nº 9.192, de 1995, estabelece expressamente competências para nomeação no âmbito das universidades e de estabelecimentos isolados de ensino superior, dispondo:

“Art. 16. A nomeação de Reitores e Vice-Reitores de universidades, e de Diretores e Vice-Diretores de unidades universitárias e de estabelecimentos isolados de ensino superior obedecerá ao seguinte: (Redação dada pela Lei nº 9.192, de 1995)

I - o Reitor e o Vice-Reitor de universidade federal serão nomeados pelo Presidente da República e escolhidos entre professores dos dois níveis mais elevados da carreira ou que possuam título de doutor, cujos nomes figurem em listas tríplexes organizadas pelo respectivo colegiado máximo, ou outro colegiado que o englobe, instituído especificamente para este fim, sendo a votação uninominal; (Redação dada pela Lei nº 9.192, de 1995)

II - os colegiados a que se refere o inciso anterior, constituídos de representantes dos diversos segmentos da comunidade universitária e da sociedade, observarão o mínimo de setenta por cento de membros do corpo docente no total de sua composição; (Redação dada pela Lei nº 9.192, de 1995)

III - em caso de consulta prévia à comunidade universitária, nos termos estabelecidos pelo colegiado máximo da instituição, prevalecerão a votação uninominal e o peso de setenta por cento para a manifestação do pessoal docente em relação à das demais categorias; (Redação dada pela Lei nº 9.192, de 1995)

IV - os Diretores de unidades universitárias federais serão nomeados pelo Reitor, observados os mesmos procedimentos dos incisos anteriores; (Redação dada pela Lei nº 9.192, de 1995)

V - o Diretor e o Vice-Diretor de estabelecimento isolado de ensino superior mantido pela União, qualquer que seja sua natureza jurídica, serão nomeados pelo Presidente da República, escolhidos em lista tríplex preparada pelo respectivo colegiado máximo, observado o disposto nos incisos I, II e III; (Incluído pela Lei nº 9.192, de 1995)

VI - nos casos em que a instituição ou a unidade não contar com docentes, nos dois níveis mais elevados da carreira ou que possuam título de doutor, em número suficiente para comporem as listas tríplexes, estas serão completadas com docentes de outras unidades ou instituição; (Incluído pela Lei nº 9.192, de 1995)

VII - os dirigentes de universidades ou estabelecimentos isolados particulares serão escolhidos na forma dos respectivos estatutos e regimentos; (Incluído pela Lei nº 9.192, de 1995)

VIII - nos demais casos, o dirigente será escolhido conforme estabelecido pelo respectivo sistema de ensino. (Incluído pela Lei nº 9.192, de 1995) Parágrafo único. No caso de instituição federal de ensino superior, será de quatro anos o mandato dos dirigentes a que se refere este artigo, sendo permitida uma única recondução ao mesmo cargo, observado nos demais casos o que dispuserem os respectivos estatutos ou regimentos, aprovados na forma da legislação vigente, ou conforme estabelecido pelo respectivo sistema de ensino.”

27. Ora, mesmo diante do enunciado, que delimita de forma translúcida as competências para as nomeações, foram interpostas ações no Supremo Tribunal Federal (ADI 6565 e ADPF 759)[4] sob alegação de ofensa à autonomia universitária, questionando a escolha do Presidente por candidato que não estava em primeiro lugar na lista tríplice, o que denota o nível de discussão e polêmica que circunda o art. 207 da Carta Magna.

28. Em outras palavras, é forte a tendência de judicialização da matéria caso a Administração opte por não excluir as universidades do decreto geral de exoneração e dispensa dos servidores ocupantes de cargos de provimento em comissão, advertindo-se, por isso, quanto à alta probabilidade de êxito das ações se fundadas no princípio da autonomia universitária, mormente em havendo legislação, como no caso das universidades públicas mineiras, que estabeleça de antemão a competência do Reitor para promover a gestão de pessoal, incluindo nomeações e exonerações de cargos em comissão.

29. Por todo o exposto, considerando os normativos estaduais que definem a competência dos Reitores para nomeação e exoneração de cargos em comissão nas universidades públicas estaduais, considerando a tendência da jurisprudência em admitir a autonomia das universidades públicas em gerir seu quadro de pessoal e, por fim, com vista a evitar a judicialização da questão, somos de parecer pelo afastamento (não inclusão) dos ocupantes dos cargos em comissão das universidades públicas estaduais do âmbito de incidência do Decreto nº 48.563, de 2023.

30. Ressalta-se, na oportunidade, que esta manifestação é meramente opinativa, podendo o Gestor Público dela dissentir, sobremodo considerando que a questão envolve um conceito jurídico passível de interpretação, desde que o faça motivando sua decisão.

31. À superior consideração.

Belo Horizonte, 3 de janeiro de 2023.

CAROLINA BORGES MONTEIRO

Procuradora do Estado

De acordo.

WALLACE ALVES DOS SANTOS

Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica

[1] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 263/264.

[2] Não obstante, o próprio Supremo, em não raras ocasiões, advertiu que a autonomia universitária não pode ser confundida como sinônimo de soberania em relação ao Estado ou de independência em relação à administração pública, tampouco exime as universidades do cumprimento das normas constitucionais e legais. Confirmam-se: ADI 1.511/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 6.6.2003; ADI 5262, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 28.3.2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-181 DIVULG 19.8.2019 PUBLIC 20.8.2019; RE 1036076 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 15.6.2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-129 DIVULG 28.6.2018 PUBLIC 29.6.2018; RE- AgR 613.818/ PR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe-161 DIVULG 8.8.2018 PUBLIC 9.8.2018; <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=598834>; RE 553065 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 16.6.2009, DJe-121 DIVULG 30.6.2009 PUBLIC 1.7.2009; ADI 4.406, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 4.11.2019.

[3] Aparentemente, ante a repercussão negativa, o normativo foi alterado e o Ministério da Casa Civil negou ser a intenção a alteração de competência para nomeação de pró-reitores e de diretores. Fonte: <https://www.ibpel.com.br/interferencia-na-autonomia-universitaria/>

[4] Em decisão plenária, o Supremo indeferiu as medidas cautelares em ambas as ações, conforme ementas abaixo: Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. NOMEAÇÃO DE REITORES E VICE-REITORES DE UNIVERSIDADES FEDERAIS PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA A PARTIR DE LISTA TRÍPLICE ELABORADA PELA COMUNIDADE ACADÊMICA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA (ART. 207, CF) E AOS PRINCÍPIOS DA GESTÃO DEMOCRÁTICA DO ENSINO (ART. 206, VI, CF), DO REPUBLICANISMO (ART. 1º, CAPUT) E DO PLURALISMO POLÍTICO (ART. 1º, V). AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE DO DIREITO ALEGADO. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. 1. Decorre do princípio da democracia formal a conformidade constitucional do proceder do Poder Legislativo da União consistente em legitimamente escolher como regra jurídica o concurso de vontades entre as corporações e o Poder Executivo para mitigar os eventuais perigos do sistema de cooperação para escolha dos dirigentes de órgãos com relevância constitucional. 2. Descabe confundir a qualificação de democrática da gestão do ensino público com modalidade de investidura em cargos públicos, mesmo que se trate de reitores e vice-reitores de universidades federais. Não há paradigma constitucional com aptidão a amparar pretensão de escolha obrigatória do Presidente da República a candidato mais votado para os cargos de reitor e de vice-reitor no colegiado máximo de universidade federal. 3. Não se torna possível potencializar a autonomia universitária a ponto de nulificar o espaço de decisão do Chefe do Poder Executivo. Ao realizar sua escolha vertida em nomeação de reitor, não se busca vigiar ou punir a universidade, muito menos gerenciá-la, porém se intenciona contrabalancear eventuais deficiências do sistema de seleção de agentes públicos por cooptação da própria corporação a ser chefiada. Precedente: ADPF 759 MC-Ref, Rel. Min. Edson Fachin, Redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes, DJe de 15/04/2021. 4. Guarnece o procedimento previsto em lei formal, o ônus político,

eleitoral e argumentativo de contrariar o desejo majoritário expresso pela comunidade acadêmica, ao formar lista tríplice a partir de votação uninominal com pesos determinados pelas classes universitárias, recai sobre o Presidente da República, quando faz sua escolha, na forma da lei, e ao reitor escolhido que deve governança em prol de toda a universidade, incluso o grupo majoritário que preferiria o nome mais votado, caso não escolhido. 5. Ausência de plausibilidade do direito alegado. Medida cautelar indeferida. (ADI 6565 MC, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022) Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ATOS DE NOMEAÇÃO, PRETÉRITOS E FUTUROS, DE REITORES E VICE-REITORES DE UNIVERSIDADES FEDERAIS PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA A PARTIR DE LISTA TRÍPLICE. ATO COMPLEXO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. EXERCÍCIO DE DISCRICIONARIEDADE MITIGADA PELO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. ABSOLUTO CUMPRIMENTO AO PROCEDIMENTO E FORMA ESTABELECIDOS EM LEI. RESPEITO AO PROCEDIMENTO DE CONSULTA REALIZADO PELAS UNIVERSIDADES FEDERAIS, CONDICIONANTES DE TÍTULO E CARGO E OBRIGATORIEDADE DE ESCOLHA DE UM DOS NOMES QUE FIGUREM NA LISTA TRÍPLICE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA (ART. 207, CF) E AOS PRINCÍPIOS DA GESTÃO DEMOCRÁTICA DO ENSINO (ART. 206, VI, CF), DO REPUBLICANISMO (ART. 1º, CAPUT) E DO PLURALISMO POLÍTICO (ART. 1º, V). AUSÊNCIA DE FUMUS BONI IURIS. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. 1. A autonomia científica, didática e administrativa das universidades federais, prevista no art. 207 da Constituição Federal, concretiza-se pelas deliberações colegiadas tomadas por força dos arts. 53, 54, 55 e 56 da Lei 9.394/1996. A escolha de seu dirigente máximo pelo Chefe do Poder Executivo, a partir de lista tríplice, com atribuições eminentemente executivas, não prejudica ou perturba o exercício da autonomia universitária, não significando ato de fiscalização ou interferência na escolha ou execução de políticas próprias da instituição, escolhidas por decisão colegiada e participativa de seus integrantes. 2. A Constituição Federal e legislação complementar preveem, para instituições essenciais ao equilíbrio democrático, como Tribunais Superiores, o Ministério Público e a Defensoria Pública, escolha de integrantes ou dirigentes máximos a partir de ato discricionário do Presidente da República, com ou sem formação de lista tríplice pelos pares. Tal previsão não afasta ou prejudica a autonomia institucional, administrativa e jurídica de tais entes face ao Poder Executivo, pois fundado na legitimação política da escolha pelo titular eleito democraticamente. 3. Sendo a escolha determinada a partir de lista tríplice, não se justifica a imposição de escolha no nome mais votado, sob pena de total inutilidade da votação e de restrição absoluta à discricionariedade mitigada concedida ao Chefe do Poder Executivo. 4. Ausência dos requisitos necessários para deferimento da medida cautelar, uma vez que se trata de exceção ao princípio segundo o qual os atos normativos são presumidamente constitucionais. 5. Desnecessidade de deferimento parcial do pleito cautelar para a fixação de balizas já previstas na Lei 5.540/1968, com a redação dada pela Lei 9.192/1995, e que continua em vigor. 6. Medida liminar indeferida. (ADPF 759 MC-Ref, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe071 DIVULG 14-04-2021 PUBLIC 15-04-2021)



PEÇA
PROCESSUAL

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO PRESIDENTE
DO EXCELSO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS, com fins no art. 102, § 1º e art. 103, inciso V, da Constituição da República de 1988 e ainda, no art. 1º, parágrafo único, inciso I e art. 2º, inciso I, da Lei n. 9.882/1999, vem propor

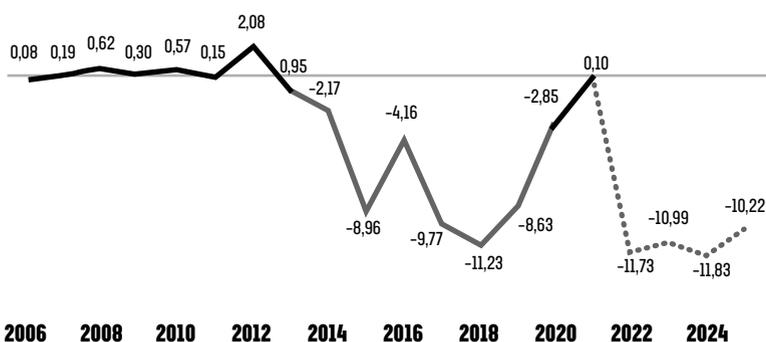
ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
(ADPF)

com pedido de concessão de medida cautelar/liminar contra atos lesivos praticados pelo d. PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS, relativo ao descumprimento do disposto nos *Arts. 1º, caput e inciso III, 6º, 18, 164-A, 167, § 4º, 168, 198, § 2º, II, 212, caput, 218, § 5º, e 77, II, e 101 do ADCT*, pelos fundamentos de fato e de direito que passa a expor e ao final requerer:

I – DOS FATOS.

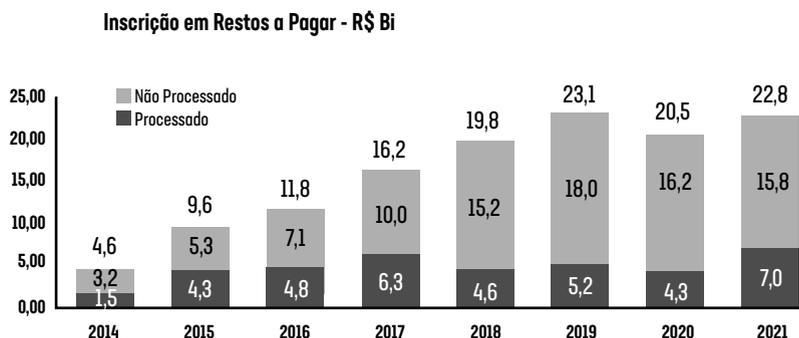
1. É fato notório que o Estado de Minas Gerais vem passando por período de desequilíbrio fiscal, *com dívidas bilionárias com a União*, a ensejar a propositura de ações cíveis originárias em face da União, com base no princípio do federalismo cooperativo (ACO's 3108, 3215, 3225, 3233, 3235, 3244, 3252 e 3270)

Gráfico 1 - Resultado Fiscal e Projeção para os próximos anos - 2006-2025 - em R\$ bilhões



2. Em 2021, houve uma melhora nas contas públicas, sem prejuízo da existência expressiva de déficit fiscal oriundo de anos anteriores, ainda sem solução:

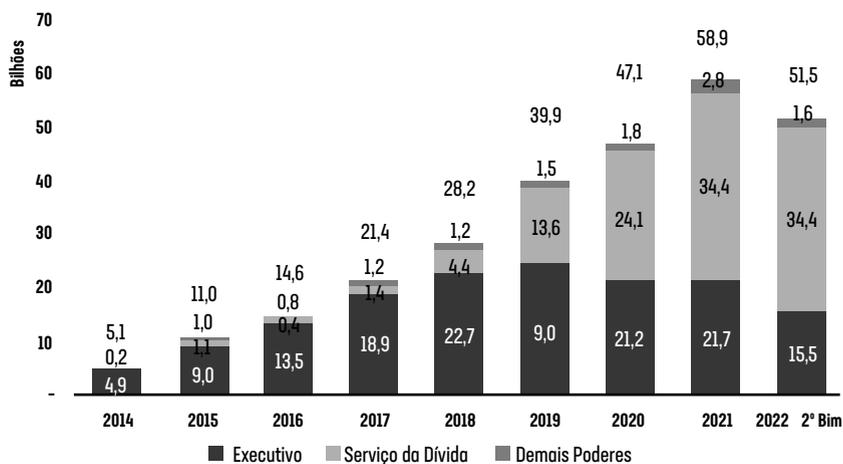
3. Em relação aos restos a pagar, a situação de Minas Gerais é a seguinte:



Fonte: RREO / RGF

Restos a pagar por exercício

Restos a pagar durante o período 2014 a 2021.



4. Em virtude da enormidade da dívida existente, o Governador do Estado de Minas Gerais encaminhou à Assembleia Legislativa, através da Mensagem nº 48/2019, o Projeto de Lei nº 1.202/2019, que autoriza o Estado, por meio do Poder Executivo, a aderir ao Regime de Recuperação Fiscal – RRF e dá outras providências, a qual foi publicada no Diário do Legislativo em 12 de outubro de 2019 (doc. anexo).
5. Desde então, referido Projeto de Lei não teve nenhuma tramitação relevante, conforme se verifica no sítio eletrônico da Assembleia Legisla-

tiva: https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/inter_na.html?a=2019&n=1202&t=PL&aba=js_tabTramitacao

6. Recentemente, no âmbito das ACOs 3244, 3108, 3235 e 3270, foram exaradas decisões monocráticas que concederam ao Estado de Minas Gerais o prazo de 6 (seis) meses a contar da publicação das decisões, como marco para o equacionamento da questão, conforme documentos anexos.
7. Na ACO 3244, v.g., o Ministro Roberto Barroso considerou que:
 11. Embora a pandemia atual tenha tornado mais desafiador o contexto, **não se pode postergar indefinidamente a adoção das medidas tendentes a equacionar o desequilíbrio fiscal dos estados**, sob pena de incorrer-se no risco de não ser alcançado o ambiente adequado para tais ajustes e de onerar desproporcionalmente uma das partes contratantes. (negrito nosso)
8. Por sua vez, a Ministra Rosa Weber, *na ACO 3108*, entendeu pelo transcurso de anos desde a concessão da liminar, a teor do trecho abaixo de sua decisão que readequou temporalmente a tutela de urgência:

Tomo em consideração que a medida data de 02.2018, ou seja, vige há mais de 3 anos e 6 meses. Nesse transcurso, a União regulamentou os requisitos legais para viabilizar a adesão do Estado de Minas Gerais ao RRF, **tendo reconhecido sua elegibilidade para protocolar o pedido de ingresso no programa**. Portanto, uma vez que os passos seguintes à adesão ao RRF dependem de pautas legislativas estaduais, mostra-se razoável a limitação temporal da medida a fim de reequilibrar os ônus entre as partes na presente fase da negociação do acordo. (*grifamos e negritamos pela importância dessa questão*)
9. Diante do iminente julgamento das ACOs supracitadas, que, em caso de improcedência, imporá ao Estado de Minas Gerais o pagamento imediato das parcelas vencidas e dos encargos das dívidas, desde **1 de outubro de 2021**, o Requerente encaminhou o Substitutivo nº 2 ao Projeto de Lei 1.202/2019, que autoriza o Estado, por meio do Poder Executivo, a aderir ao Regime de Recuperação Fiscal e dá outras providências, e solicitou que o referido projeto fosse apreciado em regime de urgência, nos termos do art. 69 da Constituição do Estado.
10. O teor da respectiva Mensagem enviada ao Poder Legislativo foi o seguinte:

MENSAGEM Nº 158/2021

Belo Horizonte, 1º de outubro de 2021.

Excelentíssimo Senhor Presidente da Assembleia Legislativa, Vossas Excelências – Senhoras e Senhores Deputados

Com meus cordiais cumprimentos, encaminho a Vossas Excelências – Senhor Presidente e Senhoras e Senhores Deputados –, para apreciação e deliberação dessa egrégia Assembleia, e para conhecimento do Povo Mineiro, o Substitutivo nº 2 ao Projeto de Lei nº 1.202, de 2019, que autoriza o Estado, por meio do Poder Executivo, a aderir ao Regime de Recuperação Fiscal e dá outras providências.

Informo, de início, que a União editou recentemente o Decreto Federal nº 10.819, de 27 de setembro de 2021, regulamentando a Lei Complementar Federal nº 178, de 13 de janeiro de 2021, e o art. 2º da Lei Federal nº 9.496, de 11 de setembro de 1997. No âmbito de suas especificidades, o art. 33 do novo decreto não revoga ou altera o disposto no Decreto Federal nº 10.681, de 20 de abril de 2021, que regulamenta o Regime de Recuperação Fiscal dos

Estados e do Distrito Federal instituído pela Lei Complementar Federal nº 159, de 19 de maio de 2017.

Diante das novas diretrizes fixadas pela União, faz-se necessária a alteração do projeto de lei para garantir a sua adequação à regulamentação federal. Nesse sentido, o substitutivo se mostra relevante.

Ademais, resta crítica e urgente a perspectiva de pagamento do serviço da dívida do Estado de Minas Gerais com a União, que ora se encontra suspenso por diversas decisões liminares do Supremo Tribunal Federal – STF. A Advocacia-Geral do Estado vem peticionando em diversas ações que tramitam no STF a manutenção da suspensão dos pagamentos dos serviços da dívida com a finalidade de viabilizar meios de autocomposição com a União. Por sua vez, a União tem contestado tais demandas e requerido que o Estado de Minas Gerais se manifeste sobre o seu interesse em submeter à Secretaria do Tesouro Nacional – STN – e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN – o pleito de se valer dos benefícios previstos no art. 23 da Lei Complementar Federal nº 178, de 2021. Dentre as prerrogativas legais que se apresentam ao Estado está a possibilidade de refinanciamento dos valores inadimplidos em decorrência das tutelas de urgência anteriormente deferidas pelo STF. Sob essa expectativa, o Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos da Ação Originária nº 3244 assim determinou:

“1 – Ao Estado de Minas Gerais, para se manifestar, conclusivamente, sobre a Petição nº 58.509/2021, especificamente quanto ao interesse em submeter novo pedido administrativo, à luz das novas regras estabelecidas pelas Leis Complementares nº 178/2021 e nº 181/2021.

2 – Após, voltem-me os autos conclusos.” (STF, ACO nº 3.244/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 25/8/2021).

Nesse cenário, o risco iminente de cassação das diversas liminares que suspendem o pagamento da dívida pública pelo STF impõe ao Estado medidas de caráter emergencial. Observo que as providências a serem tomadas pelo Poder Executivo para se beneficiar da renegociação da dívida de longo prazo do Estado com a União – em consonância com o marco legal federal – dependem de autorização legislativa. Entretanto, passados quase dois anos da solicitação encaminhada a esta Assembleia Legislativa e reconhecendo a iminente possibilidade de alteração de decisões liminares do STF, solicito ao Parlamento mineiro que o Projeto de Lei nº 1.202, de 2019, seja apreciado em regime de urgência, nos termos do art. 69 da Constituição do Estado.

Reitero o compromisso do Poder Executivo com o alcance da integridade fiscal-orçamentária do Estado, juntamente com os Poderes Legislativo e Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Tribunal de Contas, em ambiente de respeitosa democracia e em prol da boa gestão dos serviços públicos devidos aos cidadãos, às cidadãs e ao Povo Mineiro. Em síntese, Senhor Presidente e Senhoras e Senhores Deputados, essas são as razões que me levam a propor o Substitutivo nº 2 ao projeto de lei. Na oportunidade, reitero meu apreço e consideração a Vossas Exce-lências – Senhor Presidente e Senhoras e Senhores Deputados – e ao Povo Mineiro.

ROMEUZEMA NETO,

Governador do Estado.

- 11.** Em seguida, a urgência ao projeto de Lei 1.202/2019 foi retirada momentaneamente, para que fosse votada a revisão geral anual concedida aos servidores públicos estaduais: o Projeto de Lei 3568/2022, *que dispunha sobre a mencionada revisão*, foi convertido na Lei Estadual 24.035/2022.
- 12.** No dia 31 de março de 2022, o Governador do Estado de Minas Gerais encaminhou à Assembleia Legislativa uma nova mensagem, com o seguinte teor:

“MENSAGEM Nº 186, DE 31 DE MARÇO DE 2022.

Excelentíssimo Senhor Presidente da Assembleia Legislativa, Vossas Excelências – Senhoras e Senhores Deputados

Com os meus cordiais cumprimentos e dando conhecimento das minhas razões às Senhoras e Senhores Deputados e ao Povo Mineiro, solicito a Vossa Excelência, Senhor Presidente, que o Projeto de Lei 1.202, de 2019, que autoriza o Estado, por meio do Poder Executivo, a aderir ao Regime de Recuperação Fiscal e dá outras providências, seja apreciado em regime de urgência, nos termos do art. 69 da Constituição do Estado.

Observo que a apreciação do projeto de lei em regime de urgência vai ao encontro das legítimas apreensões do Governo e da sociedade mineira em relação à possibilidade de cassação das decisões liminares do Supremo Tribunal Federal – STF que têm mantido suspenso o pagamento do serviço da dívida do Estado com a União.

Reitero, por fim, que todos os Poderes e órgãos têm compromisso democrático e constitucional com o alcance da integridade fiscal do Estado, no médio e longo prazos. A recuperação fiscal do Estado é meta essencial para que a Administração Pública possa ampliar e aprimorar os serviços públicos prestados à sociedade, além de manter a regularidade das contas públicas e do pagamento, em dia, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas.

Em síntese, Senhor Presidente, essas são as razões que me levam a solicitar o regime de urgência na tramitação do Projeto de Lei nº 1.202, de 2019.

Na oportunidade, reitero meu apreço e consideração a Vossas Excelências – Senhor Presidente e Senhoras e Senhores Deputados – e ao povo mineiro.

ROMEU ZEMA NETO

Governador do Estado.”

13. Antes do prazo novamente se esgotar, a Assembleia Legislativa aprovou o Projeto de Lei 3.711/2022, *que autoriza o Poder Executivo a celebrar o Contrato de Confissão e Refinanciamento de Dívidas de que trata o Art. 23 da Lei Complementar Federal 178, de 2021*, e dá outras providências, de iniciativa do Deputado Hely Tarquínio.

14. A proposição de Lei 25.137, que está a aguardar sanção do Governador, possui a seguinte redação:

Art. 1º – Fica o Poder Executivo autorizado a celebrar com a União o contrato de confissão e refinanciamento de dívidas de que trata o art. 23 da Lei Complementar Federal nº 178, de 13 de janeiro de 2021.

Parágrafo único – Fica autorizada a vinculação ao contrato de que trata o *caput*, em garantia ou contragarantia à União, em caráter irrevogável e irretratável, pelas obrigações por ela assumidas no contrato a ser firmado, das receitas de que tratam os arts. 155 e 157 e a alínea “a” do inciso I e o inciso II do *caput* do art. 159 da Constituição da República, nos termos do § 4º do art. 167 da mesma Constituição.

Art. 2º – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Palácio da Inconfidência, em Belo Horizonte, aos 26 de maio de 2022.

Deputado Agostinho Patrus – Presidente

Deputado Tadeu Martins Leite – 1º-Secretário

Deputado Carlos Henrique – 2º-Secretário

15. Já o Art. 23 da Lei Complementar 178/2021 prescreve, *in verbis*:

Art. 23. É a União autorizada a celebrar com os Estados, até 30 de junho de 2022, contratos específicos com as mesmas condições financeiras do contrato previsto no art. 9º-A da Lei Complementar nº 159, de 19 de maio de 2017, com prazo de 360 (trezentos e sessenta) meses, para refinar os valores inadimplidos em decorrência de decisões judiciais proferidas em ações ajuizadas até 31 de dezembro de 2020 que lhes tenham antecipado os seguintes benefícios da referida Lei Complementar:

- I - redução extraordinária integral das prestações relativas aos contratos de dívidas administrados pela Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Economia; e
- II - suspensão de pagamentos de operações de crédito com o sistema financeiro e instituições multilaterais cujas contragarantias não tenham sido executadas pela União.

§ 1º Os valores de que tratam os incisos I e II do *caput* serão incorporados ao saldo devedor do contrato de refinanciamento, considerando:

- I - os encargos de adimplência pertinentes a cada contrato original, no caso dos relativos ao inciso I; e

II - a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para os títulos federais, no caso dos relativos ao inciso II.

§ 2º Os saldos devedores dos refinanciamentos de que trata este artigo serão consolidados nos saldos dos refinanciamentos previstos no art. 9º-A da Lei Complementar nº 159, de 19 de maio de 2017, caso o Estado adira ao Regime de Recuperação Fiscal utilizando as prerrogativas do art. 9º da referida Lei Complementar.

§ 3º O disposto no § 1º aplica-se também às parcelas de que tratam os arts. 3º e 5º da Lei Complementar nº 156, de 28 de dezembro de 2016, pendentes de pagamento.

§ 4º O prazo em que os pagamentos dos contratos de dívidas referidas no caput tiverem sido suspensos em decorrência de decisão judicial não será computado para fins das prerrogativas definidas nos incisos I e II do art. 9º da Lei Complementar nº 159, de 19 de maio de 2017.

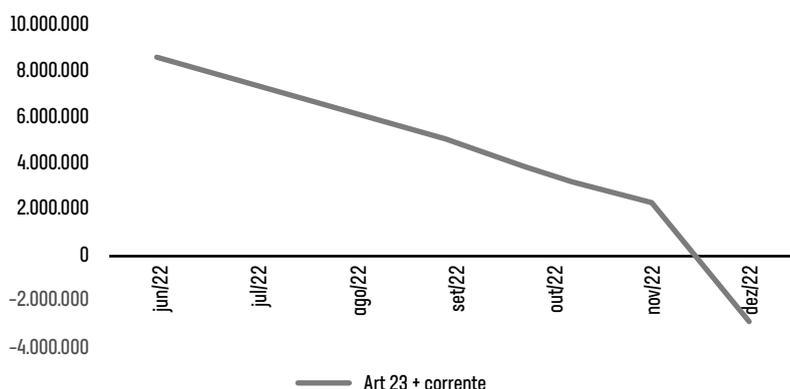
§ 5º A eficácia dos contratos específicos celebrados em decorrência da autorização prevista neste artigo estará condicionada à apresentação, pelo Estado, em até 30 (trinta) dias contados das datas de suas assinaturas, dos protocolos dos pedidos de desistência perante os juízos das respectivas ações judiciais.

§ 6º Ato do Ministro de Estado da Economia estabelecerá os critérios e as condições necessárias à aplicação do disposto neste artigo.

16. Posto importante, tal medida está longe de promover o reequilíbrio das contas públicas estaduais, *como se esclarece nos documentos anexos*, para o final do ano de 2022 e para o ano de 2023:

2022

Porém, com a previsão de pagamento de R\$ 4,83 bilhões referente a retomada do pagamento da dívida pública após a assinatura do artigo 23 da LC 178/2021, a previsão do fluxo de caixa apresenta a falta de disponibilidade financeira ao final do exercício, com déficit de R\$ 2,9 bilhões no final de dezembro. (doc.1 – gráfico 11)



2023

A esse respeito, cumpre frisar que a não adesão ao RRF significa dizer que o Estado voltará a ter desembolsos imediatos de recursos na ordem de R\$ 10 bilhões anuais para honrar seus compromissos com agentes financeiros e com a própria União, dificultando a sustentabilidade das contas públicas estaduais e colocando em risco ações importantes para o desenvolvimento do Estado e a prestação de serviços públicos essenciais. (doc. 2)

17. A diferença em bilhões, com e sem o regime de recuperação fiscal, segue abaixo, na tabela 2:

Tabela 1 - Projeção do Serviço da Dívida - Serviço Corrente e Refinanciamento art. 23 da LC nº 178/2021 - 2022 - 2026 - em R\$ bilhões

Ano	Serviço Corrente	Refinanciamento Art. 23	Total
2022	3,96	0,87	4,83
2023	8,71	2,19	10,90
2024	9,53	2,29	11,82
2025	8,76	2,36	11,12
2026	8,82	2,42	11,25

Tabela 2 - Impactos Adesão ao Regime de Recuperação Fiscal - em R\$ bilhões

Ano	Base1 (A)	RRF (B)	Diferença (B-A)
2022	4,83	0,90	- 3,94
2023	10,90	2,70	- 8,20
2024	11,82	4,38	- 7,43
2025	11,12	5,82	- 5,30
2026	11,25	7,31	- 3,94
2027	11,38	8,78	- 2,60
2028	11,51	10,22	- 1,30
2029	11,01	11,19	0,18
2030	11,19	12,52	1,32
2031	11,37	13,81	2,44
Total	106,38	77,62	- 28,76

Nota 1: Retorno imediato do pagamento das parcelas dos contratos garantidos pela União e dos contratos administrados pela STN, juntamente com o refinanciamento do passivo das liminares

II – DA TÉCNICA DE DECISÃO CONSTITUCIONAL.

18. Embora a decisão final sobre a matéria seja da Assembleia Legislativa, o Governador do Estado de Minas Gerais passa a requerer decisão constitucional intermediária, eis que a persistência da situação de grave desequilíbrio fiscal, *mediante bloqueio legislativo*, constitui prática inconstitucional.
19. Algo próximo da doutrina da “second look”, em que o Poder Judiciário, diante de uma postura do Poder Legislativo, confere uma tutela constitucional até que sobrevenha uma nova decisão daquele outro Poder. Ou da técnica da “inconstitucionalidade provisória”, em que para Marinoni, apoiado em Calabresi: “(…)

Segundo Calabresi, quando o Juiz profere uma decisão de inconstitucionalidade provisória, apresenta uma *'provisional definition of fundamental right'*.² (GUIDO CALABRESI, Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores), Harvard Law Review, v. 105, 1991, p. 104 e ss *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Tipos de decisão constitucional*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, pág. 42).

20. Ou seja, não se pretende uma técnica de supremacia judicial forte (tipo I), mas algo suave e mais próximo do tipo III de poder judicial, descrito no citado artigo de Calabresi³ como *"Judicial Enforcement of Constitutional Accountability"*, que certamente é importante na presente ação.
21. A tanto: *"(...) Os críticos podem afirmar que a revisão do Tipo III dá aos juízes tanto poder quanto a revisão do Tipo I na criação de tais direitos provisórios, mas simplesmente com um pouco menos de poder para aplicá-los. Pelo contrário, a revisão do Tipo III deixa claramente a última palavra com a legislatura democraticamente eleita."*⁴ (GUIDO CALABRESI, *op. cit.*, pág. 104)

22. E no mesmo texto:

*"Quando há esconderijo, nem o povo nem seus representantes estão falando genuinamente."*⁵(...)

*"A revisão do tipo III também pode ser usada para evitar que as legislaturas se escondam, ou seja, para evitar que elas evitem questões difíceis que podem ser politicamente perigosas para decidir abertamente."*⁶ (GUIDO CALABRESI, *op. cit.*, págs. 104 e 119, respectivamente.)

2 Em tradução livre, uma 'provisória definição de um direito fundamental'.

3 https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/1294/Forward__Antidiscrimination_and_Constitutional_Accountability_What_the_Bork_Brennan_Debate_Ignor_es_.pdf?sequence=2

4 Critics may assert that Type III review gives judges just as much power as Type I review in creating such provisional rights, but simply with slightly less power to enforce them. On the contrary, Type III review plainly leaves the last word with the democratically elected legislature.

5 When there is hiding, neither the people nor their representatives are genuinely speaking.

6 Type III review also can be used to prevent legislatures from hiding, that is, to keep them from avoiding difficult issues that may be politically dangerous to decide openly.

23. Na evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, omissões e práticas inconstitucionais vem sendo combatidas igualmente por decisões intermediárias que conciliam as exigências da Constituição com as exigências da democracia.
24. A última palavra é do Legislador, mas tal não impede que o Supremo Tribunal Federal dê efetividade às normas constitucionais, até que sobrevenha a decisão parlamentar.
25. Nesse sentido, *por exemplo*, o julgado na ADO 25: “(...) 5. Ação julgada procedente para declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da Lei Complementar prevista no art. 91 do ADCT, fixando o prazo de 12 meses para que seja sanada a omissão. Após esse prazo, caberá ao Tribunal de Contas da União, enquanto não for editada a lei complementar: a) fixar o valor do montante total a ser transferido anualmente aos Estados-membros e ao Distrito Federal, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT; b) calcular o valor das quotas a que cada um deles fará jus, considerando os entendimentos entre os Estados-membros e o Distrito Federal realizados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ.” (ADO 25, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-182 DIVULG 17-08-2017 PUBLIC 18-08-2017, negrito nosso, transcrição parcial de ementa)
26. Graças a esse julgado seguido de diálogo institucional, *com o trabalho desta Suprema Corte*, é que se conseguiu avançar até se chegar à palavra final da Lei Complementar nº 176/2020:

Institui transferências obrigatórias da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por prazo ou fato determinado; declara atendida a regra de cessação contida no § 2º do art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT); e altera a Lei nº 13.885, de 17 de outubro de 2019.

Art. 1º A União entregará aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, no período de 2020 a 2037, o montante de R\$ 58.000.000.000,00 (cinquenta e oito bilhões de reais), assim escalonado:

- I - de 2020 a 2030, serão entregues, a cada exercício, R\$ 4.000.000.000,00 (quatro bilhões de reais);

II - de 2031 a 2037, o montante entregue na forma do inciso I deste caput será reduzido progressivamente em R\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais) a cada exercício.

§ 1º Da parcela devida a cada Estado, a União entregará, diretamente, 75% (setenta e cinco por cento) ao próprio Estado e 25% (vinte e cinco por cento) aos seus Municípios.

(...)

27. Na ADI 5105, o Min. Roberto Barroso observou sobre uma vertente dos diálogos institucionais:

“A segunda vertente do diálogo institucional, a meu ver, é a devolução da matéria pelo Supremo ao Poder Legislativo. Foi, por exemplo, a proposta que eu mesmo fiz no caso de desaposentação, em que eu disse: não há lei tratando dessa matéria, eu proponho a seguinte solução para vigor daqui a cento e oitenta dias, a menos que o Congresso proveja a respeito, como de sua competência. Essa é tipicamente uma hipótese de diálogo institucional. Em vez de dar a última palavra, o Supremo estimula, incentiva o Congresso a prover sobre uma matéria.” (pág. 90 de 197)

III - DO CABIMENTO.

28. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF é ação de base constitucional, tratada pelo art. 102, §1º, da Constituição Federal e regulamentada pela Lei Federal nº 9.882/1999, a qual, segundo expressa dicção legal, “(...) *será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público*”.

29. Em relação ao cabimento da presente ação, já se decidiu neste Supremo Tribunal Federal:

“Parâmetro de controle – É muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60,

§ 4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico. Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados ‘princípios sensíveis’, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados- Membros (art. 34, VII). É fácil ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a idéia de unidade da Constituição (*Einheit der Verfassung*) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. (...) O efetivo conteúdo das ‘garantias de eternidade’ somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana. Os princípios merecedores de proteção, tal como enunciados normalmente nas chamadas ‘cláusulas pétreas’, parecem despidos de conteúdo específico. Essa orientação, consagrada por esta Corte para os chamados ‘princípios sensíveis’, há de se aplicar à concretização das cláusulas pétreas e, também, dos chamados ‘preceitos fundamentais’. (...) É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. (...) Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais

exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência. Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio. Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional. ”(ADPF 33- MC, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-10-03, DJ de 6-8-04, negrito nosso)

30. Sobre a subsidiariedade, sendo certo que, na forma da Lei, “*não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade*”, cabe dizer que o Requerente não possui outro meio, senão o eleito, eis que houve a prática de atos legislativos (que permitem a adesão aos termos do Art. 23 da LC 178/2021), mas insuficientes para o soerguimento do Estado de Minas Gerais.
31. E a questão aqui não está na regulamentação de norma constitucional de eficácia limitada, mas de se adotar técnica para resolver o problema de uma prática institucionalizada (de bloqueio legislativo) que viola preceitos fundamentais da Constituição.
32. Para o Ministro Gilmar Mendes, na ADPF 388, v.g., “(...) o ponto central não está na edição de norma incompatível com a Constituição, mas na institucionalização de uma prática contrária à Constituição...” (negrito nosso)
- “(...) Ou seja, negando trânsito à ADPF, não haverá outro meio eficaz de sanar a suposta lesão constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.”
33. Por fim, para fins de melhor organização da presente ação e para clara demonstração do parâmetro de controle, por meio dos atos aqui denunciados o Requerente reputa violados os dispositivos constantes dos Arts. 1º, *caput* e inciso III, 6º, 18, 164-A, 167, § 4º, 168, 198, § 2º, II, 212, *caput*, 218, § 5º, e 77, II, e 101 do ADCT, todos da Constituição de 1988, na forma apresentada adiante.

IV - DO MÉRITO DA AÇÃO. PRÁTICA INSTITUCIONALIZADA QUE IMPEDE OS CUMPRIMENTO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS: ARTS. 1º, CAPUT E INCISO III, 6º, 18, 164-A, 167, § 4º, 168, 198, § 2º, II, 212, CAPUT, 218, § 5º, 77, II, E 101 DO ADCT, TODOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

34. Até que a Assembleia Legislativa vote o projeto de Lei 1.202/2019 e tome a palavra definitiva sobre o regime de recuperação fiscal do Estado de Minas Gerais, a população mineira e a União não podem conviver com violações à Constituição de 1988, em especial de preceitos fundamentais.
- a. Do princípio do federalismo cooperativo (Arts. 1º e 18 da CF/88).

35. Nessa linha, enquanto o projeto não é votado pela Assembleia Legislativa, não se pode transferir a responsabilidade pelos pagamentos das dívidas à União *sine die*. Se é certo que, **em atenção ao princípio da fidelidade da federação**, a União deva socorrer e apoiar os Estados-membros (dever de cooperação), *por outro lado*, os Estados-membros também possuem deveres, dentre os quais, promover medidas necessárias para o seu soerguimento.
36. Assim não fazendo, o Estado de Minas Gerais fica inteiramente dependente do Ente Central e perde sua autonomia no plano dos fatos, pois não consegue gerir adequadamente as contas públicas.
37. E, reconhecamos, **não há mais o denominado “comportamento contraditório da União”** e que embasava a decisão primeira, *proferida in initio litis*, na ACO 3244:

Ademais, é relevante pontuar que a União editou a Lei Complementar nº 159/2017, instituindo o Regime de Recuperação Fiscal dos Estados e do Distrito Federal. O Estado de Minas Gerais formalizou sua intenção de aderir ao programa e a própria União já encaminhou grupo técnico do Tesouro Nacional para a elaboração de diagnóstico econômico-fiscal (cf. nota técnica acima citada). Considerados os termos dos contratos de contragarantia, a União poderá bloquear repasses constitucionais e receitas próprias do Estado, agravando sua situação econômica e comprometendo a prestação de serviços públicos essenciais e o pagamento de seus servidores. Entendo, assim, que a execução das contragarantias, até que se finalizem as tratativas para ingresso no programa, configura comportamento contraditório do ente federal. (Decisão de 27 de março de 2019).

38. A União está cumprindo o seu papel.
39. Enquanto o Estado de Minas Gerais não cumpre o papel que lhe cabe, não se pode tolerar que o princípio do federalismo cooperativo seja violado, pela prática de não se analisar a adesão ao regime de recuperação fiscal e enquanto não seja votado, *eis que a só adesão ao Art. 23 da LC 178/2021 não resolve o quadro de crise fiscal*.
40. Já houve tempo suficiente para o Poder Legislativo Mineiro pautar o projeto de lei e a verdadeira penalizada será a força normativa do federalismo cooperativo decorrente dos Arts. 1º e 18 da Constituição de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

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

41. Ao invés de autonomia, grave dependência.

42. Para Konrad Hesse:

“Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. (HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição (*Die normative Kraft der Verfassung*). Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991, pág. 19).

b. Da sustentabilidade fiscal: Art. 164-A da Constituição de 1988.

43. Entende-se ainda que a sustentabilidade fiscal dos Estados-membros constitui hoje preceito fundamental, na linha do Art. 164-A da Constituição de 1988:

Art. 164-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem conduzir suas políticas fiscais de forma a manter a dívida pública em níveis sustentáveis, na forma da lei complementar referida no inciso VIII do caput do art. 163 desta Constituição. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 109, de 2021)

44. Mesmo as normas constitucionais dependentes de integração legislativa possuem eficácias jurídicas tendentes a impedir práticas que lhes sejam desconformes.

45. Na espécie, *até que haja votação pela Assembleia Legislativa Mineira*, o Estado de Minas Gerais somente se viabiliza em termos de sustentabilidade fiscal, mediante a providência que se requer ao final: as despesas constitucionais obrigatórias e as de cunho dis-

cricionário, *essas, próprias da democracia*, ficarão inviabilizadas já no final de 2022.

46. Em seguida, em 2023, o valor de R\$ 10,90 bilhões corresponde a 13,2% da receita corrente líquida obtida em 2021 (de R\$ 82,43 bilhões), em um cenário de inflação que pode não persistir e mesmo de perda expressiva de arrecadação, a partir da definição que se dê à questão do ICMS do diesel, gás e demais combustíveis no Congresso Nacional (PLP 18/2022).
47. A sustentabilidade fiscal é, portanto, meio para que as normas dirigentes da Constituição de 1988 sejam cumpridas pelo Poder Público, como as abaixo mencionadas.
 - c. **Do direito social à saúde, à educação, fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica, aos duodécimos dos demais poderes e ao pagamento de precatórios e de dívidas com a União: Arts. 1º, III, 6º, 167, §4º, 168, 198, §2º, II, 212, caput, 218, §5º, e 77, II, 101 do ADCT, todos da Constituição de 1988.**
48. Visto que o Estado de Minas Gerais não pode permanecer eternamente sem quitar as dívidas com a União e que sem sustentabilidade fiscal não há autonomia, *mas dependência*, registra-se uma primeira despesa obrigatória, na forma do Art. 167, § 4º, da Constituição de 1988:

Art. 167. São vedados:

(...)

§ 4º É permitida a vinculação das receitas a que se referem os arts. 155, 156, 157, 158 e as alíneas “a”, “b”, “d” e “e” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159 desta Constituição para pagamento de débitos com a União e para prestar-lhe garantia ou contragarantia.

49. Sem prejuízo, há outras despesas com a mesma natureza, *não passíveis de contingenciamento*. À evidência, os servidores públicos possuem direito público subjetivo à percepção de seus vencimentos, sob pena de violação à dignidade da pessoa humana e ao direito ao salário, na forma do Art. 1º, III, da CF/88:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

- 50.** E certamente não há serviço público sem servidor público. As despesas de pessoal do Poder Executivo em 2021 ficaram na casa dos 48,68% da receita corrente líquida, a ensejar um total anual de R\$ 40,12 bilhões.
- 51.** Já os duodécimos dos demais poderes e órgãos autônomos tiveram um valor total de R\$ 10,04 bilhões em 2021.
- 52.** Considerando ainda todas as demais despesas obrigatórias, a exemplo do pagamento de precatórios (Art. 101 do ADCT), de emendas parlamentares individuais e de bancada e do repasse de duodécimos (Art. 168 da CF/88), numa projeção de receitas para o ano de 2022 na casa de R\$ 110,18 bilhões, sobraria para os gastos com saúde (12% do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios) e para os gastos em educação (25% da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências), a quantia de R\$ 8,49 bilhões e de R\$ 17,82 bilhões respectivamente.
- 53.** As normas constitucionais são as seguintes:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

(...)

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

(...)

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

Art. 77 do ADCT. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes:

(...)

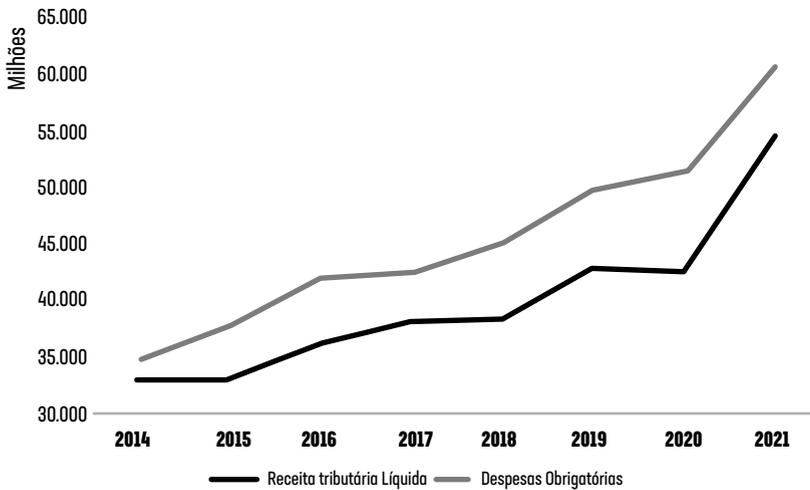
II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de

que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

54. Há ainda a previsão do Art. 218, §5º, da Constituição da República de 1988, que permite aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica. Em Minas Gerais, o montante é de, no mínimo, um por cento da receita orçamentária corrente ordinária do Estado (Art. 212, *caput*, da Constituição Estadual).
55. Logo, o mínimo financeiro da saúde e da educação, a par de outros preceitos fundamentais, como o pagamento de precatórios (que decorre da própria efetividade da jurisdição), estarão comprometidos com a prática inconstitucional vivenciada hoje e até que a Assembleia Legislativa Mineira aprecie o projeto de lei projeto de Lei 1.202/2019.
56. Com o grau de rigidez orçamentária, visualizam-se duas inequívocas conclusões: (i) independentemente do Chefe do Poder Executivo eleito pelo povo, a promoção de direitos fundamentais depende de expressivo fluxo de caixa e (ii) independentemente do Chefe do Poder Executivo eleito pelo povo, não haveria muito espaço para gastos democráticos, à míngua da possibilidade de realização de despesas discricionárias como investimentos em outras políticas públicas.

Gráfico



57. O cenário é assim de prática contrária a preceitos fundamentais da Constituição em que para cumprir um preceito fundamental o Estado de Minas Gerais passa a descumprir outro: a lesão que se quer evitar é então a de escolhas trágicas, a incidir quando um dos artigos constitucionais acima mencionado é violado para que outro deles possa ser efetivado, diante da escassez.
58. Como descrito no anexo de riscos fiscais, do projeto de Lei 3.723/2022 para a LDO mineira de 2023:
Isso implicaria na necessidade de um desembolso financeiro imediato - R\$ 10 bilhões anuais - que drenaria recursos previstos para outras áreas, colocando em risco o adimplemento de obrigações relativas a prestações de serviços essenciais, o cumprimento do calendário de pagamento dos servidores públicos estaduais, o repasse devido aos Municípios a título de transferência e o pagamento das folhas de pessoal do Poder Judiciário estadual, Ministério Público e Defensoria Pública, entre outros.

V - DO PEDIDO LIMINAR.

59. Na forma do disposto no art. 5º, da Lei Federal nº 9.882/1999, “o Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental”. Ainda, “em caso de extrema

urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, ad referendum do Tribunal Pleno”.

60. O pedido liminar ora formulado se encontra dotado de plausibilidade jurídica, além de se verificar comprovado perigo de dano irreversível ou de muito difícil reparação.
61. Ainda que no plano perfunctório, o direito vindicado na presente ação é plenamente verossímil, diante da clareza do Texto Constitucional que se pretende resguardar e diante da necessária desistência das ações cíveis originárias mencionadas no item 1 desta petição, para se aderir ao Art. 23 da LC 178/2021, o único que foi objeto de análise pela Assembleia Legislativa Mineira, ante o bloqueio legislativo retronarrado.
62. Nesse sentido, já observou a Ministra Carmen Lúcia *em seu voto no Ag na SL 883*⁷, no julgamento que analisou o parcelamento de salário de servidores do Rio Grande do Sul:
(...) quando se deixa de pagar a dívida com a União, a União bloqueia no automático. E esta dívida é uma dívida gravíssima, sofreu muito por conta disso, na condição de Procuradora porque é assim mesmo que acontece, não é? Bloqueia-se e aí você não tem condições de pagar nem comida para preso, nem para o Hospital. E essa é uma situação que chega a uma situação limite de perversidade com todo mundo. **A paralisação do servidor, que então reclama por um direito constitucional dele, por sua vez, apenas o cidadão.** (negrito nosso)
63. Assim, a não concessão da presente tutela de urgência – a par de avaliar perigoso precedente contrário à CR/88 -, fará perecer o direito constitucional garantido, eis que só o Art. 23 da LC 178/2021 não é capaz de evitar a completa dependência do Estado de Minas Gerais ao Ente Central: o ciclo, com grande probabilidade, irá se repetir.
64. A propósito, conforme a Nota Técnica anexa:
Diante do exposto, a assinatura do artigo 23 da LC 178/2021, sem a adesão ao RRF, impactará a situação fiscal do Estado, refletindo diretamente na incapacidade do fluxo de caixa do Tesouro Estadual de arcar com os acordos firmados, pagamento dos servidores estaduais, repasses constitucionais e a continuidade das políticas públicas.

⁷ <https://www.youtube.com/watch?v=IfBVxSEiCZY&t=6103s>. A partir do minuto: 50:36.

65. Tem-se aqui danos iminentes, razão pela qual a concessão da liminar tem por objetivo evitar lesão a preceito fundamental (Art. 1º da Lei 9.882/99): não se revela razoável, justo e em harmonia com o arcabouço constitucional que o Estado de Minas Gerais não mais consiga cumprir preceitos fundamentais de sua competência, como satisfazer direitos subjetivos públicos de seus cidadãos (como os do Art. 6º da CF), de credores (como o pagamento de precatórios, em respeito ao princípio da efetividade da jurisdição) e de servidores (direito de recebimento dos vencimentos em respeito à sua dignidade).
66. O prejuízo maior será, sem dúvida, para toda a sociedade mineira quando, *enfim*, tivermos de fazer escolhas trágicas, pela ausência de fluxo de caixa já no final de 2022 e em 2023.

VI - DOS PEDIDOS.

67. Diante do exposto o GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS, requer seja conhecida a presente ADPF, a fim de que:
- VI.1** - seja concedida a medida cautelar/liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno, para que seja permitido ao Estado de Minas Gerais prosseguir e aderir ao Regime de Recuperação Fiscal, com efeitos financeiros desde já, até que o requerido pautar o Projeto de Lei nº 1.202/2019 e, assim, até que a Assembleia Legislativa Mineira tome a decisão final em relação ao soerguimento fiscal aqui mencionado.
- VI.2** - seja, ao final, acolhida a pretensão exposta na presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) para, **confirmando-se a liminar**, reconhecer-se a inconstitucionalidade provisória da prática contrária à Constituição de 1988, de bloqueio legislativo adotado pelo requerido, e, *assim*, permitir-se, *sob a técnica de diálogo institucional ou de semelhante a de “second look”*, que o Estado de Minas Gerais prossiga e adira ao Regime de Recuperação Fiscal, com efeitos financeiros desde já, até que o Poder Legislativo Mineiro decida a matéria, no âmbito Projeto de Lei nº 1.202/2019.

Termos em que, respeitosamente, Pede deferimento.

Belo Horizonte, 14 de junho de 2022.

ROMEU ZEMA NETO

Governador Do Estado De Minas Gerais

SÉRGIO PESSOA DE PAULA CASTRO
Advogado-Geral Do Estado De Minas Gerais

MARGARIDA MARIA PEDERSOLI
Advogada-Geral Adjunta

MÁRIO EDUARDO GUIMARÃES NEPOMUCENO JÚNIOR
Procurador do estado/MG

EXMO(A). SR(A). DR(A). JUIZ(ÍZA) DE DIREITO,

ESTADO DE MINAS GERAIS, por seu Procurador, vem, respeitosamente, nos termos do art. 7º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009, prestar as INFORMAÇÕES adiante apresentadas, bem como juntar aos autos o Parecer nº 6/SEF/SUTRI-DOLT-CJUD/2022, emitido Secretaria de Estado de Fazenda, cujo conteúdo é parte integrante das informações ora prestadas.

- 1.. Trata-se de ação judicial movida pela parte autora questionando o seu dever de recolher ICMS-DIFAL, bem como o adicional ao Fundo de Combate à Pobreza – FEM (previsto no art. 12-A, da Lei Estadual nº 6.763/75, com redação dada pela Lei nº. 21.781/15), em favor do ESTADO DE MINAS GERAIS, relativo a operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto com domicílio em território mineiro.
2. Basicamente, a parte autora alega que a cobrança do ICMS-DIFAL relativo a operações e prestações interestaduais para consumidor final não contribuinte do imposto não pode ser exigido no ano de 2022, porque a Lei Complementar nº 190/2022 somente foi publicada em 05/01/2022, sendo necessário aguardo o transcurso das anterioridades nonagesimal e anual previstas nas alíneas “b” e “c” do inciso III do art. 150 da Constituição Federal. Já no que se refere ao Fundo de Erradicação da Miséria – FEM, argumenta a parte impetrante que, não sendo devido DIFAL-Não Contribuinte antes de 1.1.2023, também não seria devida a cobrança do adicional ao FEM pelo mesmo período.
3. Entretanto, conforme se verá adiante, nenhuma razão ampara a pretensão inicial.

I – ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DA COBRANÇA DO ICMS-DIFAL.

4. A parte autora discorre longamente sobre a suposta inconstitucionalidade e ilegalidade da cobrança do ICMS-DIFAL em operações interestaduais de mercadorias para consumidores finais **não contribuintes** do imposto.
5. A respeito deste assunto, não é necessária nenhuma delonga, pois o Supremo Tribunal Federal já apreciou a matéria no julgamento do RE nº 1.287.019 (Tema 1093 da repercussão geral).

6. No julgamento em referência, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que os incisos VII e VIII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, na redação que lhes foi dada pela Emenda Constitucional nº 87/2015, não são suficientes, por si sós, para fundamentar a cobrança do ICMS-DIFAL em operações interestaduais de mercadorias para consumidores finais **não contribuintes** do imposto, sendo necessária a edição de lei complementar federal dispendo sobre aspectos gerais da espécie tributária ora tratada.
7. Assim, restou fixada a seguinte tese jurídica pela Suprema Corte: “A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais.”
8. Mas o próprio Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos da decisão em referência, para o fim de convalidar a cobrança do ICMS-DIFAL até o final do exercício financeiro de 2021, com base no cenário legislativo até então existente (ainda sem a lei complementar federal veiculando normas gerais). Eis os termos da modulação feita:

“Por fim, o Tribunal, por maioria, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do convênio questionado para que a decisão produza efeitos, quanto à cláusula nona, desde a data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF e, quanto às cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta, a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022), aplicando-se a mesma solução em relação às respectivas leis dos estados e do Distrito Federal, para as quais a decisão produzirá efeitos a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022), exceto no que diz respeito às normas legais que versarem sobre a cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/2015, cujos efeitos retroagem à data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF. Ficam ressalvadas da proposta de modulação as ações judiciais em curso.”

9. Somente foram ressalvadas da modulação imposta as ações em curso até 24/02/2021, conforme esclarecido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento de embargos de declaração opostos no RE nº 1.287.019:

“O Tribunal Pleno, na sessão de 24/2/21, por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário, assentando a invalidade “da cobrança, em operação interestadual envolvendo mercadoria destinada a consumidor final não contribuinte, do diferencial de alíquota do ICMS, na forma do Con-

vênio nº 93/2015, ausente lei complementar disciplinadora”. Em seguida, por maioria, foi fixada a seguinte tese: “[a] cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais”.

Na mesma ocasião, a Corte, também por maioria, concluiu ser o caso de se modular os efeitos dessa decisão, tal como registrado na ata de julgamento do mérito, ressaltando da modulação, contudo, as ações judiciais então em curso, ou seja, as ações judiciais propostas até a data do referido julgamento.

(.....)

Registre-se, de mais a mais, que, na apreciação dos primeiros embargos de declaração na ADI nº 5.469/DF, a qual foi julgada em conjunto com o Tema nº 1.093, o Tribunal Pleno concluiu, por unanimidade, não ter havido omissão, contradição, obscuridade ou erro material quanto ao estabelecimento, no julgamento do mérito da ação direta, de que as ações ressaltadas da modulação dos efeitos da decisão seriam aquelas propostas até 24/2/21”.

10. Assim, como a presente ação foi proposta após 24/02/2021, não se presta para afastar a cobrança, em desfavor da parte autora, do ICMS-DIFAL em operações interestaduais de mercadorias para consumidores finais não contribuintes do imposto, no que diz respeito aos fatos geradores ocorridos até 31/12/2021.
11. Pela mesma razão, não tem o menor cabimento o pleito de repetição de indébito relativo a pagamentos efetivados nos últimos 5 (cinco) anos, porque quaisquer recolhimentos feitos pela parte autora e que estejam ligados a fatos geradores ocorridos até 31/12/2021 são inegavelmente corretos e devidos.
12. Já com relação exercício financeiro de 2022, é importante destacar que a Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, por meio da Superintendência de Tributação, emitiu o Comunicado SUTRI Nº 001/2022, esclarecendo que “o ICMS nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto - ICMS-DIFAL - será exigido a partir de 5 de abril de 2022”⁸.
13. Adiante far-se-á a demonstração do cabimento da cobrança da exação em questão ainda no exercício financeiro de 2022.

⁸ http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/comunicados/2022/csutri_001_2022.html

II – EXIGÊNCIA DE ICMS-DIFAL A PARTIR DO EXERCÍCIO DE 2022 – LEI COMPLEMENTAR Nº 190/2022.

14. A parte autora argumenta que não está obrigada ao recolhimento de ICMS-DIFAL no exercício de 2022, porque a Lei Complementar nº 190/2022 somente foi sancionada e publicada em 2022, de forma que a exigência fiscal em referência deveria aguardar a anterioridade nonagesimal e de exercício financeiro, previstas alíneas “b” e “c” do inciso III do art. 150 da Constituição Federal.
15. Mas a interpretação da parte autora está equivocada, conforme se demonstrará.
16. Após o Supremo Tribunal Federal fixar a tese jurídica no Tema 1093 da repercussão geral, Congresso Nacional aprovou, em 20/12/2021, o Projeto de Lei Complementar nº 32/2021 (Substitutivo da Câmara dos Deputados), para atender à exigência de lei complementar com normas gerais para a cobrança do ICMS-DIFAL nas operações interestaduais para consumidores finais não contribuintes.
17. Tal projeto de lei complementar foi sancionado em 04/01/2022, dando origem à Lei Complementar nº 190/2022, que foi publicada em 05/01/2022.
18. Consta do art. 3º da Lei Complementar nº 190/2022:

“Art. 3º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, observado, quanto à produção de efeitos, o disposto na alínea “c” do inciso III do *caput* do art. 150 da Constituição Federal.”
19. Do referido dispositivo, extraem-se dois comandos normativos: (i) a entrada em vigor da lei complementar na data de sua publicação (05/01/2022); e (ii) a referência à anterioridade nonagesimal para a sua produção de efeitos.
20. Diante desse cenário, o ESTADO DE MINAS GERAIS entende que a entrada em vigor da Lei Complementar nº 190/2022 autoriza a imediata produção de efeitos da Lei Estadual nº 21.781/2015, que acrescentou os itens 11 e 12 ao § 1º do art. 5º e o § 3º ao art. 14, ambos da Lei Estadual nº 6.763/1975, cujas redações são apresentadas a seguir:

“Art. 5º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte inte-

restadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

(...)

§ 1º O imposto incide sobre:

(...)

11) a operação interestadual que destine mercadoria ou bem a consumidor final não contribuinte do imposto, localizado neste Estado, relativamente à parcela do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna estabelecida para a mercadoria neste Estado e a alíquota interestadual;

12) a prestação interestadual de serviço destinada a este Estado, tomada por consumidor final não contribuinte do imposto, relativamente à parcela do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna estabelecida para a prestação do serviço neste Estado e a alíquota interestadual.”

“Art. 14. Contribuinte do imposto é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviço, descrita como fato gerador do imposto.

(...)

§ 3º Nas operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, bens ou serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado neste Estado, relativamente ao imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, são contribuintes do imposto:

I - em se tratando de operação ou prestação de serviço destinada a contribuinte do imposto situado neste Estado, o destinatário da mercadoria, bem ou serviço;

II - em se tratando de operação ou prestação de serviço destinada a não contribuinte do imposto, o remetente da mercadoria ou bem ou o prestador do serviço.”

- 21.** Como se passa a demonstrar, esse entendimento está embasado em três fundamentos centrais: (i) a compreensão firmada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do RE nº 1.221.330/SP (Tema 1.094 da repercussão geral); (ii) a inadequação da contagem de qualquer anterioridade (anual ou nonagesimal) a partir da Lei Complementar nº 190/2022; e (iii) a inconstitucionalidade material da expressão “observado, quanto à produção de efeitos, o disposto na alínea c do inciso III do caput do art. 150 da Constituição Federal”.

II.1 – DA LEI ESTADUAL Nº 21.781/2015 E O TEMA 1094
DA REPERCUSSÃO GERAL DO STF – IMPACTOS DA LEI
COMPLEMENTAR Nº 190/2022 NESSA RELAÇÃO

22. Quando do julgamento do RE nº 1.287.019/DF (Tema nº 1.093 da repercussão geral) pelo Supremo Tribunal Federal, o eminente Relator, Ministro Dias Toffoli, teceu as seguintes considerações acerca dos efeitos das leis estaduais que previam a cobrança do imposto:

“6. DA IMPOSSIBILIDADE DE OS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL COBRAREM A EXAÇÃO ANTES DO ADVENTO DE LEI COMPLEMENTAR DISPONDO SOBRE O ASSUNTO

Julgo, ainda, que a competência plena à qual alude o art. 24, § 3º, da Constituição Federal, não autoriza a cobrança, pelos estados ou pelo Distrito Federal, do ICMS correspondente ao diferencial de alíquotas quanto às operações e prestações interestaduais com consumidor final não contribuinte do imposto antes do advento da lei complementar dispondo sobre o assunto.

[...]

Especificamente em relação ao ICMS, vale citar o RE nº 474.267/RS. Como se sabe, a EC nº 33/01 previu a possibilidade da incidência do ICMS sobre importação de bem ou mercadoria por pessoa que não se dedica ao comércio ou à prestação de serviços de comunicação ou de transporte interestadual ou intermunicipal. No julgamento do referido apelo extremo, o Tribunal concluiu que, para a efetiva cobrança desse imposto, seria necessária a existência de lei complementar disciplinando a questão e de lei em cada estado e no Distrito com a regra-matriz de incidência.

Pode-se dizer, portanto, ter a Corte concluído, no exame daquele apelo extremo, que a competência referida no art. 24, § 3º, da Constituição não autorizava os estados nem o Distrito Federal a legislar de maneira plena sobre o ICMS-importação na ausência de lei complementar sobre o assunto. Muito por conta disso, a Segunda Turma, no julgamento do paradigmático RE nº 917.950/SP-AgR, Relator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, esclareceu que as leis estaduais editadas com o propósito de cobrança desse tributo após a EC nº 33/01 e antes da LC nº 114/02 - a qual dispôs sobre o tema - seriam válidas, mas só produziriam efeitos a partir da vigência dessa lei complementar, no que fossem com ela compatíveis.

Posteriormente, essa orientação foi fixada como tese do Tema nº 1.094 de repercussão geral, no julgamento do RE nº 1.221.330/SP, Tribunal Pleno, Relator para o acórdão o Ministro Alexandre de Moares, DJe de 17/8/20. Por ser esclarecedora, transcrevo a ementa desse julgado:

‘RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 1094 DA REPERCUSSÃO GERAL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS INCIDENTE NA IMPORTAÇÃO DE BENS E MERCADORIAS, POR PESSOA FÍSICA OU JURÍDICA, COM BASE

EM LEI ESTADUAL EDITADA POSTERIORMENTE À PROMULGAÇÃO DA EC Nº 33/2001, PORÉM ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR FEDERAL Nº 114/2002. POSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência desta CORTE, no julgamento do RE 439.796-RG (Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Tema 171), fixou a orientação de que, ‘após a Emenda Constitucional 33/2001, é constitucional a incidência de ICMS sobre operações de importação efetuadas por pessoa, física ou jurídica, que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de serviços’. 2. Tal imposição tributária depende da edição de lei complementar federal; publicada em 17/12/2002, a Lei Complementar 114 supriu esta exigência. 3. As leis ordinárias estaduais que previram o tributo após a Emenda 33/2001 e antes da entrada em vigor da LC 114/2002 são válidas, mas produzem efeitos apenas a contar da vigência da referida lei complementar. 4. No caso concreto, o tributo é constitucional e legalmente devido com base na Lei Estadual 11.001/2001, cuja eficácia teve início após a edição da LC 114/2002. 5. Recurso Extraordinário a que se dá provimento, de modo a denegar a segurança, restabelecendo a sentença de primeiro grau. Atribuída repercussão geral a esta matéria constitucional e fixada a seguinte tese de julgamento: ‘I - Após a Emenda Constitucional 33/2001, é constitucional a incidência de ICMS sobre operações de importação efetuadas por pessoa, física ou jurídica, que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de serviços, devendo tal tributação estar prevista em lei complementar federal. II - As leis estaduais editadas após a EC 33/2001 e antes da entrada em vigor da Lei Complementar 114/2002, com o propósito de impor o ICMS sobre a referida operação, são válidas, mas produzem efeitos somente a partir da vigência da LC 114/2002’” (RE nº 1.221.330/SP, Tribunal Pleno, Rel p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 17/8/20, Tema nº 1.094 grifo nosso). Em suma, reitero que não podem os estados nem o Distrito Federal, invocando a competência plena à qual alude o art. 24, § 3º, da Constituição Federal, exigir o imposto correspondente ao diferencial de alíquotas em tela antes do advento da lei complementar pertinente.

E, aplicando à presente discussão a orientação da Corte prevalecente no RE nº 917.950/SP-AgR e no RE nº 1.221.330/SP, Tema nº 1.094, julgo que as leis estaduais ou do Distrito Federal editadas após a EC 87/15 que preveem o ICMS correspondente ao diferencial de alíquotas nas operações ou prestações interestaduais com consumidor final não contribuinte do imposto são válidas, mas não produzem efeitos enquanto não for editada lei complementar dispondo sobre o assunto.”

- 23.** Como se vê, o Ministro Dias Toffoli, no voto condutor do acórdão do Tema nº 1.093 da repercussão geral, referiu à necessidade de observância do entendimento firmado no Tema nº 1.094, para concluir que “aplicando à presente discussão a orientação da Corte prevalecente no RE nº 917.950/SP-AgR e no RE nº 1.221.330/SP, Tema nº 1.094, julgo que as leis estaduais ou do

Distrito Federal editadas após a EC 87/15 que preveem o ICMS correspondente ao diferencial de alíquotas nas operações ou prestações interestaduais com consumidor final não contribuinte do imposto são válidas, mas não produzem efeitos enquanto não for editada lei complementar dispondo sobre o assunto”.

- 24.** Quanto aos efeitos das leis estaduais instituidoras do ICMS-DIFAL em operações interestaduais destinadas a consumidores finais não contribuintes, a análise dos acórdãos do RE nº 1.221.330/SP e do RE nº 917.950/SP-AgR deixa claro que a data a ser considerada é a data da entrada em vigor da lei complementar que veicula normas gerais, momento em que os efeitos das legislações estaduais consideradas válidas voltam a ser produzidos. Veja-se a ementa do RE nº 917.950/SP-AgR (STF, 2ª Turma. Redator para acórdão Ministro Gilmar Mendes, DJe 08.06.2018):

“Direito Constitucional e Direito Tributário. 2. ICMS-Importação. Emenda Constitucional n. 33/2002. Lei Complementar n. 114/2002. 3. Leis estaduais anteriores à Lei Complementar e posteriores à Emenda Constitucional. Análise no plano da eficácia. Preservação da validade da legislação estadual. 4. Após a EC 33/2002, houve alteração da competência tributária relativa ao ICMS, a fim de ampliar o sujeito passivo tributário do ICMS-Importação. 5. A ausência de lei complementar federal não enseja a inconstitucionalidade de lei estadual editada por ente federativo após a EC 33/2002. Inibe apenas seus efeitos. 6. Ineficácia da legislação estadual até 17.12.2002 (data da vigência da Lei Complementar 114/2002). 7. Agravo regimental a que se dá provimento.”

- 25.** Essa compreensão prevaleceu no julgamento, pelo Pleno do STF, do RE nº 1.221.330/SP, paradigma do Tema nº 1.094/STF (STF, Pleno, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, DJe 14.08.2020). Do voto condutor do acórdão, extrai-se a seguinte passagem:

“Em processo no qual se discute questão idêntica, a Segunda Turma desta CORTE, nos autos do RE 917.950-AgR/SP, declarou a validade da Lei 11.001/2001 do Estado de São Paulo, a partir da vigência da Lei Complementar 114/2002, que regulamentou a Emenda Constitucional 33/2001, uma vez que a referida Lei Estadual teria sido editada durante a vigência da EC 33/2001.

A propósito, por sua exatidão, cito trecho do voto proferido pelo Ilustre Min. GILMAR MENDES, ao qual adiro:

‘A questão que merece reflexão por esta Corte é que entes federativos, no exercício de sua parcela de competência constitucional e após a Emenda Constitucional 33/01, editaram diplomas normativos de acordo com a alteração constitucional, mas antes da Lei Complementar Federal 114/02.

A Emenda Constitucional em questão foi clara ao estabelecer quem seriam os sujeitos passivos da exação estadual quando alterou a norma do art. 155, § 2º, IX, 'a', da CF, a saber:

'IX (omissis). [redação original]: a) sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço;

[norma alterada]: a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço.

(...)'

É cediço que apenas lei complementar federal pode dispor sobre contribuintes de imposto estadual na forma do art. 146, III, 'a', da CF. Contudo é de observar que, após a emenda constitucional houve alteração da regra-matriz tributante para permitir o alargamento do sujeito passivo tributário do ICMS-Importação, norma constitucional que ofereceria todos os critérios necessários para a estruturação da lei estadual.

Não se pode punir com a pecha de inconstitucional o ato do ente federativo diligente que, amparado por autorização constitucional e no exercício de sua competência tributária, alterou seu arcabouço normativo estadual para expressar o exato contido naquela norma.

É bem verdade que a efetividade desse poder tributante dependeria de lei complementar federal, todavia não seria caso de inconstitucionalidade formal ou material, mas, tão somente, de condição de eficácia daquele exercício após a superveniência da legislação necessária.

Caso contrário, exemplificadamente no Estado de São Paulo, chegaríamos a situação na qual, em razão de até hoje não ter havido alteração normativa quanto ao contribuinte do ICMS-importação após a Lei Complementar Federal 114/02, o referido Ente Federativo estaria impedido de cobrar o aludido tributo. Pensando consequencialmente, daríamos azo a incontáveis ações de repetição de indébitos, a promover desfalque ainda maior nas combatidas receitas estaduais.

Portanto, penso que, conjugando a linha do precedente da Corte, deve-se compreender que as leis anteriores à Lei Complementar 114/02 e posteriores à EC33/01 não são inconstitucionais.

A questão resolve-se no plano da eficácia.

Vale dizer, no período após a EC e anterior à Lei Complementar Federal, não haveria inconstitucionalidade, mas tão só ineficácia da legislação estadual até 17.12.2002 (vigência da Lei Complementar 114/02), de sorte que seriam insubsistentes créditos tributários advindos de fatos geradores anteriores a tal marco.”

- 26.** Note-se que, de acordo com o que restou decidido no Tema nº 1.094/STF, a partir do voto condutor do Ministro Alexandre de Moraes, publicada a lei complementar veiculadora de normas gerais (data da entrada em vigor), as leis estaduais já existentes e que instituíram a exação passaram a ter eficácia imediata, não havendo espaço para a invocação das anterioridades nonagesimal e de exercício. Tanto é assim que o voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 917.950-AgR/SP, citado no voto do Ministro Alexandre de Moraes no Tema nº 1.094, refere expressamente à data de vigência da Lei Complementar nº 114/02 (17/12/2002) como marco para a possibilidade de cobrança da exação, destacando que apenas seriam insubsistentes os créditos tributários advindos de fatos geradores anteriores a essa data.
- 27.** O que aqui se diz se torna ainda mais evidente quando se constata que o voto VENCIDO do Ministro Luiz Fux, baseava-se no acórdão do RE 1.214.470-AgR (STF, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 12.11.2019), o qual referia a superveniência da norma geral como marco inicial da regra de anterioridade.
- 28.** Observe que o Ministro Luiz Fux, relator originário do RE nº 1.221.330/SP (paradigma do Tema 1094), defendeu em seu voto que “O papel da lei complementar de normas gerais em matéria de ICMS estabelece condição de validade (artigos 146, II, e 155, XII, § 2º, i, da Constituição) e não de simples eficácia”, mas seu entendimento restou vencido no julgamento, tendo prevalecido no Plenário o voto do Ministro Alexandre de Moraes, segundo o qual, “As leis estaduais editadas após a EC 33/2001 e antes da entrada em vigor da Lei Complementar 114/2002, com o propósito de impor o ICMS sobre a referida operação, são válidas, mas produzem efeitos somente a partir da vigência da LC 114/2002”.
- 29.** Com efeito, após a publicação da Lei Complementar nº 190/2022, o cenário jurídico e legislativo que envolve o ICMS-DIFAL sobre operações interestaduais destinadas a consumidores finais não contribuintes (Tema 1.093/STF) tornou-se exatamente idêntico àquele verificado no caso do ICMS-Importação após a edição da Lei Complementar nº 114/02 (Tema 1.094/STF), impondo-se, pois, a aplicação da mesma solução.
- 30.** Eis o quadro comparativo para demonstrar a identidade entre as situações:

ICMS-Importação para pessoa física ou jurídica (contribuinte habitual ou não)	ICMS-DIFAL para consumidor final não contribuinte
Regulado pela Emenda Constitucional nº 33/2001	Regulado pela Emenda Constitucional nº 87/2015
Ausência de lei complementar veiculando normas gerais	Ausência de lei complementar veiculando normas gerais
Leis estaduais instituíram a cobrança do imposto	Leis estaduais instituíram a cobrança do imposto
Ao julgar o Tema 1.094 da repercussão geral, STF entendeu ser imprescindível lei complementar veiculando normas gerais	Ao julgar o Tema 1.093 da repercussão geral, STF entendeu ser imprescindível lei complementar veiculando normas gerais
Sobreveio a Lei Complementar nº 114/2002	Sobreveio a Lei Complementar nº 190/2022
STF entendeu que as leis estaduais aprovadas depois da promulgação da Emenda Constitucional nº 33/2001 são válidas, mas com aptidão para produzir efeitos somente após a vigência da Lei Complementar 114/2002 (em 17/12/2002), <u>sem necessidade de observância de anterioridade de exercício financeiro ou nonagesimal.</u>	<u>A conclusão deve ser a mesma do Tema 1.094/STF:</u> as leis estaduais aprovadas depois da promulgação da Emenda Constitucional nº 87/2015 devem ser reputadas válidas, mas com aptidão para produzir efeitos somente após a vigência da Lei Complementar nº 190/2022 (em 05/01/2022), <u>sem necessidade de observância de anterioridade de exercício financeiro ou nonagesimal.</u>

31. É exatamente esse o caso da Lei Estadual nº 21.781/2015, que instituiu a cobrança, em favor do ESTADO DE MINAS GERAIS, do ICMS-DIFAL sobre operações interestaduais destinadas a consumidores finais não contribuintes. Como tal lei estadual foi publicada após a Emenda Constitucional nº 87/2015, deve ser reputada válida, mas com aptidão para produzir efeitos imediatamente após a publicação da Lei Complementar nº 190/2022, sem necessidade de se aguardar o transcurso de anterioridade de exercício financeiro ou nonagesimal.
32. Nota-se, pois, que a parte autora formula requerimento superado pelo entendimento firmado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (Tema 1.094/STF).
33. Não há, pois, plausibilidade jurídica no pleito da parte autora, uma vez que é colidente com a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 1.094 da repercussão geral, cuja ratio decidendi deve orientar o julgamento deste caso concreto, diante da identidade entre as situações.

II.2 – DA INADEQUAÇÃO DA CONTAGEM DE QUALQUER ANTERIORIDADE (ANUAL OU NONAGESIMAL) A PARTIR DA LEI COMPLEMENTAR Nº 190/2022 – NORMA DE CARÁTER GERAL.

34. Como visto no tópico anterior, a Lei Estadual nº 21.781/2015, que instituiu a cobrança, em favor do ESTADO DE MINAS GERAIS, do ICMS-DIFAL sobre operações interestaduais destinadas a consumidores finais não contribuintes, é válida desde a sua edição, mas com aptidão para produzir efeitos, ou seja, ter eficácia, a partir da publicação de lei complementar veiculando normas gerais sobre o tributo em questão.
35. Sobreveio a necessária lei complementar (Lei Complementar nº 190/2022), que foi publicada em 05/01/2022.
36. Não há, todavia, qualquer razão para a contagem de nenhum tipo de anterioridade (anual ou nonagesimal) a partir da Lei Complementar nº 190/2022, como se demonstrará adiante.
37. A Lei Complementar nº 190/2022 alterou a Lei Complementar nº 87/1996 (Lei Kandir), para regulamentar a cobrança do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Inter municipal e de Comunicação (ICMS) nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto.
38. Essa nova lei complementar cuidou de disciplinar aspectos gerais do ICMS-DIFAL incidente operações interestaduais destinadas a consumidores finais não contribuintes, mas não instituiu a cobrança tributária em si ou majorou a carga tributária incidente sobre os fatos geradores.
39. Tanto é verdade que a Lei Complementar nº 190/2022 não instituiu cobrança de tributo ou majorou a cobrança tributária que a simples existência da disciplina constitucional (incisos VII e VIII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal) e da própria lei complementar em referência não autorizaria a exigência, por parte dos Estados e do Distrito Federal, de ICMS-DIFAL sobre operações interestaduais destinadas a consumidores finais não contribuintes, sendo necessária lei local com a efetiva instituição do imposto.
40. Sem a lei local, o ente federativo não estaria autorizado a cobrar o ICMS-DIFAL sobre operações interestaduais destinadas a

consumidores finais não contribuintes, porque tal tributo definitivamente não foi instituído pela Constituição Federal ou pela Lei Complementar nº 190/2022, recebendo destas apenas uma disciplina normativa/regulatória geral.

41. Por isso é que precisa ficar bastante claro que, no Estado de Minas Gerais, a lei que instituiu a cobrança do ICMS-DIFAL sobre operações interestaduais destinadas a consumidores finais não contribuintes foi a Lei Estadual nº 21.781/2015, de 1º de outubro de 2015.
42. E considerando que a Lei Estadual nº 21.781/2015 é válida desde sua edição (conforme já decidiu o STF no Tema 1.094 da repercussão geral) e que foi ela que efetivamente instituiu a cobrança do ICMS-DIFAL em Minas Gerais, qualquer tipo de anterioridade deve ser contada de sua publicação – e não da Lei Complementar nº 190/2022 que apenas disciplinou aspectos gerais da tributação e conferiu eficácia (ou aptidão para produção de efeitos) à lei estadual.
43. Neste ponto convém lembrar o que dispõem as alíneas “b” e “c” do inciso III do art. 150 da Constituição Federal:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

III – cobrar tributos:

- a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;
- b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;
- c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;”

44. Nas palavras de Roque Antônio Carrazza, “o princípio da anterioridade exige, evidentemente, que a lei que cria ou aumenta um tributo só venha a incidir sobre fatos ocorridos no exercício financeiro subsequente ao de sua entrada em vigor”⁹ (g.n.).
45. Por seu turno, acerca de tal princípio constitucional, preleciona Hugo de Brito Machado Segundo:

“O que a Constituição faz, nos seus arts. 150, III, b e c, e 195, § 6º, é estabelecer uma *vacatio legis* obrigatória (porquanto imposta por norma

9 CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 214.

hierarquicamente superior, que não pode ser afastada por disposição da própria lei de cuja *vacatio* se cogita) para as leis que instituem ou aumentam tributos, como forma de prestigiar o princípio da segurança jurídica”.¹⁰ (g.n.)

46. Sob esse prisma, a anterioridade tributária, seja ela pertinente ao exercício financeiro ou nonagesimal, se relaciona à lei veiculadora da regra matriz de incidência tributária, não se aplicando às leis que apenas veiculem as normas gerais sobre o tributo.
47. Especificamente quanto ao ICMS, a competência para instituição do tributo é dos Estados ou o Distrito Federal (art. 155, II, da Constituição Federal), cabendo à União, tão somente, editar normas gerais, seja por força do art. 146 do texto constitucional, seja por força de disposições específicas do ICMS, especialmente o art. 155, §2º, XII.
48. Ou seja, a lei estadual, única apta a instituir ou majorar o ICMS, é a que é tratada no art. 150, III, “b” e “c”, da Constituição Federal, quando dispõe sobre as anterioridades, não a lei complementar de competência do Congresso Nacional, mera veiculadora de normas gerais (no caso ora tratado, a Lei Complementar nº 190/2022).
49. Portanto, cabendo à lei complementar apenas instituir regramento geral acerca do ICMS-DIFAL, esta se endereça aos legisladores estaduais, articulando o sistema tributário da Constituição às legislações fiscais das pessoas políticas (ordens jurídicas parciais), não fazendo sentido dizer, portanto, que a lei complementar federal deveria obedecer a anterioridades comum e nonagesimal, por força do art. 150, III, “b” e “c”, da Constituição Federal.
50. Nesse sentido, confira-se o ensinamento do tributarista Sacha Calmon:

“As normas gerais de Direito Tributário veiculadas pelas leis complementares são eficazes em todo o território nacional, acompanhando o âmbito de validade espacial destas, e se endereçam aos legisladores das três ordens de governo da Federação, em verdade, seus destinatários. A norma geral articula o sistema tributário da Constituição às legislações fiscais das pes-

10 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Manual de direito tributário*. 10.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

soas políticas (ordens jurídicas parciais). São normas sobre como fazer normas em sede de tributação.”¹¹

51. Mutatis Mutandis, não é outro o ensinamento de Kiroshi Harada, conforme se extrai do comentário a seguir acerca da EC 87/15:

“Outrossim, não há que falar em majoração do ICMS, pois essa é uma atribuição do legislador ordinário, e não do legislador Constituinte Derivado. O destinatário dos dispositivos da Emenda não é o contribuinte, mas entidades políticas tributantes. Aliás, a sustentação da tese do atropelo ao princípio da anterioridade conduz à inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 87 por adentrar no núcleo protegido por cláusula pétrea, posição que ninguém defende.”¹²

52. No mesmo sentido se firmou a jurisprudência do Excelso Pretório:

“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE E REGIME DE COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. DISCIPLINA POR LEI COMPLEMENTAR. NÃO INCIDÊNCIA DE ANTERIORIDADE NONAGESIMAL NA PRORROGAÇÃO DA COMPENSAÇÃO. PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. A Constituição Federal trouxe, no artigo 155, §2º, I, a previsão do princípio da não-cumulatividade relativamente ao ICMS e, em seu inciso XII, alínea c, determina que compete à lei complementar regulamentar o regime de compensação do tributo.

2. Dessa forma, embora a Constituição Federal tenha sido expressa sobre o direito de os contribuintes compensarem créditos decorrentes de ICMS, também conferiu às leis complementares a disciplina da questão.

3. O contribuinte apenas poderá usufruir dos créditos de ICMS quando houver autorização da legislação complementar. Logo, o diferimento da compensação de créditos de ICMS de bens adquiridos para uso e consumo do próprio estabelecimento não viola o princípio da não cumulatividade.

4. O Princípio da anterioridade nonagesimal (ou noventena) é exigível apenas para as leis que instituem ou majoram tributos. A incidência da norma não precisa observar o prazo de 90 (noventa) dias da data da publicação que prorrogou o direito à compensação, nos termos do artigo 150, III, alínea c, da Constituição

5. Recurso Extraordinário do Estado do Rio Grande do Sul a que se dá PROVIMENTO, para denegar a ordem. Fixadas as seguintes teses de repercussão geral no Tema 346: ‘(i) Não viola o princípio da não cumulatividade (art. 155, §2º, incisos I e XII, alínea c, da CF/1988) lei complementar que prorroga a compensação de créditos de ICMS relativos a bens adquiridos

11 COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

12 HARADA, Kiyoshi. *ICMS: doutrina e prática*. São Paulo: Atlas, 2017.

para uso e consumo no próprio estabelecimento do contribuinte; (ii) Conforme o artigo 150, III, c, da CF/1988, o princípio da anterioridade nonagesimal aplica-se somente para leis que instituem ou majoram tributos, não incidindo relativamente às normas que prorrogam a data de início da compensação de crédito tributário”.(RE 601967, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-221 DIVULG 03-09-2020 PUBLIC 04-09-2020)

- 53.** Justamente por não se aplicar qualquer das anterioridades (comum e nonagesimal) quanto à lei complementar de caráter geral, o argumento no sentido de que o art. 3º da Lei Complementar nº 190/2022 estabelece como requisitos para a cobrança do ICMS-DIFAL o prazo de noventa dias a contar de sua publicação e, cumulativamente, o exercício seguinte, não encontra amparo no sistema tributário-constitucional.
- 54.** Evidentemente, a utilização de lei complementar, em matéria tributária, não é decidida pelo Poder Legislativo, mas determinada pela Constituição, uma vez que as matérias sob reserva de tal espécie legislativa são aquelas expressamente previstas pelo Constituinte, incumbindo-a, nos termos da Carta Magna, os seguintes papéis: I – emitir normas gerais de Direito Tributário; II – dirimir conflitos de competência; III – regular limitações ao poder de tributar; IV – fazer atuar certos ditames constitucionais.
- 55.** Assim, sob o ponto de vista material, a lei complementar exigida, nos termos do julgamento do Tema 1093 pelo Supremo Tribunal Federal, tem por objetivo a complementação da Constituição, ajuntando-lhe normatividade e operacionalizando-lhe os comandos, não podendo o legislador congressista perder de vista, contudo, a coexistência de ordens jurídicas parciais (federal, estadual e municipal), as quais formam a ordem jurídica nacional, e encontram respaldo no princípio federativo.
- 56.** Por conseguinte, se o Constituinte já estabelece em que hipóteses se aplicam as anterioridades comum e nonagesimal, bem como as respectivas exceções, não cabe à lei complementar federal ampliá-las, muito menos dispor que as anterioridades devam levar em consideração a publicação da própria lei veiculadora de normas gerais, não a da lei estadual instituidora ou modificadora. Registre-se, que à lei complementar é dado somente REGULAR as limitações constitucionais, e não criar, sem qualquer base constitucional, novas limitações.

57. Dito de outro modo, sendo dos Estados e do Distrito Federal a competência material tributária para instituir/majorar o ICMS (art. 155, II, CF), ao prever limitação à exigência do ICMS-DIFAL sem competência para tanto, o Congresso Nacional acaba por se imiscuir na atividade legislativa atribuída ao Legislativo local, sendo inválida tal previsão contida no art. 3º da Lei Complementar nº 190/22, caso admitida a argumentação autoral de que instituída a fim de restringir a cobrança tributária respectiva.

58. No mesmo sentido, esclarece Sacha Calmon Navarro Coêlho:

“A lei complementar na forma e no conteúdo só é contrastável com a Constituição (o teste de constitucionalidade se faz em relação à Superlei) e, por isso, pode apenas adentrar área material que lhe esteja expressamente reservada. Se porventura cuidar de matéria reservada às pessoas políticas periféricas (Estado e Município), não terá valência. Se penetrar, noutro giro, competência estadual ou municipal, provocará inconstitucionalidade por invasão de competência. Se regular matéria da competência da União reservada à lei ordinária, ao invés de inconstitucionalidade incorre em queda de status, pois terá valência de simples lei ordinária federal. [...]

No caso de lei complementar regulando matéria de lei ordinária estadual ou municipal, ocorre o fenômeno da rejeição. O sistema jurídico rejeita a norma, vedando o seu ingresso no ordenamento para evitar a invasão das competências fixadas na CF. O mesmo ocorrerá se a lei ordinária federal cuidar de matéria reservada à lei complementar. Já o fenômeno da recepção ocorre quando o sistema reconhece a existência da lei, sua validade formal, sua validade material e, portanto, se vigente, a sua eficácia. As técnicas de reconhecimento, portanto, uma vez utilizadas, levam à adaptação, à rejeição ou à recepção das normas do sistema.”¹³

59. Ademais, como decidiu o próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto da ADI 5469 e do RE 1.287.019 (Tema 1093 da repercussão geral), caberia à lei complementar federal dispor sobre obrigação tributária, contribuintes, bases de cálculo/alíquotas e créditos de ICMS-DIFAL nas operações ou prestações interestaduais com consumidor final não contribuinte do imposto - inexistindo, portanto, seja na Constituição ou na decisão da Excelsa Corte, margem para que a lei complementar promova a instituição da cobrança do ICMS-DIFAL, que, no Estado de Minas Gerais, já ocorreu desde a Lei Estadual nº 21.781/2015.

13 COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

60. Levando em conta tudo isso, é preciso ler o art. 3º da Lei Complementar nº 190/2022 e constatar que o legislador federal NÃO determinou que a cobrança do ICMS-DIFAL ocorresse necessariamente apenas no exercício seguinte ou após o decurso do lapso nonagesimal:

“Art. 3º - Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, observado, quanto à produção de efeitos, o disposto na alínea ‘c’ do inciso III do caput do art. 150 da Constituição Federal.”

61. Conforme se extrai, a referida lei complementar entrou em vigor na data de sua publicação, estando apta, desde tal momento, a produzir os efeitos que lhe são próprios, que são justamente os efeitos de lei veiculadora de normas gerais.

62. Logo, no art. 3º, o legislador não prescreve que a cobrança do ICMS-DIFAL deva ocorrer no exercício seguinte e/ou após noventa dias da publicação da lei complementar. O que a lei ali faz é apenas consignar, em reprodução à Constituição, que quando, num determinado ente federativo competente, houver instituição ou aumento de tributo (justamente, as hipóteses expressamente contempladas no art. 150, III, da Constituição Federal), deve ser atendida a anterioridade nonagesimal. Lembre-se que, como já demonstrado, a anterioridade deve ter por referencial a lei apta a instituir ou majorar o tributo, e não aquela destinada apenas a veicular normas gerais.

63. Assim, caso algum ente federativo, na data da publicação da Lei Complementar nº 190/2022, ainda não tenha editado lei local instituindo a cobrança do ICMS-DIFAL, deverá observar as anterioridades anual e nonagesimal a partir da edição da norma instituidora do tributo em referência, observando o art. 3º da mencionada lei complementar, que não precisava mas, por pura atecnia legislativa, faz referência ao art. 150, III, “c”, da Constituição Federal. Entretanto se a lei local instituidora do tributo já existir (como no caso de Minas Gerais), ela é válida (conforme já decidiu o STF no Tema 1.094 da repercussão geral) e produzirá efeitos (terá eficácia) imediatamente após a publicação da Lei Complementar nº 190/2022, que entrou em vigor “na data de sua publicação”.

64. Admitir o contrário, implica a conclusão de que estaria a União a instituir isenção heterônoma, em violação ao art. 151, III, da Constituição Federal e ao princípio federativo (art. 1º a 18 da

CF), porquanto não lhe é dado impedir aos Estados, ao seu alvedrio, de exercerem a competência tributária a eles outorgada constitucionalmente, pela Emenda Constitucional nº 87/2015.

65. Por óbvio, cabe aos estados e o Distrito Federal, enquanto entes competentes para instituir o ICMS e especificamente o DIFAL (art. 155, II, e §2º, VII e VIII, da CF), decidirem o momento da tributação, respeitadas as limitações constitucionais ao poder de tributar (sendo cogitada a anterioridade apenas quando houver criação ou aumento de tributo).
66. Desse modo, ao contrário do que sustenta a parte autora, entende-se que o art. 3º da Lei Complementar nº 190/2022 não diz, nem poderia dizer, que aos entes federativos não é dado cobrar o diferencial de alíquotas antes de decorridos noventa dias da publicação dela mesma, muito menos que só poderiam fazê-lo no exercício financeiro seguinte ao da publicação dela, isto é, em 2023. O que a lei nacional diz é que a produção de efeitos não deve ignorar a anterioridade nonagesimal (quando for o caso de aplicação desta, ou seja, quando, no ente local, houver agravamento da carga tributária, mediante criação ou aumento de tributo que antes não havia).
67. Ademais não é dado uma norma infraconstitucional fixar a interpretação a ser conferida à Constituição Federal, uma vez que não se deve interpretar a anterioridade conforme a lei, as leis é que precisam ser interpretadas consoante as normas constitucionais, notadamente se tratando de questão que envolva, potencialmente, conflito federativo, havendo que se observar a autonomia dos Estados, titulares da competência tributária, por determinação expressa do Constituinte.
68. Diante de toda essa exposição, é de concluir que:
 - a) Já existe, no Estado de Minas Gerais, norma instituidora da cobrança do ICMS-DIFAL, a saber, a Lei Estadual nº 21.781/2015, de 1º de outubro de 2015;
 - b) Como lei instituidora de cobrança tributária que é a Lei Estadual nº 21.781/2015, as anterioridades anual e nonagesimal devem ser contadas da sua publicação, ocorrida em 1º de outubro de 2015;
 - c) A Lei Estadual nº 21.781/2015 é válida desde a sua edição, na linha do que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal no tema 1.094 da repercussão geral;

d) A Lei Estadual nº 21.781/2015 tem aptidão para produzir efeitos a partir da entrada em vigor da Lei Complementar nº 190/2022, o que ocorreu em 05/01/2022;

e) Como a Lei Complementar nº 190/2022 não instituiu ou majorou tributo, mas apenas veiculou normas gerais sobre o ICMS-DIFAL, não se caracteriza como a lei referida no art. 150, III, “b” e “c”, da Constituição Federal, razão pela qual não há falar em qualquer contagem de anterioridade (anual ou nonagesimal) a partir de sua publicação.

69. Portanto, é possível concluir pela ausência de logicidade e juridicidade da tese de que a cobrança do ICMS-DIFAL é vedada antes de decorridos noventa dias da data de publicação da Lei Complementar nº 190/2022, ou, ainda, no mesmo exercício financeiro.

70. Nesse sentido, vem a calhar registrar que o Ministro ALEXANDRE DE MORAES, Relator das ADI’s que tramitam no col. STF sobre o tema (ADI 7.066/DF, de autoria da ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS, a ADI 7.070/DF, de autoria do GOVERNADOR DO ESTADO DE ALAGOAS e a ADI 7078/DF, de autoria do GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ), além de ter determinado a adoção do rito abreviado previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/1999, “Diante da relevância da matéria constitucional suscitada e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica”, proferiu recente decisão INDEFERINDO as medidas cautelares requeridas na ADI 7066, proposta pela ABIMAQ, bem como aquelas pleiteadas pelos Governadores dos Estados de ALAGOAS e do CEARÁ, respectivamente, nas ADIS 7070 e 7078, acolhendo, como razões de decidir, as Informações prestadas pela d. Consultoria-Geral da União, acostadas aos autos da ADI 7066 pelo Presidente da República, das quais merece destaque as seguintes passagens:

“A LC 190/2022 não modificou a hipótese de incidência, tampouco da base de cálculo, mas apenas a destinação do produto da arrecadação, por meio de técnica fiscal que atribuiu a capacidade tributária ativa a outro ente político – o que, de fato, dependeu de regulamentação por lei complementar – mas cuja eficácia pode ocorrer no mesmo exercício, pois não corresponde a instituição nem majoração de tributo.

(.....)

O Princípio da anterioridade previsto no art. 150, III, “b”, da CF, protege o contribuinte contra intromissões e avanços do Fisco sobre o patrimônio privado, o que não ocorre no caso em debate, pois trata-se um tributo já existente (diferencial de alíquota de ICMS), sobre fato gerador antes já tributado (operações interestaduais destinadas a consumidor não contribuin-

te), por alíquota (final) inalterada, a ser pago pelo mesmo contribuinte, sem aumento do produto final arrecadado.

Em momento algum houve agravamento da situação do contribuinte a exigir a incidência da garantia constitucional prevista no referido artigo 150, III, “b” da Constituição Federal, uma vez que, a nova norma jurídica não o prejudica, ou sequer o surpreende, como ocorre com a alteração na sujeição ativa do tributo promovida pela LC 190/2022 (EC 87/2015).

(.....)

Além disso, a suspensão da incidência do DIFAL, mantida a incidência apenas da alíquota interestadual, seria inconsistente sob o ponto de vista de que essa tributação não ocorria assim antes da lei impugnada (ou da EC 87/2015), quando incidia a alíquota interna em favor do Estado de origem. Caso se entendesse que a nova sistemática de tributação não poderia ser exigida no presente exercício, como pretende a Requerente ABIMAQ, a solução adequada seria resgatar a sistemática anterior à EC 87/2015, e não aplicar parte da regulamentação que se reputa ineficaz, sob pena de, a pretexto de evitar majoração, causar decesso na arrecadação do tributo.

Dessa maneira, em sede de cognição sumária, não se constata a presença do *fumus boni juris* a justificar a suspensão da eficácia da norma impugnada”. (g.n.)

- 71.** De outro lado, é importante também registrar que no âmbito do eg. TJMG já está sendo formada jurisprudência validando a cobrança do ICMS-DIFAL em operações e prestações interestaduais realizadas no exercício de 2022, como se verifica do julgado abaixo indicado:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA (DIFAL). LEI COMPLEMENTAR N. 190/2022. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA. OBSERVÂNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO

- Já instituída em momento pretérito a cobrança do diferencial de ICMS nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto no Estado de Minas Gerais e outorgada eficácia à lei estadual com a vigência da lei complementar federal, a cobrança do DIFAL-ICMS, à luz das regras gerais da LC n. 190/22, não contraria o princípio da anterioridade tributária (art. 150, III, ‘b’, da CF).

- Recurso não provido. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.22.061921-7/001, Relator(a): Des.(a) Corrêa Junior, 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 17/05/0022, publicação da súmula em 22/05/2022) Os fundamentos acima mostram-se suficientes para o julgamento de improcedência dos pedidos formulados na inicial, ausente o alegado direito líquido e certo, d.v.

II.3 – INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA EXPRESSÃO
“OBSERVADO, QUANTO À PRODUÇÃO DE EFEITOS,
O DISPOSTO NA ALÍNEA C DO INCISO III DO CAPUT
DO ART. 150 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL” CONTIDA
NO ART. 3º DE LEI COMPLEMENTAR 190/2022

- 72.** E para além de todo o sustentado, é certo que a expressão “observado, quanto à produção de efeitos, o disposto na alínea c do inciso III do caput do art. 150 da Constituição Federal”, contida no art. 3º de Lei Complementar 190/2022, é, a um só tempo, fruto de atecnia legislativa e disposição materialmente inconstitucional.
- 73.** As regras da anterioridade são previstas nas alíneas “b” (anterioridade de exercício) e “c” (anterioridade nonagesimal) do art. 150, III, da Constituição Federal. Aplicam-se diretamente, por força da Constituição, às hipóteses em que editadas leis que instituem ou aumentem tributos, desde que não enquadrados nas exceções constitucionalmente estabelecidas.
- 74.** Como já se teve oportunidade de demonstrar no tópico anterior, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, analisando matéria similar à presente, já assentou a validade das leis estaduais instituidoras de ICMS editadas posteriormente a alteração constitucional que previa nova incidência (ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica), esclarecendo que, editada a lei complementar com normas gerais, a cobrança do imposto é possível imediatamente com a sua entrada em vigor (Tema nº 1.094/STF). Em outras palavras: no entendimento da Excelsa Corte, firmado por ocasião do julgamento do Tema nº 1.094/STF, desde o dia da publicação da lei complementar (entrada em vigor), os fatos geradores ocorridos podem ser objeto da exação, desde que previstos na lei estadual instituidora.
- 75.** A única distinção entre o cenário legislativo envolvido no Tema 1.094/STF e o deste caso concreto é que, no texto da Lei Complementar 114/2002, previu-se “Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.” (art. 2º), enquanto que na Lei Complementar nº 190/2022 fez constar “Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, observado, quanto à produção de efeitos, o disposto na alínea “c” do inciso III do caput do art. 150 da Constituição Federal.” (art. 3º).

- 76.** No entanto, ao pretender, pelo art. 3º da Lei Complementar nº 190/2022, arrastar a regra da anterioridade nonagesimal para um campo de incidência que o constituinte não previu - conforme interpretação já sedimentada pela Excelsa Corte no Tema 1.094 da repercussão geral -, violou-se o pacto federativo, a competência tributária dos Estados e do Distrito Federal, bem como princípios constitucionais caros, tais quais a livre concorrência, a isonomia e a neutralidade tributária. Haveria, assim, flagrante inconstitucionalidade material na parte final do art. 3º da Lei Complementar nº 190/2022 (a não ser que se adote a interpretação exposta nos itens 60 a 66 acima, única condizente com o texto constitucional, conforme fartamente demonstrado ao longo desta petição).
- a) Da violação ao pacto federativo (art. 18 e art. 60, §4º, I, CF/88) e à competência tributária dos Estados e do Distrito Federal (art. 155, II, CF/88)
- 77.** Como consta do voto do Ministro Dias Toffoli na ADI nº 5.469/DF e no RE nº 1.287.019/DF (Tema 1.093/STF), “é imprescindível recordar que a EC nº 87/15 e o convênio impugnado, o qual a regulamentou, decorrem do objetivo de melhor distribuir entre os estados e o Distrito Federal parcela da renda advinda do ICMS nas operações e prestações interestaduais”. Com efeito, até o advento da EC nº 87/2015, as operações interestaduais destinadas a consumidores finais não contribuintes do imposto eram integralmente tributadas pelo Estado de origem, utilizando-se a alíquota interna. A partir da emenda, passou a haver a repartição do tributo entre os Estados de origem e de destino, mantendo-se a mesma carga tributária total (17% ou 18%, conforme fosse a alíquota do destino).
- 78.** Veja-se que em nenhum momento os Estados e o Distrito Federal ou mesmo o constituinte reformador pretenderam reduzir a tributação sobre as operações interestaduais destinadas a consumidores finais não contribuintes de ICMS. Tão logo foi editada a Emenda à Constituição nº 87/2015, promoveu-se, no âmbito no CONFAZ, a regulamentação da matéria por meio do Convênio ICMS nº 93/2015, assim como os Estados e o Distrito Federal exerceram sua competência tributária, prevendo o ICMS-DIFAL nas respectivas legislações estaduais, de acordo com o novo arranjo constitucional.

- 79.** A declaração de inconstitucionalidade formal de cláusulas do Convênio ICMS nº 93/2015 em nada atingiu a validade das leis estaduais, as quais, inclusive, continuaram a ser aplicadas, em regra, durante todo o exercício de 2021, nos termos da modulação de efeitos da decisão proferida na ADI nº 5.469/DF e no RE nº 1.287.019/DF (Tema 1.093/STF).
- 80.** Com a entrada em vigor da Lei Complementar nº 190/2022, em 05/01/2022, estabelecendo as normas gerais exigidas pelo Supremo Tribunal Federal, a cobrança do DIFAL nas operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte voltou a ser possível, haja vista a previsão constitucional do art. 155, §2º, VII e VIII, e o legítimo exercício da competência tributária pelos Estados e pelo Distrito Federal, por intermédio de suas legislações.
- 81.** Se é certo que, transcorrido o período em que modulados os efeitos da decisão da ADI nº 5.469/DF e do RE nº 1.287.019/DF (Tema 1.093/STF), as leis estaduais válidas passaram a estar com a eficácia suspensa, é igualmente correto que, suprida a lacuna normativa com a entrada em vigor da lei complementar estabelecadora de normas gerais (em 05/01/2022, data de sua publicação), as legislações dos Estados e do Distrito Federal que instituíram o imposto tornaram a produzir efeitos naquilo que não sejam contrárias às normas gerais, não podendo o legislador complementar federal impor obstáculos ao exercício da competência tributária dos Estados da Federação e do Distrito Federal.
- 82.** Ora, há previsão constitucional, há lei complementar em vigor e há leis estaduais instituidoras do ICMS-DIFAL incidente sobre operações interestaduais destinadas a consumidores finais não contribuintes do imposto. As regras de anterioridade são uma decorrência direta da Constituição e, como se viu, o Supremo Tribunal Federal já afastou a necessidade de sua observância na hipótese de que se está a tratar (superveniência de lei complementar estabelecadora de normas gerais). Nesse contexto, qualquer previsão do legislador federal que postergue os imediatos efeitos da norma geral impede o exercício legítimo da competência tributária estadual e viola o pacto federativo, por privar os entes subnacionais de sua autonomia político-administrativa e financeira, aqui representada pela instituição de imposto de sua competência.

b) Da violação à isonomia (art. 150, II, CF/88), à não-discriminação tributária em razão da origem da mercadoria (art. 152, CF/88), à livre concorrência e à neutralidade tributária (art. 146-A e art. 170, IV, CF/88), bem como à vedação de concessão de isenções heterônomas (art. 151, III, CF/88)

- 83.** A parte final do art. 3º da Lei Complementar nº 190/2022, no que dispõe que deve ser “observado, quanto à produção de efeitos, o disposto na alínea ‘c’ do inciso III do caput do art. 150 da Constituição Federal”, viola frontalmente os princípios da isonomia (art. 150, II), da não-discriminação tributária em razão da origem do bem (art. 152), da livre concorrência e da neutralidade tributária (art. 146-A e art. 170, IV, CF/88).
- 84.** Observe-se que, se permitido ao legislador federal postergar a produção de efeitos da Lei Complementar nº 190/2022 pelo período da anterioridade nonagesimal (art. 150, III, “c”, CF/88) e, de modo ainda mais absurdo, pelo período da anterioridade de exercício (art. 150, III, “b”, CF/88), a opção legislativa implicará tratamento tributário distinto às mesmas operações, envolvendo as mesmas mercadorias, a depender de sua origem, o que vai de encontro ao princípio da isonomia e da não-discriminação tributária em razão da origem.
- 85.** O nefasto efeito anticoncorrencial de que se está a tratar é aprofundado pela migração do comércio físico para o comércio eletrônico, acelerada com a pandemia da COVID-19. O ano de 2020 registrou um crescimento de vendas eletrônicas de 68% em comparação com o ano de 2019, conforme matéria publicada recentemente na imprensa especializada¹⁴, da qual colhe-se o seguinte trecho:

“O comércio eletrônico registrou um salto recorde em 2020, refletindo o aumento na demanda por conta da pandemia de coronavírus e também o maior número de empresas que decidiram entrar no setor, segundo levantamento da Associação Brasileira de Comércio Eletrônico (ABComm), em parceria com a Neotrust.

De acordo com o estudo, o crescimento nas vendas foi de 68% na comparação com 2019, elevando a participação do e-commerce no faturamento total do varejo, que passou de 5% no final de 2019 para um patamar acima de 10% em alguns meses do ano passado.

A associação estima que 20,2 milhões de consumidores realizaram pela primeira vez uma compra pela internet em 2020 e que 150 mil lojas passaram a vender também por meio das plataformas digitais. Foram mais de

¹⁴ <https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/comercio-eletronico-salto-2020-varejo/>

301 milhões de compras pela internet, com um valor médio de R\$ 419, segundo o balanço.

‘No auge da quarentena, com as pessoas tentando praticar o isolamento social, a gente chegou a ter o registro de uma nova loja virtual a cada minuto’, afirmou Rodrigo Bandeira, vice-presidente da ABComm, ao G1. ‘O setor enfrentou números nunca vistos antes, um crescimento repentino, não planejado e não esperado’, acrescentou.

O salto do comércio eletrônico em 2020 foi o maior já visto no país, mas não há estatísticas oficiais atualizadas sobre o avanço da participação desse canal nas vendas totais do comércio.”

- 86.** Não se questiona, aqui, a importância do desenvolvimento do setor para a economia e para a própria sustentação do Estado Fiscal. Contudo, esse processo não prescinde da observância à isonomia, à não-discriminação em razão da origem da mercadoria e à neutralidade tributária. Desde os primeiros documentos que trataram do tema no âmbito da OCDE, a neutralidade no tratamento tributário do comércio eletrônico e do comércio convencional tem sido elencada como princípio básico a ser observado pelas diversas jurisdições.¹⁵
- 87.** Por outro lado, a previsão da parte final do art. 3º da Lei Complementar nº 190/2022, se for interpretada como regra impositiva de observância de anterioridade de exercício financeiro e/ou anterioridade nonagesimal para a cobrança do ICMS-DIFAL, consubstancia verdadeira isenção heterônoma concedida pelo legislador federal, pois implica a incidência exclusiva da alíquota interestadual nas operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do ICMS, desonerando tais operações em, no mínimo, 5%, podendo chegar a 13% de desoneração tributária, nos casos em que a alíquota interna seja de 17% e que a interestadual seja de 4%, como ocorre com mercadorias importadas.
- 88.** Note-se que não se trata da ausência de lei complementar estabelecidora de normas gerais em vigor, porquanto a Lei Complementar nº 190/2022, por disposição expressa do art. 3º, entrou em vigor na data de sua publicação e assim supriu a lacuna nor-

15 (i) Taxation should seek to be neutral and equitable between forms of electronic commerce and between conventional and electronic forms of commerce. Business decisions should be motivated by economic rather than tax considerations. Taxpayers in similar situations carrying out similar transactions should be subject to similar levels of taxation. [OECD (1998). *Electronic Commerce : Taxation Framework Conditions*. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/consumption/1923256.pdf>

mativa identificada pelo Supremo Tribunal Federal. A partir disso, prevista constitucionalmente a exação, estabelecidas as normas gerais e instituídos os tributos pelas leis estaduais, não há espaço para que o legislador federal isente desses tributos as operações interestaduais, postergando os efeitos da norma geral por noventa dias (ou por até um ano, como defende a parte autora).

III – FUNDO DE ERRADICAÇÃO DA MISÉRIA – FEM. ADICIONAL DEVIDO, AINDA QUE NÃO O SEJA O ICMS/DIFAL

- 89.** Conforme já visto, a parte impetrante sustenta ainda que, não sendo devido o recolhimento do DIFAL antes de 1.1.2023, deve-se também afastar a cobrança do adicional ao Fundo de Combate à Pobreza - FEM pelo mesmo período.
- 90.** Ao contrário do que sustenta a parte impetrante, o Fundo de Erradicação da Miséria – FEM, previsto no art. 12-A, da Lei Estadual nº. 6.763/75, com redação dada pela Lei nº. 21.781/15, é devido independentemente de o ser o ICMS-DIFAL, na medida em que de acordo com a legislação pertinente trata-se de adicional do ICMS e não do DIFAL e, portanto, não se pode atrelá-lo ao DIFAL, como quer o recorrente, para todos os efeitos, mesmo porque tal adicional incide sobre a alíquota interna e não sobre a interestadual.
- 91.** Nesse sentido, a propósito, vem a calhar mencionar entendimento do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais a respeito, retratado no seguinte julgado:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - EC 87/2015 - ICMS - OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES EM QUE HAJA A DESTINAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS A CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE DO ICMS LOCALIZADO EM ESTADO DISTINTO DAQUELE DO REMETENTE - DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA - LEI COMPLEMENTAR - NECESSIDADE - ADI 5469 - RE 1287019 - MODULAÇÃO DOS EFEITOS - ADICIONAL DE ALÍQUOTA - FUNDO DE COMBATE À POBREZA.

1 - Quando do julgamento da ADI 5469 e do RE 1287019, submetido à sistemática da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que “a cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais.”

2 - Foram modulados os efeitos das referidas decisões de forma a produzirem efeitos somente a partir do exercício de 2022, excepcionando-se as ações judiciais em curso; vale dizer, as ações já em trâmite quando do

juízo de julgamento da referida ação e do referido recurso extraordinário não foram abrangidas por referida modulação.

3 - Não se pode confundir a data da eficácia das decisões proferidas em sede de controle concentrado (publicação da ata de julgamento), com a data fixada pelo STF para a delimitação da modulação dos efeitos das mencionadas decisões, qual seja, data do julgamento. Foi este o marco definido pelo STF.

4 - O simples fato de ter sido afastada a cobrança do DIFAL não leva, inexoravelmente, à inexigibilidade da quantia destinada ao FECP, já que apurada esta enquanto adicional na alíquota do ICMS devido em operação interna que tenha como destinatário consumidor final, contribuinte ou não do imposto, nos termos do art. 12-A, da Lei Estadual nº. 6.763/75, com redação dada pela Lei nº. 21.781/15”. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.21.083203-6/001, Relator(a): Des.(a) Jair Varão, 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 02/07/2021, publicação da súmula em 06/07/2021)

Da fundamentação do julgado acima indicado pertinente a transcrição da seguinte passagem:

“Por fim, ao contrário do alegado pelas recorrentes, o simples fato de ter sido afastada a cobrança do DIFAL não leva, inexoravelmente, à inexigibilidade da quantia destinada ao FECP, já que apurada enquanto adicional na alíquota do ICMS devido em operação interna que tenha como destinatário consumidor final, contribuinte ou não do imposto, nos termos do art. 12-A, da Lei Estadual nº 6.763/75, com redação dada pela Lei nº. 21.781/15.

Dessa forma, seja por ausência, neste momento processual, da relevância das razões da impetração (art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009 c/c art. 300, do CPC), seja por ausentes as situações previstas nos incisos II e IV do art. 311, do CPC, o indeferimento do pedido de tutela provisória é medida que se impõe”.

Desta forma, ainda que se considere não ser devido o ICMS/DIFAL (diferencia entre a alíquota interna e a interestadual) referente às operações de remessa de mercadorias a consumidores finais não contribuintes do ICMS, mesmo assim seria – como é – devida a alíquota adicional referente ao Fundo de Combate à Pobreza – FEM, devendo ser denegada a segurança, d.v., ausente o alegado direito líquido e certo alegado na inicial.

IV - DA CONCLUSÃO

92. Ante o exposto, o ESTADO DE MINAS GERAIS requer:

I - Sejam acolhidas as presentes alegações e aquelas contidas no Parecer nº 6/SEF/SUTRI-DOLT-CJUD/2022 (documento anexo) como informações neste mandado de segurança;

II - Seja denegada a segurança, uma vez que nenhuma razão ampara a pretensão inicial.

III - Para a hipótese de procedência do pedido no que se refere ao ICMS/DIFAL, deve ser mantida a cobrança da alíquota adicional para o Fundo de Combate à Pobreza – FEM.

N. termos,

E. deferimento.

MARCELO PÁDUA CAVALCANTI

Procurador do Estado de Minas Gerais

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 averso da folha. A ordem de apresentação

será: título (: subtítulo), nome do autor(es), sumário, resumo, palavra-chave, texto e referência bibliográfica, além de título (*title*), resumo (*abstract*) e palavra-chave (*keyword*) traduzidos para o inglês, com autorização para publicação em meio impresso e digital, e na internet.

2. Título

- O título do artigo, com destaque para essa parte, é indicado na parte superior da primeira folha, centralizado e em letras maiúsculas (fonte Times New Roman, preta, corpo 14); podendo complementar o título, o subtítulo segue abaixo do título, diferenciado tipograficamente, ou separado por dois pontos (:), centralizado e em letras maiúsculas (fonte Times New Roman, preta, corpo 14). E também o título em inglês.

3. Autor

- O nome do autor é indicado por extenso abaixo do título, centralizado e em letras maiúsculas (fonte Times New Roman, corpo 14).
- As indicações de formação acadêmica, títulos e instituição que pertence serão feitas em nota de rodapé precedida de símbolo gráfico (*).
- As opiniões emitidas pelo autor em seu trabalho são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento da AGE/MG.
- Agradecimentos e auxílios recebidos pelo autor (ou autores) podem ser mencionados ao final do artigo, antes das referências bibliográficas.

4. Sumário

- Com a finalidade de visualizar a estrutura do trabalho e refletir sua organização, o artigo conterà um sumário logo abaixo do nome do autor, e nele serão mencionados os principais pontos a serem abordados pelo trabalho, através de numeração progressiva das seções.
- Será apresentado em fonte Times New Roman, Preta, corpo 12, parágrafo com recuo a 3 cm da margem esquerda e direita, alinhamento justificado; espaçamento simples. E posteriormente ao sumário o Resumo do artigo.

5. Corpo do Texto

- O corpo do texto será apresentado em fonte Times New Roman, Preta, corpo 12, parágrafo com recuo a 2 cm da margem esquerda e alinhamento justificado; espaçamento simples, entre linhas antes e depois de parágrafos, 6 pt ou automático; para todo o trabalho.
- Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico. Deve-se evitar o uso de negrito ou sublinha. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico.

6. Capítulo

- O capítulo ou títulos das seções e subseções, digitados em letra maiúscula, obedecerão a mesma fonte do texto, corpo 14, negrito; entre linhas precedidos de espaço 1,5 e espaço duplo que os sucederem; alinhado na margem esquerda; com numeração progressiva.

7. Citação

- A citação obedecerá à mesma fonte do texto, corpo 10; recuo 4 cm, se ultrapassar 3 linhas. Caso as citações diretas limitem-se a esse espaço, deverão estar contidas no texto entre aspas duplas.
- A transcrição literal de parte de normas jurídicas terá o recuo de parágrafo a 4 cm da margem esquerda e será precedida da expressão latina (em itálico) *in verbis*.
- As notas de referência para indicar as citações de fonte bibliográfica ou considerações e comentários que não devem interromper a sequência do texto aparecerão em notas de rodapé:
- *Apud* = citado por, conforme, segundo (usado para indicar citação de citação)
- *Ibidem* ou *Ibid.* = na mesma obra (usado quando se fizer várias citações da mesma obra)
- *Idem* ou *Id.* = do mesmo autor (usado quando se fizer citação de várias obras do mesmo autor)
- *Opus citatum* ou *Op. cit.* = na obra citada (usado para se referir à obra citada anteriormente e é precedida do nome do autor)
- *Loco citato* ou *Loc. cit.* = no lugar citado
- *Sequentia* ou *Et. Seq.* = seguinte ou que se segue
- *Passim* = aqui e ali; em vários trechos ou passagens
- *Confira* ou *Cf.* = confira, confronte
- *Sic* = assim mesmo, desta maneira

8. Notas de rodapé

- As notas de rodapé de página obedecerão à mesma fonte do texto, corpo 10; parágrafo de 0,5 cm da margem esquerda; alinhamento justificado; espaçamento entre linhas simples; numeração progressiva.
9. Referência bibliográfica
- As referências bibliográficas serão apresentadas de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), no final do artigo.
 - Os trabalhos publicados pela Revista poderão ser reimpressos, total ou parcialmente, por outra publicação periódica da AGE, bem como citados, reproduzidos, armazenados ou transmitidos por qualquer sistema, forma ou meio eletrônico, magnético, óptico ou mecânico, sendo, em todas as hipóteses, obrigatória a citação dos nomes dos autores e da fonte de publicação original, aplicando-se o disposto no item anterior.

AUTORIZAÇÃO PARA PUBLICAÇÃO

Pelo presente termo de autorização, cedo ao Conselho Editorial da Revista Jurídica da ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO de Minas Gerais, Av. Afonso Pena, 4.000 – Cruzeiro – Belo Horizonte – MG, a título gratuito e por tempo indeterminado, os direitos autorais referentes ao artigo doutrinário de minha autoria, intitulado _____ para fins de divulgação pública em meio impresso e eletrônico através das publicações produzidas pelo órgão.

(cidade), (data)

(nome)

Advogado-Geral do Estado

Sérgio Pessoa de Paula Castro

Advogado-Geral Adjunto

Wallace Alves dos Santos

Advogado-Geral Adjunto

Fábio Murilo Nazar

PROCURADORES DE ESTADO

Adriana Gonçalves Myhrra	Antônio Carlos Diniz Murta
Adriano Antônio Gomes Dutra	Armando Sérgio Peres Mercadente
Adriano Brandão de Castro	Arthur Pereira De Mattos Paixão Filho
Alana Lúcio De Oliveira	Aurélio Passos Silva
Alessandra Nunes Villela	Bárbara Maria Brandão Lustosa Marques
Alessandro Fernandes Braga	Barney Oliveira Bichara
Alessandro Henrique S.Castelo Branco	Beatriz Lima De Mesquita
Alessandro Rodrigues	Bianca Mizuki Dias dos Santos
Alexandra Magalhães Neves	Brenna Corrêa França Gomes
Alexandre Bitencourth Hayne	Breno Rabelo Lopes
Alexandre Diniz Guimarães	Bruno Balassiano Gaz
Alexandre Moreira De Souza Anaguchi	Bruno Borges da Silva
Aline Almeida Cavalcante De Oliveira	Bruno Matias Lopes
Aline Cristina De Oliveira Amaranti	Bruno Paquier Binha
Aline Di Neves	Bruno Resende Rabello
Aline Guimarães Furlan	Bruno Rodrigues De Faria
Amanda Assunção Castro	Camila de Alcantara Almeida Favalli
Amélia Josefina A. Nogueira Da Fonseca	Carla Morena Lima de Oliveira Dias
Ana Carolina Cuba de Almada Lima	Carlos Alberto Rohrmann
Ana Carolina Di Gusmão Uliana	Carlos Augusto Góes Vieira
Ana Carolina Oliveira Gomes Paiva	Carlos Eduardo Tarquínio
Ana Cristina Sette Bicalho Goulart	Carlos Eduardo Wanderley Curio
Ana Luiza Boratto Mazzoni Paiva	Carlos Frederico Bittencourt R. Pereira
Ana Luiza Goulart Peres Matos	Carlos Roberto Meneghini Cunha
Ana Maria De Barcelos Martins	Carlos Torres Murta
Ana Maria Jeber Campos	Carlos Víctor Muzzi Filho
Ana Paula Araújo Ribeiro Diniz	Carolina Borges Monteiro
Ana Paula Ceolin Ferrari Bacelar	Carolina Couto Pereira Roquim
Ana Paula Muggler Rodarte	Carolina Guedes Pereira
Ana Sílvia Lima Azevedo	Carolina Miranda Laborne M. Hermeto
Anamélia De Matos Alves	Cássio Roberto Dos Santos Andrade
André Borges Pires Ferreira	Catarina Barreto Linhares
André Luis De Oliveira Silva	Célio Pereira Lima Junior
André Robalinho de Albuquerque e Mello	Célia Cunha Mello
André Sales Moreira	Célio Lopes Kalume
Andréa Maura Campedelli M. Piedade	César Raimundo Da Cunha
Angela Regina Soares Leite	Christiano Amaro Corrêa
Anna Carolina Heluany Zeitune Pires	Clara Silva Costa
Anna Lúcia Goulart Veneranda	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 Elion
Cristina Grossi De Moraes
Daniel Bueno Cateb
Daniel Cabaleiro Saldanha
Daniel Henrique Pimenta Faria
Daniel Luiz Barbosa
Daniel Santos Costa
Daniela Victor De Souza Melo
Danielle Fonseca Mattosinhos
Danilo Antônio De Souza Castro
Dario De Castro Brant Moraes
David Pereira de Sousa
Débora Bastos Ribeiro
Débora Val Leão
Denise Soares Belém
Dimas Geraldo da Silva Júnior
Diógenes Baleeiro Neto
Dirce Euzébia De Andrade
Douglas Gusmão
Éder Sousa
Edgar 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 Virginia Santos
Esther Maria Brighenti Dos Santos
Evandro Coelho Taglialegra
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 Travezani 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
Geraldina 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 Ubaldó
Gustavo Albuquerque Magalhães
Gustavo Brugnoli Ribeiro Cambraia
Gustavo Chaves Carreira Machado
Gustavo de Oliveira Rocha
Gustavo de Queiroz Guimarães
Gustavo Luiz Freitas De Oliveira Enoque
Hebert Alves Coelho
Helena Retes Pimenta Bicalho
Iara Rolim Freire Figueiredo
Ivan Ludovice Cunha
Izabella Ferreira Fabbri Nunes
Jader Augusto Ferreira Dias
Jaime 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'Ángela 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
 Leticia 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 Túlio Gonçalves 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 Leticia 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 Alcântara
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
Oliv Martins Benadusi
Otávio Machado Fioravante Moraes Lages
Pablo de Almeida Fernandes
Paloma Inaya Nicoletti da Silva
Patrícia Campos de Castro Vêras
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 Ferreira Neto
Roberto Portes Ribeiro de Oliveira

Roberto Simões Dias
Robson Bicalho de Almeida Junior
Robson Lucas da Silva
Robstaine do Nascimento Costa
Rochelle Cardoso Barth
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

Thais Caldeira Gomes
Thais 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 Fráís
Valerio Fortes Mesquita
Valmir Peixoto Costa
Vanessa Almeida Cruz
Vanessa Ferreira da 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

Procuradores do Estado Aposentados

Acidalia Siqueira Cancado Cunha
Ademar Augusto De Padua Moreira
Aderbal Rego
Adilson Albino Dos Santos
Adrienne Lage De Resende
Ailton Gomes
Albani Gomes Carneiro
Alberto Guimaraes Andrade
Alda De Almeida E Silva
Aloisio Vilaca Constantino
Alvaro Afonso De Moraes Filho

Alvaro Cancado Rocha
Amelia Aurora Da Graca Magalhaes
Ana Maria Guimaraes Richa
Antonio Eustachio Tolentino
Antonio Fernando Armentano
Antonio Olimpio Nogueira
Anunciato Pereira Cardoso
Aparecida Imaculada Amarante
Aridelco De Souza Peixoto
Atabalipa Jose Pereira Filho
Benedicto Felipe Da Silva Filho

Bernardo Pinto Monteiro
Caio De Carvalho Pereira
Carlos Eloy Carvalho Guimaraes
Carlos Jose Da Rocha
Carlos Vicente Magalhaes Viola
Carmen Ribeiro Caetano Dantas
Catharina Piedade Moreira
Celia Schmidt De Andrade Barcelos Costa
Celso De Oliveira Ferreira
Ceres Montes Guerra
Cirilo De Paula Freitas
Claudia Lopes Passos
Cleise Peres Avelar Menezes
Dalva De Oliveira Penido Rosa
Delza Celia De Magalhaes Nogueira Branco
Dione Cunha E Silva Coelho
Eduardo De Mattos Paixão
Efigenio Esperendeus Meira
Elaine Coura
Eliene Diniz Viana De Brito
Erasmus Cesarino De Vilhena
Esther De Souza Teixeira
Euler Lobo Alves Pequeno
Expedita Cheab Bergenstein
Fernando Antonio Chaves Santos
Flavio Lucio Pinheiro Da Trindade
Francisco De Assis Vasconcelos Barros
Geraldina Julia De Oliveira De Castro
Geraldo Pereira Fonseca
Gilvan De Pinho Tavares
Giovani Ferreira Da Silva
Gleide Lara Meirelles Santana
Helena Vasconcelos De Avelar
Helio Caetano Da Fonseca
Heloiza Saraiva De Abreu
Irene Ribeiro De Lima
Izabel Rodrigues De Souza
Jason Duarte
Jason Soares De Albergaria Filho
João Batista Antunes De Carvalho
Joaquim Antonio De Castro Barros
Jose Affonso De Moraes
Jose Alfredo Borges
Jose Alfredo De Alencar Barreto
Jose Antonio Santos Rodrigues

Jose Benedito Miranda
Jose Carlos Cabral Linhares
Jose De Castro Magalhaes
Jose De Sales Pereira
Jose Franco Vidal
Jose Helvecio Ferreira Da Silva
Jose Maria Couto Moreira
Jose Roberto De Castro
Jose Roberto Dias Balbi
Joselia De Oliveira Pedrosa
Juracy Francisco De Pina
Juventino Morais Franca
Linei Rodarte Barbosa De Queiroz
Luciano Teodoro De Souza
Luisa Cristina Pinto E Netto
Luiz Eduardo Coimbra Ubaldo
Luiza Ferreira Duque Estrada
Magaly De Carvalho
Marcelino Cristeli De Oliveira
Marcelo Cassio Amorim Rebouças
Marcio Dos Santos Silva
Marco Antonio Goncalves Torres
Marco Antonio Rebelo Romanelli
Maria Antonia De Oliveira Candido
Maria Da Conceicao De Paula
Maria Da Conceicao Pinto Ribeiro
Maria De Lourdes Alves Santa Barbara
Maria Do Rosario Caiafa Farias
Maria Helena Pereira Saporetti
Maria Isabel Da Silva
Maria Terezinha De Carvalho Rocha
Marilene Helenita Kleinsorge Roland
Mariza Magalhaes Pinto
Marlucia De Sousa Campos Paes
Marta Duarte Machado
Moema Cordeiro De Azevedo Mattos
Moises Paulo De Sousa Leao
Nardele Debora Carvalho Esquerdo
Nilber Andrade
Nilce Madureira Leao
Nilma Rogeria Candido
Nivaldo Teixeira Da Costa
Olavo Celso Romano
Olete Medeiros Dias
Onofre Alves Batista Junior

Orlando Ferreira Barbosa
Otavio Meireles Junior
Paula Abranches De Lima
Paulo Alves De Sousa
Paulo Nonato Passini
Paulo Roberto Lopes Fonseca
Pedro Paulo De Almeida Dutra
Renato Martins Lopes
Roberto Portes Ribeiro De Oliveira
Rogério Guimarães Salomé
Ronald Magalhaes De Sousa

Ronaldo Maurilio Cheib
Roney Luiz Torres Alves Da Silva
Rosani Myriam Caminhas Fasciani
Rubens De Oliveira E Silva
Sergio Adolfo Eliazar De Carvalho
Silma Mendes Berti
Silvana Coelho
Stela Maria Lirio Reis
Terezinha Helena Linhares
Therezinha Mercês De Miranda
Wolmar Olympio Nogueira Borges

ADVOGADOS AUTÁRQUICOS

Abdala Lobo Antunes
Alexandra Marota Crispim Prates
Aloísio Alves de Melo Júnior
Antônio Eustáquio Vieira
Bernardo Werkhaizer Felipe
Christiano de Senna Micheletti Dias
Cíntia Rodrigues Maia Nunes
Cláudio José Resende Fonseca
Débora Cunha Penido de Barros
Daniel Francisco da Silva
Eneida Criscoulo Gabriel Bueno Silva
Fabiola Peluci Monteiro
Fernanda de Campos Soares
Flávia Baião Reis Martins

Gladys Souza de Reque
Humberto Gomes Macedo
João Augusto de Moraes Drummond
Laurimar Leão Viana Filho
Márcio Roberto de Souza Rodrigues
Marcos Ferreira de Pádua
Maria Beatriz Penna Misk
Maria Estela Barbosa Figueiredo
Reynaldo Tadeu de Andrade
Rosália Silva Bicalho
Valéria Magalhães Nogueira
Valéria Miranda de Souza
Wagner Lima Nascimento Silva

Advogados Autárquicos Aposentados

Afonso Celso Raso
Aloysio Dias Duarte
Alvanita Maria Seabra Coelho
Alvaro Marcilio Junior
Ana Maria Pinto De Vasconcelos Costa
Beatriz Eugenia Hanriot De Sales
Benedito Cardoso Coutinho
Celio Cota Pacheco
Elisabeth Myriam Teixeira Carneiro
Luiz Carlos Nogueira Bicalho
Maise Nunes Ludolf Gomes
Marília Teixeira Diniz Domingues
Mauro Goncalves De Carvalho
Ney Tavares De Campos
Paulo Jose De Oliveira Pena
Salette Da Conceicao Ribeiro Dantas
Simone Alves De Queiroz

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.com.br
-  editoraletramento
-  company/grupoeditorialletramento
-  grupoletramento
-  contato@editoraletramento.com.br
-  editoraletramento

-  editoracasadodireito.com.br
-  casadodireitoed
-  casadodireito
-  casadodireito@editoraletramento.com.br

