

RPGMJ

ANO 1 | VOL. 1

2023

Revista da

**PROCURADORIA-GERAL
DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE**



Prefeitura de
Joinville

PROCURADORIA-GERAL
DO MUNICÍPIO



Prefeitura de
Joinville

PROCURADORIA-GERAL
DO MUNICÍPIO

RPGMJ

ANO 1 | VOL. 1

2023

Revista da
**PROCURADORIA-GERAL
DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE**

Dezembro 2023
Joinville-SC

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE

RPGMJ

Av. Hermann August Lepper, n. 10, 2º Andar, Centro

CEP 89221-005 – Joinville-SC – Brasil

Telefone: +55 (047) 3431-3460

E-mail: pgm.gab@joinville.sc.gov.br / Sítio institucional: <https://joinville.sc.gov.br>

Regulamento da Revista SEI PGM.GAB 0018198125, aprovado por meio da Resolução nº 01/2023, disponível no sítio eletrônico: <https://www.joinville.sc.gov.br/institucional/pgm/revista/>

CONSELHO EDITORIAL

Felipe Cidral Sestrem	Procurador do Município / Editor-Chefe
André Luís Holanda Gurgel Pereira	Procurador do Município / Membro do Conselho
Franciano Beltramini	Procurador do Município / Membro do Conselho
Hercília Aparecida Garcia Reberti	Procuradora do Município / Membro do Conselho
Nivia Simas	Procuradora do Município / Membro do Conselho
Thiago de Oliveira Vargas	Procurador do Município / Membro do Conselho
ABNT(adaptação)/Diagramação:	Nádia Regina Ucker / Cristiane de Souza da Silva
Capa:	Farid Bueri Filho / Gerente de Processos e Fotografia

Revisão e Editoração: Procuradoria-Geral do Município de Joinville (Autor corporativo) e Secretaria de Comunicação de Joinville

Av. Hermann August Lepper, n. 10, 2º Andar, Centro, CEP 89221-005 – Joinville-SC – Brasil

Responsáveis: Felipe Cidral Sestrem (Editor-Chefe) / Conselho Editorial

Periodicidade: Anual. Publicação: Março 2024

Idioma das Publicações: Português, Inglês e Espanhol

Submissões disponíveis por meio de Editais de Chamamento (nº 01/2023, SEI PGM.GAB 0018198217)

Endereços eletrônicos para contato e solução de dúvidas:

pgm.gab@joinville.sc.gov.br e procuradoria@joinville.sc.gov.br

Os conceitos, as informações de legislações, da jurisprudência e as opiniões expressas nos artigos e comentários publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Revista da Procuradoria-Geral do Município de Joinville – RPGMJ / Procuradoria-Geral do Município de Joinville – Joinville : RPGMJ, 2023.

v. 1, 23 cm.

Anual: a. 1.

Primeiro número editado como edição especial de lançamento.

Disponível em: <https://www.joinville.sc.gov.br/institucional/pgm/revista/>

ISSN 2965-8209 (versão impressa)

1. Direito Público. 2. Administração Pública. I. Procuradoria-Geral do Município de Joinville.

CDU 342

CDU 351

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE

RPGMJ

GABINETE DA PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

GESTÃO MUNICIPAL (2021-2024)

Adriano Bornschein Silva	Prefeito do Município de Joinville
Rejane Gambin	Vice-Prefeita do Município de Joinville
Christiane Schramm Guisso	Procuradora-Geral do Município
Janaina Elisa Heidorn	Procuradora-Executiva de Consultoria e Legislação
Felipe Cidral Sestrem	Procurador-Executivo de Prevenção e Processos
Cezar Augusto Luiz de Oliveira Culik	Gerente de Processos e Gestão
Farid Bueri Filho	Gerente de Processos

PARECERISTAS

André MatiuZZi	Mestre em Gestão Pública, Diretor-Executivo
Ana Paterno	Pós-Graduada em Políticas Públicas, Coordenadora
Alexandre Pizani	Graduado em Administração, Servidor Público
Adriano Selhorst Barbosa	Mestre em Patrimônio Cultural e Sociedade, Diretor-Executivo
Christiane Vansuita	MBA em Regime Próprio Previdenciário, Advogada autárquica
Giani Maria de Souza	Doutora em História, Servidor Pública Municipal
Guilherme Casali	Mestre em Ciências Jurídicas, Diretor-Presidente IPREVILLE
Janaina Elisa Heidorn	Pós-Graduada em Processo Civil, Procuradora-Executiva
Luciana Altmann Tenório	Mestre em Ciências Jurídicas, Diretora-Jurídica HMSJ
Luiz Eduardo de Carvalho Silva	Pós-Graduado em Direito Tributário, Procurador do Município
Magda Cristina Villanueva Franco	Doutoranda em Planejamento Territorial, Gerente
Marjoriê Oracz	Pós-Graduada em Processo Civil, Servidora Pública
Naim Andrade Tannus	Mestrando em Ciências Ambientais, Procurador do Município
Paula Padilha Penteado Klein	Pós-Graduada em Direito Urbanístico, Procuradora Municipal
Ricardo Pedro Bom Filho	Mestre em Direito, Estado e Sociedade, Advogado autárquico
Sahmara Liz Botemberger	Pós-Graduada em Direito Público, Encarregada de Dados
Simone Zanella	Pós-Graduada em Gestão Pública, Servidora Pública

LINHA EDITORIAL

Na sua versão tradicional, a Revista divulga trabalhos na área de Direito Público, em especial Direito Constitucional, Administrativo e Tributário. No âmbito da Administração Pública explora as interfaces Política e Planejamento Governamentais, Administração de Pessoal, Contabilidade, etc. Seu lócus empírico é o contexto brasileiro municipal e intermunicipal e sua interrelação federativa.

A Revista da Procuradoria-Geral do Município de Joinville - RPGMJ está licenciada sob a Licença Creative Commons CC BY-NC-SA 4.0 International. Com essa licença você pode compartilhar, adaptar, criar para qualquer fim, desde que atribua a autoria da obra.

MENSAGEM DA PROCURADORA-GERAL

Participar do projeto da Revista da Procuradoria-Geral do Município, com o objetivo de oferecer um ambiente de estímulo à publicação de teses, em formato de artigos, pareceres e comentários à jurisprudência, todos sobre temas de grande relevância jurídica para a Administração Pública, é gratificante, desafiador e enriquecedor.

A Revista foi idealizada para gradativamente se tornar um rico repositório de conteúdo técnico, com áreas de concentração no Direito Público e na Administração Pública. Ela vai, portanto, para além do enfoque puramente jurídico, apresentando intensão holística, abarcando a problemática de toda a máquina pública municipal. Também objetiva promover e estimular um diálogo entre a academia, os operadores do direito e de outros profissionais de áreas interdisciplinares, promovendo soluções inovadoras.

A mensagem de Edgar Morin, em seu livro “Os Sete Saberes Necessários à Educação do Futuro”, reflete a essência do projeto, que em suas sábias palavras afirma: “Todo desenvolvimento verdadeiramente humano significa o desenvolvimento conjunto das autonomias individuais, das participações comunitárias e do sentimento de pertencer à espécie humana”. Nesse sentir, a Revista destina-se a publicações de estudos em prol do desenvolvimento individual, da sociedade, da economia e da sustentabilidade, sob a perspectiva do ambiente municipal.

Não poderíamos deixar de registrar nossa gratidão ao incansável trabalho dos Procuradores-Executivos Felipe e Janaína, dos gerentes Farid e Cezar, todos responsáveis pela primeira edição da RPGMJ. Sem o compromisso e a dedicação de todos a Revista ficaria sempre no campo imaginário.

Igualmente, registramos nossos agradecimentos aos autores que compartilharam seus artigos e comentários para publicação e externar nossa satisfação com a riqueza, qualidade e pertinência dos conteúdos publicados nessa edição inaugural.

E aos leitores, desejamos uma excelente leitura!

Christiane Schramm Guisso

Procuradora-Geral do Município de Joinville

EDITORIAL

Com imensa satisfação, no 26º ano de criação formal da Procuradoria-Geral do Município de Joinville, após a edição da Lei Municipal nº 3.419, de 20 de fevereiro de 1997 e da estruturação do órgão com a Lei Complementar nº 90, de 28 de junho de 2000, ainda em vigor, apresentamos o lançamento da primeira edição comemorativa da Revista da PGM de Joinville (RPGMJ).

Este é um número composto de artigos elaborados por autores de enorme importância nas mais diferentes áreas do Direito Público. Os estudos refletem um momento de profundo aperfeiçoamento desses ramos do Direito, marcados pela resignificação da atividade jurídica no mundo pós-pandêmico, em razão da interação de novas tecnologias, a exemplo da inteligência artificial. É relevante pensarmos como essa interação induz a repensar o cotidiano, impondo à Advocacia Pública Municipal um novo olhar sobre suas atividades e sobre a forma de operacionalizar o Direito.

Nesta edição apresentamos uma seção composta por artigos técnicos coletados de professores doutores e profissionais do Direito Público nacional, trabalhos voltados ao Direito Administrativo e ao Processo Civil. Na segunda seção formada, a partir de um procedimento de chamada pública divulgada amplamente em diversos ambientes, apresentamos trabalhos coletados por um processo de avaliação duplo cego (*double blind review*), agrupados em áreas, debatendo temas de Direito Administrativo e Direito Tributário com incursões em Direito Ambiental, Direito Orçamentário e em Processo Civil.

A Procuradoria-Geral do Município de Joinville, por meio de seu Conselho Editorial e de seu Gabinete, agradece a todos os envolvidos no processo editorial do periódico, inclusive aos interessados em compor a chamada interna de avaliadores desta primeira edição, e, ainda, especialmente à Procuradora-Geral do Município, Dra. Christiane Schramm Guisso, por confiar nessa importante iniciativa, amadurecida internamente por dez anos.

Convidamos, de forma propositiva, que todos os interessados acessem os relevantes estudos veiculados nessa primeira edição da Revista da PGM de Joinville, disponível no sítio eletrônico institucional da Procuradoria-Geral agora informado: <https://www.joinville.sc.gov.br/institucional/pgm/revista/>.

Boa leitura!

Felipe Cidral Sestrem

Editor-Chefe da Revista da Procuradoria-Geral
do Município de Joinville - RPGMJ

SUMÁRIO

PRIMEIRA SEÇÃO – AUTORES CONVIDADOS

PRIMEIRAS NOTAS SOBRE A MATRIZ DE RISCOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: sua compreensão na Lei nº 14.133/2021	13
Egon Bockmann Moreira	
O NOVO MODELO DE INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS DA LEI Nº 14.133/2021 e sua necessária interpretação constitucional, para se evitar o “bis in idem” em face dos atos lesivos da Lei Anticorrupção (12.846/2013)	28
Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini	
O REGISTRO DE PREÇOS COMO INSTRUMENTO DE OTIMIZAÇÃO PARA OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA: uma análise jurídico-administrativa	49
Bruno Betti Costa Pauline de Assis Lopes	
CASOS FÁCEIS OU DIFÍCEIS SOB A PERSPECTIVA DO JULGADOR	78
Orlando Luiz Zanon Junior	
ASPECTOS DESTACADOS DO PROCEDIMENTO DA REMESSA NECESSÁRIA	93
Pedro Miranda de Oliveira	
A REBELIÃO DA REVELIA: os contornos do instituto à luz das normas fundamentais do CPC/2015	108
Flávia Pereira Hill	
A DECISÃO SEM PRECEDENTE: uma passagem válida para apenas uma viagem	138
Ravi Peixoto	

SEGUNDA SEÇÃO – ARTIGOS E COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

MECANISMOS INSTITUCIONAIS PARA O CONTROLE DAS DESPESAS COM O FUNCIONALISMO PÚBLICO	157
Franciano Beltramini	
A CONTAGEM DE TEMPO EM ATIVIDADE DE MAGISTÉRIO PARA FINS DE APOSENTADORIA ESPECIAL DO PROFESSOR READAPTADO	172
Cristiane Vansuita	
CONCURSO PÚBLICO E A (DES)NECESSIDADE DE FORMAÇÃO DE CADASTRO DE RESERVA À LUZ DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA	187
Thiago Felipe de Amorim	
IMUNIDADE RECÍPROCA: Aplicação às Sociedades de Economia Mista	206
Francieli Cristini Schultz	
GESTÃO DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE URBANAS E OS DESAFIOS DOS MUNICÍPIOS NO PLANEJAMENTO TERRITORIAL URBANO DIANTE DA JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS	241
Magda Cristina Villanueva Franco	
FALECIMENTO DO DEVEDOR APÓS A OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR E O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL AOS SUCESSORES	252
Rafael Schreiber	
A ARBITRAGEM NOS MUNICÍPIOS	290
Felipe Cidral Sestrem	
JURISPRUDÊNCIA COMENTADA: uma análise do Tema 1124 do Supremo Tribunal Federal	314
Maurício Dalri Timm do Valle Armando Madoz Robinson	

PRIMEIRA SEÇÃO

.....
Autores Convidados

PRIMEIRAS NOTAS SOBRE A MATRIZ DE RISCOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: sua compreensão na Lei nº 14.133/2021

Egon Bockmann Moreira¹

Resumo: O artigo examina a matriz de alocação de riscos no Direito Administrativo brasileiro, com especial enfoque na Lei 14.133/2021. Trata da razão de ser da matriz, seus efeitos e critérios, bem como da diferença entre riscos e incertezas. Pretende explicar por que a matriz de riscos implica maior isonomia nos contratos administrativos e também menores custos.

Abstract: The article examines the risk allocation matrix in Brazilian Administrative Law, with a special focus on Law 14.133/2021. It deals with the *raison d'être* of the matrix, its effects and criteria, as well as the difference between risks and uncertainties. It intends to explain why the risk matrix implies greater isonomy in administrative contracts and also lower costs.

Palavras-Chave: Licitação. Contrato administrativo. Riscos. Incertezas. Cláusula de alocação de riscos. Compartilhamento de riscos. Seguros.

Keywords: Bidding. Administrative contract. Risks. Uncertainties. Allocation clause and risks. Risk sharing. Insurance.

Sumário: 1. Introdução; 2. Matriz de alocação de riscos: definição do art. 6º da Lei 14.133/2021; 3. Riscos e incertezas; 4. Matriz de alocação de riscos: seus efeitos; 5. Matriz de alocação de riscos: seus critérios; 6. Matriz de assunção e compartilhamento de riscos; 7. Matriz de alocação de riscos e securitização; 8. Considerações finais. Referências Bibliográficas.

¹ Professor de Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Universidade do Paraná. Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra. Advogado. Árbitro. E-mail: egon@xvbm.com.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5859990024741610> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3056-1285>

1. INTRODUÇÃO

O tema do presente artigo é importante não só para a nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), mas também para a (re)compreensão dos contratos administrativos e da percepção do papel da pessoa privada frente à Administração Pública. Isso porque a ideia-força de matriz de riscos significa uma transformação na teoria clássica de avaliação do equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos e, especialmente, em sua obediência à “teoria das áleas”.² Confere maior subjetividade à definição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos (ao lado da objetividade em sua aplicação).

Por meio da matriz de alocação de riscos, são as partes contratantes que escolhem – com lastro em critérios técnicos, diretrizes legais e boas práticas internacionais – quem arcará com este ou aquele evento futuro (passível de análise e quantificação presente). O que confere legibilidade, desde o momento zero do contrato, ao respectivo equilíbrio econômico-financeiro em vista de alterações quando da execução das prestações contratadas. Em outras palavras, segurança jurídica reforçada e menores custos.

Precisamos conhecer, portanto, a lógica do conceito, que se retrata não só na legislação de direito público, mas igualmente na legislação geral, desde o Código Civil. O que representa enorme impacto para as licitações e contratos administrativos brasileiros.

2. MATRIZ DE ALOCAÇÃO DE RISCOS: SUA LÓGICA E A DEFINIÇÃO DO ART. 6º DA LEI 14.133/2021

Estabelecamos, de partida, a seguinte premissa: todos os contratos, públicos e privados, sem exceção, dividem riscos entre as partes signatárias.³

Isso é natural aos negócios jurídicos; é também para isso que servem. Afinal, é um lugar comum a ideia de que aquilo que os contratos preten-

² Sobre tal tema e desafios contemporâneos, v. Alexandre Santos de Aragão, “A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs”, **Revista de Direito Administrativo – RDA** 263/35-66. Rio de Janeiro: FGV, maio/ago. 2013. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10644/9637>. Acesso em 18/05/2022. Para visão mais abrangente do tema, v. Bradson Camelo; Marcos Nóbrega e Ronny Charles L. de Torres. **Análise Econômica das Licitações e Contratos**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

³ Eu venho tratando desse assunto, com essa compreensão, quando menos desde 2007, no artigo “Riscos, incertezas e concessões de serviço público.” Revista de **Direito Público da Economia – RDPE** 20/35-50. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2007.

dem fazer é trazer o tempo e os eventos futuros para a realidade do tempo presente. As partes obrigam-se a prestações futuras, não a presentes nem, muito menos, a passadas. Por meio desse acordo de vontades reconhecido e positivado juridicamente, as partes hoje se comprometem a executar, a partir de amanhã, específicas prestações – as quais poderão experimentar vicissitudes, algumas das quais podemos chamar de “riscos”. Esses eventos desconhecidos no presente gerarão custos extraordinários, os quais serão arcados por uma das partes no contrato (ou, excepcionalmente, por terceiros).

Resta saber se tal atribuição de responsabilidade pelos riscos é contratualmente feita de modo específico e concreto (com matriz de alocação expressa), ou se o pacto remete as partes a soluções positivadas, de modo geral e abstrato, em leis (sem matriz expressa). No primeiro caso, a segurança jurídica será reforçada – vejamos por quê.

Caso as partes deixem do lado de fora do contrato a atribuição de responsabilidade por eventos futuros e incertos, elas ficam reféns da interpretação da lei, do contrato e dos fatos em si mesmos. Só quando estes se realizarem haverá a necessidade de se definir quem arcará com seus custos – o que, certamente, gerará estresse e controvérsias: cada parte a esgrimir argumentos para atribuí-los à outra. Será natural – salvo casos extremos – que, em caso de dúvida razoável, os contratantes procurem atribuir um ao outro a responsabilidade por despesas não previstas de modo expresso, chegando ao ponto de levar a interpretação da controvérsia a soluções heterocompositivas (arbitragem ou Poder Judiciário).

Diante de tais conflitos, a solução demandará o exame da legislação vigente à época da contratação, do contrato em si mesmo, da conduta das partes e a prova do fato real que alterou ou impediu a sua execução. Exigira a prova do nexo de causalidade entre o fato e sua consequência. Ao contrário, no caso da alocação consensual, prévia e expressa, da responsabilidade por este ou aquele evento, esse debate não existirá (ou assumirá dimensão bastante menor).

A matriz de alocação de riscos não é um meio de fugir de responsabilidades, mas ao contrário: é forma juridicamente prestigiada de torná-las nítidas e, assim, atenuar conflitos.

O ordenamento jurídico brasileiro fornece grande arsenal legislativo para tratar de riscos. Permite que a gestão de suas consequências seja consensualmente organizada. Examinemos, rapidamente, o Código Civil, a Lei nº 8.987/1995, a Lei nº 11.079/2004, a Lei nº 13.303/2013, antes da definição do artigo 6º da Lei nº 14.133/2021. Com isso pretendo demonstrar

que o assunto é comum, natural a contratos e, assim, previsto em vários diplomas legais.

O Código Civil fala em pessoas jurídicas como técnica de segregação de riscos (art. 49-A, par. ún.); em respeito à alocação de riscos definida pelas partes (art. 421-A, inc. II); em contratos aleatórios (arts. 458-460); nos riscos da coisa nos contratos de compra e venda (arts. 492 e 494); nos riscos do empreiteiro (arts. 611 e 612); naqueles dos contratos de seguro (arts. 759 ss.), etc. – além de disciplinar os efeitos da força maior e caso fortuito (especialmente no art. 393).

A Lei de Geral de Concessões Comuns – nº 8.987/1995 – atribui a gestão do contrato à “conta e risco” do concessionário (art. 2º, incs. II, III e IV), mas fato é que impede a decretação de caducidade caso ele paralise os serviços em “hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior” (art. 38, § 1º, inc. III). Além disso, atribui o risco tributário ao poder concedente (art. 9º, § 3º).

Já a Lei de PPP – a nº 11.079/2004 – foi a primeira a demandar expressa alocação de riscos entre os parceiros, nos termos de seu artigo 5º, inciso III, na condição de cláusula obrigatória (“a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”). A solução deverá ser literal no contrato.

Previsão equivalente, entretanto, mais ampla, é a positivada na Lei das Estatais – a nº 13.330/2013 – que considera a matriz de risco como cláusula obrigatória desde o edital e traz definição minuciosa em seu artigo 42, inciso X.⁴

Essa mesma solução é esposada na Lei nº 14.133/2021, cujo artigo 6º, inciso XXVII, traz extensa definição do que se entende, para os exatos termos dessa mesma lei por matriz de risco. A transcrição é necessária:

⁴ “Art. 42 [...] X - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações: a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo quando de sua ocorrência; b) estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de resultado, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação; c) estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de meio, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução pré-definida no anteprojeto ou no projeto básico da licitação.”

XXVII – Matriz de risco: cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;

b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delimitadas no anteprojeto ou no projeto básico;

c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia.

Ou seja, a noção legal de matriz de alocação de riscos corresponde à cláusula expressa (não-implícita), que define contratualmente (não legal nem teoricamente) não só os eventos qualificados como riscos como também a imputação subjetiva da respectiva responsabilidade – a fim de que o ônus financeiro seja previamente estratificado segundo critérios técnicos razoáveis. O seu objetivo é o de permitir que o contrato sobreviva a abalos futuros, restando incólume a eles.

Mais à frente, ao tratar do edital, o art. 22 consigna que ele “poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e com os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pelo ente federativo”, consignando ser obrigatória a matriz de riscos para casos de “obras e serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada” (art. 22, § 3º).

O coração do tema vem previsto no art. 103 da Lei nº 14.133/2021, que será parcialmente tratado neste artigo – não sem antes destacar que ele haverá de ser interpretado em obediência à definição do artigo 6º, inclusive

com respeito a todos os seus elementos, incorporando a distinção entre contratos com obrigações de meio e de resultado.⁵

Nas obrigações de meio, o devedor obriga-se a desenvolver os mais diligentes e mais apropriados esforços – este é o núcleo da prestação assumida – para a obtenção de certo resultado, sem estar a ele vinculado (os contratos com advogados e médicos são típicas obrigações de meio). A prestação a que o devedor se obriga é a da atividade a ser zelosamente desenvolvida. Já nas obrigações de resultado, o devedor compromete-se a atingir os efeitos visados pela contratação: aquilo que de útil dela deve resultar para o credor (o exemplo tradicional é o do contrato de transporte). Aqui, a prestação contratada é a de alcançar o resultado visado pela atividade desenvolvida. O que tem suma importância para os riscos, bem como quanto ao ônus da prova da culpa da responsabilidade ou respectiva alocação.

Com lastro nesses parâmetros legais, pode-se analisar o que significa esse pacto sobre os riscos à execução do contrato, denominado de matriz de alocação de riscos.

O termo “matriz” refere-se ao lugar onde algo é instalado; a sua principal fonte ou origem; onde funciona sua direção central. Em outras palavras, na cláusula contratual em que os riscos do contrato são catalogados, sistematizados e consensualmente alocados nessa matriz. Existem escolhas técnicas, exame de boas práticas setoriais, análise de custos e respectiva precificação. A partir de sua positivação contratual, torna-se objetiva a alocação de riscos: suprime-se a subjetividade de sua responsabilização futura. Para certos eventos, sabe-se de antemão quem deverá arcar com sua prevenção e, caso ocorra, com sua gestão, solução e custos.

Carregada de subjetividade, em seu primeiro momento, a matriz de riscos implicará responsabilidade objetiva, independente de culpa, para os fatos nela elencados. Aquele que assume o risco deverá arcar com sua prevenção, na medida do possível, e com todos os efeitos oriundos de sua existência futura.

Mas, atenção: no caso brasileiro, salvo exceções, não existe norma jurídica que defina qual risco será imputado a qual parte (nem o que são, substancialmente, “riscos”).

São as boas práticas internacionais que atribuem este ou aquele risco a esta ou aquela parte, com lastro em critérios que vão desde a capacidade

⁵ Sobre a classificação dos riscos, sobretudo em contratos de obra, ver CARMO, Lie Uema do. **Contratos de Construção de Grandes Obras**. São Paulo: Almedina Brasil. 2019, p. 195-202.

técnica para administrar o evento até o grau de liquidez para fazer frente às despesas dele decorrentes.[5] Igualmente, o artigo 103 da Lei nº 14.133/2021 traz indicativos de quem poderá arcar com este ou aquele risco (os passíveis de contratos de seguro, em tese ao particular).

Ora, na justa medida em que a cláusula contratual deve conter uma previsão prévia, expressa e autocompositiva, com uma listagem de possíveis eventos, é necessário um cuidado especial: não há, salvo exceções e contratos muito simples (que não demandam a alocação expressa), dois contratos com matriz de riscos equivalentes. O tempo e o espaço, o avanço tecnológico e as características do credor e do devedor, a tudo isso consubstanciam diversas ordens de riscos e, por seguinte, distintos riscos a serem alocados entre as partes – é necessário afastar-se da “maldição do ctrl c + ctrl v”. Com a listagem de eventos possíveis, evita-se o risco de reprodução e refletida de matriz de alocação de risco feita em outro contrato. As partes precisam entender quais são os eventos, dispor do banco de dados do local e da ordem de contratos e alocar consensualmente os riscos, o que é um desafio dentro da percepção de contrato administrativo.

Deixemos isso bem claro, portanto: são as partes, no momento antecedente ao contrato, que negociam a matriz de riscos. Ela não é um dado (legislativo), mas um construído (transação).

O que se dá mesmo naqueles casos em que o edital traz a matriz de riscos: ao decidir participar da licitação, os interessados avaliam a alocação proposta, podendo impugná-la ou a ela se conformar, precificando tais eventos em sua proposta e na composição material-cronológica da execução do contrato. Inclusive, poderão ser objeto de negociação pré-contratual (Lei nº 14.133/2021, art. 61), desde que não afete a estrutura de custos originária do edital.

Dá a importância sobranceira dos esclarecimentos e das impugnações aos editais (Lei nº 14.133/2021, art. 164 e ss.). Já não se trata mais de mero expediente procedimental instalador de divergências ou conflitos, mas de meio apto a gerar uma adequada alocação de riscos contratuais. Caso a parte interessada se abstenha de requerer esclarecimentos – ou mesmo de impugnar o edital ao tempo e modo certos – deve estar consciente de que anuirá à alocação de riscos lá prevista, por pior e mais gravosa que ela seja (salvo os abusos e eventuais vícios intransponíveis pelos interessados – afinal, o edital é ato administrativo que se presume legítimo).

Deve-se, portanto, recompor a ideia, especialmente quanto à matriz de riscos, de impugnações e de esclarecimentos aos editais e, preferencialmente,

a depender do contrato, de audiências públicas. Decerto que o contratado privado conhece os riscos da execução de determinada ordem de contrato melhor do que ninguém, assim como faz a gestão de alocação de riscos que mais lhe beneficia, porém, é preciso observar e compreender a questão do funcionamento da consensualidade nos contratos administrativos.

3. RISCOS E INCERTEZAS

Mas o que são, econômica e juridicamente, riscos? Como já visto, todos os contratos os possuem. Contudo, alguns deles exigem que tais eventos futuros e incertos sejam analisados e classificados.

Adota-se aqui a classificação de Frank H. Knight quanto a “riscos” dissociados das “incertezas”. Estas últimas não são mensuráveis nem quantificáveis (absolutamente desconhecidas de partida), ao passo que aqueles podem ser estimados e projetados.⁶

Os riscos são eventos futuros e incertos, definidos com base em experiências anteriores. Advêm da possibilidade de conhecimento objetivo dos fatos, dados e séries históricas. Com base em informações pretéritas, as partes avaliam a probabilidade com que eventos determináveis poderão ocorrer no futuro, bem como a viabilidade de seu gerenciamento e custos potenciais. Por isso, é possível sua quantificação econômica, alocação intersubjetiva e a realização de escolhas de médio e longo prazos (com a definição dos respectivos custos e estratégias para a sua mitigação e/ou indenização).

Apesar de a ocorrência dos riscos estar situada num juízo de hipotética probabilidade, eles podem ser avaliados, projetados e alocados no contrato. São apenas estimados. A partir desses cálculos, que serão postos à prova durante a execução contratual, é atribuído valor presente ao risco, à possibilidade de incidência ao eventual impacto no objeto contratual, a fim de tentar atenuar seus efeitos negativos.

Esses modelos de análise são estudos de soluções que pretendem tornar inteligível a experiência pretérita, bem como o que ela pode sugerir face à diversidade de situações futuras. São descritivos e visam a tornar mais simples a realidade (e respectivo conjunto de variáveis). Por meio da análise do passado pretende-se gerar suposições simplificadas e as respectivas análises consequenciais. Por isso que os riscos serão quantificados e valorados economicamente.

⁶ GARCIA, Flávio Amaral. **Risk, Uncertainty, and Profit**. NY: Dover Publications, 2006 (reimpr. 1957), p. 19-20 e 197-263.

Porém, existem momentos em que o cálculo dos riscos se torna muito oneroso e economicamente ineficiente. Os limites do estado da arte da ciência também constituem barreiras objetivas: não se pode prever o futuro. Há eventos que se distanciam em muito da realidade, sendo de difícil (senão impossível) compreensão e inserção no âmbito interno do contrato. Igualmente, situações inéditas simplesmente acontecem – sem que possamos nem sequer as imaginar antes que efetivamente existam.

Essa fronteira à análise, quantificação e qualificação dos riscos pode resultar de multiplicidade de fatores – como, por exemplo, a extrema confiança de uma parte contratante nas informações advindas da outra; a escassez de tempo para a definição qualificada dos dados disponíveis; a inexistência de técnicas precisas para o levantamento das informações; pandemias mundiais inéditas; descobertas científico-tecnológicas; situações disruptivas, etc.

Caso pretendam contratar, as partes terão de deixar, nesse momento, a objetividade de lado. A partir daqui não se tratará de avaliação objetiva do provável, mas cogitações sobre o implausível: as incertezas. Ou seja, conjunto de possíveis eventos futuros a respeito dos quais não são cabíveis análises e projeções presentes – muitos dos quais nem sequer se pode adivinhar a existência e/ou impacto futuros. Por tais motivos, não é possível tratar as incertezas como se riscos fossem.

Mas, atenção: o direito dos contratos não possui o fito de eliminar riscos e incertezas – que fazem parte do mundo dos fatos e são impostos pela realidade ao âmbito jurídico. A Lei nº 14.133/2021 não neutraliza a ocorrência desses eventos, mas tão somente tenta organizar os seus efeitos (caso ocorram) e predefine as condições para a sua alocação e repartição.

Os riscos normalmente são alocados para a parte com maior capacidade técnica e econômica para os enfrentar (que assume a responsabilidade de promover estratégias de mitigação e/ou securitização). Não faz qualquer sentido alocar riscos em contratante que não tem condições de os administrar ou arcar com suas consequências: isso implica corromper a razão de ser da cláusula.

Além disso, viola o ordenamento jurídico a tentativa de atribuir incertezas para uma das partes como se riscos fossem. Também essa tentativa de alocação, genérica e imprecisa, agride a razão de ser das previsões normativas (legais e contratuais). Mostra-se inválida e ineficaz a cláusula que assim proceda ante frontal violação à boa-fé objetiva, já que as incertezas não são aprioristicamente cognoscíveis nem administráveis – diferentemente dos riscos. Por isso que textos abertos – como “todo e qualquer evento futuro” – são imprestáveis em termos de alocação de riscos.

Em outras palavras, somente os riscos podem ser recíproca e consensualmente transferidos, desde que calculados e enquanto tais contas se mostrarem representativas de um mínimo da realidade subjacente ao contrato administrativo.

Ao se pretender atribuir incertezas ao parceiro privado, estar-se-á corrompendo não só a lógica da matriz de alocação, mas, em especial, toda a razão de ser da garantia constitucional do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. Afinal, caso se pretendesse aplicar risco desproporcional estar-se-ia prestigiando cláusula contratual atentatória ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro e às condições do contrato.

Mais ainda e como já anotado por Flávio Amaral Garcia, há casos em que “[C]ertos riscos, ainda que corretamente alocados, podem ter as suas consequências extremadas por circunstâncias imprevisíveis a ponto de abalar a economia original do contrato e colocar em perigo a sua eficiente execução.” Ou seja, mesmo a alocação original deve manter sua lógica estrutural durante toda a execução do contrato. Para “cenários drasticamente alterados, absolutamente imprevisíveis e que geram uma elevação extremada e extraordinária dos custos, onerando excessivamente uma das partes, a interpretação que privilegie o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a estabilidade do pacto é a que melhor se coaduna com o interesse público e justiça contratual.”⁷

Afinal, se o risco extrapolar todos os limites originários e persistir alocado em quem não consiga administrá-lo, causará a morte do contrato: e não é essa a razão existencial da matriz.

Estabelecidas tais premissas, é possível analisar como o direito posto disciplina os riscos no âmbito de alguns dos contratos regidos pela Lei nº 14.133/2021. Examinemos rapidamente alguns dos tópicos contidos no art. 103 da nova lei.

4. MATRIZ DE ALOCAÇÃO DE RISCOS: SEUS EFEITOS

Nos termos do artigo 103, a matriz de alocação de riscos possui ao menos quatro efeitos imediatos: (i) repercutirá no valor estimado da contratação (§ 3º); (ii) definirá o equilíbrio econômico-financeiro do contrato

⁷ A imprevisão na previsão e os contratos concessionais, In: MOREIRA, Egon Bockmann (Org.), **Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro**, 2 ed., 2ª tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 128.

em relação a eventos supervenientes (§§ 4º e 5º); (iii) implicará a responsabilidade da parte a quem foi alocado o risco (§ 4º); (iv) trará reforço ao dever de reequilíbrio, mesmo em face dos riscos, caso o evento tenha causa em alterações administrativas unilaterais e/ou modificações nos tributos (§ 5º, I e II).

O primeiro efeito reside no fato já aventado de que a definição dos eventos qualificáveis de riscos e sua respectiva alocação é atividade que importa custos. A depender do risco, custos nas fases de sua detecção, transação e securitização. Na medida do possível, tais custos serão incorporados ao valor estimado da contratação.

Por um lado, aqueles de uso e alocação pacificados e regulamentados (cf. art. 102, § 6º), não impactarão nas duas primeiras fases. Mas, preferencialmente, todos alocados aos contratados deverão ser objeto de seguros (e isso implica despesas a ser levadas em conta, eis que serão incorporadas ao orçamento contratual).

O segundo efeito está na clareza atribuída ao equilíbrio econômico-financeiro, sobretudo quanto a alguns de seus extraordinários encargos futuros. Ou seja, caso o risco se concretizar, ele não afetará o equilíbrio entre receitas e encargos contratuais, mas exigirá a instalação das medidas de inibição do impacto (com as respectivas despesas subjetivamente predefinidas).

Logo, ele blinda o contrato, conferindo objetividade e imediata solução a determinados eventos futuros e incertos. O seu objetivo, reitera-se, é de preservar a execução do contrato, impedindo que o eventual desequilíbrio possa impedi-la, eis que define, de antemão, quem arcará com os respectivos custos.

O terceiro efeito, talvez o mais importante visado pela alocação, está no fato de que ele implica na correspondente responsabilidade objetiva pelas consequências do eventual fato (danoso ou vantajoso). A definição subjetiva *ex ante* implica, em termos legais, em uma apuração objetiva *ex post*: a parte que consensualmente se responsabilizou pela gestão, pela prevenção e pelas consequências práticas de determinado risco, não discutirá mais a sua culpa ou dolo ou elemento subjetivo da concretização do risco (ela pode, inclusive, perante o contrato responsabilizar-se e, eventualmente, buscar um ressarcimento perante terceiros).

As partes ficam imunes tanto à discussão quanto à responsabilidade pelos efeitos da concretização do risco – se e quando ele se tornar fato, não haverá custos de transação para definir quem arcará com as respectivas consequências. A imputabilidade dá-se de modo antecedente e consensual.

Mas tais custos – reais (os que geram os cálculos) e potenciais (os que poderão nascer quando o risco se converter em realidade) – precisam ser levados em conta na proposta apresentada pela parte ao celebrar o negócio jurídico principal e a ele se incorporam.

O quarto efeito resultante do artigo 103 da Lei nº 14.133/2021 é o reforço ao dever de reequilibrar, de imediato, nos casos de alteração unilateral pela Administração e/ou majoração de tributos. O que pode ser examinado sob seus ângulos positivo e negativo, tanto em termos pré-contratuais como quando de sua execução.

O aspecto positivo da previsão dos incisos do § 5º está em que a Administração contratante está encarregada de promover, ativa e simultaneamente, o equilíbrio caso tais hipóteses legais se concretizem. Já o seu aspecto negativo está na proibição de que tais eventos futuros e incertos sejam atribuídos, em qualquer momento da contratação, ao particular.

5. MATRIZ DE ALOCAÇÃO DE RISCOS: SEUS CRITÉRIOS

O § 1º do artigo 103 especifica quatro critérios para a alocação dos riscos a este ou aquele contratante, quais sejam: (i) a compatibilidade do risco com as respectivas obrigações contratuais; (ii) a natureza do risco em si mesmo; (iii) o beneficiário das prestações a ele vinculadas e (iv) a capacidade de gerenciamento.

Cada risco se aproximará com maior intensidade de uma dessas classificações básicas – que repercutirá na definição da parte contratual a quem deve ser alocado. Aqui, existe qualificação abstrata de critérios de alocação que se tornará concreta quando do lançamento do edital e será consolidada pela proposta vencedora.

Essa atribuição, contudo, não tem o propósito de proteger ou de agravar a situação contratual de determinada parte, mas a de proteger a fiel execução do contrato. Por esse motivo, a lei exige também a compatibilidade da alocação de riscos com as suas respectivas obrigações. A toda evidência, o contratado privado não será responsabilizado pelo adimplemento das prestações dos pagamentos da Administração Pública ou pela tempestividade, ou pelo atendimento a cronologia, ou pela expedição da ordem de serviços ou pela fiscalização, pois são riscos próprios, privativos da Administração.

A natureza do risco é um outro aspecto importante a ser considerado. No risco cambial pode haver flutuações que comprometam o contrato; e no risco ambiental, se implementado com força, pode impedir o contrato de

começar. É inadequado atribuí-lo a uma pessoa privada, pois, se atribuído, não é passível de contrato de seguro: não há seguradora que securitize um risco cuja quantificação é desconhecida e que pode, eventualmente, implicar em um risco ambiental com 100% de dano contratual.

Importa levar em conta, também, o beneficiário das prestações vinculadas ao risco, isto é, a questão do adimplemento pecuniário, bem como a sua capacidade de gerenciamento. No risco ambiental, por exemplo, a pessoa privada tem maior dificuldade gerencial do que a pessoa pública porque esta apresenta interação de igual para igual com os órgãos ambientais e tem poder de polícia que a permite inibir determinadas consequências que aquela não pode.

6. MATRIZ DE ASSUNÇÃO E COMPARTILHAMENTO DE RISCOS

Para além da simples atribuição absoluta da responsabilidade pelo risco a só um dos contratantes, o caput do artigo 103 também autoriza o seu compartilhamento entre as partes. A depender do risco, do critério de atribuição e respectivo impacto, é de todo possível que se cogite os limites percentuais de responsabilidade.

Mas, atenção: isso deve ser feito desde os estudos preliminares e deve constar expressamente do edital. Consignar, de modo impreciso, que o risco é “compartilhado” significa, ao fim e ao cabo, não o alocar expressamente no contrato e remeter a solução do evento a critérios legais. Igualmente, os percentuais de compartilhamento necessitam ser justificados: pouco ou nada eficaz será a solução genérica que os reparta meio a meio (ou em percentuais lineares para todos os riscos).

7. MATRIZ DE ALOCAÇÃO DE RISCOS E SECURITIZAÇÃO

Como já esclarecido, a alocação dos riscos importa a assunção dos custos respectivos. Tanto os de prevenção quanto os de contenção e reparação, na hipótese de ele se tornar realidade. São custos extraordinários que necessitarão ser arcados do lado de fora do fluxo de receitas e despesas do contrato em si mesmo (eis que não podem afetar o respectivo equilíbrio econômico-financeiro).

Ou seja, todas as responsabilidades consequentes da atribuição do risco ao contratado deverão ser por ele individualmente desembolsadas, em atenção ao dever de preservar a execução contratual. Logo, é

de todo indicado que sejam riscos atribuíveis à pessoa privada os passíveis de cobertura securitária – sob pena de, em muitos casos, levar a contratada a situação de insolvência (ou mesmo instalar estímulos ao descumprimento).

O que não importa tomar como válida a equação “segurável = sempre parte privada”. Essa definição não existe em abstrato nem intuitivamente, mas depende de previsão expressa na respectiva cláusula contratual.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao início deste artigo, ficou consignado que o tema da matriz de alocação de riscos merece ser compreendido como transformador das licitações e contratos administrativos. Como se espera ter sido demonstrado, a essência dessa ordem de cláusula é a capacidade, reconhecida em lei, de as pessoas privadas colaborarem, ativamente e a priori, na formação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Definem, de igual para igual, com a Administração contratante quem será responsável por este ou aquele evento futuro. Até pouco tempo, essa matéria era cogitada se e quando o desequilíbrio ocorresse, e normalmente instalava conflitos, litígios e os respectivos custos extraordinários.

Com isso, espera-se que seja elaborada uma revisão da jurisprudência de órgãos de controle externo e de tribunais superiores, visto que o atual sistema é orientado pela lógica de matriz de riscos. Assim, não faz mais sentido cogitar se a álea é ordinária ou extraordinária, pois o evento deixa de ser puramente aleatório e passa a ser consensualmente quantificado e alocado. Além disso, as categorias tradicionais de equilíbrio econômico-financeiro, de apuração do equilíbrio econômico-financeiro, de consequências do equilíbrio econômico-financeiro e de consequências internas e externas ao contrato passam a ser subsidiárias à ideia de matriz de riscos.

A matriz de alocação de riscos parece-me, portanto, um modo mais maduro, mais sensato e isonômico de as partes lidarem com o futuro, preservando-se sempre o interesse público de que o contrato seja bem executado em todos os seus termos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARMO, Lie Uema do. **Contratos de Construção de Grandes Obras**. São Paulo: Almedina Brasil. 2019, pp. 195-202.

GARCIA, Flávio Amaral. **Risk, Uncertainty, and Profit**. NY: Dover Publications, 2006 (reimpr. 1957), pp. 19-20 e 197-263.

LÔBO, Paulo Neto. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In MOREIRA, Egon Bockmann (Org.), **Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro**, 2 ed., 2ª tir. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 128.

MOREIRA, Egon Bockmann. Riscos, incertezas e concessões de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia. RDPE**. n. 20, Belo Horizonte, Fórum, out./dez. 2007, p. 35-50.

RIBEIRO, Ricardo Lucas. **Obrigações de Meio e de Resultado**. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

O NOVO MODELO DE INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS DA LEI Nº 14.133/2021

e sua necessária interpretação constitucional, para se evitar o “bis in idem” em face dos atos lesivos da Lei Anticorrupção (12.846/2013)

Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini¹

Resumo: O objeto e o questionamento central do artigo residem na relação entre as infrações e sanções administrativas da Lei nº 14.133/2021 e os atos lesivos definidos no artigo 5º da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). Em outras palavras: infrações administrativas licitatórias e atos lesivos relativos a licitações e contratos. A partir dessa central questão, naturalmente, surgiram durante a pesquisa questões secundárias – mas não menos importantes –, relacionadas às infrações da velha (Lei nº 8.666/1993) e da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021), que concomitantemente vigorarão até do dia 29.12.2023, ou, ainda, do conflito existente no próprio interior das infrações administrativas licitatórias, haja vista uma complexa equiparação que o legislador expressamente fez entre infração e ato lesivo à administração pública, nacional ou estrangeira, problemas esses não estritamente normativos ou teóricos, mas reais, que podem ocorrer no mundo dos fatos e atingir pessoas, posto que atentatórios a direitos funda-

¹ Pós-Doutor junto ao Instituto Ius Gentium Conimbrigae - Centro de Direitos Humanos/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (IGC-CDH/FDUC). Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor do Corpo Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA/ÂNIMA), Leciona Direito Administrativo e Processo Administrativo nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Curitiba (UNICURITIBA/ÂNIMA). É professor de Direito Administrativo da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná. Atualmente lidera o Grupo de Pesquisa “A nova Lei de Licitações (nº 14.133/2021), sustentabilidade e sua relação com as pequenas empresas”, financiado pelo Instituto Ânima. É Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. E-mail: mateusbertoncini@uol.com.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8390682026043566> ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9687-5124>

mentais de primeira dimensão, em especial à segurança jurídica dos cidadãos administrados, sujeitos à uma aparente multiplicidade de punições de mesma natureza (*bis in idem*). O trabalho, representativo de esforço de interpretação gramatical, analítica, sistêmica, finalística e constitucional, levado a efeito mediante o uso do método dedutivo, parece satisfatório para, ao menos, se iniciar os estudos das complexas relações entre as infrações licitatórias da Lei nº 14.133/2021 e os atos lesivos concernentes às licitações e aos contratos administrativos definidos na Lei nº 12.846/2013, consoante as respostas desenvolvidas no corpo do trabalho e sintetizadas, ao final, nas conclusões.

Abstract: The object and the central questioning of the article reside in the relationship between the infractions and administrative sanctions of Law 14.133/2021 and the harmful acts defined in article 5 of the Anti-Corruption Law (Law 12.846/2013). In other words: administrative infractions in bids and harmful acts related to bids and contracts. From this central issue, naturally, secondary issues – but no less important – arose during the research, related to the infractions of the old (Law 8.666/1993) and the new Law of Public Procurement and Administrative Contracts, which concomitantly will remain in force until 12/29/2023, or even the existing conflict within the administrative bidding infractions, given a complex equation that the legislator expressly made between infraction and harmful act to the public administration, national or foreign, problems that are not strictly normative or theoretical, but real, that can occur in the world of facts and affect people, since they violate fundamental rights of the first dimension, in particular the legal security of administered citizens, subject to an apparent multiplicity of punishments of the same nature (*bis in idem*). The work, representative of an effort of grammatical, analytical, systemic, finalistic and constitutional interpretation, carried out through the use of the deductive method, seems satisfactory to, at least, begin the studies of the complex relations between the bidding infractions of Law 14.133/ 2021 and harmful acts concerning public tenders and administrative contracts defined in Law 12.846/2013, depending on the responses developed in the body of the work and synthesized at the end.

Keywords: Administrative violations of Law 14.133/2021; Harmful acts defined in article 5 of Law 12.846/2013; Multiplicity of punishments; *Bis in idem*; Legal security.

Sumário: 1. Introdução; 2. A discrepância entre os regimes de infrações administrativas da Lei nº 8.666/1993. 3. As regras da Lei nº 8.666, que definem infrações administrativas, ainda vigoram? 4. A “inexecução total ou parcial do contrato administrativo” e o artigo 5º da Lei nº 12.846/2013. 5.

O inciso XII do artigo 155 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos; 6. Qual a natureza dos ilícitos nos incisos VIII, IX, X e XI do artigo 155 da Lei nº 14.133/2021? 7. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988, no seu artigo 37, inciso XXI² estabeleceu que, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Cuida-se do processo licitatório ou a licitação de um “verdadeiro princípio a que se vincula à Administração Pública”³, que ao lado dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, compõe a estrutura normativa fundamental da federação brasileira, e, portanto, da Administração Pública nos níveis federal, estadual, distrital e municipal, norma-princípio também aplicável às entidades componentes de suas administrações indiretas (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista).

O reconhecimento pelo constituinte brasileiro da licitação como um princípio constitucional está certamente relacionado à relevância desse procedimento administrativo destinado a padronizar as compras do setor público, um relevante mercado perante o qual vicejou um expressivo conjunto de empresas privadas fornecedoras de bens e serviços, de grande expressão econômica.

Para além de uma categoria jurídica integrante do Direito Administrativo, também se nota o caráter econômico das licitações. Por intermédio dessa modalidade de processo administrativo destinado à realização das compras públicas, o Estado protege os interesses públicos em jogo; oferece oportunidades iguais a todos os interessados que queiram com ele contratar, mediante a precisa determinação do objeto licitado, a fixação de regras cla-

² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 21 abr. 2023.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 21ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 335.

ras de concorrência e julgamento das propostas; além dos cuidados com a probidade administrativa, por intermédio da definição de sanções aplicáveis em razão da prática de infrações civis, penais e administrativas para os casos de fraudes cometidas contra o processo licitatório ou o contrato administrativo. Como diz Bandeira de Mello⁴, “atendem-se três exigências públicas impostergáveis: proteção aos interesses públicos e governamentais; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade; e, finalmente, obediência aos reclamos de probidade administrativa”.

Nessa terceira perspectiva, é de amplo conhecimento de todos que o sistema brasileiro de responsabilização está baseado essencialmente em três esferas: a civil, a penal e a administrativa. No que se refere à responsabilidade civil, essa normalmente se resolve mediante o pagamento de indenização do prejuízo causado a outrem. A responsabilidade penal, por sua vez, alcança as pessoas naturais em função da prática de crimes definidos na legislação penal comum ou extravagante. Já a responsabilidade administrativa se resolve mediante a aplicação de penalidades de natureza administrativa ao infrator das regras de administração determinadas em lei ou no próprio contrato administrativo.

O artigo que ora se apresenta à comunidade jurídica tem por objetivo estudar as regras sobre infrações administrativas da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ou seja, a Lei nº 14.133/2021⁵, diploma que expressamente revogou parcela da antiga Lei nº 8.666/1993⁶, mas com a qual conviverá até 29/12/2023, conforme o seu artigo 193, II, com a redação que lhe foi dada pela Lei Complementar nº 198/2023⁷.

A relevância do tema é indubitosa, na medida em que existe uma complexa relação entre a prática de infrações no âmbito das licitações e contratos administrativos, decorrente da existência temporária de duas leis gerais – a nº 8.666 e a nº 14.133, que regulam diversamente seus modelos administrativos sancionatórios, ou seja, a antiga e a nova Lei de Licitações e Contratos Admi-

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 36ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2023. p. 413.

⁵ BRASIL. **Lei 14.133/2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm Acesso em: 21 abr. 2023.

⁶ BRASIL. **Lei 8.666/1993**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm Acesso em: 21 abr. 2023.

⁷ BRASIL. **Lei Complementar 198/2023**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp198.htm#art2 Acesso em: 15 ago. 2023.

nistrativos divergem no tratamento do tema, o que pode impactar na segurança jurídica dos administrados. Demais disso, a Lei nº 14.133/2021 define infrações administrativas tipificadas como atos lesivos da Lei nº 12.846/2013⁸, sem falar da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), que também reserva sanções administrativas e civis para ilícitos licitatórios.

Esse verdadeiro imbróglho legislativo produz insegurança jurídica e o perigo do excesso punitivo, gerador, em alguns casos, de verdadeiro *bis in idem*, o que não pode ser admitido.

O objeto e o questionamento central do artigo residem na relação entre as infrações e sanções administrativas da Lei nº 14.133/2021 e os atos lesivos definidos no artigo 5º da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). Em outras palavras: infrações administrativas licitatórias e atos lesivos relativos a licitações e contratos. A partir dessa central questão, naturalmente, surgiram durante a pesquisa questões secundárias – mas não menos importantes –, relacionadas às infrações da velha e da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ou, ainda, do conflito existente no próprio interior das infrações administrativas licitatórias, haja vista uma complexa equiparação que o legislador expressamente fez entre infração e ato lesivo à administração pública, nacional ou estrangeira, problemas esses não estritamente normativos ou teóricos, mas reais, que podem ocorrer no mundo dos fatos e atingir pessoas, posto que atentatórios a direitos fundamentais de primeira dimensão, em especial à segurança jurídica dos cidadãos administrados, sujeitos a uma aparente multiplicidade de punições de mesma natureza. Em outras palavras, o que está em jogo é a “eficácia da segurança jurídica”⁹.

Também é preciso dizer que o artigo não se propõe a cuidar de todo o regime sancionatório relacionado aos ilícitos licitatórios (improbidade administrativa, crimes licitatórios ou crimes de responsabilidade), porquanto essa tarefa ultrapassaria, em muito, os intransponíveis limites formais (20 páginas) desse trabalho científico, que ora se apresenta a esse evento acadêmico do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito.

De outra parte, registre-se a enorme dificuldade da pesquisa de artigos e livros que tratam do tema e dos problemas apurados, haja vista o pouco

⁸ BRASIL. **Lei 12.846/2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm Acesso em: 21 abr. 2023.

⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. p. 649.

tempo de vigência da Lei nº 14.133/2021, ainda não visitada com profundidade pelos doutrinadores ou pelos tribunais, posto o curtíssimo período para a produção de obras acadêmicas verticalizadas e maduras, além da absoluta ausência de julgados específicos sobre a matéria, carências que não podem ser atribuídas à uma pesquisa ineficiente, mas à própria realidade.

O trabalho, representativo de esforço de interpretação gramatical, analítica, sistêmica, finalística e constitucional¹⁰, levado a efeito mediante o uso do método dedutivo, parece satisfatório para, ao menos, iniciar os estudos das complexas relações entre as infrações licitatórias da Lei nº 14.133/2021 e os atos lesivos concernentes às licitações e aos contratos administrativos definidos na Lei nº 12.846/2013, consoante as respostas desenvolvidas no corpo do trabalho e sintetizadas, ao final, nas conclusões.

2. A DISCREPÂNCIA ENTRE OS REGIMES DE INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS DA LEI 8.666/1993 E O PREVISTO NA LEI 14.133/2021

O primeiro problema que se constata ao cotejar a Lei nº 8.666/1993 e a Lei nº 14.133/2021, ambas em vigor até o final do ano de 2023,¹¹ reside na assimetria de seus respectivos modelos infracionais administrativos. O segundo problema, que será tratado oportunamente, diz respeito à relação entre o regime de infrações administrativas da Lei nº 14.133 e a Lei Anticorrupção, Lei 12.846/1993.

Começando pela assimetria dos regimes infracionais, se observa que a Lei nº 8.666 prevê em seu Capítulo IV, Seção II, intitulado “Das sanções administrativas”, o seu regime de infrações e sanções administrativas, composto pelos artigos 86, 87 e 88, em especial os artigos 86 e 87, que definem os ilícitos. Por outro lado, o título IV da Lei nº 14.133, denominado “Das Irregularidades”, é composto de três capítulos, sendo o primeiro cognominado “Das Infrações e Sanções Administrativas”, no qual estão contidos os artigos 155 a 163, com ênfase no artigo 155, que se refere à definição das infrações administrativas,

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996. Ver, também, SILVA, José Afonso. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

¹¹ Segundo a nova redação do artigo 193, inciso II, letra “a”, definida pela Lei Complementar nº 198/2023, a Lei nº 8.666/1993 será revogada no dia 30/12/2023, ou seja, ela produzirá efeitos até o dia 29. Do dia 30 em diante ter-se-á apenas uma Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 14.133.

consoante o quadro comparativo que ora se apresenta, essencial para o cotejo analítico desses dois conjuntos normativos, ambos em vigor, e cuja precisa compreensão é o primeiro passo para a equação do conflito entre eles. Vejamos:

Artigos 86 e 87 da Lei nº 8.666/1993	Artigo 155 da Lei nº 14.133/2021
<p>Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.¹²</p> <p>Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: (...).¹³</p>	<p>Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações:</p> <p>I - dar causa à inexecução parcial do contrato;</p> <p>II - dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo;</p> <p>III - dar causa à inexecução total do contrato;</p> <p>IV - deixar de entregar a documentação exigida para o certame;</p> <p>V - não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado;</p> <p>VI - não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta;</p> <p>VII - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;</p> <p>VIII - apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato;</p> <p>IX - fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;</p> <p>X - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza;</p> <p>XI - praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação;</p> <p>XII - praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.</p>

¹² Os parágrafos desse artigo 86 cuidam do regime da multa de mora: Art. 86. (...). § 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei. § 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado. § 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

¹³ As sanções são as seguintes: Art. 87 (...): I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

A olhos vistos, o número de infrações administrativas na Lei 14.133, que prevê 12 (doze) tipos infracionais, é muito superior àquele da Lei 8.666, que estipula apenas 2 (duas) infrações administrativas: atraso injustificado e inexecução total ou parcial do contrato administrativo. Aliás, o próprio atraso injustificado é forma de inexecução, sendo provável o destaque daquela modalidade do gênero inexecução contratual, por tratar-se de infração mais leve, sujeita somente à multa de mora.

O que se nota, porém, é que os incisos I, II, III, V e VII do artigo 155 tratam, essencialmente, de infrações relacionadas ao descumprimento do contrato administrativo, algo contido nos citados artigos 86 e 87. O inciso VI do artigo 155 tipifica situação que antecede a regular formação do contrato administrativo, embora encerrado o procedimento licitatório. Sinteticamente, esses incisos estão relacionados ao contrato administrativo.

Em outros termos, o que os aludidos artigos 86 e 87 definiram sucintamente como infração administrativa – “inexecução do contrato administrativo” –, os incisos I, II, III, V e VII do artigo 155 da Lei 14.133/2021 fizeram-no com maiores detalhes, estipulando com maior precisão os casos de inexecução parcial ou total dessa modalidade de contrato da Administração Pública.

Já os incisos IV e IX, X e XI do artigo 155 definem comportamentos ilícitos relacionados ao processo licitatório. O inciso VIII cuida do uso de declaração ou documento falso no processo licitatório ou durante a fase de execução do contrato administrativo. Resumidamente, os referidos incisos contêm tipos administrativos ou infrações administrativas que não encontram previsão na Lei 8.666/1993.

O inciso XII do artigo 155 da Lei 14.133/2021 também inova, ao equiparar os atos lesivos previstos no artigo 5º da Lei Anticorrupção a ilícitos administrativos da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

A discrepância entre as Leis sob análise é evidente.

Como demonstrado, a trintenária Lei, em vigor até 29.12.2023, diferentemente da Lei 14.133/2021, não definiu como ilícitos administrativos as fraudes incidentes nos processos licitatórios concorrenciais, de dispensa ou de inexigibilidade, bem como o uso de documento falso nesses processos ou nos contratos administrativos, comportamentos ilegais que a Lei 8.666 definiu, em seu próprio corpo, como crimes licitatórios, revogados pela Lei 14.133/2021.¹⁴

¹⁴ Os revogados artigos 89 a 108 da Lei nº 8.666 dizem respeito aos crimes licitatórios, que foram reformados e transferidos para o Código Penal (Brasil, 1940), em um novo capítulo, o Capítulo II-B, do Título XI, intitulado “Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos”.

Além disso, a Lei 8.666 igualmente não tipificou como infração administrativa os atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, definidos no artigo 5º da Lei 12.846/2013. Quanto a esse aspecto, é bom lembrar que a Lei Anticorrupção surgiu 20 anos depois da Lei de 1993.

Posto isso, é necessário se investigar a relação entre os respectivos regimes infracionais dessas duas Leis Gerais de Licitações e Contratos Administrativos, visando-se definir esse conflito, na medida em que o administrado não pode ser alcançado pelos dois diplomas concomitantemente, sob pena de bis in idem, ou por um desses diplomas legais aleatoriamente escolhido pela autoridade administrativa.

3. AS REGRAS DA LEI 8.666, QUE DEFINEM INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS, AINDA VIGORAM?

A questão que se apresenta na relação entre as Leis 8.666/1993 e a 14.133/2021, diz respeito à incidência ou não do modelo de infrações administrativas da Lei de 1993, concomitantemente com o sistema de infrações de mesma natureza da Lei de 2021, pois, como sabido, até o final do ano de 2023 o Brasil terá duas Leis Gerais de Licitações e Contratos Administrativos, fugindo à tradição normalmente incidente de que a lei nova revoga a anterior, quando de mesma hierarquia e tratando do mesmo assunto. A importância dessa distinção é essencial para que o administrado conheça exatamente o modelo sancionatório que a ordem jurídica lhe reserva, levando-se “em consideração o universo da legalidade vigente”¹⁵, no reconhecimento do Direito como sistema.

Com efeito, a Lei 14.133/2021, publicada no Diário Oficial da União no dia 01/04/2021, estipulou que a derrogação da antiga Lei de Licitações e Contratos Administrativos e da Lei 10.520/2002 ocorreria após decorridos 2 (dois) anos da sua publicação, ou seja, o dia 01/04/2023. O corre que o referido prazo de 2 (dois) anos para a derrogação da trintenária Lei de Licitações e Contratos Administrativos e da Lei do Pregão, foi alterado pela Lei Complementar 198/2023, que estendeu esse prazo até o dia 29/12/2023, inclusive.¹⁶

¹⁵ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2022. p. 213.

¹⁶ Segundo a nova redação do artigo 193, inciso II, letra “a”, definida pela aludida Lei, a Lei nº 8.666/1993 será revogada no dia 30/12/2023, ou seja, ela produzirá efeitos até o dia 29. Do dia

Durante esse período (01/04/2021 a 29/12/2023), a nova e a velha Lei de Licitações e Contratos Administrativos conviverão no sistema jurídico, definindo-se que a opção pela utilização de uma ou outra Lei durante esse tempo constitui atribuição discricionária da autoridade administrativa competente, que há de registrar a opção escolhida expressamente no edital ou no ato autorizativo da contratação direta, lógica igualmente aplicada à Lei que instituiu o pregão, a Lei 10.520/2002¹⁷.

Portanto, até o final do ano de 2023 as licitações realizadas em conformidade com a Lei 8.666 continuarão regidas por esse diploma legal, inclusive no que diz respeito aos respectivos contratos administrativos e às infrações administrativas definidas e reguladas na Lei de 1993.

Essa parece ser a solução correta para se “eliminar a antinomia”¹⁸ consistente no aparente conflito entre as aludidas Leis, posto que a Lei nº 14.133/2021 haverá de conviver com a Lei nº 8.666 – além da Lei nº 10.520/2002 – até o final do ano de 2023, mais precisamente, até 29 de dezembro, sem se olvidar da hipótese de incidência dos efeitos da Lei de 1993 para os contratos celebrados sob a sua égide, após o referido marco temporal.

Encerrada a análise comparativa das Leis nº 8.666 e nº 14.133, inicia-se, na sequência, a investigação sobre a correlação entre as infrações contidas na Lei nº 14.133/2021 e os atos lesivos definidos na Lei nº 12.846/2013, problema ainda maior, inclusive e especialmente porque Lei Anticorrupção é capaz de atingir com maior gravidade as pessoas envolvidas, em especial as pessoas jurídicas, cuja importância econômica e a sua função social não podem ser ignoradas (artigo 170, III, CF).

4. A “INEXEÇÃO TOTAL OU PARCIAL DO CONTRATO ADMINISTRATIVO” E O ARTIGO 5º DA LEI 12.846/2013

Primeiramente, tem-se por objetivo esclarecer, nesse tópico, se a inexecução do contrato administrativo (incisos I, II, III, V, VI e VII do artigo 155 da Lei nº 14.133/2021) é também ato lesivo à administração pública, nacional ou estrangeira, o que motiva a seguinte pergunta: o artigo 5º da

30 em diante ter-se-á apenas uma Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 14.133.

¹⁷ BRASIL. **Lei 10.520/2002**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm Acesso em: 21 abr. 2023.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 241-242.

Lei Anticorrupção prevê como ato lesivo à Administração Pública, nacional ou estrangeira, a “inexecução total ou parcial do contrato administrativo”?

Com efeito, saber se as hipóteses previstas nos incisos I, II, III, V e VII do artigo 155 da Lei nº 14.133/2021 similarmente constituem atos lesivos relacionados aos contratos administrativos, ilícitos previstos especificamente no inciso IV do artigo 5º da Lei nº 12.846/2013¹⁹ é essencial, posto que a solução dessa dúvida permite definir a natureza e o alcance das infrações administrativas previstas na Lei nº 14.133, bem como a autonomia, ainda que parcial, do processo administrativo sancionador previsto nessa Lei de Licitações e Contratos Administrativos relativamente aos processos administrativos e judicial da Lei Anticorrupção.

Novamente, se faz necessária a analítica comparação entre os tipos previstos nessas duas Leis:

Incisos I, II, III, V e VII do artigo 155 da Lei nº 14.133/2021	Inciso IV do artigo 5º da Lei nº 12.846/2013
<p>Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações:</p> <p>I - dar causa à inexecução parcial do contrato;</p> <p>II - dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo;</p> <p>III - dar causa à inexecução total do contrato;</p> <p>(...)</p> <p>V - não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado;</p> <p>(...)</p> <p>VII - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;</p> <p>(...).</p>	<p>Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:</p> <p>(...)</p> <p>IV - no tocante a licitações e contratos:</p> <p>(...)</p> <p>d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;</p> <p>(...)</p> <p>f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou</p> <p>g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;</p>

¹⁹ BERTONCINI, Mateus; SANTOS, José Anacleto Abduch; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Comentários à Lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção**, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 175-194.

Ao se comparar os apontados incisos do artigo 155 da Lei nº 14.133/2021, com as alíneas “d”, “f” e “g” do inciso IV do artigo 5º da Lei Anticorrupção, percebe-se que há uma grande diferença entre as infrações administrativas licitatórias e os atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, relacionados ao contrato administrativo. Enquanto no primeiro caso o que se tem, verdadeiramente, é a inexecução total ou parcial do contrato administrativo, de modo a se considerar o descumprimento da avença, das cláusulas contratuais, à condição de infração administrativa, haja vista os reflexos que essa frustração, ainda que parcial, têm na consecução do interesse público almejado pela Administração Pública naquele contrato e no antecedente procedimento licitatório, o que se tem na Lei Anticorrupção é coisa diversa, a fraude ao contrato administrativo, verbo presente nas três alíneas do inciso IV do artigo 5º, elemento essencial para a caracterização de ato lesivo à Administração Pública, no tocante aos contratos.

Diferentemente, em nenhum dos incisos I, II, III, V e VII do artigo 155 houve referência ao verbo “fraudar” ou à expressão “de modo fraudulento”, do que se pode concluir não haver confusão ou identidade entre essas duas modalidades de ilícitos: as infrações administrativas relativas a contratos administrativos previstas no artigo 155 da Lei nº 14.133/2021 e os atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, referentes às fraudes incidentes sobre o contrato administrativo decorrente de licitação ou de procedimento licitatório de dispensa ou inexigibilidade, tipificados na Lei nº 12.846/2013.

O verbo “fraudar” ou a expressão “de modo fraudulento” são elementos fundamentais dos tipos de ato infracional previstos nas alíneas “d”, “f” e “g” do inciso IV do artigo 5º da Lei Anticorrupção, distinguindo-os das meras infrações administrativas previstas nos aludidos incisos I, II, III, V e VII do artigo 155 da Lei nº 14.133/2021, desprovidos do verbo e da expressão detectados na Lei nº 12.846/2013, verdadeiros *discrimen* capazes de apontar qual diploma deve ser aplicado no caso concreto. Se o agente “fraudar” ou agir de “modo fraudulento” incide a Lei Anticorrupção; caso contrário, tratar-se-á de infração administrativa, punida com menor gravidade.

Há, portanto, autonomia entre esses específicos ilícitos, o que se reflete no âmbito do processo respectivo. Enquanto para as hipóteses em comento do artigo 155 ter-se-á exclusivamente o processo administrativo regulado pela Lei nº 14.133/2021, os atos lesivos relacionados a contratos administrativos seguirão curso e lógica diversa, ou seja, a de um processo administrativo e um processo judicial, conforme preceitua a Lei nº 12.846/2013, por

intermédio dos quais serão aplicadas as sanções correspondentes previstas nos artigos 6º e 19 dessa Lei.

O problema, no entanto, continua.

5. O INCISO XII DO ARTIGO 155 DA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Parece essencial responder-se nesse instante a seguinte indagação: como se deve proceder na hipótese do inciso XII do artigo 155 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. De fato, o inciso XII do artigo 155 da Lei nº 14.133/2021 tipifica como infração administrativa “praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013”.

Essa escolha do legislador tem implicações inconvenientes que necessitam ser superadas. O primeiro problema consiste na confusão que a definição do ato lesivo como infração administrativa produz, posto dar a impressão de que a previsão desse comportamento ilícito na Lei de Licitações e Contratos Administrativos é capaz de alterar a natureza jurídica dos atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira. A segunda questão diz respeito à confusão de regimes jurídicos a que estão sujeitas essas distintas modalidades de responsabilidade existentes no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente processual, apesar de evidentes pontos de contato entre a responsabilidade por infração administrativa licitatória e a responsabilidade pela prática de ato lesivo à administração pública, nacional ou estrangeira, especialmente no que tange a licitações e contratos (artigo 5º, inciso IV, da Lei nº 12.846/2013). E o terceiro problema refere-se à possibilidade de excesso punitivo, posto que o inciso XII do artigo 155 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos dá ao intérprete e aplicador menos avisado a impressão de que as sanções da Lei 14.133/2021 e nº 12.846/2013 podem ser somadas.

A confusão promovida pelo inciso XII do artigo 155 é clara, pois a equiparação promovida com os ilícitos previstos na Lei Anticorrupção gera a impressão de que a Lei nº 14.133/2021 mudou a natureza jurídica dos atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, o que não parece adequado.

A Lei nº 12.846/2013, lei especial produzida pelo Congresso Nacional para cumprir com o compromisso assumido na Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações

Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto 3.678/2000²⁰, cujo objetivo foi o de dar uma resposta adequada à questão da “Responsabilidade de Pessoas Jurídicas”, relativamente à prática de atos de corrupção de funcionários públicos estrangeiros, conforme disposto no Artigo 2 dessa Convenção internalizada pelo Brasil, verbis: “Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos”.

Essa Convenção, igualmente, teve como consequência, a edição da Lei nº 10.467/2002, que promoveu alterações no Código Penal, para lhe acrescentar o Capítulo II-A ao Título XI, tipificando os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira, ou seja, a corrupção ativa em transação comercial internacional (artigo 337-B) e o tráfico de influência em transação comercial internacional (artigo 337-D), além da definição do conceito de funcionário público estrangeiro (artigo 337-D).

Em outras palavras, a Lei Anticorrupção integra um sistema punitivo voltado ao combate da corrupção no plano internacional, em conjunto com o Código Penal, ficando aquela encarregada de sancionar a pessoa jurídica pela prática da corrupção, e este incumbido de punir a pessoa natural, o funcionário público estrangeiro, pelo mesmo ilícito, na medida em que os princípios jurídicos que informam a estrutura do Direito Penal brasileiro não admitem a punição penal da pessoa jurídica, ressalvado o crime ambiental. Esse sistema, que também inclui a corrupção praticada no âmbito nacional, continua hígido, de maneira que a equiparação promovida pela Lei nº 14.133/2021 em nada altera a natureza jurídica dos atos lesivos contidos na Lei especial.

A confusão de regimes jurídicos que os operadores do Direito poderão incidir parece evidente, posto que essas distintas modalidades de responsabilidade previstas no ordenamento jurídico brasileiro – infrações administrativas licitatórios e atos lesivos –, estão sujeitas a regras próprias materiais e processuais, apesar de pontos de contato entre esses regimes, como é o caso dos próprios atos lesivos do inciso IV do artigo 5º da Lei Anticorrupção, que cuida exatamente das fraudes relativas a licitações e contratos administrativos.²¹

²⁰ BRASIL. **Decreto 3.678/2000**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm Acesso em: 23 abr. 2023.

²¹ Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único

Essa distinção de regimes, se evidencia na própria Lei nº 14.133/2021, que estabelece em seu artigo 159:

Art. 159. Os atos previstos como infrações administrativas nesta Lei ou em outras leis de licitações e contratos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na referida Lei.

Ora, se é a Lei nº 12.846/2013 que dita a apuração e o julgamento das infrações equiparadas a atos lesivos, qual a utilidade do artigo 155, inciso XII?

A resposta, novamente, é encontrada na Lei nº 14.133/2021, em seu artigo 156, § 5º, ou seja, a aplicação da penalidade de “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos”,²² não prevista na Lei Anticorrupção. A rigor, no lugar do inciso XII do artigo 155, o legislador poderia ter alterado a Lei 12.846/2013, acrescentando-lhe essa sanção administrativa.

Como acima mencionado, o terceiro problema refere-se à concreta possibilidade do cometimento de excesso punitivo, posto que o inciso XII do artigo 155 da Lei de Licitações e Contratos Administrativas dá a impressão, a ideia à autoridade administrativa menos avisada, que as sanções da Lei nº

do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública.

²² Art. 156, § 5º A sanção prevista no inciso IV do caput deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos VIII, IX, X, XI e XII do caput do art. 155 desta Lei, bem como pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do caput do referido artigo que justifiquem a imposição de penalidade mais grave que a sanção referida no § 4º deste artigo, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos.

14.133/2021²³ e da nº 12.846/2013²⁴ podem ser somadas, o que não é correto, como visto. Com efeito, ao se equiparar os atos lesivos à uma modalidade de infração administrativa, cria-se a possibilidade dessa desnecessária confusão, que apenas expõe o administrado a um comportamento arbitrário da Administração Pública, em detrimento da segurança jurídica do cidadão e da empresa, direito fundamental de primeira dimensão garantido pelo artigo 5º, caput, da Constituição de 1988, o que é inaceitável, haja vista o “princípio da supremacia da Constituição”²⁵.

Consoante demonstrado acima, o objetivo do reconhecimento dos atos lesivos à administração pública como infração administrativa, foi apenas o de permitir a aplicação da sanção de “inidoneidade de licitar e contratar”, o que na prática se dará no processo administrativo instaurado e regulado com base na Lei nº 12.846/2013, em conformidade com o que dispõe o artigo 159 da Lei 14.133/2021, de acordo com o anteriormente asseverado.

6. QUAL A NATUREZA DOS ILÍCITOS TIPIFICADOS NOS INCISOS VIII, IX, X E XI DO ARTIGO 155 DA LEI Nº 14.133/2021?

Até este momento, a pesquisa esforçou-se em demonstrar a distinção entre infrações administrativas, essencialmente relacionadas à licitação e, em especial, ao contrato administrativo, e, de outro lado, os atos lesivos à

²³ Lei 14.133/2021. Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções: I - advertência; II - multa; III - impedimento de licitar e contratar; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

²⁴ Lei 12.846/2013 Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções: I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimativa; e II - publicação extraordinária da decisão condenatória. Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras: I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades; III - dissolução compulsória da pessoa jurídica; IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 150-160.

administração pública, nacional ou estrangeira, regidos por lei própria, fruto da Convenção da OCDE contra a Corrupção de Funcionário Público Estrangeiro em Transação Comercial Internacional, e ligada diretamente ao Código Penal. Isto é, a Lei Anticorrupção direcionada a sancionar a pessoa jurídica e o Código Penal tendente a punir as pessoas naturais dolosamente envolvidas em casos de corrupção.

Os atos lesivos, marcadamente timbrados pela corrupção e fraude – discrímen essencial, como visto – sujeitando-se a regime jurídico próprio, enquanto as infrações administrativas, destituídas desse elemento diferenciador, submetidas a sanções diversas e a um processo administrativo próprio, determinados na Lei nº 14.133/2021.

Constatou-se que os incisos I a VII do artigo 155 da Lei nº 14.133/2021 definiram as infrações administrativas relacionadas à inexecução total ou parcial do contrato administrativo, enquanto o inciso XII elegeu como infrações administrativas os atos lesivos definidos no artigo 5º da Lei nº 12.846/2013, o que não alterou a natureza desses últimos.

A questão que se coloca é a seguintes: e quanto aos demais incisos, ou seja, os incisos VIII, IX, X e XI do artigo 155 da Lei nº 14.133/2021, eles seguem a mesma natureza dos incisos I a VII ou são atos lesivos conforme o inciso XII?

A indagação é importante, posto que se os comportamentos constantes dos incisos VIII, IX, X e XI forem infrações administrativas, a eles aplicam-se as regras materiais e processuais da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, enquanto que, se possuírem a mesma natureza dos atos lesivos, receberão o correspondente tratamento desses, seja no plano substantivo – responsabilidade objetiva, p. ex. – e adjetivo – sujeição a um modelo processual completamente diverso –, conforme preconizado na Lei nº 12.846/2013.

Como afirmado inicialmente, não se trata de um mero problema teórico, haja vista as implicações práticas que isso representa para os administrados, especialmente para as pessoas jurídicas, para as empresas, que, inclusive, podem ser extintas com base na Lei Anticorrupção, consoante o seu artigo 19.²⁶ algo inexistente no plano das sanções administrativas da Lei nº 14.133/2021, previstas em seu artigo 156.²⁷

²⁶ Vide nota de rodapé nº 10.

²⁷ Vide nota de rodapé nº 9.

Verdadeiramente, a carga sancionatória da Lei Anticorrupção é muito pior do que a prevista na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o que exige muito cuidado do intérprete e do aplicador do Direito, pois, como ensina Ávila²⁸, a partir da lição de Gustav Radbruch, “a segurança jurídica não é o único nem o decisivo valor que o Direito deve realizar. Junto com a segurança jurídica entram dois outros valores: conformidade a fins e Justiça”.

Novamente, o cotejo analítico entre dispositivos legais, nesse momento os aludidos incisos VIII, IX, X e XI do artigo 155 da Lei nº 14.133/2021 e os atos lesivos do artigo 5º da Lei nº 12.846/2013, se apresenta necessário, para que o processo interpretativo e futuramente pragmático se dê com segurança, conformidade e Justiça:

Incisos VIII, IX, X e XI do artigo 155 da Lei nº 14.133/2021	Alíneas “d”, “f” e “g”, do inciso IV do artigo 5º da Lei nº 12.846/2013
<p>Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações:</p> <p>(...)</p> <p>VIII - apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato;</p> <p>IX - fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;</p> <p>X - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza;</p> <p>XI - praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação;</p>	<p>Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:</p> <p>(...)</p> <p>IV - no tocante a licitações e contratos:</p> <p>(...)</p> <p>d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;</p> <p>(...)</p> <p>f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou</p> <p>g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública.</p>

²⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**, 4ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. p. 649.

O que se nota, inicialmente, é que os incisos IX e X do artigo 155 são marcados pelo verbo “fraudar” ou pelo substantivo “fraude”, encontrando-se as infrações descritas nesses incisos contidos na modalidade de ato lesivo definida na letra “d” do inciso IV do artigo 5º da Lei Anticorrupção. Em outras palavras, os incisos IX e X do artigo 155 são dotados do *discrímén* responsável pela caracterização de tais comportamentos como atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, e conseqüentemente sujeitando a pessoa jurídica às graves sanções da Lei Anticorrupção, jamais aos dois sistemas punitivos, haja vista a proibição do *bis in idem*.

Essa lógica interpretativa também se aplica aos incisos VIII e XI do artigo 155 da Lei nº 14.133/2021?

Começando pelo inciso XI, apesar desse tipo não utilizar o substantivo “fraude” ou o verbo “fraudar”, o comportamento de “praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação” não é um mero ilícito administrativo, restrito a essa esfera, mas crime em matéria de licitações e contratos administrativos, previsto no artigo 337-F do Código Penal, intitulado “frustração do caráter competitivo de licitação”.²⁹ Em outros termos, também uma fraude à licitação, um ato lesivo à administração pública, nacional ou estrangeira.

O mesmo raciocínio parece aplicável ao inciso VIII, porque a apresentação de declaração ou documento falso é também crime, o tipo penal de “uso de documento falso”, previsto no artigo 304 do Código Penal, estratégia naturalmente utilizado para “fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente” (letra “d” do inciso IV do artigo 5º), ou para obter vantagem ou benefício indevido (letra “f”) ou ainda para “manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro” do contrato celebrado (letra “g”).

Em síntese, os incisos VIII a XI do artigo 155 da Lei nº 14.133/2021, em última análise, possuem a mesma natureza dos atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, no tocante a licitações ou contratos, e por isso sujeitam-se ao regime jurídico preconizado na Lei nº 12.846/2013 e não ao definido na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Para esses casos, novamente, ter-se-á de aplicar o artigo 159 da Lei nº 14.133/2013 anteriormente explicado, seguindo os referidos incisos VIII,

²⁹ Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório: (Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021) Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)

IX, X e XI a mesma sorte do inciso XII do artigo 155 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

7. CONCLUSÃO

O artigo parece ter alcançado o seu objetivo: conhecer as infrações administrativas previstas na Lei nº 8.666/1993 e aquelas de mesma natureza da Lei nº 14.133/2021, cujos regimes infracionais conviverão até o dia 29.12.2023, posto que a partir do dia 30 de dezembro do corrente ano vigorará exclusivamente a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o que importa dizer que a partir dessa data, as novas licitações e contratos correspondentes seguirão o novo modelo.

Por outro lado, a pesquisa demonstrou a real natureza jurídica do rol de infrações do artigo 155 da Lei nº 14.133/2021. Como visto, são verdadeiras infrações administrativas os tipos definidos nos seus incisos I a VII.

Diversamente, os ilícitos definidos nos incisos VIII a XII possuem natureza diversa, posto tipificarem comportamentos definidos no artigo 5º da Lei nº 12.846/2013, e por isso sujeitando-se ao mesmo tratamento dos atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, por força do que dispõe, aliás, a própria Lei de Licitações e Contratos Administrativos em seu artigo 159.

A repercussão dessa diferença é muito grande, porquanto a sujeição à Lei Anticorrupção impõe tratamento muito mais grave aos envolvidos, inclusive com reflexos penais para as pessoas físicas como demonstrado, o que exige dos agentes públicos envolvidos na investigação e processamento desses casos um especial cuidado, fazendo a necessária distinção quanto ao regime jurídico aplicável, para se evitar o *bis in idem* e agir com respeito à segurança jurídica dos administrados, para fazer Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

BERTONCINI, Mateus; SANTOS, José Anacleto Abduch; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Comentários à Lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*, 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. **Lei 14.133/2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. **Lei 8.666/1993**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. **Medida Provisória 1.167/2023**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/mpv/mpv1167.htm Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. **Lei 10.520/2002**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. **Lei 12.846/2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. **Decreto 3.678/2000**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL. **Lei Complementar 198/2023**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp198.htm#art2 Acesso em: 18 ago. 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 21 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 36 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2023.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2022.

SILVA, José Afonso. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

O REGISTRO DE PREÇOS COMO INSTRUMENTO DE OTIMIZAÇÃO PARA OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA: uma análise jurídico-administrativa

Bruno Betti Costa¹
Pauline de Assis Lopes²

Resumo: O presente artigo analisa o Sistema de Registro de Preços para a contratação de obras e serviços de engenharia na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Explorando aspectos normativos, legislação pertinente e princípios administrativos relacionados, examinamos as características específicas desse sistema, suas vantagens e desvantagens, e consideramos a jurisprudência relevante. Apresentamos exemplos práticos que ilustram a aplicação do Registro de Preços e pontuamos os desafios na utilização do Sistema de Registro de Preços. Ao final, oferecemos uma conclusão que resume os principais insights deste estudo, com o objetivo de aprofundar o entendimento e a aplicação dessa modalidade de contratação sob a nova legislação.

Abstract: This article analyzes the Price Registration System for contracting engineering works and services in the New Law on Tenders and Administrative Contracts. Exploring normative aspects, relevant legislation and related administrative principles, we examine the specific characteristics of this system, its advantages and disadvantages, and consider relevant case

¹ Mestre em Direito Público pela Fundação Getúlio Vargas/SP. Procurador-Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria Municipal de Obras e Infraestrutura do Município de Belo Horizonte. Ex-Procurador do Estado de São Paulo. Professor de Direito. Autor do Manual de Direito Administrativo pela Editora Gen/Método. E-mail: bruno_betti1@hotmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4504152359171579>

² Advogada, assessora jurídica na seara de Licitações e Contratos Administrativos e Pós-Graduada em Direito Civil e Processo Civil.

law. We present practical examples that illustrate the application of the Price Registration and highlight the challenges in using the Price Registration System. At the end, we offer a conclusion that summarizes the main insights of this study, with the aim of deepening the understanding and application of this type of contracting under the new legislation.

Palavras-Chave: Registro de Preços; Obras Públicas; Serviços de Engenharia; Direito Administrativo; Licitação.

Keywords: Price Registration; Public works; Engineering services; Administrative law; Bidding.

Sumário: 1. Introdução; 2. Aspectos Normativos do Registro de Preço; 3. Registro de Preços e Obras e Serviços de Engenharia; 3.1. Vantagens e desvantagens; 3.2. Possíveis aprimoramentos; 4. Conclusões; Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, que estabelece o novo regime jurídico de licitações e contratos administrativos, representa um marco na modernização dos processos de aquisições públicas no Brasil. Entre as inúmeras inovações promovidas, destaca-se a inclusão de uma sistemática mais robusta para o Sistema de Registro de Preços (SRP) especificamente aplicável a obras e serviços de engenharia, revelando um esforço legislativo em ampliar a eficiência administrativa nessa seara.

Este estudo se debruça sobre a análise crítica da referida modalidade contratual, à luz da nova legislação, investigando sua congruência com os princípios da Administração Pública e a adequação ao ordenamento jurídico vigente. Será feito um escrutínio das diretrizes normativas que regem o SRP, com ênfase na identificação e no exame das nuances que permeiam essa forma de contratação, suas potencialidades e desafios na prática administrativa.

Abordaremos as peculiaridades do SRP em obras e serviços de engenharia, enfocando não apenas suas vantagens, como a agilidade e a economia de escala, mas também as vulnerabilidades e críticas que suscita, perpassando a análise de jurisprudências pertinentes e a interpretação doutrinária. A jurisprudência do Tribunal de Contas da União será considerada, oferecendo um panorama das orientações e restrições delineadas pelo órgão de controle.

Para contextualizar a discussão, serão trazidos casos empíricos, com especial atenção às experiências acumuladas pelo Município de Belo

Horizonte, que servirão para ilustrar os desafios e soluções encontrados na implementação do SRP em projetos de infraestrutura urbana.

Concluiremos com uma síntese reflexiva dos dados coletados e das ponderações realizadas, propondo recomendações que visam otimizar a utilização do Sistema de Registro de Preços em obras e serviços de engenharia. Esta conclusão tem o propósito de fornecer subsídios para uma aplicabilidade efetiva e consciente do SRP, harmonizada com os preceitos da Lei nº 14.133/2021, contribuindo assim para o aprimoramento contínuo das licitações e contratações públicas no país.

2. ASPECTOS NORMATIVOS E PROCEDIMENTOS DO REGISTRO DE PREÇOS

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 37, inciso XX³, estabelece o princípio da obrigatoriedade de licitação para a Administração Pública proceder à contratação de bens e serviços.

O dispositivo constitucional é atualmente regulamentado pela Lei nº 14.133, de 1o de abril de 2021, Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 1º).

A nova Lei de Licitações trouxe importantes mudanças e inovações, consolidando na nova legislação diversos diplomas normativos esparsos e, especialmente entendimentos do Tribunal de Contas da União, o que também se aplica em relação ao Sistema de Registro de Preços (SRP).

A Lei nº 14.133/2021 não inova ao prever o procedimento auxiliar, porém positiva importantes modificações no sistema.

O Sistema de Registro de Preços é um procedimento auxiliar de licitação que visa estabelecer, por meio de um único procedimento licitatório, uma ata de registro de preços que permite à administração pública adquirir

³ 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: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

produtos ou serviços quando necessário, de acordo com as quantidades e condições previamente estabelecidas. Esse procedimento é especialmente útil quando a administração tem a previsão de demanda ao longo do tempo e busca garantir preços mais vantajosos.

Segundo o art. 6º, inciso XLV, da Lei nº 14.133/2021, o Sistema de Registro de Preços – SRP, consiste em um “conjunto de procedimentos para realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos à prestação de serviços, a obras e a aquisição e locação de bens para contratações futuras”.

Nos ensinamentos do autor Marçal Justen Filho⁴, o SRP “pode ser definido como um contrato normativo, que estabelece regras vinculantes para a Administração Pública e um particular relativamente a contratações futuras, antecedido de um procedimento específico e segundo condições predeterminadas”.

A Nova Lei de Licitações estende a aplicação do SRP tanto em procedimentos competitivos, ou seja, aqueles realizados por meio de licitação, quanto em procedimentos de contratação direta, seja por dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Além disso, o artigo 6º, inciso XLV da referida Lei esclarece que o Sistema de Registro de Preços é aplicável a contratos de aquisição de bens, locação, prestação de serviços – incluindo os de engenharia - e obras. A respeito da definição do SRP, Calazans Junior⁵ elenca as seguintes características do SRP:

- a) tem por escopo ou objetivo imediato obter e registrar preços de bens e serviços que deverão ser adquiridos ao longo de determinado período;
- b) compreende a realização de duas licitações específicas (ou de uma licitação e uma contratação direta por dispensa ou inexigibilidade, conforme a situação concreta);
- c) não implica obrigação de contratar, por parte da Administração Pública, mas impõe ao ofertante do preço registrado compromisso de fornecer bem ou prestar serviço;

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1158.

⁵ CALASANS JUNIOR, José. **Manual da Licitação**: com base na Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. 3. ed. Barueri: Atlas, 2021. p. 155-15.

- d) permite a utilização dos preços registrados, por parte de outros órgãos públicos, mediante a denominada “carona”.

Assim, percebe-se que o SRP tem como objetivo a formação de uma espécie de “cadastro” de preços de bens e serviços para futuras contratações. Esse registro é uma lista de preços máximos aceitáveis para a Administração, fixados após um processo competitivo, e válidos por um período determinado, geralmente de um ano. Isso permite à Administração conhecer previamente os custos dos bens ou serviços que planeja adquirir ou contratar, otimizando o planejamento orçamentário.

Ademais, o SRP pode ser implementado por meio de duas licitações, em que a primeira define o registro dos preços e a segunda seleciona, entre os registrados, quem efetivamente irá contratar com a Administração. Em certas situações, pode ocorrer uma licitação seguida de contratação direta por dispensa ou inexigibilidade, quando a natureza do objeto ou as circunstâncias específicas justificarem tal procedimento, sempre em conformidade com os princípios da legalidade, moralidade e eficiência.

Uma vez registrado o preço, a Administração Pública não é obrigada a contratar, ou seja, ela tem a prerrogativa de realizar contratações conforme a sua necessidade e disponibilidade orçamentaria. Por outro lado, o fornecedor que teve seu preço registrado se compromete a fornecer o bem ou serviço pelo preço acordado, quando solicitado pela Administração, durante a validade do registro.

Atente-se, ainda, que a figura da “carona” é uma peculiaridade do SRP que permite que outros órgãos ou entidades da Administração Pública utilizem os preços registrados por um órgão gerenciador sem a necessidade de realizar uma nova licitação. Essa prática promove economia de escala e reduz a burocracia, pois aproveita um registro de preços já existente. Contudo, essa modalidade deve ser utilizada com cautela e respeito aos limites legais, a fim de evitar distorções e garantir a aderência aos princípios da isonomia e da eficiência.

Essas características conferem ao SRP flexibilidade e potencial de eficiência na gestão das contratações públicas, desde que operacionalizado com estrita observância ao ordenamento jurídico e aos princípios que regem a Administração Pública.

Como participantes no SRP (art. 6o, XLVII a XLIX), tem-se (i) o órgão ou entidade gerenciadora, que é responsável pela condução dos procedimentos para registro de preços e gerenciamento da ata; (ii) o órgão ou entidade participante, que integra o procedimento desde o início e integra a

ata de registro; e, por fim, (iii) o órgão ou entidade não participante, também chamado de carona, que não participa inicialmente do procedimento nem integra a ata de registro.

Ao órgão gerenciador compete desenvolver as atividades relacionadas com a fase preparatória e com a fase externa da licitação, sendo responsável pela condução do conjunto de procedimentos para registro de preços e pelo gerenciamento da ata de registro de preços dele decorrente.

Sobre o edital para licitação do SRP, esse deve ser detalhado quanto às especificidades do certame e do seu objeto, quantidades máximas e mínimas e possibilidade de ser oferecida proposta em quantidade inferior ao máximo previsto no edital.

Quanto ao critério de julgamento a ser adotado para o SRP, o art. 82, inciso V⁶, da multirreferida Lei estabelece que poderá ser o de menor ou de maior desconto sobre tabela de preços praticada no mercado, e considerará o menor dispêndio para a Administração.

No âmbito do Município de Belo Horizonte, o Decreto 18.242/2023, em seu art. 10, IV, prevê a possibilidade de a Administração Municipal, como critério de julgamento da licitação o de menor preço ou o de maior desconto sobre a tabela de preços praticada no mercado, estendendo a possibilidade de adoção deste último para contratação de obras e serviços de engenharia (§ 1º do mesmo artigo).

No SRP, o fornecedor assume o compromisso de fornecimento nas condições estabelecidas no edital, ainda que a Administração não faça a contratação. Cabe também prever o registro de mais de um fornecedor, desde que com preço igual ao do vencedor.

Finalizados os procedimentos, o adjudicatário do certame é signatário da ata de registro de preços que, segundo o inciso XLVI do art. 6º, é o documento vinculativo e obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, no qual são registrados o objeto, os preços, os fornecedores, os órgãos participantes e as condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no edital da licitação, no aviso ou instrumento de contratação direta e nas propostas apresentadas.

Conforme alhures esposto, a ata equivale a um cadastro de produtos e fornecedores para compras eventuais e futuras de bens e serviços,

⁶ Art. 82. O edital de licitação para registro de preços observará as regras gerais desta Lei e deverá dispor sobre: [...] V - o critério de julgamento da licitação, que será o de menor preço ou o de maior desconto sobre tabela de preços praticada no mercado;

respeitadas as condições estabelecidas no instrumento convocatório. Sempre que necessitar de um dado produto ou serviço, a Administração Pública recorrerá aos fornecedores cujos preços foram registrados nesse documento vinculativo e obrigacional, e terá o prazo de vigência de um ano, podendo ser prorrogada pelo mesmo período, desde que o preço continue sendo vantajoso para a Administração (art. 84).

De fato, a utilização do Sistema de Registro de Preços (SRP) pela Administração Pública revela-se como um mecanismo de elevada utilidade, principalmente pela flexibilidade que oferece no tocante à execução contratual. Esse sistema permite que o ente administrativo não seja compelido a adquirir a totalidade ou a integralidade dos bens ou serviços previstos no registro, facultando-lhe a liberdade de efetuar aquisições segundo suas necessidades reais e imediatas.

Em um contexto no qual a previsibilidade absoluta dos quantitativos a serem demandados é uma variável muitas vezes incerta, o SRP mostra-se particularmente vantajoso. Ele se adapta às flutuações e às variações das demandas da Administração, que pode se deparar com a necessidade de aumentar ou diminuir a escala das contratações em face de contingências orçamentárias, alterações nas políticas públicas ou mesmo em resposta a mudanças nas necessidades da coletividade.

Assim, no momento da contratação efetiva, o ato se consuma na precisa medida das necessidades atuais da Administração, não havendo um engessamento por quantitativos máximos ou mínimos pré-definidos. Tal procedimento, além de conferir economicidade ao processo de aquisição, alinha-se aos princípios da eficiência e da eficácia administrativa, permitindo que o gestor público atue com a discricionariedade necessária para o atendimento do interesse público de forma mais assertiva e racional.

É importante ressaltar que o SRP também se alinha ao princípio da economicidade, uma vez que permite a aquisição de bens e serviços por preços já negociados e registrados, evitando-se assim oscilações prejudiciais decorrentes de variações de mercado. Portanto, o sistema representa um equilíbrio entre a flexibilidade de contratação e a segurança jurídica, contribuindo para uma gestão pública mais estratégica e responsiva.

3. REGISTRO DE PREÇOS E OBRAS DE ENGENHARIA

O Sistema de Registro de Preços é um procedimento auxiliar permitido pela Lei, que facilita a atuação da administração em relação a futuras

prestações de serviços e aquisição gradual de bens. Em outras palavras, é um conjunto de procedimentos de registro formal de preços, para contratações futuras⁷.

O Sistema foi previsto no artigo 15, II, da Lei nº 8.666/93, como procedimento a ser utilizado preferencialmente para as compras efetuadas pela Administração Pública. Posteriormente, no âmbito da União, em regulamentação pelo Decreto nº 7.892/13, autorizou-se a utilização do sistema de registro de preços para as contratações de serviços.

Nota-se que sob a égide da Lei nº 8.666/1993, não houve previsão expressa que possibilitasse a utilização do SRP nas obras e serviços de engenharia. Foi nesse cenário que o Tribunal de Contas da União⁸ firmou o seu entendimento no sentido de não se admitir, em regra, a utilização do SRP para obras e serviços de engenharia, haja vista a literalidade da Lei nº 8.666/1993.

Para subsidiar o entendimento, o TCU argumentava pela (i) inexistência de previsão legal para a contratação de obras por meio dessa sistemática⁹; (ii) impossibilidade de haver demanda por itens isolados, uma vez que os serviços não podem ser dissociados uns dos outros¹⁰; e, (iii) violação às hipóteses do art. 3º do Decreto no 7.892/2013¹¹.

Em que pese esse posicionamento, em outros casos o TCU admitiu o registro de preços para a contratação de serviços de engenharia em que a demanda pelo objeto é repetida e rotineira, a exemplo de serviços de

⁷ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas** – revista, amp. e atualiz. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 220.

⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Segunda Câmara). **Acórdão nº 296/2007**. Relator: Ministro Benjamin Zymler. 06 mar. 2007.

⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Segunda Câmara). **Acórdão nº 296/2007**. Relator: Ministro Benjamin Zymler. 06 mar. 2007. Brasília: TCU, 2007. BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 3605/2014**. Relator: Ministro Marcos Bemquerer Costa. 09 dez. 2014. Brasília: TCU, 2014; e, BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 2461/2016**. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. 21 set. 2016. Brasília: TCU, 2016.

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 1238/2019**. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. 25 mai. 2019. Brasília: TCU, 2019; BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 1473/2016**. Relator: Ministro André de Carvalho. 08 jun. 2016. Brasília: TCU, 2019; e, BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 980/2018**. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. 02 mai. 2018. Brasília: TCU, 2018.

¹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 980/2018**. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. 02 mai. 2018. Brasília: TCU, 2018; e, BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 3143/2020**. Relator: Ministro Benjamin Zymler. 25 nov. 2020. Brasília: TCU, 2020.

manutenção e conservação de instalações prediais e também para serviços de reforma¹².

Entendimento similar foi externado pelo Tribunal de Contas de Minas Gerais¹³, que por vezes posicionou-se pela impossibilidade de utilização do sistema de registro de preços para contratação de obras e de serviços de engenharia, exceto aqueles considerados de pequenos reparos.

Parte da doutrina, contudo, divergia do entendimento das Cortes de Contas. Os autores Joel de Meneses Niebuhr e Edgar Guimarães¹⁴ já defendiam a tese de que a contratação de obras com a utilização do SRP sempre foi possível. Alegam os autores que não existe motivo para descartar previamente a possibilidade de aplicar o sistema de registro de preços a obras e serviços de engenharia. Não se está a sugerir que tais obras e serviços devam ser sempre ou habitualmente contratados mediante este sistema, considerando que frequentemente apresentam complexidade e características únicas. Contudo, é reconhecido que existem obras e serviços de engenharia com um alto grau de padronização, cujas especificações são totalmente uniformes, o que permite, sem impedimentos, a utilização do registro de preços para sua contratação.

Nesse mesmo sentido, Marçal Justen Filho¹⁵ estabelece que a discussão sobre se o sistema de registro de preços aplicar-se-ia além das aquisições de bens, já foi normativamente dirimida. Prevalencia, segundo o autor, a interpretação de que a Lei nº 8.666/1993 estabelecia o sistema de registro de preços exclusivamente para aquisições, não se estendendo para obras e serviços. Essa compreensão, contudo, teria mudado com a publicação do Decreto 3.931/2001, que expandiu o uso do sistema de registro de preços para incluir também serviços. Essa expansão teria sido preservada pelo

¹² BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 1381/2018**. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. 20 jun. 2018. Brasília: TCU, 2018; e, BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 3419/2013**. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. 04 dez. 2013. Brasília: TCU, 2013.

¹³ MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. **Processo 1114342–Denúncia**. Rel. Cons. Wanderley Ávila. Belo Horizonte, Deliberado em 3 fev. 2022. Disponibilizado no DOC de 8 fev. 2022; e, MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. **Processo: 1156645–Denúncia**. Rel. Cons. Mauri Torres. Deliberado em 10 out. 2023. Disponibilizado no DOC de 19 out. 2023.

¹⁴ GUIMARÃES, Edgar. NIEBUHR, Joel de Meneses. **Registro de Preços – aspectos práticos e jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 45.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993**. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 311.

subsequente Decreto Federal 4.342/2002, que anulou o Decreto 3.931/2001, e foi reiterada pela regulamentação vigente (Decreto Federal 7.892/2013, modificado pelo Decreto 8.250/2014).

Caminhando para admitir a possibilidade de utilização do SRP na execução de obras e nos serviços de engenharia – que não só os comuns, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança RMS 15647/SP¹⁶, proferiu decisão reconhecendo que o regime de licitações por registro de preços era aplicável não só a compras, mas a serviços e obras. O acórdão restou ementado:

STJ - Decisão no MS no 15.647 Administrativo - Licitação - Sistema de Registro de Preço: Artigo 15, Lei 8.666/1993 - Limitações. 1. O regime de licitações por registro de preços foi ampliado pelos Decretos Regulamentadores nos 3.931/2001 e 4.342/2002, sendo extensivo não só a compras, mas a serviços e obras. 2. Embora autoaplicável, o art. 15 da Lei 8.666/93 pode sofrer limitações por regulamento estadual ou municipal, como previsto no § 3o. 3. Sociedade de economia mista que, na ausência de norma própria, submete-se aos limites municipais, se não contrariarem eles a Lei de Licitações. 4. Legalidade do Decreto 17.914/93, do Município de São Paulo, que afastou a incidência do registro de preço para a execução de obras. 5. Recurso ordinário improvido.

No Município de Belo Horizonte, o art. 15 da Lei nº 8.666/1993 foi inicialmente regulado pelo Decreto nº 8.322/1995, que possibilitava o SRP para compras ou prestação de serviços. Posteriormente, o SRP passou a ser regido pelo Decreto nº 12.844/2007 que estendeu a aplicabilidade do Sistema para a aquisição de bens, a locação e a prestação de serviços.

O referido Decreto foi revogado em 2016, e o art. 15 da Lei nº 8.666/1993 passou a ser regulado pelo Decreto Municipal 16.538/2016, que em seu art. 1º¹⁷ estendia a aplicabilidade do Sistema de Registro de Preços também para obras e serviços de engenharia.

¹⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 15.647/SP**. rel. Min. Eliana Calmon, 25 mar. 2003.

¹⁷ Art. 1º. A aquisição de bens, a prestação de serviços, inclusive de engenharia, e a realização de obras com características padronizadas, quando efetuadas pelo Sistema de Registro de Preços, no âmbito da administração municipal direta e indireta e das entidades vinculadas ou controladas direta ou indiretamente pelo Poder Executivo, obedecerão ao disposto neste decreto.

Foi com base no referido decreto que, em 2019, o Município de Belo Horizonte, por meio da Secretaria Municipal de Obras e Infraestrutura – SMOBI, tornou público o edital de Licitação URBEL/SMOBI 010/2019-CC, que na modalidade concorrência, possuía como objeto o registro de preços para contratação de serviços e obras de recuperação e estabilização de edificações e de áreas de risco geológico através da operacionalização do programa estrutural de áreas de risco – pear, junto às vilas, favelas e áreas de interesse social do Município.

O Município realizou outras licitações para registro de preços, também para a execução de obras, como as seguintes:

CONCORRÊNCIA SRP URBEL/SMOBI 007/2021 - Registro de Preços para contratação de serviços e intervenções de recuperação e de manutenção, acesso e escadarias; de dispositivos [sic] de drenagem, de redes de esgoto; de estabilização de encostas; já implantadas nas Vilas, Favelas e Áreas de Interesse Social e na Cidade Formal, do Município de Belo Horizonte.

CONCORRÊNCIA SRP URBEL/SMOBI 004/2021 - Registro de Preços para contratação de serviços e obras de recuperação, mitigação e estabilização de edificações e das áreas de risco geológico, através da operacionalização do Programa Estrutural de Áreas de Risco, junto às Vilas, Favelas e Áreas de Interesse Social do Município de Belo Horizonte.

CONCORRÊNCIA Nº 019/2019 - URBEL/SMOBI - Registro de Preços para contratação de serviços e intervenções de recuperação e manutenção de: becos, acessos e escadarias; dispositivos de drenagem; redes de esgoto; e estabilização de encostas; já implantados nas Vilas, Favelas e Áreas de Interesse Social do Município de Belo Horizonte.

Muito embora se tenha a notícia de que os entes federados, a exemplo do Município de Belo Horizonte, aplicassem o Sistema de Registro de Preços para obras e serviços de engenharia, persistia a discussão sobre a possibilidade de utilização do SRP, já que apesar de aceita por parte da doutrina, teve a possibilidade rechaçada pela Corte de Contas da União.

A Lei nº 14.133/2021 encerrou qualquer margem para essa discussão, ao possibilitar, de forma expressa nos artigos. 82, §5º e 85, que a Administração Pública empregue o Sistema de Registro de Preços nas obras e serviços de engenharia. Para isso, são condicionantes à utilização do SRP:

- a) prévia e ampla pesquisa de mercado, de forma a assegurar que os preços registrados sejam competitivos e reflitam as condições do mercado, promovendo a economia na contratação de obras e serviços de engenharia;
- b) a seleção dos fornecedores e a condução da licitação de acordo com procedimentos regulamentados, garantido transparência e lisura ao processo de contratação;
- c) a implementação, obrigatória, de uma rotina de controle para acompanhar o desempenho dos fornecedores, a qualidade dos serviços e a manutenção de fiscalização adequada;
- d) a atualização periódica dos preços registrados, garantindo que os preços registrados reflitam as mudanças nas condições de mercado, o que mantém a economicidade da contratação;
- e) a previsão do período de validade para o registro de preços, que será de 1 (um) ano e poderá ser prorrogado, por igual período, desde que comprovado o preço vantajoso; e,
- f) a inclusão daqueles licitantes que aceitarem cotar os bens ou serviços pelos preços vencedores na sequência de classificação da licitação. Isso permite a ampliação da lista de fornecedores durante a vigência do registro de preços, caso o fornecedor vencedor não possa atender à demanda, ampliando o alcance do princípio da competitividade.

Particularmente para as obras e serviços de engenharia, a Administração deverá atender ainda os seguintes requisitos: (i) existência de projeto padronizado, sem complexidade técnica e operacional, de modo que as especificações do objeto licitado devem estar bem definidas; e, (ii) necessidade permanente ou frequente do serviço ou obra a ser contratado, o que permite que a Administração mantenha um registro de fornecedores pré-qualificados, prontos para atender a demanda quando necessário.

O dispositivo acima foi regulamentado no âmbito da União pelo Decreto 11.462/2023¹⁸, que disciplina as hipóteses de aplicabilidade do procedimento auxiliador.

¹⁸ Art. 1º Este Decreto regulamenta os art. 82 a art. 86 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre o sistema de registro de preços - SRP para a contratação de bens e serviços, inclusive obras e serviços de engenharia, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. [...] Art. 3º [...] Parágrafo único. O SRP poderá ser utilizado para a

No Município de Belo Horizonte, o Sistema é regulamentado pelo Decreto Municipal 18.242, de 20 de abril de 2023, que permite a utilização do registro de preços, inclusive para realização de obras e serviços de engenharia, desde que o objeto, com características padronizadas, enquadre-se em uma das seguintes hipóteses¹⁹: (i) quando se trata de bens ou serviços cuja aquisição ou contratação apresenta uma demanda constante ou recorrente, o que permite que a Administração Municipal mantenha fornecedores pré-qualificados e prontos para atender as suas necessidades de forma eficiente, sem a necessidade de realizar novas licitações sempre que a demanda surgir; (ii) em situações em que é mais conveniente adquirir bens ou contratar serviços de forma parcelada. Nesse contexto, a administração terá a possibilidade de adquirir o que é necessário à medida que a demanda se concretiza, evitando o estoque excessivo e, conseqüentemente, economizando recursos; (iii) quando a demanda por um determinado bem ou serviço é compartilhada por vários órgãos ou entidades da administração municipal ou faz parte de um programa de governo que abrange múltiplos setores. Nessa hipótese, o sistema de registro de preços permite que várias partes interessadas acessem o registro e utilizem os preços preestabelecidos, promovendo a eficiência e a coordenação entre os diferentes órgãos; (iv) em casos nos quais a natureza do objeto a ser adquirido ou contratado não permite uma definição precisa da ocasião ou do quantitativo demandado pela administração municipal. Nesses casos, o SRP oferece flexibilidade para adquirir ou contratar conforme a necessidade surgir, adaptando-se às circunstâncias variáveis; e, (v) em qualquer outra hipótese em que seja a melhor escolha para atender ao interesse público.

Convém mencionar que o art. 6º, inciso XXI, da Lei nº 14.133/2021, traz a definição de serviço de engenharia como toda atividade ou conjunto de atividades, privativas das profissões de arquiteto e engenheiro ou de técnicos especializados, destinadas a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse para a Administração e que, não enquadradas no conceito de obra.

contratação de execução de obras e serviços de engenharia, desde que atendidos os seguintes requisitos: I - existência de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo padronizados, sem complexidade técnica e operacional; e II - necessidade permanente ou frequente de obra ou serviço a ser contratado.

¹⁹ Art. 6º do Decreto Municipal 18.242, de 25 de janeiro de 2023.

Já as obras, nos termos do inciso XII do mesmo artigo, podem ser classificadas como toda atividade privativa das profissões de arquiteto e engenheiro, que implica intervenção no meio ambiente por meio de um conjunto harmônico de ações que, agregadas, formam um todo que inova o espaço físico da natureza ou acarreta alteração substancial das características originais de bem imóvel.

Quando se tratar de contratação para a execução de obras e serviços de engenharia, o Decreto Municipal nº 18.242/2023, por meio do seu art. 7º, condiciona a utilização do SRP à existência de projeto padronizado, sem complexidade técnica e operacional e à necessidade permanente ou frequente de obra ou serviço a ser contratado. Ainda, o Regulamento considera projeto padronizado o documento técnico que contenha as especificações usuais de mercado, suficientes e com nível de precisão adequado para caracterizar os serviços a serem realizados de forma padronizada (parágrafo único do art. 7º).

Quanto a padronização dos projetos, Marçal Justen Filho²⁰ esclarece que, para a aplicação do Sistema de Registro de Preços (SRP), é necessário que o objeto da contratação seja padronizado, sem características distintas específicas. Assim, apenas as obras e serviços de engenharia que podem ser descritos de forma genérica e que não exijam customizações para atender às particularidades de cada situação são passíveis de inclusão no registro de preços.

O projeto básico padrão deverá, portanto, conter todos os elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviços objeto da licitação.

Padronizar um projeto implica uniformizar os serviços, os materiais e os demais componentes do ambiente, construído de modo que englobe as especificações desses elementos e os procedimentos para a sua execução²¹, o que, no contexto das obras de engenharia, assegura que as especificações técnicas sejam cumpridas, resultando em uma melhor qualidade nas construções.

Para além da exigência de que o projeto seja padronizado, é necessário que não se tenha complexidade técnica e operacional e que se tenha necessidade permanente ou frequente da obra e/ou serviço de engenharia.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p 1776.

²¹ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022. V. 2. Artigos 71 ao 194. p. 248.

A necessidade permanente pode ser compreendida aquela que implica contratações constantes e continuamente necessárias à Administração, como por exemplo os serviços de engenharia para manutenção, conservação e reparações em próprios. Já os serviços frequentes, são aqueles que a Administração necessita de forma recorrente, mas não contínua, como por exemplo, a execução de obras para construção de escolas e casas populares, que podem possuir projetos padronizados e replicados com regularidade, devido à semelhança dos componentes e das especificações envolvidas.

Assim, a redação da Lei de Licitações supera os entendimentos jurisprudenciais que vedavam a utilização do SRP para a execução de obras e serviços de engenharia, de modo que estando preenchidos os requisitos estabelecidos na legislação [projeto padronizado, sem complexidade técnica e operacional; e, a necessidade da obra ou serviço a ser contratado seja permanente ou frequente], a contratação de obras de engenharia por meio do SRP será considerada legal.

3.1. Vantagens e desvantagens

O Sistema de Registro de Preços apresenta diversas vantagens para a Administração, já que (i) não a obriga a contratar o que foi licitado; (ii) dispensa a indicação prévia de recursos orçamentários; (iii) possibilita a contratação de objetos de difícil previsibilidade/mensuração; (iv) reduz o número de licitações e, conseqüentemente, os gastos públicos para realização dos procedimentos para contratações, o que permite que o órgão atenda ao princípio da economicidade. Tem-se ainda a vantagem de assegurar certa uniformidade e regularidade na aquisição dos bens e na prestação dos serviços registrados.

Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes²², a utilização do SRP é substancialmente vantajosa à Administração Pública, pois há (i) necessidade de disponibilização de orçamento apenas quando do empenho da aquisição/ contratação; (ii) o atendimento de demandas imprevisíveis; (iii) há uma sensível redução do número de licitações, levando a Administração a economizar em procedimentos e não sobrecarregar os servidores com serviços repetitivos; (iv) elimina-se o fracionamento de despesa; (v) o tempo para a efetivar a contratação é diminuído sensivelmente; (vi) há a possibilidade

²² JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico**. 5. ed. ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 89-91.

de atualização de preços; e (vii) é ampliada a participação de empresas de menor porte.

O autor Marçal Justen Filho²³ aponta duas principais vantagens na utilização do SRP, a primeira grande vantagem reside na redução da necessidade de a Administração realizar licitação para cada contratação que necessitar, logo, será realizado uma única licitação e dela decorrerem tantas contratações quanto forem necessárias, nos limites do ato convocatório, e a segunda a de que o SRP oferece uma solução para os casos de necessidades variáveis, contemplando a possibilidade de que a Administração realiza cada contratação com um quantitativo específico, determinado em face das necessidades efetivas e, em momentos diversos.

Além dos benefícios acima, decorrentes da utilização do SRP, especialmente a execução de serviços de engenharia e obras, Fortins²⁴ indica como vantagens a (i) melhoria da qualidade nas execuções das obras; (ii) redução do tempo de execução, resultando na entrega do objeto em um menor tempo; (iii) o aumento da produtividade; (iv) a diminuição de erros nos processos; (v) a melhoria da eficiência de gestão e a transparência nos procedimentos; e (vi) a redução dos custos da contratação.

A autora²⁵ prossegue destacando que, na esfera da construção civil, a padronização das obras tende a levar à industrialização do processo construtivo e à incorporação de novas tecnologias. Isso acarreta um método de construção mais eficaz, caracterizado por maior rapidez, redução no volume de resíduos produzidos e um aprimoramento no controle de qualidade.

Para a autora²⁶, um dos principais ganhos advindos da padronização é a capacidade de estabelecer um sistema análogo a uma linha de produção no local de trabalho. Isso se torna factível quando se adotam métodos de construção industrializados, que simplificam o processo construtivo a uma

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p 1160-1161.

²⁴ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022. V. 02 – Artigos 71 ao 194. p. 218.

²⁵ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022. V. 02 – Artigos 71 ao 194. p. 218.

²⁶ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022. V. 02 – Artigos 71 ao 194. p. 219.

serie de atividades de montagem repetitivas. Pesquisas sobre o incremento da produtividade sugerem que tarefas executadas de forma contínua e em larga escala promovem o aperfeiçoamento das habilidades dos trabalhadores e, por conseguinte, na melhoria da performance. Contudo, é essencial que, além dos métodos construtivos, os designs, os procedimentos e até o pessoal estejam alinhados com a padronização, visando eliminar desperdícios na cadeia produtiva. Assim, a padronização em engenharia civil gera aprimoramentos tanto em termos de qualidade quanto de quantidade.

Certamente, existem diversas vantagens para a Administração Pública adotar o sistema de registro de preços, contudo, também há desvantagens que devem ser consideradas.

O SRP permite economias de escala e a redução do preço unitário dos itens licitados, já que envolve propostas para um conjunto de contratações. Em outras palavras, o licitante vencedor tem a perspectiva de celebrar vários contratos e em sua proposta orçamentária, ele considera a soma desses potenciais contratos, o que indicaria a apresentação de preços reduzidos quando comparados a modalidades licitatórias que não utilizem o SRP.

Ocorre que a oferta de preço feita pelo licitante em uma licitação de SRP deve ser mantida, independentemente da quantidade a ser adquirida e mesmo que não haja a contratação do montante total previsto. Ciente de que a Administração não tem o dever de contratar, é que surge a primeira desvantagem do SRP, porque o licitante oferta sua proposta com um valor que considera eventuais prejuízos caso a Administração contrate em quantidades menores do que as estimadas.

Para Marçal Justen Filho²⁷, embora o SRP permita ganhos de escala, porque permite a conjugação de necessidades diversas em uma única licitação, esse ganho de escala é parcialmente neutralizado porque se permite que os quantitativos totais previstos deixem de ser efetivamente contratados. O autor²⁸ exemplifica a desvantagem considerando a situação em que determinados órgãos públicos estão certos de que precisarão comprar um milhão de unidades de um determinado produto ao longo de um ano. Se uma única licitação for realizada com a promessa de compra dessa quantidade, o fornecedor tende a propor um preço total fixo. Porém,

²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p 1161.

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p 1162.

se a licitação estabelecer um montante de um milhão de unidades com a cláusula de que somente dez mil unidades podem ser demandadas, a dinâmica de precificação muda. No contexto comercial, o custo por unidade para dez mil itens é significativamente mais alto do que o custo por unidade em uma venda de um milhão de itens devido às economias de escala. Diante disso, o fornecedor se depara com a escolha entre oferecer um preço unitário mais baixo, baseado na quantidade total esperada, ou um preço unitário médio, que minimizaria suas perdas no caso de a demanda ser por uma quantidade menor. Geralmente, a escolha recai sobre a segunda opção.

Outra desvantagem a ser considerada é a possibilidade de que as informações constantes do SRP se tornem obsoletas, tanto em relação à qualidade do item, quanto aos preços ofertados. Todavia, quanto as duas desvantagens, o art. 83 da Lei de Licitações parecer ser capaz de mitigar seus riscos, já que faculta a Administração a realização de licitação específica para a aquisição pretendida, desde que devidamente motivada.

Nesse cenário, se o órgão gerenciador do registro de preços verificar que o mercado oferece valores e condições melhores do que a registrada, é possível que se realize licitação específica para aquele objeto, situação que se afigura como justificativa razoável para a nova licitação.

Especialmente quanto a redução dos preços praticados no mercado, o Município de Belo Horizonte de maneira eficiente possibilita a revisão de ofício dos preços registrados em decorrência de eventual redução do valor praticado no mercado, ou de fato que eleve o custo do item registrado, nos termos do art. 25, §4º, do Decreto no 18.242/2023. O mesmo aplica para Obras e Serviços de Engenharia, já que o regulamento municipal possibilita que o órgão gerenciador promova negociações junto aos fornecedores em caso de eventual redução dos preços praticados no mercado ou de fato que eleve o custo dos serviços ou bens registrados (art. 28).

Uma alternativa às oscilações dos valores mercadológicos é a possibilidade de que a licitação seja baseada no critério maior desconto, com a utilização de tabelas referenciais dinâmicas, de modo que a Administração contratará com os valores vigentes no momento da efetiva contratação.

Em exemplos práticos, o Município de Belo Horizonte em 27/10/2023 publicou a Licitação SMOBI 13.006/2023-PE, na modalidade pregão eletrônico, que tem objeto o Registro de preços para prestação de serviços comuns de engenharia para manutenção preventiva, corretiva, conservação, reparações, adaptações, adequações, requalificações e modificações em

próprios municipais, com fornecimento de materiais de primeira linha e mão de obra especializada.

O ente adotou como critério de Critério de julgamento o maior desconto linear (%) sobre o preço das tabelas referenciais vigentes no Estado de Minas Gerais (oneradas), com data de publicação mais próxima à época da celebração do contrato, e justificou a adoção por:

[...] possibilitar a Administração efetivar a contratação segundo os preços praticados pelo mercado. Nessas condições, dificulta-se a prática do chamado “jogo de planilhas”, tendo em vista que até os itens com grande demanda terão que ser comercializados a preço mais baixo do que o planilhado. Além disso, a adoção do critério de aceitabilidade pelo maior desconto linear é uma sistemática que deixa matematicamente impossível a existência de sobre-preço, na proposta e, principalmente em eventuais aditivos contratuais de acréscimos ou supressões de serviços. [...]

A cada celebração de contrato serão utilizadas as tabelas mais recentes publicadas nos sites oficiais, conforme previsto neste Termo de Referência, sobre as quais, incidirão o desconto ofertado na licitação.

De fato, verifica-se que a utilização do maior desconto sobre os preços de tabelas dinâmicas pode reduzir os riscos dos fornecedores, estimulando-os a oferecer descontos maiores na licitação, já que os preços da ata acompanharão as readequações periódicas dos preços praticados no mercado, acompanhados por Tabelas oficiais.

Outro ponto que merece atenção, é o de que embora não haja quantitativo exato a ser adquirido pela Administração, deve ela informar a quantidade máxima que poderá adquirir por meio da ata decorrente do certame. Assim, realizada uma licitação para registrar preços para a execução de obras, por exemplo, em que na planilha orçamentaria preveja o uso de 30.000m³ de areia, é possível que o poder público, ao final do procedimento, adquira 1m³ de areia, ou, até mesmo, nenhum, mas, se houver necessidade, poderá, com lastro no procedimento realizado, adquirir os 30.000m³ de areia, nunca mais do que isso.

Ocorre que a Administração pode se deparar com situações em que o estimativo de itens se torna insuficiente para as demandas que surgem. E muito embora tenhamos como pressuposto da atividade administrativa o planejamento, que inclusive é princípio administrativo positivado na Lei nº 14.133/2021, há situações em que esse planejamento é incapaz de prever as quantidades necessárias com precisão.

Nesses casos, os órgãos devem estar preparados para a necessidade de realizar uma nova licitação em um curto espaço de tempo, estando cientes dos riscos e do possível retrabalho envolvido em licitar novamente. Essa realidade exige inclusive que os órgãos e entidades estejam preparados para o tempo em que a Administração não terá a sua disposição os itens necessários, enquanto a nova licitação não se finde.

A Lei de Licitações elenca situações em que a indicação do quantitativo máximo de itens a serem adquiridos no SRP não precisam de ser previstas: (i) quando o órgão ou entidade está conduzindo a primeira licitação para um determinado objeto e não possui registros de demandas anteriores, inviabilizando a indicação de quantitativos máximos, pois não há histórico prévio de compras para referencia; (ii) nos casos de alimentos perecíveis, já que o sistema de registro de preços permite flexibilidade, o que evitará desperdícios; e, (iii) nos casos em que o serviço está diretamente relacionado ao fornecimento de bens, situação essa em que não se sabe de antemão a demanda, como por exemplo, a manutenção veicular com o fornecimento de presas²⁹.

Em termos práticos, especialmente para a realização de obras e serviços de engenharia, torna-se difícil imaginar cenários em que a Administração não tenha registro de demandas anteriores para o objeto que se pretende adquirir, seja por contratações diretas ou mesmo licitações.

Desse modo, ao que tudo indica, quando estivermos diante de objetos que contemplem obras e serviços de engenharia, a única situação para que a Administração não indique quantitativo máximo de itens são aquelas em que os serviços a serem executados estejam integrados aos fornecimentos de bens.

Não pode ser ignorado, que o uso do SRP sem qualquer planejamento ou previsibilidade de utilização de quantitativos prejudica significativamente os fornecedores, que podem ter programado a entrega de um número limitado de unidades e, de repente, são confrontados com um pedido de milhares de unidades, já que o órgão não estabeleceu diretrizes claras sobre suas necessidades.

Por isso, a exceção do art. 82, §3º tem aplicabilidade excepcionalíssima, com um rol taxativo, e não se aplica para salvaguardar aquelas entidades da Administração que não planejam adequadamente suas contratações.

²⁹ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022. V. 02 – Artigos 71 ao 194, p. 215.

Nesse ponto, ressalta-se a obrigação de que os agentes públicos estejam atentos a necessidade de planejamento, já que deixar de estimar a quantidade máxima necessária à Administração, pode resultar em incertezas que afetam o orçamento total da despesa, a gestão contratual e esvazia os proveitos que a Administração atingiria com o SRP.

Outro fator que merece atenção, também relacionado aos quantitativos de itens registrados, reside na proibição de acréscimos na ata. Logo, se a quantidade máxima prevista já foi solicitada e o contrato ainda está em vigor, não é possível fazer aditivos de acréscimos e nem mesmo compensações entre as quantidades dos itens existentes.

Assim, reitera-se o que já anteriormente mencionado que é a imprescindibilidade de que a Administração se paute por um planejamento prévio. Realizar uma licitação via SRP com base em estimativas imprecisas, levará a retrabalho para todos os departamentos envolvidos na licitação, desde a área demandante à Assessoria Jurídica do órgão e entidade, e prejudicará a eficácia daqueles que utilizam o objeto ou serviço na prática, criando uma situação caótica devido à falta de governança nas contratações.

É essencial destacar a importância de dar prioridade ao planejamento das contratações e de articular a fase preparatória do procedimento, visando a conjugação dos princípios da eficiência, do já destacado planejamento e notavelmente, do interesse público, que deve estar presente em todo e qualquer ato administrativo. Afinal, como leciona Hely Lopes Meirelles³⁰, o exercício da função administrativa, já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Por fim, outro aspecto a ser apontado é o de que a Lei de Licitações vedou que entes federais possam aderir a atas de outros entes federativos, não obstante seja facultada aos órgãos ou entidades municipais ou estaduais a adesão à ata da Administração Pública Federal (art. 86, § 8º). Isso significa que o Ministério dos Transportes, por exemplo, não poderá aderir a uma ata da Secretaria Municipal de Obras de Belo Horizonte, mas a Secretaria poderá aderir ao do Ministério.

Ocorre que a vedação legal parece não vislumbrar o caráter cooperativo do Registro de Preços, que visa justamente oportunizar a participação de outros órgãos ou entidades nas atas uns dos outros, e ignora que os preços

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes; FILHO, J. E. B.; BURLE, Carla Rosado. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. [S.l.]: Malheiros Editores, 2016. p. 105.

registrados pelos entes estaduais e municipais podem ser mais vantajosos do que os registrados em nível federal.

A vedação reproduz uma previsão que já era aplicada na antiga Lei de Licitações. A questão foi inclusive enfrentada pela Corte de Contas da União³¹, oportunidade em que o Tribunal entendeu que a Lei vedava a Prática por violar a publicidade que deve ser dada ao certame licitatório no âmbito da Administração Pública Federal, em obediência ao inciso I do art. 21 da Lei nº 8.666/93 e a Orientação Normativa AGU 21/2009.

Considerando, no entanto, que a Lei nº 14.133/2021, em seu art. 54, amplia a publicidade dos processos de contratações municipais, estaduais e distritais, ao determinar que a publicidade do edital de licitação será realizada mediante divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), considera-se que o entendimento de violação ao princípio da publicidade não encontra mais respaldo no cenário atual.

Como bem apontado pelo autor Thiago Marrara³², trata-se a vedação de regra proibitiva completamente injustificável, que nega a cooperação administrativa, coloca a União em posição hierárquica superior e não se harmoniza com o modelo de federação consagrado no texto constitucional.

Feitos esses apontamentos, extrai-se que o SRP é extremamente útil para a Administração e diversas são as razões que justificam a sua utilização, como a possibilidade de que vários órgãos e entidades interessados se valham do mesmo registro de preços, resultando em economias de escala e redução de licitações individuais, a possibilidade de que a Administração indique apenas o objeto contratado, sem indicação de unidades que se pretende adquirir, em casos especiais como o de aquisição de alimentos perecíveis ou em que o serviço estiver integrado ao fornecimento de bens, a otimização de tempo para a contratação e o fracionamento das aquisições, que se darão conforme a necessidade administrativa.

No entanto, problemas podem ser enfrentados com a utilização do sistema, alguns pelas próprias características do SRP, como a rigidez nos

³¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Primeira Câmara). **Acórdão nº 6511/2009**. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. 17 nov. 2019. Brasília: TCU, 2019; e, BRASIL. Tribunal de Contas da União (Segunda Câmara). **Acórdão nº 3625/2011**. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. 31 mar. 2011. Brasília: TCU, 2011.

³² MARRARA, Thiago. **Manual de Direito Administrativo**: atos, processos, licitações e contratos - Indaiatuba: Editora Foco, 2023. E-book. p. 411.

preços da ata e nas características/descrições dos itens registrados, e outros que podem ser gerados pela falta de planejamento e gestão nas contratações.

3.2. Possíveis aprimoramentos

Embora o Sistema de Registro de Preços seja uma ferramenta valiosa, é importante considerar os possíveis aprimoramentos necessários para o tornar mais eficiente, transparente e alinhado aos interesses da Administração Pública.

Um dos principais desafios do SRP é o planejamento eficaz das quantidades a serem registradas, portanto aprimorar a previsibilidade e o rigor na estimativa de demanda é essencial para evitar problemas durante a execução dos contratos. Soma-se a isso a necessidade de capacitação contínua dos servidores envolvidos na gestão do SRP, o que os habilita a lidar com as complexidades desse procedimento auxiliar e a evitar erros que podem resultar em prejuízos para a Administração.

Quando se trata de obras e serviços de engenharia, os desafios específicos do Sistema de Registro de Preços requerem a consideração de aprimoramentos adicionais, um deles já exigido para a utilização do SRP, que é a padronização e a definição de especificações técnicas precisas para o sucesso do Sistema em obras e serviços de engenharia, o que reduz a incerteza e ajuda na estimativa adequada das quantidades a serem registradas.

Relevante apontar que a Administração deve se valer de métodos capazes de realizar um mapeamento de riscos específicos relacionados a obras e serviços de engenharia, considerando a possibilidade de imprevistos, como problemas geotécnicos ou condições climáticas adversas, e incorporar esses fatores ao planejamento.

Nos ensinamentos de Fortins³³, a ausência de uma adequada gestão de riscos, tanto pela Administração Pública quanto pelos fornecedores, pode transformar as vantagens propostas pelo SRP em verdadeiras desvantagens.

É importante que o SRP seja flexível, dentro dos limites legais, para se adaptar às particularidades das obras e serviços de engenharia, levando em consideração as possíveis mudanças no escopo ao longo da execução, o que pode ser alinhado por meio dos diversos regimes de execução, esses que

³³ FORTINI, Cristiana (Coord.). **Registro de Preços**: análise crítica do Decreto Federal nº 7.892/13, com as alterações posteriores. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 239

devem considerar a gestão eficaz na utilização dos itens registrados e dos prazos para entregas e execuções, evitando desperdícios, atrasos e prejuízos na execução dos cronogramas das obras e serviços.

Destarte, aprimorar o Sistema de Registro de Preços para obras e serviços de engenharia exige uma abordagem cuidadosa e adaptada às complexidades desse setor. No entanto, os benefícios em termos de eficiência, economia e transparência justificam os esforços necessários para melhorar essa modalidade de contratação.

4. CONCLUSÃO

A investigação minuciosa do Sistema de Registro de Preços (SRP) no contexto da contratação de obras e serviços de engenharia, conforme delineado pela Lei nº 14.133/2021 – a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos –, trouxe à tona uma compreensão aprofundada e refinada dessa metodologia contratual. Por meio de um exame criterioso dos dispositivos normativos e do cotejo com a jurisprudência correspondente, foi possível delinear as particularidades e o escopo operacional deste sistema com maior exatidão.

Os benefícios decorrentes da adoção do SRP no setor de obras e serviços de engenharia são incontestáveis, ressaltando-se a agilização dos processos licitatórios, a otimização da gestão dos recursos financeiros e a adaptabilidade às demandas variáveis – fatores que beneficiam a Administração Pública e os agentes econômicos envolvidos. A previsibilidade que advém da padronização prévia dos itens a serem contratados e a capacidade de atendimento de demandas periódicas constituem pontos de destaque no alinhamento de expectativas e na eficiência contratual.

Por outro lado, a análise também reconheceu potenciais desafios, como a incerteza quanto ao volume efetivo de aquisição e a imprescindibilidade de um planejamento detalhado e proativo para mitigar riscos associados à execução contratual. A revisão de precedentes jurisprudenciais permitiu não apenas entender as interpretações anteriores sobre o SRP, mas também vislumbrar a evolução e a maturidade trazidas pela nova legislação, que estabelece diretrizes mais claras e adaptativas para a incorporação deste sistema na dinâmica de contratações públicas.

Em essência, o estudo aqui apresentado contribui com uma análise holística do SRP, enfatizando as potencialidades e as dificuldades inerentes a este mecanismo sob a égide da nova legislação. Fica evidente que a implemen-

tação efetiva do SRP exige uma harmonização entre a flexibilidade necessária para se adaptar às contingências e o rigor no planejamento estratégico. O entendimento aprofundado dos princípios, vantagens e limitações do SRP é vital para seu sucesso operacional e evolução contínua, repercutindo em benefícios tangíveis para a esfera pública e para a sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELO HORIZONTE (MG). Secretaria Municipal de Obras e Infraestrutura. **Edital de Licitação Concorrência SRP URBEL/SMOBI 019/2019 – CC**. [Registro de Preços para contratação de serviços e intervenções de recuperação e manutenção de: becos, acessos e escadarias; dispositivos de drenagem; redes de esgoto; e estabilização de encostas; já implantados nas Vilas, Favelas e Áreas de Interesse Social do Município de Belo Horizonte]. ABERTURA DE LICITAÇÃO URBEL/SMOBI 019/2019 – CC, Belo Horizonte: Diário Oficial do Município, ano XXV, p. 19, 12 dez. 2019.

BELO HORIZONTE (MG). Secretaria Municipal de Obras e Infraestrutura. **Edital de Licitação Concorrência SRP URBEL/SMOBI 004/2021**. [Registro de Preços para contratação de serviços e obras de recuperação, mitigação e estabilização de edificações e das áreas de risco geológico, através da operacionalização do Programa Estrutural de Áreas de Risco, junto às Vilas, Favelas e Áreas de Interesse Social do Município de Belo Horizonte]. ABERTURA DE LICITAÇÃO SRP URBEL/SMOBI CC 004/2021, Belo Horizonte: Diário Oficial do Município, ano XXVII, p. 7, 23 set. 2021.

BELO HORIZONTE (MG). Secretaria Municipal de Obras e Infraestrutura. **Edital de Licitação Pregão Eletrônico SRP URBEL/SMOBI 007/2021**. [Registro de Preços para contratação de serviços e intervenções de recuperação e de manutenção, acesso e escadarias; de dispositivos de drenagem, de redes de esgoto; de estabilização de encostas; já implantadas nas Vilas, Favelas e Áreas de Interesse Social e na Cidade Formal, do Município de Belo Horizonte]. ABERTURA DE LICITAÇÃO PREGÃO ELETRÔNICO URBEL/ SMOBI 007/2021, Belo Horizonte: Diário Oficial do Município, ano XXVII, p. 6, 2 set. 2021.

BELO HORIZONTE (MG). Secretaria Municipal de Obras e Infraestrutura. **Edital de Licitação Concorrência URBEL/SMOBI 010/2019**. [Registro de Preços para contratação de serviços e obras de recuperação e estabilização de edificações e de áreas de risco geológico através da operacionalização do Programa Estrutural de Áreas de Risco – PEAR, junto às Vilas, favelas e áreas de interesse social do Município de Belo Horizonte]. ABERTURA DE LICITAÇÃO URBEL/ SMOBI 010/2019 – CC, Belo Horizonte: Diário Oficial do Município, ano XXV, p. 12, 6 jun. 2019.

BELO HORIZONTE (MG). Secretaria Municipal de Obras e Infraestrutura. **Edital de Licitação Pregão Eletrônico SMOBI 13.006/2023-PE**. [Registro de preços

para eventual e futura contratação de empresas capacitadas, que sob demanda, prestarão serviços comuns de engenharia para manutenção preventiva, corretiva, conservação, reparações, adaptações, adequações, requalificações e modificações em próprios municipais, infraestrutura urbana, praças e em locais onde a execução destes serviços sejam de responsabilidade da Secretaria de Obras e Infraestrutura de Belo Horizonte - SMOBI, com fornecimento de materiais de primeira linha e mão de obra especializada]. ABERTURA DE LICITAÇÃO PREGÃO ELETRÔNICO DQ 13.006-2023, Belo Horizonte: Diário Oficial do Município, ano XXIX, p. 14, 27 out. 2023.

BELO HORIZONTE (MG). **Decreto nº 12.844, de 11 de setembro de 2007.** Regulamenta o Sistema de Registro de Preços. Belo Horizonte, MG: Prefeitura de Belo Horizonte. Disponível em: <https://www.cmbh.mg.gov.br/atividade-legislativa/pesquisar-legislacao/decreto/12844/2007>. Acesso em: 26 out. 2023.

BELO HORIZONTE (MG). **Decreto nº 16.538, de 14 de dezembro de 2016.** Regulamenta o Sistema de Registro de Preços e dá outras providências. Belo Horizonte, MG: Prefeitura de Belo Horizonte. Disponível em: <https://www.cmbh.mg.gov.br/atividade-legislativa/pesquisar-legislacao/decreto/16538/2016>. Acesso em: 26 out. 2023.

BELO HORIZONTE (MG). **Decreto nº 18.242, de 25 de janeiro de 2023.** Regulamenta o Sistema de Registro de Preços conforme a Lei Federal no 14.133, de 10 de abril de 2021. Belo Horizonte, MG: Prefeitura de Belo Horizonte. Disponível em: <https://www.cmbh.mg.gov.br/atividade-legislativa/pesquisar-legislacao/decreto/18242/2023>. Acesso em: 26 out. 2023.

BELO HORIZONTE (MG). **Decreto nº 8.322, de 2 de junho de 1995.** Regulamenta o sistema de registro de preço. Belo Horizonte, MG: Prefeitura de Belo Horizonte. Disponível em: <https://www.cmbh.mg.gov.br/atividade-legislativa/pesquisar-legislacao/decreto/8322/1995>. Acesso em: 26 out. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 out. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 11.462, de 31 de março de 2023.** Regulamenta os art. 82 a art. 86 da Lei no 14.133, de 10 de abril de 2021, para dispor sobre o sistema de registro de preços para a contratação de bens e serviços, inclusive obras e serviços de engenharia, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/D11462.htm. Acesso em: 26 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 26 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 26 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 15.647/SP**. Relatora: Ministra Eliana Calmon, 25 mar. 2003. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%28ROMS.clas.+ou+RMS.clap.%29+e+%40num%3D%2215647%22%29+ou+%28%28ROMS+ou+RMS%29+adj+%2215647%22%29.suce..> Acesso em 01 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 1238/2019**. [...]. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. 25 mai. 2019. Brasília: TCU, 2019. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1238%2520ANOACORDAO%253A2019%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 1381/2018**. [...]. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. 20 jun. 2018. Brasília: TCU, 2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1381%2520ANOACORDAO%253A2018%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 1473/2016**. [...]. Relator: Ministro André de Carvalho. 08 jun. 2016. Brasília: TCU, 2019=6. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1473%2520ANOACORDAO%253A2016%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 2461/2016**. [...]. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. 21 set. 2016. Brasília: TCU, 2016. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2461%2520ANOACORDAO%253A2016%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 3143/2020**. [...]. Relator: Ministro Benjamin Zymler. 25 nov. 2020. Brasília: TCU, 2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A3143%2520ANOACORDAO%253A2020%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 3419/2013**. [...]. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. 04 dez. 2013. Brasília: TCU, 2013. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A3419%2520ANOACORDAO%253A2013%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 3605/2014**. [...]. Relator: Ministro Marcos Bemquerer Costa. 09 dez. 2014. Brasília: TCU, 2014. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A3605%2520ANOACORDAO%253A2014%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 980/2018**. [...]. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. 02 mai. 2018. Brasília: TCU, 2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A980%2520ANOACORDAO%253A2018%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Primeira Câmara). **Acórdão nº 6511/2009**. [...]. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. 17 nov. 2019. Brasília: TCU, 2019. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A6511%2520ANOACORDAO%253A2009%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Segunda Câmara). **Acórdão nº 296/2007**. [...]. Relator: Ministro Benjamin Zymler. 06 mar. 2007. Brasília: TCU, 2007. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A296%2520ANOACORDAO%253A2007%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Segunda Câmara). **Acórdão nº 3625/2011**. [...]. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. 31 mar. 2011. Brasília: TCU, 2011. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A3625%2520ANOACORDAO%253A2011%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1.

CALASANS JUNIOR, José. **Manual da Licitação**: com base na Lei nº 14.133, de 10 de abril de 2021. 3. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2021.

FORTINI, Cristiana (Coord.). **Registro de Preços**: análise crítica do Decreto Federal no 7.892/13, com as alterações posteriores. 3. ed. rev. atual. e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133, de 10 de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022. V. 02 – Artigos 71 ao 194.

GUIMARÃES, Edgar. NIEBUHR, Joel de Meneses. **Registro de Preços – aspectos práticos e jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico**. 5. ed. ver. atual. e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei 8.666/1993. 18. ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARRARA, Thiago. **Manual de Direito Administrativo**: atos, processos, licitações e contratos - Indaiatuba: Editora Foco, 2023. E-book.

MEIRELLES, Hely Lopes; FILHO, J. E. B; BURLE, Carla Rosado. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. [S.l.]: Malheiros Editores, 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. **Processo 1114342–Denúncia**. [...]. Rel. Cons. Wanderley Ávila. Belo Horizonte, Deliberado em 3 fev. 2022. Disponibilizado no DOC de 8 fev. 2022. Disponível em: <https://tcjuris.tce.mg.gov.br/Home/Detalhes/1114342#!>. Acesso em 01 nov. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. **Processo: 1156645–Denúncia**. Rel. Cons. Mauri Torres. Deliberado em 10 out. 2023. Disponibilizado no DOC de 19 out. 2023. Disponível em: <https://tcjuris.tce.mg.gov.br/Home/Detalhes/1156645#!>. Acesso em 01 nov. 2023.

CASOS FÁCEIS OU DIFÍCEIS SOB A PERSPECTIVA DO JULGADOR

Orlando Luiz Zanon Junior¹

Resumo: O objetivo deste texto é apresentar, em sede de republicação, os critérios para classificação do grau de dificuldade dos casos judiciais, sob a perspectiva do julgador, considerando as peculiaridades do sistema jurídico brasileiro. A pesquisa se justifica em razão da importância que a categorização das causas, segundo a sua dificuldade, assume nas discussões envolvendo a teoria da decisão judicial, mormente em um cenário de debates dos limites da penetração da atividade jurisdicional em temas moralmente carregados ou economicamente impactantes, geralmente resolvidos na seara da representação política. Ao final, com base em critérios objetivos, é apresentada uma tabela de classificação da dificuldade de casos, em fáceis (simples massificados e simples padronizados) e difíceis (complexos típicos e complexos trágicos). O presente trabalho foi originalmente publicado como capítulo de livro integrante da coleção de estudos do Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica (PPCJ) da Universidade do Vale do Itajaí (Univali), na área de concentração Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito (Doutorado), voltado à linha de pesquisa Principiologia Constitucional, Política do Direito e, atualmente, também Inteligência Artificial. Quanto à metodologia, destaca-se que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo.

Abstract: The objective of this text is to present, for republication, the criteria for classifying the degree of difficulty of legal cases, from the judge's

¹ Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Dupla Titulação de Doutorado em Direito Público pela Università Degli Studi di Perugia (UNIPG). Membro da Academia Catarinense de Letras Jurídicas (ACALEJ). Juiz de Direito em Santa Catarina. Professor. E-mail: olzjunior@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0220536262700904> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0021-9278>

perspective, considering the peculiarities of the Brazilian legal system. The research is justified due to the importance that the categorization of causes, according to their difficulty, assumes in discussions involving the theory of judicial decision especially in a scenario of debates on the limits of the penetration of jurisdictional activity in morally charged or economically impactful topics, generally resolved in the field of political representation. At the end, based on objective criteria, a classification table of the difficulty of cases is presented, into easy (massified simple and standardized simple) and difficult (typical complexes and tragic complexes). The present work was originally published as a book chapter in the collection of studies of the Postgraduate Program in Legal Science (PPCJ) at the University of Vale do Itajaí (Univali), in the area of Concentration Constitutionalism, Transnationality and Production of Law (Doctorate), focused on the research line Constitutional Principle, Law Policy and, currently, also Artificial Intelligence. As for the methodology, it is emphasized that in the investigation stage we used the inductive method.

Palavras-Chave: Teoria da decisão judicial. Casos fáceis. Casos difíceis. Marçal

Keywords: Judicial decision Theory. Easy cases. Hard cases.

Sumário: 1. Introdução 2. A Dificuldade dos Casos Judiciais. 3. Conclusões; Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste texto é apresentar os critérios para classificação do grau de dificuldade dos casos judiciais, sob a perspectiva do julgador, considerando as peculiaridades do sistema jurídico brasileiro.

A pesquisa se justifica em razão da importância que a categorização das causas, segundo a sua dificuldade, assume nas discussões envolvendo a teoria da decisão judicial, mormente em um cenário de debates dos limites da penetração da atividade jurisdicional em temas moralmente carregados ou economicamente impactantes, geralmente resolvidos na seara da representação política.

Sobre o assunto em tela, importa discutir se os critérios para a separação entre problemas jurídicos fáceis e difíceis adotados pela doutrina mais difundida, produzida principalmente no âmbito do *common law* (padrão jurisprudencial ou *judge made legal system*), são passíveis de transplante ao modelo híbrido brasileiro, fortemente influenciado também pelo *civil law* (padrão legislativo ou *code based legal system*).

Adicionalmente, cabe referir a utilidade da separação entre atos deliberativos simples (de reprodução em massa) e complexos (de produção artesanal), para fins de administração da unidade judicial, em um contexto de alto volume de litigância. Com efeito, a majoração do número de provocações periódicas do sistema judicial é um fenômeno global (e mesmo transnacional) que tem provocado a construção de medidas de enfrentamento pelos diversos países. O argumento é no sentido de que a separação dos atos decisórios segundo a complexidade, na perspectiva do órgão julgador, pode auxiliar no gerenciamento da unidade judicial, visando a graus maiores de eficiência, eficácia e qualidade no fornecimento da tutela jurisdicional².

Quanto à metodologia empregada, destaca-se que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados o cartesiano e o texto final foram compostos na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.³

Estabelecidos os contornos desta pesquisa científica, cabe anotar que o presente trabalho foi originalmente publicado como capítulo de livro integrante da coleção de estudos do Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica (PPCJ) da Universidade do Vale do Itajaí (Univali), na área de concentração Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito (Doutorado), voltado à linha de pesquisa Principiologia Constitucional, Política do Direito e, atualmente, também Inteligência Artificial, bem como empregado em discussões no projeto de pesquisa Fundamentos Axiológicos da Produção do Direito. Notadamente, a questão referente à dificuldade dos casos judiciais é base de variadas discussões da teoria do direito, mormente em se tratando do fenômeno global do protagonismo da jurisdição, recomendando essa republicação revisada, com adição de referências e modificações pontuais.⁴

² ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Manual de gestão judicial**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 40-47. E, também, ZANON JUNIOR, Orlando Luiz; VIEIRA, Camila Roberta Buzzi. **Gestão processual por triagem complexa**. Florianópolis: EMais, 2023. p. 81-82.

³ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 15 ed. São Paulo: Emais Editora, 2021.

⁴ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Casos fáceis ou difíceis sob a perspectiva do julgador. In PIFFER, Carla. OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. LOCCHI, Maria Chiara (org.). **Direito, globalização e transnacionalidade**. T. 4. Itajaí: Univali, 2018. p. 190-201.

2. A DIFICULDADE DOS CASOS JUDICIAIS

A classificação dos casos judiciais como fáceis (*easy cases*) ou difíceis (*hard cases*) é constantemente empregada nas discussões sobre a teoria da decisão.

A proposta mais difundida remonta aos trabalhos elaborados por Herbert Lionel Adolphus Hart, considerado um dos expoentes do movimento do Positivismo Jurídico mundial, que tratou de separar as causas passíveis de rápida resolução daquelas que geram maior dificuldade ao julgador.

De acordo com Hart, a resolução dos casos fáceis ocorre mediante raciocínio lógico dedutivo, do tipo *modus ponens*, em que a norma jurídica é a premissa maior e os fatos representam o pressuposto menor, de modo que o resultado correto é expresso como conclusão subsuntiva. Trata-se da solução juspositivista tradicional, em que a norma jurídica tem a forma de um esquema de representação definitivo e preestabelecido, passível de aplicação em cada caso posterior que se apresente perante a jurisdição.

Não se olvida que a norma jurídica assume a forma de um esquema de interpretação formal que, em razão da margem de manobra decorrente da respectiva formulação em linguagem natural, pode ensejar graus de enquadramentos diferenciados. Daí que, mesmo com a preexistência de um padrão de julgamento definido, haveria alguma flexibilidade, que foi chamada de zona de penumbra ou de textura aberta (*open texture*) por Hart⁵ e, de outro lado, indicada como os limites da moldura (*Rahmen*) por Hans Kelsen.⁶ Apesar disto, há um considerável grau de certeza na resolução dos casos fáceis, em razão das amarras fortes que, em tese, seriam proporcionadas pela lógica formal subsuntiva.

⁵ HART, H. L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 69-70: “Se uma zona de penumbra de incerteza deve envolver todas as regras jurídicas, então sua aplicação a casos específicos na área da zona de penumbra não pode ser uma questão de dedução lógica e, assim, o raciocínio dedutivo, que tem sido festejado por gerações como a própria perfeição do raciocínio humano, não pode servir de modelo para aquilo que os juízes ou, na verdade, qualquer pessoa, deveriam fazer para acomodar casos específicos a normas gerais”.

⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 388: “A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que se aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato”.

Neste sentido, Kelsen refere que “a interpretação jurídico-científica tem de evitar, com máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação ‘correta’”, haja vista que “isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica”, pois, “em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente”.⁷

Contudo, segundo Hart, há um conjunto de casos difíceis, em que não se tem uma norma jurídica clara preestabelecida e, portanto, o órgão julgador gozaria de maior flexibilidade. Nestes casos, de acordo com a linha de pensamento em tela, a zona de penumbra ou textura aberta é extensa, majorando a discricionariedade judicial ao ponto de o magistrado atuar como legislador, para fechar o interstício aberto no ordenamento jurídico. Por isto, foi empregada a expressão legislação intersticial (*interstitial legislation*) para referir a atividade do juiz encarregado de construir a norma jurídica na resolução da situação concreta, diante da ausência de parâmetros suficientes previamente criados pelo legislador formal.⁸

Nestes casos difíceis, Hart explica que “a autoridade encarregada de estabelecer as normas deve evidentemente exercer a sua discricionariedade”, porquanto “não há possibilidade de tratar a questão levantada pelos vários casos como se pudesse ser resolvida por uma única solução correta a priori, e não por uma solução que represente um equilíbrio razoável entre diversos interesses conflitantes”.⁹

Diante desta margem de manobra para a resolução dos casos, exacerbada em se tratando daqueles mais difíceis, o neopositivista Luigi Ferrajoli argumentou que o poder jurisdicional sofre de um déficit inescapável de legitimidade, precisamente porque é forçado a criar o padrão de julgamento e aplicá-lo ao caso concreto, ferindo o princípio formal da separação dos poderes, que confere ao legislador a tarefa de fixar previamente os parâmetros de julgamento.¹⁰

⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 396.

⁸ HART, H. L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 118.

⁹ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 171.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In STRECK, Lenio Luiz. FERRAJOLI, Luigi. TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Do Advogado, 2012. p. 249: “A abordagem garantista impõe reconhecer, sob o plano seja da teoria do direito seja da filosofia política,

De acordo com os argumentos antes expostos, o caso difícil típico, no cenário do common law, é caracterizado pela inexistência de uma regra jurídica clara exposta em um precedente judicial, embora uma norma jurídica com limites linguísticos muito amplos possa também representar uma dificuldade ao julgador. Daí que, de acordo com os autores juspositivistas antes referidos, a dificuldade do caso decorre da maior margem de manobra discricionária conferida ao órgão julgador, que passa a exercer função legislativa para fixar os exatos contornos da norma jurídica resolutive de determinado caso concreto.

O movimento do Pós-positivismo, por sua vez, tratou de expor limites ao exercício da discricionariedade, principalmente mediante a concessão de força deontológica aos princípios morais, que serviriam de critério adicional a ser empregado na resolução dos casos, notadamente naqueles mais difíceis.

Para Ronald Myles Dworkin, as pessoas possuem direitos morais, expressos sob a forma lógica de princípios, que funcionam como trunfos contra arbitrariedades¹¹, sendo indiferente se o sistema já incorporou formalmente estas prerrogativas axiológicas com o fim de serem passíveis de aplicação pelos juízes¹². Com efeito, no seu entendimento, não está em jogo a validade formal dos vetores principiológicos, mas sim sua importância (ou peso) para a resolução da causa concreta¹³. Outrossim, estes princípios

que o poder judiciário sofre de uma margem irredutível de ilegitimidade política, sendo a verdade processual absolutamente inalcançável e a submissão à lei, na qual reside a sua fonte de legitimação, inevitavelmente imperfeita”.

¹¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 414. E, DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge-MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 329: “We might say, capturing that idea, that political rights are trumps over otherwise adequate justifications for political action”.

¹² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 12: “Assim, as diversas correntes de abordagem profissional da teoria do direito fracassaram pela mesma razão subjacente. Elas ignoraram o fato crucial de que os problemas de teoria do direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não a estratégias ou fatos jurídicos”.

¹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 65-66: “(Parece estranho falar de um princípio como sendo válido, talvez porque validade seja um conceito do tipo tudo ou nada, apropriado para regras, mas incompatível com a dimensão de peso, própria de um princípio)”. E, p. 69: “Desse modo, não é possível adaptar a versão de Hart do positivismo, modificando a regra de reconhecimento, para incluir princípios. Nenhum teste de pedigree que associe princípios a atos que geram legislação pode ser formulado nem seu conceito de direito oriundo do costume, em si mesmo uma exceção à primeira tese do positivismo, pode ser tornado útil sem o abandono integral dessa tese”.

morais merecem ser invocados pelos juízes como motivos determinantes na fundamentação da resolução de casos judiciais, tanto os fáceis como também (e principalmente) os difíceis.¹⁴

De acordo com estas premissas, Dworkin repudia a discricionarieidade judicial, afirmando que cabe ao magistrado invocar os princípios para fechar a interpretação e, assim, identificar a única solução correta de cada causa submetida à jurisdição. Como consequência, o conceito de caso difícil se apresenta interligado com a noção de carga moral, haja vista que, quanto mais intensa a controvérsia acerca do equilíbrio principiológico, consequentemente, também maior será a dificuldade para harmonização dos interesses políticos envolvidos.¹⁵

A teoria de Robert Alexy igualmente identifica os casos difíceis em razão da inexistência de uma regra clara que, assim, desloca a atividade judicial para a concordância prática entre os princípios jurídicos abrangidos pela controvérsia. De acordo com este autor, as regras jurídicas funcionam como mandamentos definitivos, razão pela qual sua preexistência facilita a resolução dos casos, porquanto faculta o exercício do raciocínio do tipo subsuntivo, nos moldes já antes expostos¹⁶. Porém, quando não existir uma regra jurídica ou ela aparentemente não se alinhar com o conteúdo constitucional, é necessário se socorrer do segundo plano do sistema jurídico, formado por princípios, que lhe servem de sustentação (estão atrás) e as complementam (estão ao lado).¹⁷

Outrossim, há uma aparente bifurcação funcional na proposta de Alexy, haja vista que, enquanto as regras jurídicas são suficientes para resolução dos casos fáceis, operando por subsunção, os princípios jurídicos são necessários para a resolução das causas difíceis, mediante o esquema

¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 132-134, em especial p. 133: “Não obstante, defendo a tese de que as decisões judiciais nos casos cíveis, mesmo em casos difíceis como o da Spartan Steel, são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios, e não por políticas”.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 128-158, em especial, p. 151: “Em seu aspecto descritivo, a tese dos direitos sustenta que, nos casos difíceis, as decisões judiciais são caracteristicamente geradas por princípios, não por políticas”. E, p. 158: “A tese dos direitos estipula que os juízes decidem os casos difíceis por meio da confirmação ou negação dos direitos concretos”.

¹⁶ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 64.

¹⁷ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 65.

de ponderação, segundo a sua lei da colisão.¹⁸ De acordo com esta proposição, novamente, a dificuldade de um caso resulta da sua carga moral, haja vista a necessidade de invocação de postulados voláteis, estruturados como princípios, que funcionam como mandamentos de otimização¹⁹.

Assim, agregando as informações trazidas pelos autores pós-positivistas mencionados, o fator de dificuldade dos casos reside na complexidade da justificação da ponderação dos princípios empregados na construção da norma jurídica resolutiva.

Cabe questionar, todavia, se a descrição da atividade jurisdicional, nos contextos da descoberta (compreensão do caso) e da justificação (fundamentação da resposta)²⁰, contemplaria também outros aspectos que impactam na resolubilidade além da carga moral, a exemplo das versões probatórias, da necessidade de produção de peça específica (ao invés de modelo preestabelecido) ou das possíveis consequências indesejadas previsíveis (e hipotéticas, evidentemente).

Para tratar deste assunto, a Teoria Complexa do Direito (TCD) visualiza o fenômeno decisório como um empreendimento voltado à resolução de cada caso concreto, mediante a construção argumentativa de uma norma jurídica, a qual se vale da reconstrução dos fatos por aproximação (segundo as provas apresentadas) para posterior articulação dos critérios considerados legítimos (conforme o direito aplicável).²¹

De acordo com a referida proposição teórica pós-positivista, o ordenamento jurídico não é composto por um conjunto de normas jurídicas prontas para sua posterior aplicação aos casos futuros. Mais precisamente, o sistema jurídico é visualizado como uma órbita de diversos tipos de critérios

¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 94-99.

¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90. E ainda ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 85: "A ponderação é a forma característica de aplicação dos princípios".

²⁰ ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Porto Alegre: Do Advogado, 2010. p. 65-66: "A justificação ou fundamentação da interpretação escolhida por argumentos deve ser distinguida do processo real de obtenção do resultado. No primeiro caso, trata-se do processo da justificação (process of justification), no segundo, do processo da descoberta (process of discovery). A justificação é uma atividade argumentativa, a descoberta uma psíquica. Sem dúvida, existem entre ambas as atividades conexões estreitas. No primeiro plano da teoria da interpretação jurídica, contudo, está o procedimento argumentativo. Somente ele é acessível intersubjetivamente e, por conseguinte, revisável objetivamente".

²¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 188-191.

de julgamento formais (texto legislativo, jurisprudência e programas governamentais) e materiais (princípios morais/éticos, doutrina técnica e costumes), os quais podem ser invocados como parâmetros para justificar uma decisão, com graus de eficácia e persuasão diferenciados. Outrossim, cabe ao magistrado, diante de um novo problema submetido à análise judicial, iniciar o empreendimento de construir a respectiva resposta, empregando as fontes disponíveis no ordenamento jurídico orbital.²²

De acordo com esta teoria, é possível argumentar que a dificuldade objetiva de cada caso está intrinsecamente conectada com os fatores que impactam na consecução da atividade intelectual de resolução do caso. Outrossim, além da carga moral envolvida, que é um aspecto influenciador do tempo e do esforço necessários para a resolução de um caso, também as dificuldades decorrentes da produção probatória e da análise das possíveis consequências geram impacto psicológico sobre o magistrado, mormente quando demandam uma maior articulação de justificações, consequentemente carregando a tarefa de produção de uma peça processual resolutive.

Além destes elementos objetivos, por outro lado, cabe referir que inúmeros aspectos subjetivos também interferem na categorização da dificuldade do caso, sob a perspectiva do julgador. Com efeito, a capacitação técnica e a disposição física, por exemplo, são caracteres individuais que certamente se projetam no cálculo da dificuldade, os quais, aqui serão apenas mencionados, porquanto a sua mensuração é consideravelmente complicada.

Feitas estas considerações, cabe anotar que a separação entre casos fáceis e difíceis, de acordo com os critérios objetivos antes expostos (cargas moral, probatória e consequencial) são relevantes para auxiliar na gestão de unidades judiciais, dado que impactam na organização da divisão de tarefas e, outrossim, na administração da produção de peças processuais.

Notadamente, Boaventura de Sousa Santos dirigiu ampla pesquisa voltada ao aperfeiçoamento da distribuição da carga de trabalho judicial, oportunidade em que verificou a utilidade de se separar os processos segundo a baixa ou a alta intensidade da atividade decisória a ser desenvolvida, visando a atingir graus maiores de celeridade e de qualidade.²³ Para ele, os litígios de baixa intensidade dizem respeito aos casos fáceis, em que não há

²² ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 198-201.

²³ SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **A geografia da justiça: para um novo mapa judiciário**. p. XL.

considerável grau de incerteza sobre os direitos e as obrigações das partes, com reprodução em massa, repetidamente, perante a jurisdição.²⁴ De outro lado, os litígios de alta intensidade representam o oposto, ou seja, os casos difíceis, em que se apresenta margem de dúvida com relação à extensão e/ou qualidade das prerrogativas dos litigantes, inclusive a justificar expectativas diferentes quanto ao resultado.²⁵

Como se pode perceber, o autor português adere aos conceitos de casos fáceis e difíceis também a constatação empírica de que o primeiro tipo se apresenta em maior número e, geralmente, por provocação de um conjunto de litigantes repetitivos, enquanto o segundo tende a se apresentar em menor frequência. Aqui importa destacar as noções já trabalhadas por Marc Galanter, que identificou os litigantes casuais (*one-shotters*) e os jogadores repetitivos (*repeat players*) conforme a necessidade, os recursos e a disposição para questionar atos e políticas perante a jurisdição.²⁶

Considerando isto, o diagnóstico de Santos é no sentido de que “os tribunais portugueses estão, hoje, tal como no princípio da década de 90, muito ocupados com litígios de baixa intensidade com muitos ‘falsos litígios’, com uma criminalidade de ‘massa’; os quais são compostos, principalmente, por ‘crimes de condução de veículo sem habilitação legal e em estado de embriaguez e, no âmbito da justiça cível, intensamente mobilizados por pessoas coletivas (para a cobrança de dívidas), na sua grande maioria litigantes frequentes’; razão pela qual “aquele padrão de colonização e de mobilização do sistema de justiça afeta, naturalmente, o seu desempenho e constitui uma das razões que impede que uma parte da procura potencial, sobretudo dos cidadãos, mas também das empresas, se transforme em procura efetiva do sistema judicial”.²⁷

A leitura do contexto brasileiro não difere, embora os números reflitam também uma considerável litigiosidade. Segundo os dados coletados

²⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **A geografia da justiça**: para um novo mapa judiciário. p. 651.

²⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **A geografia da justiça**: para um novo mapa judiciário. Disponível em: http://opj.ces.uc.pt/pdf/A_Geografia_da_Justica_Relatorio.pdf. Acesso em 28.08.2018. p. 652.

²⁶ GALANTER, Marc. **Why the haves come out ahead?** Speculation on the limits of legal change. *Law and Society Review*, V.9, n. 2, p. 96-102, 1974-1975. p. 3-9.

²⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **A geografia da justiça**: para um novo mapa judiciário. Disponível em: http://opj.ces.uc.pt/pdf/A_Geografia_da_Justica_Relatorio.pdf. Acesso em 28.08.2018. p. 651-652.

pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o volume total do acervo atingiu mais de 80 (oitenta) milhões de processos em tramitação no final do ano de 2022, com um crescimento da demanda após a pandemia de Covid-19, ao longo dos anos de 2020, 2021 e 2022.²⁸ A participação dos litigantes repetitivos brasileiros, grupo este integrado principalmente por entes políticos (União, Estados e Municípios), instituições financeiras e prestadores de serviços públicos regulados (telefônicas etc.), por outro lado, no ano de 2018, foi estimada em cerca de 40% (quarenta por cento), ou seja, abrange cerca de 32 (trinta e dois) milhões de feitos pendentes de julgamento, consoante informado pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).²⁹

Em razão disto, pode ser relevante estudar a viabilidade de se aplicar no território brasileiro uma das propostas centrais de Santos para o aperfeiçoamento da jurisdição portuguesa, consistente em conferir “tratamento organizacional, tendencialmente diferenciado, dos litígios de baixa intensidade, em especial da ‘litigação de massa’ e de alta intensidade e da pequena e média criminalidade e da criminalidade mais grave”, considerando que “o modelo proposto e as inovações que o integram pressupõem uma circunscrição judicial mais abrangente que possibilite uma gestão de recursos humanos e materiais e uma administração judicial mais flexível e adequada à diferenciação processual dela decorrente”.³⁰

Portanto, resta justificada a utilidade prática da distinção entre casos fáceis (massificados) e difíceis (mais complexos e específicos) também para fins gerenciais, objetivando atingir graus maiores de eficiência, eficácia e qualidade na prestação da tutela jurisdicional.

Em síntese do exposto, adotando como marco teórico a TCD e levando em consideração as constatações de Sousa e Galanter, é possível apresentar quatro graus de dificuldade dos casos, segundo critérios objetivos:

- a) Casos simples massificados, caracterizados por encontrarem soluções uniformizadas no sistema, dependerem de análise de prova simplificada, apresentarem grande incidência numérica e serem

²⁸ CNJ. **Justiça em Números 2023**. Disponível: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf>. Acesso em: 15.09.2023. p. 92.

²⁹ AMB. **Não deixe a justiça parar**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=B1fMnw0wxOg>>. Acesso em: 20.06.2018.

³⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **A geografia da justiça**: para um novo mapa judiciário. p. 652-653.

- passíveis de resolução por mera aplicação de modelos de peças judiciais, sem maior tempo de intervenção humana (exemplo: ações de responsabilidade civil por danos morais decorrentes de inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito);
- b) Casos simples padronizados, caracterizados por encontrarem soluções uniformizadas no sistema, dependerem de análise de prova mais intensa, apresentarem média incidência numérica e serem passíveis de resolução por mera aplicação de modelos de peças judiciais, com moderado tempo de intervenção humana (exemplo: ações de responsabilidade civil por acidente de trânsito);
 - c) Casos complexos típicos, caracterizados por não encontrarem soluções uniformizadas no sistema, apresentarem considerável carga moral, dificuldade probatória e/ou consequências problemáticas, apresentarem baixa incidência numérica e dependerem da elaboração de peças judiciais de modo artesanal, exigindo investimento considerável de intervenção humana; e,
 - d) Casos complexos trágicos, caracterizados por não encontrarem soluções uniformizadas no sistema, apresentarem considerável carga moral, dificuldade probatória e/ou consequências trágicas incontornáveis na sua integralidade, apresentarem baixíssima incidência numérica (são relativamente raros na literatura) e dependerem da elaboração de peças judiciais de modo artesanal exigindo investimento considerável de intervenção humana.

3. CONCLUSÕES

O objetivo deste texto é apresentar os critérios de classificação do grau de dificuldade dos casos judiciais, sob a perspectiva do julgador, considerando as peculiaridades do sistema jurídico brasileiro.

A distinção clássica entre casos fáceis (*easy cases*) e difíceis (*hard cases*), desenvolvida pela doutrina de perfil juspositivista de Hart e Kelsen, está pautada, principalmente, na necessidade de exercício da margem de discricionariedade conferida ao órgão julgador, situação em que ele passa a exercer função legislativa para fixar os exatos contornos da norma jurídica resolutive de determinado caso concreto e, outrossim, recebe o ônus de apresentar motivação mais extensa. Logo, um caso é difícil em decorrência da inexistência de uma regra jurídica clara exposta em um precedente

judicial, embora uma norma jurídica com limites linguísticos muito amplos possa também representar uma dificuldade ao julgador.

As teorias de autores pós-positivistas como Alexy e Dworkin, por outro lado, agregam a informação de que o fator de dificuldade dos casos reside precisamente na complexidade de justificação da ponderação ou do balanceamento dos princípios empregados para a construção da norma jurídica resolutive. Com efeito, para estes autores, a discricionariedade é limitada por diretrizes principiológicas, cuja articulação demanda fundamentação específica.

De outra margem, a Teoria Complexa do Direito (TCD) descreve o fenômeno decisório como um empreendimento voltado à resolução de cada caso concreto, mediante construção argumentativa de uma norma jurídica, a qual se vale da reconstrução dos fatos por aproximação (segundo as provas apresentadas) para posterior articulação dos critérios considerados legítimos (conforme o direito aplicável). De acordo com esta teoria, a dificuldade objetiva de cada caso está intrinsecamente conectada com os fatores que impactam na consecução da atividade intelectual de resolução do caso, exigindo maior grau (e tempo) de intervenção humana. Outrossim, além da carga moral envolvida, que é um aspecto influenciador do tempo e do esforço necessários para a resolução de um caso, também as dificuldades decorrentes da produção probatória e da análise das possíveis consequências geram impacto psicológico sobre o magistrado, mormente quando demandam uma maior articulação de justificações, conseqüentemente carregando a tarefa de produção de uma peça processual resolutive.

Foi mencionado, ainda, que inúmeros aspectos subjetivos também podem interferir na categorização da dificuldade do caso, sob a perspectiva do julgador. Com efeito, a capacitação técnica e a disposição física, por exemplo, são caracteres individuais que certamente se projetam no cálculo da dificuldade, tendo sido aqui apenas mencionados, porquanto consideravelmente complicada a sua mensuração.

Às características objetivas dos casos fáceis e difíceis foram acrescentadas as considerações de Santos e Galanter, no sentido de que o primeiro tipo se apresenta em maior número e, geralmente, por provocação de um conjunto de litigantes repetitivos, enquanto o segundo tende a se apresentar em menor frequência.

Diante destes critérios objetivos, é possível apresentar a seguinte tabela de classificação da dificuldade de casos:

Casos fáceis (Simples, repetitivos ou easy cases)		Casos difíceis (Complexos, específicos ou hard cases)	
Simple massificados	Simple padronizados	Complexos típicos	Complexos trágicos
Repetitivos com análise simples de prova (solução massificada).	Repetitivos com análise detalhada de prova (solução específica).	Específicos em razão da dificuldade probatória, da carga moral ou das consequências políticas.	Específicos em razão da carga moral trágica ou da dificuldade de desvio de consequências desastrosas.
Alta incidência	Média incidência	Baixa incidência	Raros na literatura
Resolução por aplicação de modelos, com baixa grau de intervenção humana.	Resolução por aplicação de modelo, após análise probatória detida, com grau médio de intervenção humana.	Resolução por construção de argumentação específica, com diálogo entre as fontes jurídica, análise de provas e/ou construção de hipóteses de perspectivas futuras, exigindo investimento elevado de intervenção humana.	Resolução por construção de argumentação específica, com diálogo entre as fontes jurídicas, análise minuciosa de provas e/ou construção de hipóteses de perspectivas futuras, exigindo investimento elevado de intervenção humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMB. **Não deixe a justiça parar**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=B1fMnw0wxOg>. Acesso em: 20.06.2018.

CNJ. **Justiça em Números 2023**. Disponível: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf>. Acesso em: 15.09.2023.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge-MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In STRECK, Lenio Luiz. FERRAJOLI, Luigi. TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Do Advogado, 2012.

GALANTER, Marc. **Why the haves come out ahead?** Speculation on the limits of legal change. *Law and Society Review*, V.9, n. 2, p. 96-102, 1974-1975.

HART, H. L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 15 ed. São Paulo: Emais Editora, 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **A geografia da justiça: para um novo mapa judiciário**. Disponível em: http://opj.ces.uc.pt/pdf/A_Geografia_da_Justica_Relatorio.pdf. Acesso em: 28.08.2018.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Casos fáceis ou difíceis sob a perspectiva do julgador. In PIFFER, Carla. OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. LOCCHI, Maria Chiara (org.). **Direito, globalização e transnacionalidade**. T. 4. Itajaí: Univali, 2018. p. 190-201.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz; VIEIRA, Camila Roberta Buzzi. **Gestão processual por triagem complexa**. Florianópolis: EMais, 2023.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Manual de gestão judicial**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

ASPECTOS DESTACADOS DO PROCEDIMENTO DA REMESSA NECESSÁRIA

Pedro Miranda de Oliveira¹

Resumo: Nesse texto são analisados os principais aspectos da remessa necessária, conforme o Código de Processo Civil, com destaque para as novas hipóteses de cabimento e procedimento.

Abstract: In this text, the main aspects of the necessary remittance are analyzed, according to the Civil Procedure Code, with emphasis on the new hypotheses of appropriateness and procedure.

Palavras-Chave: Código de Processo Civil. Remessa necessária. Procedimento. Principais aspectos.

Keywords: Civil Procedure Code. Required remittance. Procedure. Main aspects.

Sumário: 1. Introdução; 2. Cabimento; 3. Procedimento; 3.1. Inadmissão da remessa; 3.2. Apreciação do pedido de tutela provisório; 3.3. Intimação do Ministério Público; 3.4. Julgamento do mérito da remessa; 4. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A remessa necessária, também chamada pela doutrina de reexame obrigatório, remessa ex officio ou duplo grau de jurisdição obrigatório, está

¹ Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela PUC/PR. Professor de Processo Civil nos cursos de graduação, mestrado e doutorado da Faculdade de Direito da UFSC. Coordenador da Pós-Graduação em Advocacia Cível da ESA Nacional. Coordenador da Pós-Graduação em Processo Civil do CESUSC. Presidente da Comissão Especial de Estudos do CPC da OAB Nacional. Presidente do Instituto Catarinense de Direito Processual (ICDP). Secretário-Geral Adjunto do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro efetivo do Instituto Iberoamericano de Direito Processual (IIDP) e da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC). Advogado e consultor jurídico. E-mail: pedro.mirandadeoliveira@hotmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2778014628424627>

prevista no art. 496 do CPC, o qual prescreve que está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença (I) proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público ou (II) que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

A remessa necessária não tem natureza jurídica de recurso por lhe faltar tipicidade (não está elencado no rol do art. 994 do CPC), voluntariedade (a remessa é feita pelo próprio juiz, sem manifestação do vencido), tempestividade (não há prazo para a remessa), dialeticidade (independe de apresentação de razões recursais e por isso fica prejudicado o contraditório), legitimidade e interesse em recorrer (o juiz não é parte legítima, tampouco tem interesse em recorrer) e o preparo (que inexistente na remessa).

Trata-se de condição de eficácia da sentença, pois a revisão da decisão pelo segundo grau de jurisdição é requisito necessário para o trânsito em julgado da decisão.²

2. CABIMENTO

O instituto se aplica às decisões de mérito proferidas contra a União, os Estados, os Municípios e as respectivas autarquias e fundações de direito público, aqui também incluídas as agências por serem autarquias especiais, excluídas as empresas públicas ou sociedades de economia mista.³ Em suma, decisões de mérito proferidas em desfavor do Poder Público estarão sujeitas ao reexame necessário.⁴

O § 1.º do art. 14 da Lei nº 12.016/2009, porém, estabelece que haverá remessa necessária se houver a concessão da segurança, independentemente da condição da parte que ocupa o polo passivo da demanda, ainda que se

² CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Da remessa necessária. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 279, p. 67-113, mai. 2018. p. 68. Em sentido contrário, porém, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha entendem que o reexame necessário tem natureza jurídica de recurso de ofício, pois nele há provocação e impugnação, assim como nos recursos, sendo que o impulso é feito pelo juiz em sentença e ocasiona a incidência da norma que impõe a impugnação (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Remessa necessária*. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Fazenda Pública**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, p. 169-191, 2016. p. 176

³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Remessa necessária*. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Fazenda Pública**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, p. 169-191, 2016. p. 177-178.

⁴ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Da remessa necessária. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 279, p. 67-113, mai. 2018. p. 78.

trate de empresa pública ou sociedade de economia mista.⁵ Há ainda outras hipóteses previstas em legislação esparsa, como a remessa necessária em caso de sentença que concluir pela carência de ação ou pela improcedência em ação popular, nos termos do art. 19 da Lei nº 4.717/1965.

Assim, qualquer decisão de mérito proferida contra a Fazenda Pública, tenha ou não conteúdo econômico, há de se submeter à remessa necessária, ressalvadas as hipóteses de dispensa que constam dos §§ 3º e 4º do art. 496 do CPC.⁶ As referidas hipóteses de dispensa do reexame necessário se dão de acordo com o valor da condenação imposta à Fazenda Pública ou o fundamento da sentença, conforme se verá a seguir.

3. PROCEDIMENTO

3.1. Análise da admissibilidade da remessa

Assim como incumbe ao relator “não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida”,⁷ também deve o relator não conhecer do reexame de sentença à qual a lei não impôs tal condição de eficácia – evitando assim a tramitação desnecessária do processo nos tribunais –, bem como do reexame que estiver prejudicado.

De início, ressalta-se que a terceira hipótese prevista no art. 932, III, do CPC, acerca de ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão, é inaplicável ao reexame necessário, por não se tratar de recurso e não ser exigido o requisito da dialeticidade, já que a remessa independe de apresentação de razões recursais.

Como apontado no item anterior, existem algumas hipóteses em que a sentença estará dispensada do reexame necessário, casos nos quais, não havendo interposição de recursos, a sentença transitará em julgado e passará a produzir todos os seus efeitos.

⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Da remessa necessária. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1.394-1.402, 2016. p. 1.397.

⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Remessa necessária. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Fazenda Pública**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, p. 169-191, 2016. p. 179.

⁷ Art. 932. Incumbe ao relator: [...] III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

O § 3º do art. 496 determina que não haverá remessa obrigatória quando a condenação ou o proveito econômico da causa for inferior a: (i) mil salários-mínimos para União e respectivas autarquias e fundações de direito público; (ii) quinhentos salários-mínimos para os Estados, Distrito Federal, suas respectivas autarquias e fundações de direito público, e capitais dos Estados; (iii) cem salários-mínimos para os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público. Isso, é claro, para as condenações líquidas e de valor certo, às sentenças ilíquidas proferidas contra a Fazenda Pública não se dispensa o reexame necessário, ao menos não por este critério.⁸

Por outro lado, independentemente do valor da condenação, seja líquida ou ilíquida, o § 4º do art. 496 prevê os casos em que a sentença, por estar fundada em certos padrões decisórios, não está sujeita à remessa necessária. Assim, se a sentença proferida contra a Fazenda Pública estiver fundada em (I) súmula de tribunal superior, (II) acórdão proferido pelo STF ou STJ em julgamento de recursos repetitivos, (III) entendimento firmado em IRDR ou IAC, ou (IV) entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, haverá dispensa do reexame necessário.

Ao proferir uma decisão que se enquadre nas hipóteses previstas nos incisos I e II do art. 496 do CPC, o juiz deverá determinar, expressamente, a remessa do processo ao tribunal ao qual esteja vinculado. Caso haja omissão, poderá o presidente do tribunal, de ofício ou a requerimento de qualquer uma das partes, avocar os autos e determinar sua distribuição a um relator que ficará responsável pelo trâmite do processo no tribunal, nos termos do art. 496, § 1º, parte final, do CPC.⁹ Poderá, ainda, o próprio juiz suprir a omissão, de ofício ou a requerimento, e determinar a remessa dos autos a qualquer momento.

Há ainda outra maneira do reexame necessário chegar ao tribunal. Se o juiz, fundamentadamente, declarar na sentença que há dispensa de reexame naquele caso, de acordo com as hipóteses previstas nos §§ 3º e 4º do art. 496 do CPC, e houver discordância da Fazenda Pública, esta poderá interpor recurso de apelação e expor em suas razões recursais os motivos

⁸ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Da remessa necessária. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 279, p. 67-113, mai. 2018. p. 80.

⁹ ZENKNER, Marcelo. O (velho) reexame necessário no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Fazenda Pública*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, p. 441-454, 2016. p. 444.

pelos quais aquela decisão merece ser objeto de reexame necessário.¹⁰ Assim, o processo seguirá ao tribunal, em razão da interposição de recurso, porém colocará também a hipótese de reexame necessário sob o crivo do tribunal.

Em todos os casos acima, deverá o relator, após a distribuição do processo, analisar o cabimento do reexame necessário, verificando se de fato a decisão proferida se encaixa nos casos previstos nos incisos I e II e ao mesmo tempo não está contida naqueles previstos nos §§ 3º e 4º, todos do art. 496 do CPC.

Desse modo, se os autos forem equivocadamente remetidos ou avocados ao tribunal nos casos em que proferida sentença enquadrada nas hipóteses de dispensa, deverá o relator, desde logo, inadmitir a remessa monocraticamente, com fulcro no art. 932, inciso III, do CPC. “O relator, desta forma, exerce um juízo de admissibilidade, uma vez que a matéria não poderá ser devolvida (em sentido pleno) ao tribunal”.¹¹

Ademais, a análise do enquadramento ou não da sentença às hipóteses de dispensa não exige grandes esforços interpretativos, pois os requisitos estão expressamente dispostos no art. 496, §§ 3º e 4º, do CPC, não reclamando, portanto, manifestação de todo um colegiado, com a ocupação de espaço em sessão de julgamento que poderia ser mais bem utilizado para o julgamento de outro processo.

Da mesma forma, as hipóteses previstas nos incisos do art. 927, para além daquelas também previstas no § 4º do art. 496, quais sejam decisão em controle concentrado de constitucionalidade, súmula vinculante e orientação do plenário ou órgão especial dos tribunais, também são causa de dispensa do reexame quando a sentença estiver neles fundada, pois se tratam de padrões decisórios, os quais, pela própria dicção do caput do art. 927, devem ser observados pelo juízes e tribunais, entre estes o relator.¹²

Conforme coloca Luiz Henrique Volpe Camargo, “o rol de padrões decisórios descritos no § 4º do art. 496 não pode ser aplicado isoladamente, mas, sim, de forma integrada com o art. 927, que elenca lista mais ampla de

¹⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Remessa necessária. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Fazenda Pública**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, p. 169-191, 2016. p. 189.

¹¹ CARVALHO, Fabiano. Os poderes do relator no reexame necessário. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 115, p. 229-247, mai. 2004. p. 240.

¹² Sobre o art. 927 do CPC, o Enunciado 170 do FPPC assim dispõe: “As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”.

padrões decisórios vinculantes, e que, por isso mesmo, também tem a força de dispensar a remessa necessária. Assim, a parcial falta de simetria entre o rol do § 4º do art. 496 com o rol do art. 927 não é fator de redução da força exercida pelos padrões decisórios descritos nos incisos I e V do art. 927”.¹³

De outro lado, Fabiano Carvalho levanta a hipótese do reexame necessário estar prejudicado, pois a Lei nº 9.469/1997 determina que o Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, fundações e empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos em juízo, nas causas de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).¹⁴ Assim, se houver acordo nesses casos, quando o processo já estiver no tribunal para o reexame necessário, deverá o relator não conhecer da remessa, por estar prejudicada.

Conclui-se, portanto, que caberá ao relator não conhecer do reexame necessário, com fulcro no art. 932, III, do CPC, sob duas perspectivas.

A primeira é pela inadmissibilidade do reexame necessário, quando estiver expressamente dispensado pelo § 3º do art. 496 CPC, com fundamento no valor da condenação contra a Fazenda Pública, ou pelo § 4º do mesmo dispositivo, em razão da sentença estar fundada nos padrões decisórios ali elencados, quais sejam (I) súmula de tribunal superior, (II) acórdão proferido pelo STF ou STJ em julgamento de recursos repetitivos, (III) entendimento firmado em IRDR ou IAC, ou (IV) entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público. Ainda, em razão de sua inadmissibilidade, quando a sentença estiver de acordo com as hipóteses previstas nos incisos do art. 927 do CPC, ainda que não inseridas no rol do § 4º do art. 496 do CPC, quais sejam decisão em controle concentrado de constitucionalidade, súmula vinculante e orientação do plenário ou órgão especial dos tribunais. A segunda é por estar o reexame prejudicado em razão de acordo realizado entre as partes e homologado em juízo.

3.2. Apreciação do pedido de tutela provisória

Assim como no caso de interposição de recurso de apelação contra sentença, nos casos de reexame necessário os efeitos da decisão ficam

¹³ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Da remessa necessária. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 279, p. 67-113, mai. 2018. p. 108.

¹⁴ CARVALHO, Fabiano. Os poderes do relator no reexame necessário. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 115, p. 229-247, mai. 2004. p. 242.

suspensos até julgamento pelo tribunal. Na apelação fala-se de efeito suspensivo (art. 1.012, caput, CPC), enquanto no reexame a própria natureza jurídica do instituto impede, além do trânsito em julgado, a produção de efeitos imediatos da sentença.

A apelação, no entanto, não terá efeito suspensivo nas hipóteses elencadas no § 1º do art. 1.012 do CPC, casos nos quais o apelado poderá requerer a concessão de efeito suspensivo, nos moldes previstos no § 3º daquele artigo, desde que demonstrada “a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação”, conforme previsto no § 4º do mesmo artigo.

Não há expressa previsão legal para aplicação das hipóteses previstas no § 1º do art. 1.012 do CPC à remessa necessária, casos nos quais não haveria suspensão dos efeitos da sentença. Todavia, há casos em que mesmo com previsão de reexame necessário a sentença poderá gerar efeitos imediatos. O reexame necessário poderá impedir a produção de efeitos naqueles casos em que contra a sentença também caiba recurso com efeito suspensivo.¹⁵ Caso contrário, se o recurso cabível contra a sentença tiver apenas efeito devolutivo, da mesma forma o reexame necessário não impedirá a eficácia da decisão.¹⁶

Com efeito, a Lei nº 12.016/2009, em seu artigo 14, §§ 1º e 3º, apesar de impor o reexame necessário a todas as sentenças que concedem a segurança, também prevê a possibilidade de execução provisória, com exceção dos casos em que for vedada a concessão de liminar.¹⁷ Ou seja, em mandado de segurança, quando proferida sentença concessiva, há previsão legal expressa de produção imediata de efeitos da sentença, a qual poderá ser objeto de execução provisória, ainda que haja interposição de recurso de apelação e reexame necessário.

Nessa situação específica, nasce a possibilidade daquele que está no polo passivo do mandado de segurança requerer ao tribunal responsável pela reanálise da sentença a concessão de efeito suspensivo, a fim de que a decisão não comece a surtir efeitos, à semelhança do que prevê o art. 1.012, § 4º, do CPC, para o caso de apelação.

¹⁵ ZENKNER, Marcelo. O (velho) reexame necessário no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Fazenda Pública**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, p. 441-454, 2016. p. 445.

¹⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Remessa necessária. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Fazenda Pública**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, p. 169-191, 2016. p. 184.

¹⁷ ZENKNER, Marcelo. O (velho) reexame necessário no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Fazenda Pública**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, p. 441-454, 2016. p. 444.

Além da suspensão de segurança, é possível pedir ao relator da remessa necessária a concessão do pretendido efeito suspensivo. Aqui há de se aplicar, por analogia, o disposto no § 3º do art. 1.012 do CPC. A remessa necessária, que é um recurso de ofício, rege-se, por analogia, pelas normas aplicáveis à apelação. Na remessa necessária, o pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser formulado por requerimento dirigido ao tribunal, no período compreendido entre a prolação da sentença e a distribuição da remessa, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-la. Se a remessa necessária já tiver sido distribuída, o pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser formulado por requerimento dirigido ao relator. Ressalta-se que o pedido de efeito suspensivo e a suspensão de segurança, por terem fundamentos diversos, são medidas igual e simultaneamente cabíveis, sendo que um pedido não impede o outro.¹⁸

Desse modo, caberá ao relator analisar em sede de reexame necessário de sentença concessiva de segurança o pedido incidental de concessão de efeito suspensivo, formulado por eventual prejudicado em execução provisória, com espeque no poder definido no art. 932, II, do CPC.

3.3. Intimação do Ministério Público

Conforme previsto no art. 178, caput e incisos I, II e III, do CPC, o Ministério Público deve ser intimado para intervir como fiscal da lei nas hipóteses legais – como por exemplo no mandado de segurança –, ou constitucionais, e nos processos que envolvam interesse público ou social, interesse de incapaz, e litígios coletivos pela posse de terra urbana ou rural.

Nesses casos o Ministério Público deverá ser intimado de todos os atos do processo, pois a falta de intimação nos casos de intervenção obrigatória acarreta vício na forma do processo, o que poderá levar à invalidade dos atos processuais praticados a partir do momento em que o Ministério Público deveria ter sido intimado, caso haja prejuízo (art. 279).¹⁹

Em sede de reexame necessário a referida intimação é imprescindível, pois sempre haverá interesse público nas demandas cujas decisões de mérito estão submetidas ao reexame, em razão da presença no polo passivo

¹⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Remessa necessária. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Fazenda Pública**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, p. 169-191, 2016. p. 185.

¹⁹ SILVEIRA, Marcelo Augusto da. **Recursos, sucedâneos recursais e ações autônomas de impugnação no Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 125.

da demanda de algum ente do Poder Público. Ainda que tenha havido manifestação do Parquet em primeiro grau de jurisdição, deverá ser intimado também o Ministério Público em segundo grau de jurisdição, a fim de manifestar-se especificamente sobre o reexame necessário.

3.4. Julgamento do mérito da remessa

Logo que adveio a Lei nº 9.756/1998, a jurisprudência do STJ vacilou quanto à aplicação do art. 557 do antigo CPC/1973 à remessa necessária.

O posicionamento dominante era no sentido de que “o ‘novo’ art. 557 do CPC/1973 alcançava os recursos arrolados no art. 496 do CPC/1973, bem como a remessa necessária prevista no art. 475 do CPC/1973. Por isso, se a sentença estivesse em consonância com a jurisprudência do tribunal de segundo grau e dos tribunais superiores, poderia o próprio relator efetuar o reexame obrigatório por meio de decisão monocrática”.²⁰ Entretanto, subsistia o entendimento de que “a extensão normativa do disposto no art. 557, CPC é limitada em havendo necessidade de exame da remessa de ofício, procedida pelo colegiado”.²¹

Essa última posição enfraqueceu-se em detrimento da primeira, o que culminou na edição da Súmula 253 do STJ, com o seguinte teor: “O art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário”.

Já sob a vigência do novo Código de Processo Civil, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha também defendem que “a remessa necessária pode ser julgada apenas pelo relator, se configurada uma das hipóteses relacionadas no art. 932, IV e V (Súmula STJ, nº 253)”, sendo que a Súmula 253 do STJ se mantém, apenas com a alteração do número do dispositivo legal, pois o art. 557 era o equivalente ao atual art. 932.²²

O art. 932, inciso IV, do CPC determina que cabe ao relator negar provimento a recurso que for contrário a súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal, a acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos, ou a entendimento firmado em IRDR ou IAC.

²⁰ STJ, 2ª Turma, **REsp 155.656-BA**, rel. Min. Adhemar Maciel, DJU 06/04/1998.

²¹ STJ, 6ª Turma, **REsp 153.300-AL**, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 25/02/1998.

²² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Remessa necessária. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Fazenda Pública**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, p. 169-191, 2016. p. 184.

A única hipótese de julgamento monocrático de mérito para manutenção da sentença (art. 932, IV, do CPC) que não está igualmente contemplada nas hipóteses de dispensa do reexame necessário com base em precedentes (art. 496, § 4º, do CPC) é a de sentença fundada em súmula do tribunal local.

Assim sendo, nos casos em que a sentença já estiver devidamente fundada em súmula dos Tribunais Superiores, acórdão proferido em julgamento de recursos repetitivos ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou, ainda, em entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa, a remessa estará dispensada, de acordo com o art. 496, § 4º, do CPC, devendo ser inadmitida monocraticamente, com fulcro no art. 932, III, do CPC, caso haja remessa equivocada dos autos ao tribunal.

De outro lado, se a sentença estiver fundada em súmula do próprio tribunal local, não haverá dispensa da remessa necessária, pois não há esta previsão no art. 496, § 4º, do CPC ou no art. 927 do CPC, e caberá ao relator decidir monocraticamente o mérito do reexame, com fulcro no art. 932, IV, alínea ‘a’, do CPC.

Cabe ressaltar neste ponto que súmula do tribunal que autoriza o julgamento monocrático de mérito é somente aquela que versar sobre direito local, pois firmar entendimento sobre esta matéria é de competência do tribunal. “Nessa linha, tem-se que súmula local sobre direito constitucional ou federal não faz incidir as alíneas ‘a’ dos incisos IV e V, do artigo 932 do CPC, devendo, portanto, a questão ser levada inexoravelmente ao órgão colegiado”.²³

O fato de o tribunal local ter editado súmula sobre determinada matéria não dá ao relator poderes para negar provimento ao recurso, se o STJ, por exemplo, ainda não pacificou seu posicionamento sobre o assunto. Afinal, não tem sentido o relator, no tribunal de segundo grau, utilizar poderes monocráticos para ajustar uma decisão conforme a súmula local, mas desconforme com o posicionamento dos Tribunais Superiores.

²³ SOUZA, Harlen Marcelo Pereira de; AMARAL, Jasson Hibner. A importância para a Fazenda Pública do julgamento monocrático pelo relator: celeridade processual, segurança jurídica e eficiência na resolução de demandas em massa. A necessidade de interpretação restritiva do art. 932 do CPC/2015 enquanto perdurar o atual entendimento do STF sobre causa decidida em última instância. In: In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Fazenda Pública**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, p. 225-249, 2016. p. 236.

Em outras palavras, haverá quebra de ordem constitucional, justamente em razão da usurpação de competência dos Tribunais Superiores. Nem se diga que o texto da lei confere poderes ao tribunal local. Ao prever que possa o relator desprover recurso que confronte súmula do respectivo tribunal, a lei somente pode querer referir-se à hipótese de existir súmula que não colida com aquilo que também no STJ e no STF se tiver entendido como tal.²⁴

Portanto, a orientação prevalecente nas Cortes Superiores constitui pressuposto para o ingresso no exame de mérito em segundo grau de jurisdição, o que significa dizer que o relator não pode valer-se apenas da orientação sumulada do seu próprio tribunal. Isso, pela simples razão de que, se adotasse a jurisprudência local (contrária ao entendimento dos Tribunais Superiores), o relator estaria, obviamente, emitindo pronunciamento inútil, sob o ponto de vista prático. Mais ainda. A decisão será passível de reforma, acarretando à parte o ônus processual de interpor agravo interno e, eventualmente, recurso extraordinário e/ou especial, para fazer valer entendimento já sedimentado nas Cortes Superiores, e que deve prevalecer sempre.

Destarte, aplicando-se as previsões contidas nos artigos 496, § 4º, 932, IV, e 927, do CPC, tem-se que o reexame necessário, para além das hipóteses de inadmissão por decisão monocrática do relator já apresentadas em item anterior, deverá ser objeto de julgamento monocrático de mérito, com manutenção da decisão objeto de reexame, apenas quando a sentença estiver de acordo com súmula do próprio tribunal em matéria local, pois em todos os demais casos de precedentes previstos no art. 932, IV, e no art. 927, a remessa necessária é dispensada, devendo portanto ser inadmitida de plano.

Como já mencionado, sob a vigência do CPC/2015 mantem-se o entendimento firmado na Súmula 253 do STJ, apenas com a alteração do número do dispositivo legal, pois o art. 557 era o equivalente ao atual art. 932.

Dessa maneira, assim como cabe ao relator, com fulcro no art. 932, IV, do CPC, negar provimento à remessa em decisão monocrática, cabe a ele também dar provimento à remessa monocraticamente, nos termos do art. 932, V, do CPC.

No caso de julgamento de recurso, há uma visível distinção entre os incisos IV e V do referido dispositivo legal. Apenas no inciso V, que trata

²⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 100, p. 81-87, out./dez. 2000. p. 84.

da possibilidade de dar provimento ao recurso monocraticamente, há a obrigatoriedade de oportunizar ao recorrido a apresentação de contrarrazões. É que se o relator der provimento ao recurso, reformará a decisão impugnada, o que por certo exige prévia manifestação do recorrido, o qual será diretamente prejudicado pela decisão do relator. Já no caso de negar provimento ao recurso, estar-se-á mantendo a decisão, o que por certo não trará prejuízo ao recorrido, ficando dispensada a sua manifestação.

Todavia, no caso de reexame necessário, não há falar em contrarrazões em nenhum dos dois casos. É que, como também já dito, a remessa necessária não é recurso. Logo, não há razões recursais, o que leva também à inexistência de contrarrazões.

É certo que às partes não é vedado atuar durante o julgamento do processo. No entanto, em se tratando de reexame, o novo julgamento será realizado a partir da fundamentação constante nas peças processuais apresentadas durante a tramitação do processo em primeiro grau, como a petição inicial, a contestação, a impugnação à contestação e as razões finais, caso existentes.²⁵

Portanto, o relator poderá dar provimento à remessa monocraticamente, em decisão favorável à Fazenda Pública, sem a exigência de intimação da parte contrária para apresentação de contrarrazões, sem que isso implique em violação ao contraditório.

Verificado pelo relator que a sentença objeto de reexame é contrária a súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal, a acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos, ou a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) ou de assunção de competência (IAC), deverá dar provimento à remessa de forma monocrática para reformar a sentença, adequando-a ao parâmetro decisório aplicável ao caso.

Da mesma forma, as hipóteses previstas nos incisos do art. 927, para além das acima elencadas, previstas no art. 932, V, quais sejam decisão em controle concentrado de constitucionalidade, súmula vinculante e orientação do plenário ou órgão especial dos tribunais, também devem servir como fundamento para o provimento monocrático da remessa, pois se referem a padrões decisórios que devem ser observados pelos juízes e tribunais (entre estes, o relator).

²⁵ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Da remessa necessária. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 279, p. 67-113, mai. 2018. p. 100.

De acordo com Hermes Zaneti Jr., “o STF, quando decidir em recurso extraordinário (sempre pelo plenário) sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinado dispositivo, formará um precedente que se aplicará a todos os juízes e tribunais (art. 927, V). Também para o relator, como membro do tribunal, esse precedente será aplicável. O STJ, para além das súmulas, quando decide em matéria de lei federal infraconstitucional, por decisão da Corte Especial ou por matéria de especialidade de uma de suas Sessões, forma um precedente que vinculará todos os juízes e tribunais (art. 927, V), também vinculando o relator”.²⁶

Assim sendo, se o relator está autorizado a proferir decisão unipessoal para dar provimento a recurso – ou à remessa necessária como defendido neste texto – com base nos padrões decisórios indicados no inciso V do art. 932, também deverá decidir monocraticamente com fundamento nos demais padrões decisórios previstos nos incisos I, II e V do art. 927.

Ressalta-se que o relator apenas poderá decidir unipessoalmente com base nos padrões decisórios citados para aplicar o entendimento firmado, reformando a sentença para adequá-la ao padrão. Se entender que o caso não se adequa à tese fixada nas decisões e súmulas referidas, deverá elaborar voto fundamentando a divergência e encaminhar o processo para julgamento pelo colegiado. O objetivo é promover de forma mais rápida e menos burocrática a proteção das teses firmadas naqueles padrões decisórios, e não permitir ao relator unipessoalmente divergir daqueles entendimentos.

Da decisão singular do relator caberá agravo interno (CPC, art. 1.021).

Não sendo o caso de julgamento monocrático, a remessa necessária será julgada pelo órgão colegiado, respeitando o procedimento previsto na ordem dos processos nos tribunais (CPC, art. 929 e seguintes). Do acórdão caberá recurso excepcional (RE e/ou REsp) para os Tribunais Superiores.

4. CONCLUSÃO

A análise desenvolvida neste ensaio reflete a importância de se aliar o estudo do processo civil ao exame das práticas arraigadas nos tribunais. O atual panorama, nesses seis anos de vigência do CPC/2015, reflete mudanças

²⁶ ZANETI JR., Hermes. Poderes do relator e precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga (Coord.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no Código de Processo Civil/2015**. São Paulo: RT, 2017. p. 288.

sensíveis no processamento dos meios de impugnação nos tribunais locais, a exigirem especial atenção.

Como já dizia Piero Calamandrei, o problema da reforma das leis é, antes de tudo, um problema de homens, no sentido de que a estes cabe dar vida à nova lei. Em outras palavras, tal tarefa depende especialmente da inteligência e da boa vontade de “duas categorias de pessoas, os magistrados e os defensores, que deverão ser, não só os custódios, senão os animadores, e, quase poderíamos dizer, os criadores do novo processo civil”.²⁷

Dessa forma, esperamos que os tribunais consigam extrair da norma objeto deste breve estudo o máximo de proveito, atingindo resultados capazes de responder aos anseios da sociedade brasileira.

Enfim, se o presente ensaio ensejar reflexão em torno do assunto, já terá atingido seu objetivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. v. 1. Barbiery. Campinas: Book-seller, 1999.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Da remessa necessária. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 279, p. 67-113, mai. 2018.

CARVALHO, Fabiano. Os poderes do relator no reexame necessário. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 115, p. 229-247, mai. 2004.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Da remessa necessária. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1.394-1.402, 2016.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Remessa necessária. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Fazenda Pública**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, p. 169-191, 2016.

SILVEIRA, Marcelo Augusto da. **Recursos, sucedâneos recursais e ações autônomas de impugnação no Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, 2020.

SOUZA, Harlen Marcelo Pereira de; AMARAL, Jasson Hibner. A importância para a Fazenda Pública do julgamento monocrático pelo relator: celeridade processual, segurança jurídica e eficiência na resolução de demandas em massa. A necessidade de interpretação restritiva do art. 932 do CPC/2015 enquanto perdurar o atual

²⁷ CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. v. 1. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999. p. 333.

entendimento do STF sobre causa decidida em última instância. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Fazenda Pública**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, p. 225-249, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 100, p. 81-87, out./dez. 2000.

ZANETI JR., Hermes. Poderes do relator e precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga (Coord.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no Código de Processo Civil/2015**. São Paulo: RT, 2017.

ZENKNER, Marcelo. O (velho) reexame necessário no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Fazenda Pública**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, p. 441-454, 2016.

A REBELIÃO DA REVELIA: os contornos do instituto à luz das normas fundamentais do CPC/2015

Flávia Pereira Hill¹

Resumo: O presente artigo possui como finalidade a análise dos novos contornos do instituto da revelia à luz das normas fundamentais trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015. Nessa empreitada, buscou-se interpretar evolutivamente a revelia no Direito Processual Civil brasileiro projetando a análise do tema desde uma concepção histórica até seus desdobramentos fáticos atuais.

Abstract: This article aims to analyze the new contours of the institute of default judgment considering the fundamental norms introduced by the Código de Processo Civil de 2015. In this endeavor, we sought to interpret the evolution of default judgment in Brazilian Civil Procedure Law, tracing the analysis of the topic from a historical perspective to its current factual developments.

Palavras-Chave: Revelia. Novos contornos. Normas fundamentais.

Keywords: Default Judgment. New Contours. Fundamental Norms.

Sumário: 1. Introdução: conhecendo as molas mestras do Processo Civil sob as lentes da revelia; 2. Breve esboço histórico da revelia; 3. Direito de defesa enquanto projeção do direito de ação e o seu impacto no estudo da revelia; 4. O direito probatório e a revelia; 4.1. A relação entre verdade e justiça e o seu reflexo na revelia: a exigência de verossimilhança das alegações de fato tecidas pelo autor; 4.2. Comunhão, aquisição processual e incidibilidade

¹ Doutora e Mestre em Direito Processual pela UERJ. Professora Associada de Direito Processual Civil da UERJ e da UNESA. Pesquisadora Visitante da Università degli Studi di Torino, Itália. Delegatária de cartório extrajudicial no Estado do Rio de Janeiro. E-mail: flaviapereirahill@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0741858356618963> ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5431-9154>

da prova e poder instrutório do juiz; 5. Flexibilização e adaptabilidade procedimental; 6. Conclusões. Referências bibliográficas.

“Se tudo o que há é mentira,
É mentira tudo o que há.
De nada nada se tira,
A nada nada se dá.

Se tanto faz que eu suponha
Uma coisa ou não com fé,
Suponho-a se ela é risonha,
Se não é, suponho que é.

Que o grande jeito da vida
É pôr a vida com jeito.
Fana a rosa não colhida
Como a rosa posta ao peito.

Mais vale é o mais valer,
Que o resto urtigas o cobrem.
E só se cumpra o dever
Para que as palavras sobrem.”
(Fernando Pessoa)

1. INTRODUÇÃO: conhecendo as molas mestras do Processo Civil sob as lentes da revelia

Revel seria. Revel seria, etimologicamente, o réu rebelde, ou seja, aquele que, embora regularmente citado, rebela-se, deixando de apresentar contestação no prazo previsto em lei².

Tendo em vista que a configuração da revelia do réu lhe impõe efeitos negativos, em maior ou menor escala, conforme as especificidades da causa e a legislação em vigor, tendo, pois, o inegável potencial de interferir negativamente, em alguma medida, “em sua sorte” no resultado do processo, trata-se de um instituto, a um só tempo, clássico e sempre atual – além de justificadamente “temido” por aqueles que ocupam o polo passivo, seja em virtude da demanda original, seja de eventual reconvenção.

² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense. Atualização legislativa de Sergio Bermudes. 2001. p. 192.

A revelia - e o tratamento a ela dispensado pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência de dado país e em dado momento histórico - enfeixa em si uma pluralidade de princípios e valores da mais elevada envergadura, dentre os quais podemos destacar, desde já, contraditório, ampla defesa, direito à prova, isonomia e paridade de armas, instrumentalidade das formas, flexibilização procedimental, cooperação e, em última análise, a forma com que se concebe o próprio escopo principal do Direito Processual Civil em cada época, cultura e região.

Entendemos, pois, que não seria exagerado afirmar que a análise dos contornos dados à revelia pelo legislador, pela doutrina e pelos tribunais de dado país traz um importante indicativo acerca do maior ou menor compromisso, em cada quadra histórica, com valores como participação democrática no processo e com um resultado justo na prestação jurisdicional.

O objetivo do presente estudo consiste em, nos estreitos limites de um artigo científico, interpretar evolutivamente os contornos da revelia no Direito Processual Civil brasileiro.

2. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DA REVELIA

As Ordenações Afonsinas, no Livro II, Título 81 e as Ordenações Manuelinas, no Livro III, Título 63 previam que revel seria o réu que não comparecesse em juízo nem por si, nem por seu procurador³. Por conseguinte, o réu que se fizesse representar nos autos não seria considerado revel.

O CPC/1939, por seu turno, no artigo 34, dispôs que seria considerado revel o réu citado que não apresentasse defesa no prazo legal. Com isso, o CPC/1939 passou a exigir a apresentação de qualquer modalidade de defesa pelo réu, a fim de obstar a configuração de sua revelia. Sendo assim, a mera constituição de advogado nos autos já não possuía o condão de afastar a revelia, segundo a previsão legal vigente à época. Por outro lado, o comparecimento do réu nos autos para arguir suspeição ou impedimento do juiz ou incompetência do juízo, ou seja, outras modalidades de defesa que não propriamente a contestação, bastariam para desconfigurar a revelia, sob o pálio da codificação de 1939.

Contudo, o CPC/1973, ao alocar o artigo 319 logo ao início do Capítulo III, precisamente intitulado “A Revelia”, passou, a nosso juízo, a vincular

³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense. Atualização legislativa de Sergio Bermudes. 2001. p. 32.

o conceito de revelia à condição de o réu deixar de oferecer uma específica modalidade de defesa no prazo e na forma previstos em lei: a contestação.

O CPC/2015, por sua vez, nos parece tornar a vinculação entre revelia e ausência de contestação tempestiva e regular igualmente clara, ao dispor textualmente, no artigo 344, que o réu será considerado revel se não contestar a ação⁴⁻⁵.

Com efeito, entendemos que contumácia é gênero, correspondendo ao não-comparecimento da parte em juízo ou à inatividade processual⁶, do qual revelia é espécie⁷, caracterizando-se esta, segundo o ordenamento

⁴ A definição dos efeitos decorrentes do não-comparecimento do réu mudou substancialmente ao longo dos tempos, conforme se extrai a partir do seguinte trecho das lições de Pontes de Miranda: “No procedimento romano *in iure*, se o réu não comparecia, isto é, se se recusava à obrigação de cooperar com a *litiscontestatio*, portanto ao seu dever de defesa, ou de intervir na causa, o autor tomava posse dos bens (*missio in bona*) e até exercia a *venditio bonorum*. Se o procedimento era *in iudicio*, vencia a parte que comparecia (*lite deserta*). No procedimento extraordinário, a que não se exigia *litiscontestatio*, declarava-se contumaz o demandado inativo: triunfava a parte presente *si bonam causam habuit*. Justiniano deu grande importância à *litiscontestatio*: se o demandado inativo reincidia, decretava-se a *missio in possessionem bonorum*, a favor do autor *pro modo debiti probati*. No direito canônico, antes de haver *litiscontestatio* não se podia proferir sentença sobre o mérito; mas a Clementina Saepe, de 1306, suprimiu a necessidade da *litiscontestatio*. O *Jüngster Reichsabschied* de 1654 afastou a situação em que ficava o autor de ter de valer-se da *missio* ou de medidas, considerando-o como quem tem contestação e permitindo a sentença sobre o mérito. A Ordenação Geral Prussiana (I, 8, §10) de 1793 saiu da ficção da *litiscontestatio* negativa para a que se chamou *litiscontestatio* afirmativa: a contumácia é confissão e serve à condenação”. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense. Atualização legislativa de Sergio Bermudes. 2001. p. 198.

⁵ Subsiste a importância da discussão, em razão de o artigo 343, §6º, do CPC/2015 ressaltar expressamente que o réu pode oferecer reconvenção, independentemente do oferecimento de contestação, por conseguinte, em separado. No que concerne à arguição de incompetência absoluta ou relativa do juízo, impedimento ou suspeição do juiz, impugnação ao valor da causa e à gratuidade de justiça, o artigo 337 do CPC/2015 prevê que deverá ser realizada no bojo da própria peça da contestação. Desse modo, sob o aspecto prático, a peça de contestação terá sido formalmente ofertada caso o réu a apresente para arguir quaisquer das matérias elencadas no artigo 337 do CPC/2015, razão pela qual, no nosso entender, não estará presente o requisito expressamente exigido pelo artigo 344 do CPC/2015 para a configuração da revelia, qual seja, a ausência de oferecimento da peça de contestação tempestiva e regular. Por outro lado, caso seja ofertada apenas a peça independente de reconvenção, na forma do artigo 343, §6º, do CPC/2015, sem que a peça de contestação tenha sido apresentada, estará presente o requisito para decretação da revelia.

⁶ REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume II. 3. Ed. São Paulo: Saraiva. 1953. P. 110.

⁷ No mesmo sentido, MEDEIROS, Maria Lúcia de. **A revelia sob o aspecto da instrumentalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 49.

jurídico-processual pátrio desde o CPC/1973 até os dias atuais, pela “contumácia quanto à contestação”, na expressão de Pontes de Miranda⁸.

Nesse sentido, com fulcro na própria opção legislativa que nos parece bastante clara, a doutrina majoritária⁹⁻¹⁰⁻¹¹⁻¹² acertadamente posicionou-se no sentido de considerar revel o réu que deixa de apresentar contestação tempestiva e na forma da lei.

Cabe consignar, nesse ponto, que concordamos com Francisco Antonio de Oliveira, ao entender que o ordenamento jurídico processual brasileiro não erigiu o elemento subjetivo, ou seja, a vontade do réu de não contestar, como requisito necessário para a caracterização da revelia¹³. Entendemos, assim como Maria Lúcia Medeiros, que o nosso ordenamento se aproxima, portanto, da chamada “teoria da inatividade”, visto que a revelia decorre da ausência de apresentação de contestação, pelo réu, no tempo e na forma previstos em lei, o que não implica renúncia ao seu direito de defesa, mas representa apenas uma situação fática definida e que, portanto, deve ser considerada em seu real e estrito espectro¹⁴.

⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Op. cit. p. 193.

⁹ “A revelia é um estado de fato gerado pela ausência jurídica de contestação”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. 8. Ed. Salvador: Jus Podivm. 2016. P. 605.

¹⁰ “De acordo com o art. 344 do CPC, ocorre a revelia quando o réu não contesta a ação, apesar de regularmente citado, ou, ainda, quando a apresenta, mas esta é intempestiva”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Jus. 2019. P. 645.

¹¹ “Neste caso, em que o réu não contesta ou que, para este fim, deve ser considerado o mesmo, o faz a destempo, ele será considerado revel e, diante deste estado processual (de revelia), é possível que os fatos alegados pelo autor sejam presumidos verdadeiros (art. 344)”. BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Jur. 2016. P. 320.

¹² MEDEIROS, Maria Lucia de. Op. cit. p. 60-61. Concordamos com a autora quando afirma que “o conceito de revelia não se confunde com seus efeitos e (...) não há que perquirir os motivos que teriam levado o réu a não apresentar contestação”.

¹³ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Manual da Revelia**. 2. Ed. São Paulo: LTR. 2015. p. 43.

¹⁴ Maria Lúcia Medeiros aponta as seguintes teorias sobre a natureza jurídica da revelia: (a) teoria da rebelião ao poder do juiz (ou teoria penal da contumácia): ligada à época em que o processo apenas se formaria se contasse com a presença do réu, razão pela qual a ausência do réu era considerada um ato de rebeldia, um ilícito; (b) teoria da renúncia: o réu que, regularmente citado, deixa de comparecer em juízo estaria renunciando ao direito de defesa; (c) teoria da autodeterminação: a inatividade do réu seria um ato negativo voluntário, razão pela qual a omissão caracterizaria manifestação da sua vontade de não agir; (d) teoria da inatividade: parte do ponto básico do elemento objetivo do não comparecimento, sendo desimportante

De se consignar que José Joaquim Calmon de Passos entende que o diploma processual (artigo 319 do CPC/1973 e artigo 344 do CPC/2015), ao prever que considera revel o réu que não contestar a ação, deve ser interpretado restritivamente, de modo que o oferecimento de contestação intempestiva não se confundiria com a ausência de contestação. Dessa forma, para Calmon de Passos, revelia corresponderia à completa abstenção da apresentação de contestação pelo réu, não apenas a sua apresentação extemporânea¹⁵.

Cândido Rangel Dinamarco, também distanciando-se do entendimento majoritário, sustenta, por seu turno, que o oferecimento de qualquer modalidade de resposta por parte do réu teria o condão de afastar a revelia. Em outras palavras, ainda que não fosse oferecida contestação, mas fosse ofertada outra forma de resistência, tais como impugnação ao valor da causa ou denúncia da lide, estaria afastada a revelia. Para Dinamarco, no artigo 344 do CPC/2015 (artigo 319, CPC/1973), “onde está não contestar, leia-se não responder”¹⁶.

Uma vez examinado o conceito de revelia, cumpre consignar que, de acordo com o CPC/2015, sendo ela decretada pelo juiz, produzem-se, em apertada síntese, efeitos de duas ordens, a saber:

- a) Efeitos processuais:
 - a.1) o réu revel sem representação nos autos será considerado intimado acerca dos atos processuais a partir da publicação no Diário Oficial (artigo 346, CPC/2015); e
 - a.2) será nomeado curador especial ao revel preso, citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado (artigo 72, II, CPC/2015).

o elemento subjetivo. MEDEIROS, Maria Lúcia de. Op. cit. pp. 44-45. Francisco Antonio de Oliveira acrescenta, com correção, a respeito da teoria da inatividade, que “não importa se o réu deixou de agir ou vontade própria ou premido por outras circunstâncias”. OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Op. cit. p. 41.

¹⁵ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. III. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 354.

¹⁶ Para Dinamarco, o réu “não é sequer revel quando, embora sem contestar, responde reconvidando, denunciando a lide, chamando ao processo, impugnando o valor da causa ou arguindo a falsidade de documento acostado à petição inicial: revelia é inatividade e o fato de uma das possíveis respostas não ser apresentada não significa que o demandado esteja inativo no processo”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Volume III. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 533.

- b) Efeito material: presunção relativa¹⁷- de veracidade dos fatos alegados pela parte autora (artigo 344, *in fine*, com as exceções trazidas pelo artigo 345, CPC/2015)¹⁸.

Vislumbramos, especialmente a partir do início dos anos 2000, uma paulatina releitura do tratamento dispensado ao réu revel, migrando-se de uma postura consubstanciada na aplicação fria da lei, a partir de uma sub-sunção cartesiana, inflexível e assistemática do então artigo 319, CPC/1973, em relação estanque de causa e efeito entre ausência de apresentação regular de contestação e decretação da revelia, com todos os seus consectários previstos em lei para a respectiva hipótese, para uma postura que prima por uma interpretação sistemática das normas processuais em vigor. Paulatinamente, doutrina e jurisprudência passaram a, cada vez mais, interpretar e aplicar a revelia e a amplitude dos seus efeitos à luz dos escopos do processo e dos princípios processuais aplicáveis, dentre os quais a defesa enquanto projeção do direito de ação (aspecto bifronte), a instrumentalidade das formas, o direito fundamental à prova, o princípio da comunhão da prova ou da aquisição processual da prova, a iniciativa probatória do juiz (em caráter

¹⁷ No mesmo sentido, sustentando tratar-se de presunção relativa de veracidade (*iuris tantum*). DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos e alcance do efeito da revelia**. Fundamentos do processo civil moderno. Tomo I. 6. Ed. São Paulo: Malheiros 2010. p. 588. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. cit.* p. 607.

¹⁸ Teresa Arruda Alvim esclarece que o efeito material da revelia não corresponde perfeitamente ao conceito técnico-jurídico de presunção, visto que esta, a rigor, se dá quando, tendo sido efetivamente provado nos autos um determinado fato, considera-se, ou seja, presume-se, por conseguinte, provado outro fato dele decorrente. Por outro lado, o efeito material da revelia se produz não em razão de o autor ter provado determinado fato e, com isso, presumir-se provado um outro dele decorrente, mas se produz a partir da ausência de oferecimento de contestação, pelo réu, no prazo e na forma previstos em lei. ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. pp 94-95. Embora concordemos com as considerações técnicas tecidas por Teresa Arruda Alvim, optamos, no presente trabalho, por manter a menção à presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte autora como efeito material da revelia, não apenas em razão de seu amplo emprego, inclusive no artigo 344 do CPC/2015, mas também porque, em certa medida, o artigo 345, VI, do CPC/2015, ao afastar o efeito material caso as alegações tecidas pelo autor sejam inverossímeis ou estejam em contradição com aprova constante dos autos acaba por, em boa medida, impor ao autor, quando menos, o ônus de apresentar o que, em Direito Processual Penal, seriam os indícios (artigo 239, CPP), a fim de que o conjunto probatório constante dos autos não coloque em xeque os fatos por ele narrados na petição inicial. Sendo assim, optamos por indicar o efeito material da revelia como presunção relativa (visto que passível de contraposição) de veracidade dos fatos alegados pela parte autora na petição inicial.

subsidiário), a fim de que seja alcançada uma solução minimamente comprometida com o ideal de justiça.

Essa tendência foi catalisada pela entrada em vigor do CPC/2015, que privilegiou, dentre outros princípios, a cooperação, o contraditório participativo, o direito à prova e a flexibilização procedimental, conforme examinaremos nos itens subsequentes.

3. O DIREITO DE DEFESA ENQUANTO PROJEÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO E O SEU IMPACTO NO ESTUDO DA REVELIA

O Professor Gabriel Rezende Filho reconhece em sua obra, com propriedade, que a posição do réu é independente da do autor, suplantando a visão de Chiovenda, para quem a defesa se restringiria a um “contradireito diante do direito de ação, visando anulá-lo”. O saudoso Professor paulista reconhece, desde os idos da década de 1950, ainda sob a vigência do CPC/1939, que o réu goza das “mesmas prerrogativas e faculdades que a lei confere ao autor, quer a ação deste seja fundada, ou não”. Com propriedade, reconhece Rezende Filho ser desimportante o fato de o réu ter ou não razão, visto que, em qualquer caso, “não se lhe recusa o direito de defesa”. Para ele, “tanto o autor, como o réu, tem direito à sentença no caso concreto”¹⁹.

Por conseguinte, o direito de defesa, assim como o direito de ação, é um direito abstrato e não concreto²⁰.

Esse raciocínio coloca em evidência o aspecto bifronte do direito de ação, ou seja, a noção de que o direito de defesa é uma projeção, para o réu, do direito de ação e está estreitamente relacionado com a isonomia entre as partes e a paridade de armas.

Tal abordagem macroscópica e contextualizada do direito de defesa destoa do posicionamento jurisprudencial que prevaleceu, no Brasil, nas primeiras décadas de vigência do CPC/1973, que não apenas decretava a revelia rigorosamente a partir da não apresentação da contestação no tempo e na forma estritamente previstos em lei, mas acabava por tolher o exercício do direito de participação e do direito à prova pelo réu revel ao longo de todo o processo.

¹⁹ REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. Op. cit. p. 124.

²⁰ Idem, p. 125.

Com efeito, tamanho o rigor com que era tratado o réu revel, que se formou jurisprudência no Brasil, especialmente no último quartel do século XX, no sentido de determinar o desentranhamento da contestação intempestiva (então, em papel) dos autos físicos, embora nem sequer houvesse previsão legal nesse sentido²¹⁻²².

Nesse sentido, Francisco Antonio de Oliveira, em obra dedicada ao tema da revelia, não apenas considera acertada a determinação judicial de desentranhamento da contestação intempestiva, como considera *error in procedendo* do juiz a providência oposta, voltada a determinar a manutenção da contestação nos autos, devendo “a parte prejudicada manejar a devida correição parcial”²³.

²¹ PROCESSUAL CIVIL. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DA RÉ MEDIANTE JUNTADA DE PROCURAÇÃO DE ADVOGADO COM PODERES EXPRESSOS PARA RECEBER CITAÇÃO. CITAÇÃO VÁLIDA. CONTAGEM DO PRAZO PARA DEFESA A PARTIR DAQUELA DATA. CONTESTAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. CPC, ART. 214, § 1º. I. A juntada de procuração, pela ré, onde consta poder expresso a seu advogado para receber citação, implica em comparecimento espontâneo, como previsto no art. 214, parágrafo 1o, da lei adjetiva civil, computando-se a partir de então o prazo para o oferecimento da contestação. II. Defesa intempestiva. Desentranhamento. III. Recurso especial conhecido e provido. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 173.299/SP**, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 29/06/2000, DJ 25/09/2000.

²² Colacionam-se, a título ilustrativo, alguns acórdãos do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO nesse sentido: TJRJ. 7ª Câmara Cível. **Apelação Cível nº 7.554/96**. Relator Desembargador Torres de Melo. Decisão unânime. Julgado em 20/05/1997. “Ação reivindicatória. Ação julgada improcedente com base em alegação de prescrição aquisitiva feita em contestação ofertada a destempo. Anulado o processo, com o desentranhamento da contestação e o prosseguimento regular do mesmo, até nova e final decisão. Recurso provido”. TJRJ. 10ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 08/96. Relator Desembargador Sylvio Capanema de Souza. Decisão unânime. Julgado em 30/01/1996. “Agravo de Instrumento. Ação ordinária. Revelia. Intempestividade da apelação. Sendo oferecida a resposta à destempo, como se vê da certidão da juntada do mandado citatório, outra decisão não poderia adotar o juízo senão determinar o desentranhamento da contestação e a decretação da revelia da ré. Desprovemento do agravo”. TJRJ. 2ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 3.098/96. Relator Desembargador Sergio Cavaliere Filho. Decisão unânime. Julgado em 29/10/1996. “Revelia. Contestação intempestiva, Desentranhamento. Recebendo o processo no estado em que se encontra, pode o revel praticar os atos processuais que ainda estiverem em tempo de serem praticados, não porém os já cobertos pela preclusão, porque isso importaria volta ao passado. Desprovemento do recurso. (...) O prazo para a defesa é peremptório, sendo a revelia consequência inarredável para todo aquele que não contesta o feito no prazo legal, tenha ou não instrução jurídica. (...) Assim, se o próprio agravante admite não ter oferecido a resposta no prazo legal, bem andou o Juízo a quo ao mandar desentranhá-la dos autos (...)”.

²³ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Op. cit. pp. 118-119.

Fazendo frente a tal entendimento, Cândido Rangel Dinamarco classifica “a generalizada tendência a desentranhar dos autos a contestação intempestiva” como “um desses preconceitos irracionais”²⁴.

Em boa hora, já no século XXI, sobrevieram, com maior frequência, julgados que revisitaram a questão, passando a entender que a decretação da revelia não pressupõe o desentranhamento da contestação dos autos, até mesmo em razão da ausência de previsão legal²⁵⁻²⁶, entendimento corroborado pela doutrina pátria²⁷⁻²⁸. A nosso sentir, a lei já prevê efeitos suficientemente rigorosos ao réu revel, não havendo que se falar em agregar medidas não expressas na lei, como é o caso do desentranhamento da contestação. Os tribunais passaram, então, a reconhecer o caráter informativo da contestação, na hipótese de sua intempestividade, o que dialoga com as premissas basilares do contraditório participativo, do direito fundamental à prova, da comunhão e da aquisição processual da prova, dentre outras.

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos e alcance do efeito da revelia**. Op. cit. p. 589.

²⁵ “Agravado de instrumento. Contestação intempestiva e revelia. Desnecessidade do desentranhamento da peça de defesa. Manutenção do petitório e documentos para análise dos autos, ainda que caracterizados os efeitos da revelia. Ausência de prejuízo à parte contrária. Provimento do recurso” (TJRJ. 19ª Câmara Cível. **Agravado de Instrumento 0009764-44.2019.8.19.0000**. Relator Desembargador Marcelo Almeida. Julgamento em 11/06/2019).

²⁶ APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. ALEGAÇÃO DE COBRANÇAS INDEVIDAS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DO AUTOR. CONTESTAÇÃO INTEMPESTIVA. NÃO APLICAÇÃO DOS EFEITOS MATERIAIS DA REVELIA. REVELIA QUE POR SI SÓ NÃO TERIA O CONDÃO DE FAZER O AUTOR SE SAIR VITORIOSO NA DEMANDA. DESNECESSIDADE DE DESENTRANHAMENTO DA PEÇA CONTESTATÓRIA E DOCUMENTOS JUNTADOS, PRINCIPALMENTE SE AS PROVAS COLIGIDAS AOS AUTOS, SÃO IMPRESCINDÍVEIS À FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO NECESSÁRIO À PROLAÇÃO DA SENTENÇA E, SOBRETUDO, QUANDO ÚTEIS AO ESCLARECIMENTO DA SITUAÇÃO FÁTICA POSTA. AUSÊNCIA DE PROVA CABAL DA FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DA PARTE RÉ. PARTE AUTORA QUE NÃO FOI DILIGENTE NO QUE SE REFERE AO ÔNUS PROBATÓRIO QUE LHE CABIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO VERBETE Nº 539 DA SÚMULA DO STJ. É PERMITIDA A CAPITALIZAÇÃO DE JUROS COM PERIODICIDADE INFERIOR À ANUAL EM CONTRATOS CELEBRADOS COM INSTITUIÇÕES INTEGRANTES DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL A PARTIR DE 31/3/2000. JUROS DEVIDOS CONFORME PACTUADO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 19ª Câmara Cível. **Apelação Cível nº 0004884-15.2014.8.19.0087**. Desembargador Relator Guaraci de Campos Vianna. Decisão unânime. Julgado em 02/04/2019.

²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos e alcance do efeito da revelia**. Op. cit. p. 589.

²⁸ MEDEIROS, Maria Lúcia. Op. cit. p. 142.

Cândido Rangel Dinamarco acaba por sublinhar o caráter informativo da contestação apresentada pelo réu revel, ao apontar duas utilidades principais, que justificam a sua manutenção nos autos, a saber: (a) alertar o juiz “em relação a eventuais fatos impossíveis ou improváveis alegados na petição inicial”; e (b) esclarecer “quanto a dispositivos de lei, conceitos amadurecidos em doutrina, linhas jurisprudenciais estabelecidas nos tribunais do país etc.”.²⁹

Erigiu-se, sob a égide do CPC/1973, jurisprudência igualmente rigorosa quanto à decretação da revelia do réu – e a conseqüente produção de seu efeito material - no procedimento sumário previsto naquele diploma processual. O §2º do artigo 277 do CPC/1973 dispunha que a ausência injustificada do réu à audiência de conciliação conduziria à presunção de veracidade dos fatos alegados na petição inicial, salvo se o contrário resultasse da prova dos autos. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça entendia que, caso o réu comparecesse pessoalmente à audiência de conciliação e, não havendo acordo, apresentasse contestação escrita assinada por seu advogado, o fato de o seu patrono não estar presente à audiência conduzia à decretação da revelia, com a conseqüente presunção de veracidade³⁰. Tais posicionamentos refletem como os tribunais brasileiros se pautavam com redobrado rigor ao decretar a revelia, por vezes, ao arrepio de princípios processuais de elevada envergadura.

²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos e alcance do efeito da revelia**. op. cit. p. 589.

³⁰ DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RITO SUMÁRIO. COMPARECIMENTO DO RÉU À AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. AUSÊNCIA DE SEU PATRONO. APRESENTAÇÃO DE DEFESA ESCRITA, FIRMADA POR ADVOGADO. IMPOSSIBILIDADE. RÉU REVEL. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 36, 37, 277, 278 e 319 DO C.P.C. RECURSO IMPROVIDO. 1. Os atos processuais devem ser praticados por advogados devidamente habilitados, sob pena de serem considerados inexistentes, nos termos do parágrafo do art. 37 do Código de Processo Civil. A não apresentação de defesa por advogado acarreta os efeitos do art. 319 do Estatuto Processual Civil. 2. A presença do patrono da parte ré é imprescindível na audiência de conciliação do procedimento sumário, uma vez que neste momento processual será oportunizada a prática de atos defensivos e outros relativos à produção de prova, os quais jamais podem ser realizados pela própria parte, mas, sim, por intermédio de seu causídico. 3. Conquanto o réu tenha comparecido a audiência conciliatória, a defesa em juízo deve ser praticada por defensor regularmente habilitado, circunstância que não se verifica na espécie, motivo pelo qual evidencia-se o acerto do decisum atacado, pois a apresentação de contestação por pessoa sem capacidade postulatória, ocasiona a inexistência do ato e, por conseqüente, a revelia do réu. 4. Recurso especial a que se nega provimento. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 336.848/DF**, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 16/04/2010.

4. DIREITO PROBATÓRIO E REVELIA

4.1. A relação entre verdade e justiça e o seu reflexo na revelia: a exigência de verossimilhança das alegações de fato tecidas pelo autor

A noção de que a reconstituição dos fatos juridicamente relevantes³¹⁻³², assim definidos no saneamento do processo, é importante para a correta aplicação da norma e, por conseguinte, para incrementar objetivamente as chances reais de que seja dada uma solução justa e adequada ao litígio, dentro de parâmetros racionais e com um grau mínimo de cientificidade no Direito, e, assim, suplantando um mero jogo de retórica, embora transcenda o escopo do presente trabalho, é uma premissa cara a diversos expoentes do Direito Processual³³⁻³⁴ e que reverbera sobre a evolução dos contornos da revelia ao longo do tempo.

³¹ Gabriel Rezende Filho leciona que serão objeto da prova os fatos relevantes, ou seja, “capazes de influir sobre a decisão da causa”. REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. Op. cit. p. 203.

³² “Relevante é todo fato que sirva para influenciar o convencimento do juiz acerca da vontade concretada da norma a ser atuada no caso”. WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. Op. cit. p. 241.

³³ “A averiguação dos fatos da causa, a reconstrução histórica de tais fatos, não é, em si mesma, o objetivo final do processo. Escopo do processo é, repita-se, solucionar os conflitos, prestando-se tutela jurisdicional a quem tem razão, mediante a atuação da vontade concreta do ordenamento jurídico. (...) Para atingir esse fim, o juiz deve fazer todo o possível para apurar a ‘verdade dos fatos’. Ocorre que a verdade (conceito absoluto) é inatingível. A falibilidade do ser humano não lhe permite alcançá-la. (...) Mas isso não quer dizer que o juiz deva renunciar ao ideal de atingir a verdade. A meta abstrata é sempre essa. No campo da pesquisa científica, diante do risco do erro, o pesquisador nem por isso ‘joga a toalha’ e desiste da busca da verdade. Ele está sempre à procura de modos de diminuir esse risco. No processo, não há de ser diferente. Aliás, um dos princípios informativos do processo é justamente esse: a seleção de meios eficazes para que se busque a verdade e se evite o erro. (...) Por essas razões é que o direito processual precisa também contemplar mecanismos destinados a dar uma solução ao conflito mesmo quando não se possa atingir a verdade. Mas mesmo esses mecanismos têm de ser concebidos à luz da ideia de que ao processo interessa, sim, a verdade, como importante passo para a realização da justiça. É nesse contexto que têm de ser compreendidos todos os institutos do direito probatório”. WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. Vol. 2. 16. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. pp. 226-227.

³⁴ Fernando da Costa Tourinho Filho, ao abordar a busca da verdade no Direito Processual Civil, assevera que: “Ninguém duvida que o Juiz do cível tenha poderes extraordinários para descobrir a verdade real, porquanto poderá ele determinar, de ofício, as provas necessárias à instrução do processo. Ninguém duvida, também, que a procura da verdade, para a solução justa do litígio, é tarefa ínsita da atividade jurisdicional”. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Volume 1. 21. Ed. São Paulo: Saraiva. 1999. P. 43.

José Joaquim Calmon de Passos indica, com a clareza e a contundência que lhe são peculiares, “a necessidade de se buscar, no processo, a verdade real, afastada a falsa crença de que lhe basta a verdade formal”. Prossegue o autor destacando, com propriedade, que:

“a busca da verdade real é privilegiada porque falsear os fatos é desvirtuar a ordem jurídica, porquanto se determinada conduta é efetivada coercitivamente fora dos parâmetros traçados pelo ordenamento (...) contrabandeia-se para a ordem jurídica o que ela não tutelou, deixando-se a salvo de sua incidência o que ela buscava disciplinar”³⁵.

Calmon de Passos prossegue o seu raciocínio pontuando que não pretende afirmar que “a obtenção da verdade real seja ineliminável do processo”, mas que “a verdade real é o escopo em direção ao qual se move o processo, e só a também indeclinável necessidade de alcançar segurança jurídica é que lhe põe limites nessa busca”. E conclui o autor afirmando, com precisão, que “disso resulta que o intérprete e o aplicador da lei devem restringir, e não ampliar, o campo de incidência das normas que sacrificam a busca da verdade real”³⁶.

Kazuo Watanabe, ao examinar a cognição, igualmente reconhece que “na equação do problema jurídico, o dado de direito é, evidentemente, de grande importância, mas relevância superlativa tem o dado fático”. O autor prossegue, destacando a importância de se “analisar bem as provas, avaliando corretamente os fatos”, tendo em vista que “o direito nasce dos fatos”, sendo essa uma “condição fundamental para a prática da justiça”. Conclui o autor asseverando que é precisamente a partir da “reconstituição dos fatos através da avaliação equitativa das provas e demais elementos de convicção que o juiz consegue, na maior parte das vezes, o que se costuma denominar julgamento justo e equânime”³⁷.

Quando uma decisão justa depende de estar lastreada na prévia verificação da ocorrência ou não de determinados fatos juridicamente relevantes se diz estar diante de relações *merit-based*³⁸. Esse é o caso, ad exemplum

³⁵ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Op. cit. pp. 352-353.

³⁶ Idem, ibidem.

³⁷ WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva. 2012. pp. 70-71.

³⁸ RAMOS, Vitor de Paula. **Prova documental**. Do documento aos documentos. Do suporte à informação. Salvador: Jus Podivm. 2021. p. 62.

tantum, (i) do pedido de condenação do réu ao pagamento de indenização por danos materiais por alegadamente estar conduzindo um veículo que teria dado causa a um acidente de trânsito (nexo de causalidade para fins de configuração da responsabilidade civil), ocasionando avarias no veículo de propriedade do autor; (ii) da cobrança de multa contratual, sob a alegação de que o réu não teria realizado o show (obrigação de fazer) para o qual fora contratado; ou, ainda, (iii) pedido de aumento da verba alimentar, em razão do alegado incremento das despesas para a subsistência do alimentando.

Reconhece-se, de um lado, que a eficiência e a celeridade são desejáveis, especialmente para o jurisdicionado contemporâneo, imerso em uma sociedade que se move em ritmo lancinante. Contudo, não são valores absolutos; caso contrário, mais fácil e cômodo seria resumir o diploma processual a uma única previsão de “cara e coroa”, “par ou ímpar” ou outra regra que tal, voltada a “tirar a sorte”, com vistas a se obter um processo instantâneo e com a vantagem de ser honesta e abertamente descomprometido com qualquer falsa tentativa de organicidade interna ou cientificidade que originalmente estariam voltadas a propiciar, enquanto ideal a ser perquirido - ao lado da eficiência e da celeridade - um resultado justo.

Por outro lado, ao se entender que a eficiência e a celeridade se colocam ao lado de outros valores de elevada envergadura e que a legitimidade da adjudicação estatal, lastreada na aplicação do ordenamento jurídico, pressupõe o prévio conhecimento, tão fiel quanto possível em cada caso concreto e vistas as suas respectivas especificidades, dos fatos juridicamente relevantes, o direito probatório ganha o centro da cena, na medida em que se torna necessário criar métodos e procedimentos eficazes e adequados³⁹ para tanto.

Afinal, não cursamos faculdades de retórica ou oratória, mas faculdades de Direito. A retórica e a oratória podem ser tidas como mecanismos (skills) válidos para que externemos e manejemos, da melhor forma possível, os conceitos técnicos que compõem o arcabouço científico jurídico, sempre à luz de seus princípios norteadores.

Manter os olhos elevados para ter a verdade como uma “matéria-prima” para a aplicação da norma ao caso concreto e, com isso, almejar-se, como produto desse trabalho racional, a obtenção de uma decisão justa, ou seja, que tenha uma mínima correlação com os fatos juridicamente

³⁹ RAMOS, Vitor de Paula. Op. cit. P. 62.

relevantes efetivamente ocorridos na realidade sensível, acaba por destacar a relevância do direito probatório.

Pontes de Miranda, ao tratar da revelia, elucida, com precisão:

“Os fatos têm consequências jurídicas, e toda justiça quando se lhe pede a constituição da relação jurídica processual, exige que o autor afirme o que se passou ou se passa, e ouve o réu para lhe conhecer afirmações sobre os mesmos pontos. Depois, imparcialmente, lhe dá o ensejo de prová-las”.⁴⁰

O entrelaçamento entre direito à prova, busca da verdade, contraditório e justiça é, no nosso entender, inexorável e surge a partir das lições de diversos grandes mestres. Não se trata de uma construção antiquada ou datada, mas uma questão sempre candente e atual.

O Professor Gabriel Rezende Filho esclarece, a um só tempo, com agudeza e objetividade, algo de que, infelizmente, acabamos nos perdendo nos últimos anos: “Para fazer justiça é preciso aplicar a lei ao fato: a verdade do fato e o conhecimento da lei são, pois, os elementos primordiais da administração da justiça”.⁴¹

Ainda segundo Rezende Filho, a prova, em sua acepção objetiva, “é tudo quanto nos possa convencer da certeza de um fato” e, em sua acepção subjetiva, “consiste na convicção ou certeza da existência ou inexistência de um fato”⁴², ou seja, a nosso ver, o resultado obtido, a partir dos meios de prova produzidos, sobre a racionalidade dos seus destinatários (dentre eles, o juiz).

E a busca da verdade, enquanto “matéria-prima” para a obtenção de um “produto final” da prestação jurisdicional - que é um serviço público de interesse imediato das partes do processo, mas que interessa mediamente a toda a sociedade, mormente em razão da valorização dos precedentes trazida pelo CPC/2015, sem se olvidar a importância de se zelar pela higidez do sistema de justiça e a projeção, nele, das garantias do Estado Democrático de Direito - que pretenda genuinamente ser técnico, adequado e, enfim, com chances reais de ser justo.

Nesse contexto mais amplo, percebe-se que seria amesquinhar todos os desideratos antes mencionados e, em última análise, amesquinhar o próprio Direito Processual, a aplicação assistemática e acrítica da revelia.

⁴⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Op. cit. p. 195.

⁴¹ REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. Op. cit. p. 181.

⁴² Idem, p. 182.

De se registrar que o CPC/1939 ressalvava, no artigo 209, que, não obstante a ausência de contestação tempestiva pelo réu, o fato alegado pela parte autora seria admitido como verídico, desde que o contrário não resultasse do conjunto das provas. Essa ressalva foi suprimida na redação do artigo 285 do CPC/1973, dando ensejo, com isso, a um recrudescimento ainda maior do tratamento dispensado pelos tribunais, nos anos seguintes, ao réu que não oferecesse contestação no tempo e na forma devidos.

O CPC/2015 resgatou, em boa hora, no inciso IV do artigo 345, ressalva semelhante à prevista no CPC/1939, aduzindo que não será produzido o efeito material da revelia se as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com a prova constante dos autos. Sobressai, ainda, a relevância do artigo 346, parágrafo único, do CPC/2015, que prevê que o réu revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar, bem como do artigo 349 do CPC/2015 que, sem encontrar paralelo no diploma anterior, autoriza expressamente a produção de provas pelo réu revel, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção⁴³.

Com efeito, dada a importância do direito à prova para a ciência processual em um Estado Democrático de Direito - que reputamos um direito fundamental⁴⁴⁻⁴⁵, por ser um consectário do acesso à justiça, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa no Estado Democrático de Direito -, seria, a nosso sentir, absolutamente equivocada considerar que

⁴³ Nesse sentido, a Súmula 231 do Supremo Tribunal Federal já sinalizava, antes mesmo da edição do CPC/2015: “O revel, em processo cível, pode produzir provas, desde que compareça em tempo oportuno”.

⁴⁴ Luis Alberto Reichelt reconhece o direito à prova como direito fundamental que abarca duas dimensões fundamentais, a saber: “a) o direito à prática de atos processuais com vistas ao emprego dos meios de prova que permitam persuadir o julgador no sentido da presença da correspondência entre as alegações sobre fatos juridicamente relevantes e controvertidos que tenham sido feitas pelas partes e a realidade histórica; e b) o direito à tutela jurisdicional pautada pela valoração da prova produzida nos autos de acordo com os critérios de livre apreciação da prova e de persuasão racional do juiz”. REICHELTL, Luis Alberto. “O direito fundamental à prova e os poderes instrutórios do juiz”. **Revista de Processo**. vol. 281/2018. p. 171-185. Jul/2018.

⁴⁵ “Em primeiro lugar, existe inequivocamente uma garantia constitucional da prova – até mesmo como expressão do acesso à justiça, ampla defesa e contraditório. (...) Além disso, a consideração do resultado probatório é muito importante para as partes dimensionarem suas efetivas razões, suas chances concretas na disputa”. WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. Op. cit. p. 231.

a decretação da revelia, em razão do não oferecimento de contestação no tempo e na forma previstos em lei, teria o condão de simplesmente extirpar o réu de qualquer atividade probatória, ainda que houvesse tempo hábil para tanto, ou “selar o seu destino”, de modo a conduzir inexoravelmente à procedência do pleito autoral, em visão acintosamente utilitarista, eficientista e descompromissada com a verdade e com a justiça.

O direito à prova se relaciona com a noção de contraditório participativo, vale dizer, o direito conferido às partes de participar do processo dialogando com o juiz, tanto mediante a apresentação de suas alegações quanto a partir da produção de provas, de modo a influir na formação do convencimento do magistrado, conforme leciona Leonardo Greco⁴⁶. Trata-se, em síntese, da dinâmica pedir-alegar-provar, trazida por Dinamarco⁴⁷. O contraditório é reiteradamente previsto ao longo do Código de Processo Civil de 2015 que, dentre outras medidas, previu competir ao juiz zelar pelo efetivo contraditório (artigo 7º, parte final), vedou a decisão surpresa (artigo 10), reputou não fundamentada qualquer decisão judicial que não enfrente todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (artigo 489, §1º, IV) e procurou uniformizar os prazos processuais, ao longo da codificação, em 15 dias.

Cândido Rangel Dinamarco pontua que “o exercício do poder só se legitima quando preparado por atos idôneos segundo a Constituição e a lei, com a participação dos sujeitos interessados”, ou seja, trata-se da tese da legitimação pelo procedimento, que coloca em evidência o princípio do contraditório.⁴⁸

Dessa forma, o réu, ainda que tenha a sua revelia regularmente decretada, mantém hígido o seu direito de ser cientificado acerca de todos os atos processuais, caso tenha constituído advogado nos autos (artigo 346, CPC/15).

⁴⁶ “O contraditório participativo pressupõe que todos os contrainteressados tenham direito de intervir no processo e exercer amplamente as prerrogativas inerentes ao direito de defesa e que preservem o direito de discutir os efeitos da sentença que tenha sido produzida sem a sua plena participação. Hoje, o contraditório ganhou uma projeção humanitária muito grande, sendo, provavelmente, o princípio mais importante do processo. Ele é um megaprincípio que, na verdade, abrange vários outros e, nos dias atuais, não se satisfaz apenas com uma audiência formal das partes, que é a comunicação às partes dos atos do processo, mas deve ser efetivamente um instrumento de participação eficaz das partes no processo de formação intelectual das decisões e de cooperação entre todos os sujeitos do processo”. GRECO, Leonardo. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 1. Rio de Janeiro: GEN Forense. 2015. P. 514.

⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos e alcance do efeito da revelia**. Op. cit. p. 520.

⁴⁸ Idem, p. 518.

Por outro lado, ainda que não tenha patrono constituído nos autos, o réu deve ser cientificado pessoalmente acerca dos atos processuais que devam ser por ele pessoalmente praticados, tais como prestar depoimento pessoal, exhibir documento ou coisa que esteja em seu poder⁴⁹, bem como quanto à pretensão do autor de modificar o pedido e/ou a causa de pedir (artigo 329, CPC/2015), à suscitação de incidente de falsidade (artigos 430 e 432, CPC/2015), à ação de oposição (artigo 683, parágrafo único, CPC/2015), dentre outros⁵⁰.

Ademais, não obstante tenha o réu apresentado contestação extemporânea, vem se sedimentando o entendimento no sentido de conferir crescente aproveitamento à peça de defesa.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça⁵¹ anulou acórdão de tribunal local que ignorara a alegação de prescrição arguida pelo réu revel com fulcro em dois fundamentos, em suma: (a) que a alegação teria sido indevidamente veiculada pelo réu revel somente na apelação, e (b) à época, a prescrição não poderia ser conhecida de ofício pelo julgador. Entendeu o E. STJ que, considerando-se que o artigo 193 do Código Civil de 2002 autoriza que a prescrição possa ser alegada em qualquer grau de jurisdição pela parte a quem aproveita, a apelação tempestiva interposta pelo réu revel contra sentença que lhe fora desfavorável consistiria em oportunidade adequada para tanto. O referido Tribunal ressaltou, ainda, com propriedade, que “a falta de contestação não conduz a que necessariamente tenha que ser julgado procedente o pedido, uma vez que essa presunção de veracidade é relativa, podendo ceder a outras circunstâncias constantes dos autos, de acordo com o princípio do livre convencimento do juiz”. No mesmo julgado, o E. STJ lembrou que “os efeitos da revelia incidem tão somente sobre a matéria de fato e não sobre o direito da parte”. Com isso, o E. STJ anulou o acórdão recorrido e determinou que o tribunal de origem julgasse a preliminar de prescrição veiculada pelo réu revel em apelação.

Dinamarco ratifica os limites do efeito material da revelia, que se circunscreve aos fatos narrados pela parte autora⁵², sendo que “nenhum

⁴⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit. p. 611.

⁵⁰ MEDEIROS, Maria Lúcia de. Op. cit. pp. 136-137.

⁵¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp nº 890.311/SP**. 3ª Turma. Relator Ministro Sidnei Beneti. Decisão unânime. Julgado em 12/08/2010.

⁵² Maria Lúcia de Medeiros ratifica o entendimento jurisprudencial, pontuando, com propriedade, que “uma coisa é se reputarem verdadeiros os fatos; outra é verificar se desses fatos resultam as consequências apontadas pelo autor”. MEDEIROS, Maria Lúcia de. Op. cit. p. 112.

tema de direito fica atingido pelo efeito da revelia porque, como sempre se soube, *jura novit curia*⁵³.

De se consignar que o princípio da cooperação, previsto como norma fundamental no artigo 6º do CPC/2015, dispõe que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Portanto, uma abordagem cooperativa do processo redimensiona a participação do réu revel, visto que transpõe a visão privatista e simplista da produção probatória como ônus da parte, descompromissada com a verdade, passando a enxergá-la sob o prisma da cooperação de todos os sujeitos do processo com a obtenção de um resultado justo, célere e efetivo⁵⁴. Sendo assim, se foram trazidos aos autos dados e documentos relevantes pelo réu revel em sua contestação, tais informações não devem ser deliberadamente desconsideradas, ao arpejo do elevado desiderato da obtenção de um resultado justo, célere e efetivo.

De igual modo, havendo tempo hábil para que o réu pugne pela produção de provas que contribuam para a formação de um convencimento adequado pelo juiz, em consonância tanto com a cooperação quanto com o contraditório participativo, tal direito lhe deve ser garantido, consoante expressamente previsto no artigo 349, CPC/2015, que não tinha paralelo no CPC/1973.

Há muito que a revelia do réu, embora ainda justificadamente temida, deixou de ser a sua “sentença de morte” no processo civil brasileiro e os primados do contraditório participativo, da cooperação, da isonomia e da paridade de armas e do direito fundamental à prova, agasalhados pelo CPC/2015, sedimentam essa realidade que vem sendo paulatinamente erigida.

4.2. Comunhão, aquisição processual e incindibilidade da prova e poder instrutório do juiz

A evolução em torno do instituto da revelia no Brasil possui relação com a valorização de princípios basilares de direito probatório.

Com efeito, quando a jurisprudência deixa de determinar o desentranhamento da peça de contestação extemporânea e de seus anexos dos autos,

⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos e alcance do efeito da revelia**. Op. cit. p. 585.

⁵⁴ Também associando a cooperação, prevista no artigo 6º do CPC/2015, com o dever das partes de colaborar com a instrução probatória, WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. Op. cit. p. 233.

passando a enxergá-los com “conteúdo informativo”, conforme expusemos em momento anterior do presente trabalho, tal entendimento se coaduna com o princípio da comunhão da prova⁵⁵, da aquisição processual da prova e da incindibilidade, no sentido de que a prova, uma vez produzida, pertence ao processo e não à parte que a requereu, de modo que será considerada em sua inteireza pelo magistrado, ao formar o seu convencimento. Não há que se falar em cindir a prova, de modo a extirpar ou desconsiderar os trechos que seriam, em tese, desfavoráveis à parte que requereu a sua produção.

Dessa feita, os dados contidos na contestação e as provas (especialmente as documentais) carreadas aos autos pelo réu, ainda que revel, juntamente com a contestação intempestiva, poderão ser valiosos para a formação do adequado convencimento do juiz, conduzindo, assim, a uma decisão mais justa. De se acrescentar que nada obsta a que os dados e os documentos carreados aos autos pelo réu revel sejam, ainda que em parte, favoráveis ao próprio autor.

O conjunto probatório produzido nos autos - inclusive os dados concretos e os documentos trazidos aos autos pelo réu⁵⁶ na contestação intempestiva - deve ser analisado em sua inteireza, de modo que, se os fatos alegados pelo autor dele destoarem, revelando-se, pois, inverossímeis, poderá o magistrado lançar mão de seu poder instrutório geral em caráter subsidiário⁵⁷ - ou, em último caso, se não vislumbrar novas provas a serem

⁵⁵ “A constatação de que a prova não ‘pertence’ à parte implica relevante consequência prática. Uma vez produzida, a prova passa a integrar o processo, pouco importando quem a produziu. Tanto que (...) a parte não pode seccionar a prova para aproveitar apenas a parcela que lhe interessa. A prova é um todo, e como um todo deve ser considerada”. WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. Op. cit. p. 228.

⁵⁶ A 4ª Turma do STJ entendeu que documentos juntados extemporaneamente devem ser mantidos nos autos, dentre outros fundamentos, em razão do poder instrutório geral do juiz. Merece destaque o seguinte trecho do julgado: “Dessarte, a mera declaração de intempestividade não tem, por si só, o condão de provocar o desentranhamento do documento dos autos, impedindo o seu conhecimento pelo Tribunal a quo, mormente tendo em vista a maior amplitude, no processo civil moderno, dos poderes instrutórios do juiz, ao qual cabe determinar, até mesmo de ofício, a produção de provas necessárias à instrução do processo (art. 130 do CPC)”. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.072.276/RN. 4ª Turma. Relator Ministro Luiz Felipe Salomão. Decisão unânime. Julgado em 21/02/2013. DJe 12/03/2013.

⁵⁷ “Para a correta aplicação da ordem jurídica, o juiz precisa identificar com precisão os fatos ocorridos (para assim definir as consequências jurídicas que estão a incidir). E para isso, é fundamental a instrução probatória. Portanto, excluir ou limitar o poder judicial de instrução probatória implicaria excluir ou afetar o próprio poder de proferir a decisão adequada. (...) Em suma, o poder instrutório do juiz existe para assegurar a tranquilidade necessária para um julgamento adequado e razoável, quando a prova reunida no processo não for suficiente para seu convencimento”. WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. Op. cit. pp. 229-230.

utilmente produzidas, valer-se das regras de distribuição do ônus da prova como regra de julgamento.

Trícia Navarro Xavier Cabral, ao tratar dos poderes instrutórios do juiz, pontua que o fato de as partes “serem portadoras de ônus processuais quanto ao objeto material não limita a atividade probatória do magistrado”. Embora a parte tenha “responsabilidade principal na elucidação dos fatos e circunstâncias por si afirmados”, nem sempre “essa incumbência atinge resultados eficazes”, sendo “nesse momento que entra a atuação do juiz”, o que evidencia “o caráter público do comprometimento judicial que legitima sua conduta”. Prossegue a autora destacando que “a questão do ônus subjetivo da prova perde seu brilho diante do princípio da comunhão da prova, pois pouco importa quem a está produzindo”, uma vez que “a partir do momento em que os elementos de prova são inseridos ou deferidos nos autos, passam a pertencer ao processo, e não às partes ou ao juiz”⁵⁸.

Francisco Antonio de Oliveira alerta, com propriedade, que a iniciativa probatória do juiz “far-se-á de forma complementar, subsidiária, supletiva” e “só será utilizada quando houver absoluta necessidade de esclarecimentos outros para a sua convicção”⁵⁹.

Forte nessas premissas, a 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento de apelação, anulou sentença que, ao aplicar o efeito material da revelia do réu, proferiu julgamento antecipado da lide, com vistas a julgar procedente o pleito autoral para aumentar em mais de dez vezes o valor do aluguel⁶⁰⁻⁶¹. O tribunal paulista entendeu que caberia ao magistrado se valer do seu poder geral instrutório (artigo 370, CPC/2015) para determinar a produção de prova pericial, tendo em vista a grande discrepância entre o valor do aluguel vigente e aquele pretendido pelo autor, acrescentando que o próprio autor havia pugnado, na petição

⁵⁸ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento**. Brasília: Gazeta Jurídica. 2012. P. 111-113.

⁵⁹ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Op. Cit. p. 115.

⁶⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 28ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 1012930-21.2015.8.26.0224. Relator Desembargador Cesar Lacerda. Decisão unânime. Julgado em 06/05/2016.

⁶¹ Embora o tribunal paulista não tenha abordado essa perspectiva no julgado, entendemos, inclusive, que, pelas máximas de experiência (*quod plerumque accidit*), não se mostra, a princípio, verossímil reajustar-se, de uma só vez, o valor do aluguel em mais de dez vezes comparativamente ao valor praticado, o que nos remete, ainda, ao artigo 345, IV, primeira parte, CPC/2015.

inicial, pela produção de prova pericial, o que foi suplantado pelo magistrado com a decretação da revelia do réu, proferindo julgamento antecipado da lide com fulcro na presunção de veracidade. Cumpre acrescentar que o caso em análise envolve questão técnica, notadamente o valor de mercado para a locação do imóvel, razão pela qual não está abarcada pela presunção relativa de veracidade decorrente da revelia (efeito material), que recai estritamente sobre a ocorrência de fatos.

Por fatos, entendemos a ocorrência ou não de circunstâncias concretas e objetivas no plano da realidade sensível, que, por conseguinte, não impliquem juízo de valor, pois, neste último caso, transcendem-se os limites estritamente fáticos e se adentra no espectro da avaliação, vale dizer, de uma atividade subjetiva de inteligência humana. Retomando-se o caso narrado no parágrafo anterior, a ausência de reajuste do aluguel por dado lapso temporal consiste em dado fático e objetivamente constatável, no entanto, a apuração do valor do reajuste depende de avaliação conforme parâmetros técnicos, ou seja, pressupõe a verificação da variação do valor de mercado do aluguel de imóveis com determinadas características, com dada destinação (residencial ou comercial) e em determinada região. Transcende, pois, a mera constatação objetiva da ocorrência ou não de um dado fato.

Agasalhando a evolução do tema, o Código de Processo Civil de 2015 condicionou o cabimento do julgamento antecipado do mérito quando o réu for revel ao preenchimento de dois requisitos cumulativos previstos no artigo 355, inciso II, a saber: (i) ocorra o efeito material da revelia, previsto no artigo 344; e (ii) não haja requerimento de prova pelo réu revel, a tempo de sua produção (artigo 349, CPC/2015), sendo certo que este segundo requisito não encontra paralelo no artigo 330, inciso II, do CPC/1973⁶².

Antes mesmo da edição do CPC/2015, Maria Lúcia Medeiros já salientava, com correção, que, ainda que a causa verse sobre direitos disponíveis e tenha sido regularmente decretada a revelia do réu, “o juiz pode entender ser necessário que o autor complemente a prova sobre o fato constitutivo do seu direito”, tendo em vista que o magistrado pode considerar que a prova “apresentada juntamente com a petição inicial não basta para que tenha

⁶² Antes mesmo da edição do CPC/2015, a doutrina já ressaltava que “não é sempre que a revelia acarreta o julgamento antecipado da lide”, conforme esclarece MEDEIROS, Maria Lúcia de. Op. cit. p. 145.

atingido grau suficiente de convicção para proferir, de imediato, sentença de mérito⁶³.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro vem aplicando com correção a regulamentação do tema trazida pelo CPC/2015, o que se depreende a partir de julgado proferido pela 6ª Câmara Cível, em 28/08/2019, ao anular a sentença apelada e determinar a reabertura da fase instrutória, por conter *error in procedendo*, diante do julgamento antecipado do pedido autoral pelo juízo a quo em razão da decretação da revelia, desconsiderando o pedido de produção de provas formulado, em tempo hábil, pelo réu revel. O tribunal fluminense reconheceu o cerceamento do direito de defesa do réu revel e a violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal⁶⁴.

De igual modo, a 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo⁶⁵, ao negar provimento à apelação interposta pela autora nos autos de ação de divórcio cumulada com partilha de bens e alimentos, destacou que “a presunção de veracidade dos fatos alegados pela autora é relativa, cabendo ao magistrado a análise conjunta das alegações e das provas produzidas”, razão pela qual “a revelia do réu não importa em reconhecimento automático de todos os pedidos formulados na petição inicial”. No caso em exame, pontuou o tribunal que, apesar de ter sido decretada a revelia do réu, o conjunto probatório constante dos autos demonstrava que a autora exercia atividade laborativa e poderia prover o seu sustento, descaracterizando, assim, a sua dependência econômica em relação ao réu. Diante disso, manteve a sentença de improcedência do pedido de alimentos formulado pela autora.

Francisco Antonio de Oliveira ratifica que a regras sobre revelia devem ser interpretadas sistematicamente, podendo o juiz “tomar providências, em sede de excepcionalidade, que lhe pareçam corretas” e que poderão conduzir à improcedência do pedido, “com a neutralização da revelia”. O referido autor, Juiz do Trabalho, trouxe o exemplo de um caso de sua competência

⁶³ MEDEIROS, Maria Lúcia de. Op. cit. p. 146.

⁶⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 6ª Câmara Cível. Apelação Cível 0000454-36.2017.8.19.0090. Relatora Desembargadora Inês Trindade Chaves de Melo. Decisão unânime. Julgamento em 28/08/2019.

⁶⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 8ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 1020870-66.2017.8.26.0224. Relator Desembargador Silvério da Silva. Decisão unânime. Julgado em 29/11/2019.

no qual a autora pleiteava o pagamento de aviso-prévio e indenização por gravidez, sendo que, apesar de ter sido decretada a revelia, determinou a apresentação da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) pela autora que, uma vez carreada aos autos, dava conta de ter sido celebrado apenas um contrato de experiência, o que fora, inclusive, confirmado pela própria autora subsequentemente. Diante do conjunto probatório produzido nos autos, foi prolatada sentença de improcedência do pleito autoral, a despeito da revelia do réu⁶⁶, a revelar que, atualmente, revelia e procedência não caminham necessariamente lado a lado.

5. FLEXIBILIZAÇÃO E ADAPTABILIDADE PROCEDIMENTAL

Verifica-se o paulatino incremento da flexibilização procedimental em diversos países de civil law, inclusive no Brasil, dando ensejo a uma maior possibilidade de adaptação do procedimento de acordo com as especificidades do caso concreto⁶⁷.

A flexibilização procedimental pode se dar por determinação do juiz (adaptação judicial do procedimento) ou por convenção entre as partes (negócio jurídico processual), neste último caso podendo depender ou não de homologação judicial.

O espaço para a flexibilização procedimental se mostra cada vez mais amplo, não obstante o Direito Processual pátrio siga integrando o Direito Público, sendo permeado por normas cogentes⁶⁸, especialmente ao se considerar que lida com o exercício da função jurisdicional pelo Estado-juiz, com impacto não apenas para as partes diretamente envolvidas no litígio pontualmente considerado, mas para a sociedade em geral, seja em razão de que uma eventual má gestão do órgão judicial pode trazer impactos nocivos

⁶⁶ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Op. cit. pp. 117-118.

⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Volume I. 8. Ed. São Paulo: Malheiros. 2016. pp. 45-46.

⁶⁸ “De qualquer modo, o estado de coisas chamado de ordem pública se expressa pelo controle da regularidade e desenvolvimento de atos e procedimentos, chamando a atenção dos envolvidos na relação processual para a presença de defeitos tidos como graves, intransponíveis, bem como para a necessidade de afastá-los para se garantir a legalidade. Nesse passo, é com resguardo da integridade e da adequação dos atos processuais e dos procedimentos que se assegurará o estado de ordem pública processual. Ressalte-se que essa intervenção pelo juiz, bem como as suas consequências, são medidas de exceção para a preservação do interesse público, mas também para a proteção das próprias partes”. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Ordem pública processual. Brasília: Gazeta Jurídica. 2015. pp. 81-82.

para todos os demais processos em tramitação naquela unidade, especialmente em termos de duração razoável, seja em razão da relevância de se observar as garantias fundamentais do processo, que representa a projeção do Estado Democrático de Direito (democracia no processo).

Ao traçar uma comparação entre os diferentes ordenamentos nacionais europeus, Remo Caponi destaca que, na Alemanha, dentre outros dispositivos legais, o artigo 296 da *Zivilprozessordnung* (ZPO) autoriza o magistrado a considerar os meios de ataque ou de defesa, ainda que extemporâneos, caso não retardem a solução da controvérsia ou a parte apresente justificativa suficiente para o atraso. Na Itália, o artigo 183-bis, do *Codice di Procedura Civile* (Lei n. 162 de 2014) autoriza que, quando tiver competência para julgar monocraticamente, o juiz pode optar entre o procedimento ordinário ou sumário considerando a complexidade da lide e da instrução probatória. O processo civil inglês e o espanhol igualmente apontam para uma maior margem de flexibilidade procedimental, autorizando o magistrado a gerenciar o processo com maior grau de discricionariedade (case management)⁶⁹.

O Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, seguindo a tendência verificada em diversos países do exterior, incrementou o espaço para a flexibilização procedimental, prevendo hipóteses de adequação judicial típica, tais como ao autorizar o magistrado a dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito, determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, promover, a qualquer tempo, a autocomposição (artigo 139), autorizar o saneamento pelo juiz em cooperação com as partes, se a matéria de fato ou de direito for complexa (artigo 357, §3º), estabelecer calendário processual em conjunto com as partes (artigo 191), além de autorizar as partes a celebrar negócio jurídico processual atípico (artigo 190) e a apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito (artigo 357, §2º), dentre outras hipóteses.

Forçoso convir que o aumento do espaço de flexibilidade procedimental reforça a tendência a um tratamento dispensado ao réu revel que não seja acriticamente rigoroso e implacável, como ocorria no passado.

⁶⁹ CAPONI, Remo. “Rigidez e flexibilidade do processo ordinário de cognição”. Revista Eletrônica de Direito Processual. Ano 10. Volume 17. Número 2. Julho a Dezembro de 2016. pp. 531-549.

Tanto assim que Bruno Redondo, ao tratar da admissibilidade de adequação judicial atípica do procedimento, erige como um de seus requisitos de validade complementares que a adaptação procedimental se preste a incrementar o “contraditório substancial útil”⁷⁰.

Entendemos, pois, que a tendência à flexibilização procedimental e à adaptação do procedimento autoriza que sejam promovidas mudanças no procedimento previsto em lei, de modo a permitir que o juiz genuinamente dialogue com as partes e contribuir para a produção das provas úteis e necessárias à formação do convencimento (contraditório participativo), com vistas ao alcance de uma decisão justa⁷¹.

Piero Calamandrei, desde meados do século XX, já destacava a importância de haver equilíbrio entre rigor formal e adaptabilidade procedimental, ao abordar o princípio da funcionalidade que, segundo ele, “mais que obedecer a uma fórmula programática estabelecida a priori, adapta-se, no curso do procedimento, às diferentes exigências correspondentes à alternância da função” em cada fase do processo. De igual modo, Calamandrei ponderou que o Codice di Procedura Civile Italiano, de 1940, mesmo adotando um sistema mais rigoroso de preclusões (“sistema da preclusão das deduções”), abrandou-o, ao autorizar que o juiz permita “preclusões elásticas”, se entender que a exclusão da dedução tardia seja “prejudicial ao próprio ideal de justiça”⁷².

Sendo assim, a flexibilização procedimental reforça e justifica várias providências descritas ao longo do presente trabalho, que têm sido tomadas pelos tribunais, tais como a manutenção da documentação carreada aos

⁷⁰ REDONDO, Bruno Garcia. Adequação do procedimento pelo juiz. Salvador: Jus Podivm. 2017. pp. 166-170.

⁷¹ Não se poderia deixar de registrar, embora esta não seja a sede adequada para aprofundar as discussões sobre o tema, as críticas tecidas por Igor Raatz quanto ao tratamento dispensado pela doutrina brasileira à flexibilização procedimental promovida pelo juiz, por entender que, a rigor, esse princípio deve ser pensado “para as partes e pelas partes, dando-se ênfase à sua realização pela via dos negócios jurídicos processuais”. O autor pontua que o case management e a cooperação processual, em sua origem no sistema de common law, foram cunhados com vistas a mitigar os reveses de um sistema “too adversarial”, ou seja, em que as partes já exerciam forte protagonismo e não como uma forma de incrementar a sua participação no processo, como tende a ser sustentado no Brasil. RAATZ, Igor. Autonomia privada e processo. Liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental. 2. Ed. Salvador: Jus Podivm. 2019. pp. 266-279.

⁷² CALAMANDREI, Piero. Instituições de Direito Processual Civil. Volume I. 2. Ed. Campinas: Bookseller. 2003. p. 320.

autos pelo réu juntamente com a contestação intempestiva, o aproveitamento da própria contestação extemporânea, com caráter informativo, a garantia de ampla oportunidade de participação do réu no processo, desde que não acarrete retardamento e a volta a etapas anteriores já vencidas, com lastro no artigo 349 do CPC/2015, dentre tantas outras.

Merece destaque, ainda, a possibilidade de, tratando-se de direito que admita autocomposição, a parte autora venha a concordar expressamente com a aceitação, para todos os fins de Direito, da contestação apresentada pelo réu com um pequeno período de atraso ou descurando de alguma formalidade legal secundária (artigo 190, CPC/2015), ficando afastados, assim, todos os efeitos da revelia, inclusive a presunção relativa de veracidade que, em tese, militaria em favor da própria parte autora, e que já vem sendo paulatinamente mitigada, conforme desenvolvemos em passagens anteriores do presente trabalho. Trata-se, pois, de negócio jurídico processual atípico, em que a parte autora livremente renunciaria a presunção relativa de veracidade em seu favor, em prol da busca da verdade, contanto que a intempestividade da contestação seja por período reduzido e, portanto, não implique retardamento na tramitação do processo, pois representaria transferência de externalidades, comprometendo a função social externa do negócio jurídico processual e a boa administração da justiça.

6. CONCLUSÃO

Entre avanços e revezes, verificamos que atualmente dispomos de um arcabouço normativo mais consentâneo com uma visão sistemática do instituto da revelia e de seus consequentes efeitos. Se, à época da edição do Código de Processo Civil de 1973, talvez ainda fosse justificável dispensar-se uma interpretação rigorosa e estanque ao regramento legal pertinente à revelia, hoje, com a constitucionalização do Direito Processual e a expressa previsão, logo no artigo 1º do CPC/2015, de que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais da Constituição Federal de 1988, impõe-se a releitura desse importante tema.

A revelia se entrelaça com as noções de contraditório participativo, isonomia, paridade de armas, direito fundamental à prova, o valor da verdade na busca por justiça, flexibilização e adaptação procedimental, cooperação e tantos outros princípios que formam o eixo central de interpretação e aplicação das normas processuais.

Sendo assim, não há como, em pleno século XXI, o operador do Direito aplicar, de forma rigorosa, hermética e acrítica, o arcabouço construído no século XX a respeito da revelia, pois significaria voltar as costas para o conjunto de novos paradigmas que hoje nos são tão caros. A prova cabal de que os paradigmas do Direito Processual Civil contemporâneo mudaram consiste precisamente em desafiar os operadores do Direito a revisitar os tradicionais conceitos, pois, caso contrário, as normas fundamentais soariam como meras promessas ao vento, sem nenhum impacto sobre o exercício dos direitos fundamentais processuais efetivamente conferidos aos jurisdicionados.

Poucos sujeitos se encontram em posição de tamanha vulnerabilidade no processo quanto o réu revel. Portanto, voltar o olhar para essa figura e envidar esforços concretos para promover uma leitura dos contornos da revelia que efetivamente esteja comprometida com os princípios constitucionais processuais representa “virar a chave” de um Direito Processual do século XX para o século XXI.

Esse “ato de subversão”, de “rebelar-se contra a revelia”, não significa esvaziar o instituto, mas contextualizá-lo e redimensioná-lo, colocando-o ao lado de tantos valores que acreditamos ser tão caros à ciência processual neste momento histórico.

Este trabalho pretende ser, pois, um singelo convite aos leitores para que estejamos permanentemente *en garde* para questionar, investigar, reavaliar e rever os conceitos, adaptando-os aos novos tempos.

Rebelar para progredir, avançar e aprimorar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Teresa Arruda. **Nulidades do processo e da sentença**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. pp 94-95.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Jur. 2016. P. 320.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento**. Brasília: Gazeta Jurídica. 2012.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem pública processual**. Brasília: Gazeta Jurídica. 2015.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. Volume I. 2. Ed. Campinas: Bookseller. 2003. p. 320.

CAPONI, Remo. “Rigidez e flexibilidade do processo ordinário de cognição”. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Ano 10. Volume 17. Número 2. julho a dezembro de 2016. pp. 531-549.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Volume I. 8. Ed. São Paulo: Malheiros. 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Volume III. São Paulo: Malheiros. 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos e alcance do efeito da revelia**. Fundamentos do processo civil moderno. Tomo I. 6. Ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 1. Rio de Janeiro: GEN Forense. 2015.

MEDEIROS, Maria Lúcia de. **A revelia sob o aspecto da instrumentalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense. Atualização legislativa de Sergio Bermudes. 2001.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. 8. Ed. Salvador: Jus Podivm. 2016.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Manual da Revelia**. 2. Ed. São Paulo: LTR. 2015.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. III. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Jus. 2019.

RAATZ, Igor. Autonomia privada e processo. **Liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental**. 2. Ed. Salvador: Jus Podivm. 2019.

RAMOS, Vitor de Paula. **Prova documental**. Do documento aos documentos. Do suporte à informação. Salvador: Jus Podivm. 2021.

REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: Jus Podivm. 2017.

REICHEL, Luis Alberto. “**O direito fundamental à prova e os poderes instrutórios do juiz**”. Revista de Processo. vol. 281/2018. p. 171-185. Jul/2018.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. **Curso de Direito Processual Civil**. Volumes I, II e III. 3. Ed. São Paulo: Saraiva. 1953.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 173.299/SP**, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 29/06/2000, DJ 25/09/2000, p. 104.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 336.848/DF**, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 16/04/2010.

- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 890.311/SP**. 3ª Turma. Relator Ministro Sidnei Beneti. Decisão unânime. Julgado em 12/08/2010.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1.072.276/RN**. 4ª Turma. Relator Ministro Luiz Felipe Salomão. Decisão unânime. Julgado em 21/02/2013. DJe 12/03/2013.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Volume 1. 21. Ed. São Paulo: Saraiva. 1999.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 28ª Câmara de Direito Privado. **Apelação nº 1012930-21.2015.8.26.0224**. Relator Desembargador Cesar Lacerda. Decisão unânime. Julgado em 06/05/2016.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 6ª Câmara Cível. **Apelação Cível 0000454-36.2017.8.19.0090**. Relatora Desembargadora Inês Trindade Chaves de Melo. Decisão unânime. Julgamento em 28/08/2019.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 8ª Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível nº 1020870-66.2017.8.26.0224**. Relator Desembargador Silvério da Silva. Decisão unânime. Julgado em 29/11/2019.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 7ª Câmara Cível. **Apelação Cível nº 7.554/96**. Relator Desembargador Torres de Melo. Decisão unânime. Julgado em 20/05/1997. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 10ª Câmara Cível. Decisão unânime.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Agravo de Instrumento nº 08/96**. Relator Desembargador Sylvio Capanema de Souza. Julgado em 30/01/1996.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 2ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº 3.098/96**. Relator Desembargador Sergio Cavaliere Filho. Julgado em 29/10/1996.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **19ª Câmara Cível**. Agravo de Instrumento 0009764-44.2019.8.19.0000. Rel. Desembargador Marcelo Almeida. Julgamento 11/06/2019.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Apelação Cível nº 0004884-15.2014.8.19.0087**. 19ª Câmara Cível. Decisão unânime. Desembargador Relator Guaraci de Campos Vianna.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. Vol. 2. 16. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.
- WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

A DECISÃO SEM PRECEDENTE: uma passagem válida para apenas uma viagem

Ravi Peixoto¹

Resumo: O artigo tem como objetivo investigar técnica decisória que consiste na possibilidade de as Cortes, ao decidirem, terem o poder de, apesar de estarem preenchidos todos os requisitos para formação de precedente obrigatório, impedirem que haja essa eficácia. Trata-se de técnica inserta no contexto de autocontenção do Poder Judiciário, havendo a sua análise no contexto das demais técnicas, bem como das hipóteses em que ela pode ser utilizada.

Abstract: The essay aims to investigate a decision-making technique that consists of the possibility that the Courts, when deciding, have the power to, despite having fulfilled all the requirements for the formation of mandatory precedent, prevent this effect. It is a technique inserted in the context of self-restraint of the Judiciary, having its analysis in the context of the other techniques, as well as the hypotheses in which it can be used.

Palavras-Chave: *Stare decisis*. Técnicas decisórias. Desacordos morais razoáveis. Precedentes em tempos de crises.

Keywords: *Stare decisis*. Decision techniques. Reasonable moral disagreements. Precedent in times of crisis.

Sumário: 1. Introdução; 2. A prática jurisprudencial; 3. Vantagens e desvantagens da técnica; 4. A decisão não vinculante no quadro das não decisões; 5. Hipóteses de cabimento; 5.1. Desacordos interpretativos profundos ou desacordos morais razoáveis; 5.2. Mudanças na composição da Corte; 5.3. Precedentes em tempos de crise e a decisão sem precedente; 6. Conclusões; Referências Bibliográficas.

¹ Doutor em direito processual pela UERJ. Mestre em Direito pela UFPE. Procurador do Município do Recife. Professor da Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Advogado. Membro da ANNEP, do CEAPRO e do IBDP. E-mail: ravipeixoto@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6400512449389045>

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, houve a opção de estabelecer um sistema de precedentes por meio da legislação. Por mais que já houvesse alguma cultura de precedentes, eram raras as previsões de vinculação da *ratio decidendi*, o que foi alterado pelo CPC de 2015.² Há, contudo, muitos debates, desde a inconstitucionalidade do art. 927 do CPC até os limites da obrigatoriedade do rol do mesmo texto normativo. Parte-se de um pressuposto bastante simples: as decisões do rol do art. 927 do CPC são obrigatórias.

No entanto, não basta, na teoria dos precedentes, bem como por indicativos da própria legislação, que a decisão esteja no rol do art. 927 do CPC para que seja vinculante. Há algumas condicionantes para que a qualidade de obrigatoria lhe seja adicionada.

Não basta que haja decisão. O mínimo exigido para que haja precedente é uma *ratio decidendi* utilizada pela maioria dos membros julgadores.³⁻⁴ Também é possível exigir que tenha sido respeitado o contraditório efetivo, o qual tem por conteúdo tanto a imposição de que a decisão seja adequadamente justificada, respeitando as exigências do art. 489, §1º, do CPC, quanto a vedação às decisões surpresa (art. 10, CPC). Indiretamente, essa conclusão é acolhida pela recomendação CNJ n. 134, que exclui efeito vinculante se “o tribunal que julgar a questão, no precedente firmado, não

² Nesse sentido é a manifestação do Ministro Teori Zavascki, ainda antes do CPC/2015, quando afirmou que “o direito pátrio estaria em evolução, voltada a um sistema de valorização dos precedentes emanados dos tribunais superiores, aos quais se atribuiria, com crescente intensidade, força persuasiva e expansiva. Demonstrou que o Brasil acompanharia movimento semelhante ao de outros países nos quais adotado o sistema da “civil law”, que se aproximariam, paulatinamente, de uma cultura do “stare decisis”, própria do sistema da “common law”. Sublinhou a existência de diversas previsões normativas que, ao longo do tempo, confeririam eficácia ampliada para além das fronteiras da causa em julgamento”. (STF, Tribunal Pleno, **Rcl 4.335/AC**, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20.3.2014, publicado no informativo 739). Para uma evolução história dos precedentes na história do direito brasileiro, cf.: CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 233-246; SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes na história do direito brasileiro: colônia e império**. Dissertação de Mestrado. Salvador: UFBA, 2014; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 113-125.

³ Também nesse sentido o E. 317 do FPPC: O efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.

⁴ Sobre os desafios para extração da *ratio decidendi* em decisões plurais: MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: RT, 2015.

houver enfrentado e se pronunciado sobre fundamento existente no caso concreto futuro” (art. 41). Por fim, exige-se, ao menos, a publicação do inteiro teor da decisão tida como precedente, preferencialmente na internet (art. 927, §5º, CPC), no endereço eletrônico do tribunal.

Preenchidos todos esses pressupostos, a decisão terá (deveria ter) eficácia obrigatória.

Nos EUA, que também serão utilizados como parâmetro, tem-se tradicionalmente a adoção do *stare decisis*. As decisões proferidas pela Suprema Corte possuem eficácia obrigatória. Pode-se até discutir o grau de vinculatividade ou os requisitos, mas é inegável que, havendo uma ratio decidendi compartilhada pela maioria dos ministros, ela será obrigatória.

Ao menos em tese.

Isso porque tem surgido na própria jurisprudência (Brasil e EUA) e na doutrina a discussão sobre o poder das Cortes superiores de, ao decidirem, em situação que supostamente teria eficácia obrigatória, possam simplesmente dizer: hoje não. Em outros termos, que o precedente deveria ser vinculante, mas não o será.

Trata-se de uma técnica que foge à lógica natural das coisas. O próprio tribunal teria o poder de decidir se a sua decisão tem ou não eficácia obrigatória.

O fundamento primordial para a prolação de uma decisão desse tipo seria a consciência, por parte da Corte, de que as circunstâncias do caso impedem que seja obtida uma decisão definitiva, vista como aquela capaz de orientar a sociedade e regular os casos futuros.⁵ Trata-se de técnica que, embora já tenha sido utilizada por Cortes superiores, ainda não foi devidamente analisada pela doutrina, de forma a identificar se e quando seria legítima sua utilização.

O objetivo desse texto é o de investigar essa nova técnica decisória, partindo de exemplos concretos para perquirir sobre a sua admissibilidade e eventuais requisitos.

2. A PRÁTICA JURISPRUDENCIAL

A discussão do tema surgiu da prática jurisprudencial. Os problemas apareceram e foram solucionados pelos tribunais, cabendo à doutrina

⁵ SUNSTEIN, Cass R. Foreword: leaving things undecided. *Harvard Law Review*, v. 110, n. 4, 1996, p. 8; MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: RT, 2021, p. 328.

refletir sobre o surgimento dessa nova técnica decisória. Esse texto partirá dos exemplos para, posteriormente, problematizar a questão, verificando se há fundamentos para a técnica e em que casos ela poderia ser utilizada.

Um conhecido caso no Brasil ocorreu no RE 240.785.⁶ Naquela ocasião, o STF iniciou o julgamento da inserção do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS em 1999 e apenas o concluiu em 2014. Além disso, durante esse período, mais especificamente próximo ao fim do julgamento, já havia sido admitido, com repercussão geral, o RE 574.706 com o mesmo objeto. Dadas essas peculiaridades, o Ministro Gilmar Mendes propôs o seguinte:

anteciparia a minha posição no sentido de que nós nos limitemos a julgar este Recurso Extraordinário sem lhe atribuir caráter de repercussão geral – ao contrário do manifestado pelo Ministro Celso -, porque, de fato, a composição mudou; três Ministros que participaram do julgamento não mais estão, e hoje nós temos um RE com quatro Ministros. E nós temos agora um Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida além da ação declaratória de constitucionalidade proposta.

Chegou a existir certa discussão sobre a continuidade ou não do julgamento, prevalecendo a noção de que a parte recorreu tempestivamente, tendo buscado proteção do seu direito. Assim, o julgamento teria de ser encerrado, inexistindo motivos para a negativa de jurisdição. No entanto, a ele não foi concedida a eficácia de precedente obrigatório.

Essa tomada de posição do STF foi muito relevante. Isso porque, quando da análise do RE 574.706,⁷ em relação à modulação de efeitos, um dos fundamentos para que ela fosse realizada foi o fato de que não haveria, na Corte, precedente obrigatório sobre o tema. O STF, há muito tempo, recusava-se a reconhecer a natureza constitucional do tema, tanto, que o STJ chegou a afetar recurso repetitivo sobre o tema (Resp. 1.144.469). Portanto, quando o STF firmou posicionamento de que o ICMS não poderia fazer parte da base de cálculo do PIS e do COFINS, seria a primeira decisão obrigatória sobre o tema, que significava uma superação surpreendente do entendimento do STJ.⁸

⁶ STF, Tribunal Pleno, RE 240.785, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 08/10/2014, DJe 16/12/2014.

⁷ STF, Tribunal Pleno, RE 574706 ED, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 13/05/2021, DJe 12/08/2021.

⁸ Sobre essa decisão, cf.: PEIXOTO, Ravi. Reflexões a partir da modulação de efeitos da tese tributária do século: o recurso extraordinário 574.706 e a inserção do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS. *Revista dos Tribunais*, v. 1034, 2021.

Postura semelhante também pode ser observada na Suprema Corte dos EUA. O caso mais conhecido ocorreu na decisão *Bush v. Gore*,⁹ na qual estava em disputa a possibilidade de recontagem dos votos, prevalecendo a posição majoritária pela sua impossibilidade, assim, reformando decisão da Suprema Corte da Flórida.

Não é relevante entender os meandros fáticos do caso, mas trata-se de uma decisão que definiu o resultado das eleições presidenciais norte-americanas. *Bush* inicialmente havia vencido na Florida por menos de 600 votos; após uma recontagem essa vantagem caiu para 327 e haveria, por decisão da Suprema Corte da Flórida, uma recontagem manual. E, então, ela foi cancelada pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

E, ao decidir, afirmou-se que:

O processo de recontagem, em suas características aqui descritas, é inconsistente com os procedimentos mínimos necessários para a proteção do direito fundamental de cada eleitor na instância especial de uma recontagem estadual sob a autoridade de um único oficial estatal. Nossas considerações são limitadas às presentes circunstâncias, pois o problema da igualdade de proteção nos processos eleitorais geralmente apresenta muitas complexidades.¹⁰

Em outros termos, a Suprema Corte afirmou que a decisão não era precedente. E o fundamento seria o de que haveria um excesso de particularidades no caso. Embora seja uma das decisões mais importantes da história da Suprema Corte, o próprio tribunal deixou claro que o precedente não era para ser tido como precedente.

Esse comando efetivamente foi seguido. Consoante anota a doutrina, as cortes inferiores realmente não têm citado *Bush v. Gore* em decisões posteriores.¹¹ A situação é vista como tão incomum que se aponta que “não há precedente para uma decisão da Suprema Corte que vem com um aviso em destaque: NÃO

⁹ BUSH et al. v. GORE et al. 531 U.S. 98 (2000).

¹⁰ Tradução livre de: The recount process, in its features here described, is inconsistent with the minimum procedures necessary to protect the fundamental right of each voter in the special instance of a statewide recount under the authority of a single state judicial officer. Our consideration is limited to the present circumstances, for the problem of equal protection in election processes generally presents many complexities. (*Bush v. Gore*, 531 U.S. 110).

¹¹ BRODIN, Mark S. *Bush v. Gore: the worst (or at least second-to-the-worst) Supreme Court Decision ever*. Nevada Law Journal, v. 12, 2012, p. 567, nota 34.

DEVE SER USADA COMO PRECEDENTE”.¹² Outra linguagem utilizada foi a de que ela seria uma passagem válida para apenas um dia, impondo o resultado apenas para uma situação e não para outros casos semelhantes.¹³

3. VANTAGENS E DESVANTAGENS DA TÉCNICA

A técnica, embora já utilizada pelas Cortes, ainda não passou por uma depuração doutrinária. Afinal, nem toda técnica utilizada pelo Poder Judiciário é legítima, cabendo à doutrina realizar essa reflexão.

Um risco inicial é o de deixar que temas importantes acabem sem uma resposta definitiva, apesar da existência de uma decisão da Corte Suprema. Se um dos objetivos da existência de Cortes de vértice é o de unificar o direito, seria até contraditório que as suas decisões – mesmo que detentoras de todos os pressupostos para formação do precedente – não sejam obrigatórias para o restante do Poder Judiciário.

Outro problema que pode ocorrer a partir da admissão da prolação de decisões em casos relevantes sem que haja a formação de precedentes é o de retirar as possíveis consequências adversas desse tipo de decisão. É que uma decisão judicial só pode ser criticada pelos efeitos que terá em casos futuros e com base na sua fundamentação. A decisão da Corte suprema que é supostamente irrelevante foge justamente dessas críticas.¹⁴

Decisões proferidas em casos que deveriam se tornar precedentes, mas que não os geram, acabam permitindo aos juízes decidirem de acordo com suas preferências pessoais. Afinal, não haverá – em princípio – nenhuma consequência futura de suas decisões. A crítica, para essas decisões, só pode ser dirigida à ausência de eficácia obrigatória, afinal, a própria Corte afirma que suas razões devem ser desconsideradas. E, dessa forma, uma vez que os juízes também são humanos, a tendência é a de utilização desse poder cada vez mais.¹⁵

¹² “there is no precedent for a decision of the Supreme Court that comes with the warning label “NOT TO BE USED AS A PRECEDENT” (BRODIN, Mark S. *Bush v. Gore: the worst (or at least second-to-the-worst) Supreme Court Decision ever...* cit., p. 567).

¹³ “It is, as some have described it, a ticket valid on one day only. And, as such, it imposes a result for that day and for no other”. CALABRESI, Guido. In *Partial (but not Partisan) Praise of Principle*. In: ACKERMAN, Bruce (ed.). *Bush v. Gore: the question of legitimacy*. New Hale & London: Yale University Press, 2002, p. 72.

¹⁴ CALABRESI, Guido. In *Partial (but not Partisan) Praise of Principle...* cit., p. 77.

¹⁵ CALABRESI, Guido. In *Partial (but not Partisan) Praise of Principle...* cit., p. 78.

Concorda-se, em parte, com esse argumento. De fato, em tese, ela não teria efeitos de precedentes, mas poderia ser criticada pelos seus fundamentos de mérito, gerando fortalecimento ou eventual abandono da posição adotada no caso específico.

Em termos gerais, os principais problemas da técnica envolvem o seu uso excessivo. E, assim o fazendo, pode ocorrer uma desvalorização das decisões da Corte. Quando determinado tema relevante chega ao tribunal, é natural que a sociedade se prepare para a prolação de uma decisão obrigatória. A partir do momento em que a produção de um precedente obrigatório passe a ser apenas eventual, a sociedade pode deixar de dar tanta importância às decisões da Corte. É inegável, tal como se verifica no Brasil, que não basta a previsão da obrigatoriedade dos precedentes para que eles se tornem efetivamente vinculantes.

Há também um problema em relação a algo sobre o qual a Corte não tem controle. Uma vez proferida decisão em caso relevante, a própria Corte e outros tribunais acabarão sendo confrontados com a eventual ratio decidendi formada na decisão anterior.¹⁶ Será possível simplesmente ignorá-la? Os tribunais e juízes que poderiam estar vinculados provavelmente serão influenciados pela decisão da Corte. É difícil de prever quão persuasiva pode ser uma decisão que supostamente não deveria valer como precedente.

Dentro desse contexto, pode até ser uma vantagem. Na medida em que a Corte decide sem ter eficácia vinculante, ela poderia participar da interpretação do tema polêmico sem fechar as portas para outras percepções. Quando há prolação da decisão vinculante, por mais que não haja fechamento total do diálogo¹⁷, ele se torna mais truncado. Com a decisão não vinculante, o raciocínio da Corte torna-se mais um dentre aqueles que participam do processo interpretativo.

Por outro lado, ela também pode ser importante em situações críticas, o que talvez seja seu grande desafio. Como se verá nos próximos itens, podem existir momentos excepcionais em que a Corte precise enfrentar

¹⁶ Com essa reflexão: FISS, Owen. The fallibility of reason. In: ACKERMAN, Bruce (ed.). *Bush v. Gore: the question of legitimacy*. New Hale & London: Yale University Press, 2002, p. 89.

¹⁷ É possível ao legislativo alterar a decisão do Poder Judiciário, com alguns condicionantes no direito brasileiro: cf. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017; PEIXOTO, Ravi. A teoria dos precedentes e a doutrina dos diálogos institucionais? Em busca de um equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. *Civil Procedure Review*, v. 9, 2018, disponível em <https://www.civilprocedurereview.com/revista>, acesso no dia 29/09/2022.

uma situação intolerável e a decisão com validade apenas para o caso seja a melhor opção.¹⁸ O precedente gera um óbvio compromisso para a Corte de, salvo a existência de fortes justificativas, manter aquele entendimento.¹⁹ Uma primeira decisão sobre um tema muito delicado pode ser necessária em um momento no qual a sociedade não esteja pronta para uma resposta definitiva.

No Brasil, STJ e STF, diferentemente de outras Cortes estrangeiras, não possuem um total domínio das matérias que pretendem analisar. Muitas são as ações de competência originária, em especial o controle de constitucionalidade no STF, recursos ordinários, habeas corpus e outros procedimentos que podem levar a essas Cortes temas mais diversos possíveis. E com tempos decisórios também diversos, por vezes, exíguos o bastante para impedir a devida reflexão sobre o tema.

4. A DECISÃO NÃO VINCULANTE NO QUADRO DAS DECISÕES

A decisão sem efeito obrigatório não é uma técnica isolada, mas que faz parte de um conjunto maior de instrumentos que são utilizados pelas Cortes para não decidir ou para decidir o mínimo possível. Luiz Guilherme Marinoni trabalha com diversas dessas técnicas, tais como suspensão do julgamento com anúncio de retomada, decisão de constitucionalidade com reserva, com deferência, que pode ser cumulada com recomendação, entre outras.²⁰

A premissa básica é a de que, em certos momentos, é importante não decidir ou decidir o mínimo possível. Como será aprofundado no item seguinte, por vezes o tema não está maduro o suficiente para que seja dada uma resposta definitiva. No contexto da decisão não obrigatória, há duas outras técnicas que seriam detentoras de maior conexão: a recusa de análise do tema e o minimalismo judicial.

A recusa de análise do tema, ao menos de forma expressa, só ocorre se a Corte tem o poder de simplesmente recusar a análise do recurso/processo. Isso acontece quando o remédio jurídico processual depende de

¹⁸ CALABRESI, Guido. In *Partial (but not Partisan) Praise of Principle...* cit., p. 79.

¹⁹ Para uma análise do tema da superação do precedente, cf.: PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e modulação de efeitos*. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: RT, 2021, p. 309-330.

uma análise discricionária da Corte sobre sua relevância, como ocorre no recurso extraordinário, com a repercussão geral e, mais recentemente, no recurso especial, com a relevância da questão federal.

Para Marinoni, por exemplo, não haveria transcendência da questão se ela ainda precisasse de debate fora do ambiente do Poder Judiciário, pela ausência de discussão popular amadurecida ou deliberação parlamentar prévia. Nesse contexto, ainda seria possível à Corte, percebendo a complexidade do tema após o conhecimento do recurso, suspender o processo, em especial nas situações em que esteja na iminência da ocorrência de uma solução parlamentar.²¹

A outra técnica seria a do minimalismo judicial.²² A ideia do minimalismo judicial é a de que as decisões abordem apenas o mínimo necessário para que a pretensão seja enfrentada. Tem-se o foco apenas nos fatos e nas questões específicas trazidas pelo caso concreto.²³ Como vários temas são extremamente polêmicos, quanto menos abrangente for a decisão, melhor, para permitir que a sociedade possa avançar com maior liberdade nas discussões das questões.²⁴

E o que sobra para a decisão sem efeito vinculante?

Inicialmente, nem todas as Cortes possuem o poder de escolher os casos. Mesmo STF e STJ, para além do recurso extraordinário e o recurso especial, possuem inúmeras competências originárias e recursal ordinária. Não adianta o STF recusar a admissão de um recurso extraordinário, por ausência de repercussão geral para permitir evolução do debate, mas ser confrontado com uma ação do controle concentrado ou um recurso ordinário com o mesmo tema. De fato, ele pode, em tese, não decidir, jamais pautando o tema, mas esse não é um poder ilimitado.

Pode também já ter ocorrido a admissão do recurso extraordinário ou especial, mas, só então, ser perceptível que as circunstâncias do caso concreto não permitem a tomada de uma decisão capaz de formar um precedente.²⁵

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia...** cit., p. 212.

²² SUNSTEIN, Cass R. **Foreword: leaving things undecided.** Harvard Law Review, v. 110, n. 4, 1996.

²³ SUNSTEIN, Cass R. **Constitutional personae.** New York: Oxford University Press, 2015, p. 16; SUNSTEIN, Cass R. **Foreword: leaving things undecided...** cit., p. 14.

²⁴ Um resumo dessa construção teórica, que parte de diversos textos de Cass Sunstein: MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia...** cit., p. 223-231.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia...** cit., p. 328

Em sendo necessária a decisão do tema, o minimalismo pode não ser capaz de garantir uma decisão nos termos desejado pela Corte. Se há, por exemplo, um recurso que versa sobre o tema do aborto, por mais que se possa ser o mais minimalista possível, a decisão precisa concluir sobre a sua possibilidade ou não. Em uma situação crítica como essa, pode ser mais interessante para a Corte prolatar uma decisão que resolva o caso, mas que não deve ser tida como obrigatória em termos de precedentes.

5. HIPÓTEES DE CABIMENTO

Partindo da premissa que essa técnica é admissível, surge outro desafio: identificar quando ela pode ser utilizada. Isso porque, como ficou claro no item anterior, a sua adoção pelas Cortes apenas deve ser admitida em hipóteses excepcionais, devendo ser restrita a situações não corriqueiras.

Desacordos interpretativos profundos ou desacordos morais razoáveis

A linguagem do direito, por mais que se pretenda a utilização de termos objetivos, sempre possuirá alguma possibilidade de divergência interpretativa.²⁶ Os problemas de divergências interpretativas são agravados com as mudanças nas técnicas legislativas que ocorreram no último século, com a inserção de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados. Ainda mais com a utilização dessas espécies de termos nas constituições, que atuam como parâmetro de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Também é possível adicionar no caldeirão que aquece as divergências o aumento da pluralidade da sociedade, em especial das vozes que conseguem se pronunciar no debate público. Se, em dado momento da história, havia maior homogeneidade no debate público, atualmente, ele é tudo menos homogêneo. Essa diversidade de concepções políticas e de funcionamento da sociedade refletirá na elaboração das legislações e das decisões.²⁷

²⁶ Sobre os vários níveis de indeterminação da linguagem no direito: ÁVILA, Humberto. **Teoria da indeterminação no direito: entre a indeterminação aparente e a determinação latente**. São Paulo: Malheiros, 2022, p. 25-74.

²⁷ Refletindo sobre os efeitos da diversidade na legislação e na jurisprudência: WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Clarendon Press, 1999, p. 73-75; RICOEUR, Paul. **Le juste**. Paris: Esprit, 1995, p. 220.

Entre a pluralidade de vozes e a indeterminação do direito, surge uma nova espécie de discussão, que envolve desacordos interpretativos profundos²⁸ ou desacordos morais razoáveis.²⁹

Os desacordos interpretativos profundos são divergências radicais que ocorrem na atividade interpretativa relacionadas a textos normativos explícitos ou normas implícitas. Ela geralmente ocorre em nível constitucional e é detentora de termos valorativos com caráter ético e político, a exemplo de pessoa, dignidade, vida, autonomia pessoal etc.³⁰ A interpretação desses termos exige a atuação de elementos externos ao ordenamento jurídico, tornando-a ainda mais complexa em um regime de pluralismo ético que apresenta soluções alternativas e conflitantes ao problema.³¹

É difícil, para um observador externo e imparcial, identificar a existência de uma única resposta correta (embora os participantes sempre insistam que seu ponto de vista é o único correto).³² A partir de um diálogo de boa-fé e com argumentos racionais, a divergência permanece, e mais de uma resposta razoável pode ser admitida.³³

Essas discussões trazem novamente para o centro da preocupação a relação entre direito e moral, bem como a forma de atuação do Poder Judiciário em casos mais complexos. Eles podem ser tidos como genuínos, sem culpa e irresolvíveis.³⁴

A menção à inexistência de culpa talvez pudesse ser transformada na exigência de bom senso da divergência, porque ela envolve a ausência de interpretações absurdas. Seria, por exemplo, absurdo conceber que a confissão obtida por meio de tortura estaria de acordo com a dignidade da pessoa humana.³⁵ Também é exigida a honestidade no debate, não havendo o objetivo de prejudicar intencionalmente os interesses alheios.³⁶

²⁸ VILLA, Vittorio. **Disaccordi interpretativi profondi**. Modena: Mucchi, 2016.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: RT, 2021, p. 99.

³⁰ VILLA, Vittorio. **Disaccordi interpretativi profondi...** cit., p. 11.

³¹ VILLA, Vittorio. **Disaccordi interpretativi profondi...** cit., p. 17-20.

³² VILLA, Vittorio. **Disaccordi interpretativi profondi...** cit., p. 53-55.

³³ BESSON, Samantha. **The morality of conflict**. Reasonable disagreements and the law. Oxford: Hart, 2005, p. 1.

³⁴ VILLA, Vittorio. **Disaccordi interpretativi profondi...** cit., p. 12-13.

³⁵ VILLA, Vittorio. **Disaccordi interpretativi profondi...** cit., p. 48.

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia...** cit., p. 100.

A irresolvibilidade tem relação com o fato de que uma simples decisão não terá aptidão de sanar o conflito interpretativo. Isso porque essa mudança apenas ocorreria por um processo cultural e não por uma decisão tida por vinculante.³⁷ Basta aqui lembrar de *Roe v. Wade*, decidido em 1973, mas que nem de perto conseguiu pacificar a questão do aborto. Tanto é que acabou sendo revogado por *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* em 2022. E que, com certeza, não pacificou e nem pacificará o problema. Por outro lado, há temas complexos que podem ser pacificados com uma decisão. Um exemplo é a interpretação dada pelo STF excluindo o ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS. Trata-se de tema jurídico específico e que pode ser resolvido com apenas uma decisão, por mais que seja complexo.

Aponta-se alguns pressupostos para a existência de um desacordo dessa natureza: as partes devem estar de acordo com os fatos relevantes para o caso concreto. Aqui significa, por exemplo, que em debate sobre o aborto, todos concordam com o fato do aborto, bem como o momento em que ocorreu. A discussão jurídica deve envolver participantes que tenham por objetivo a universalização do raciocínio a ser aplicado no caso concreto, ou seja, que ela possa ser aplicada a outras situações similares. Por fim, os participantes devem estar em condições psicológicas normais.³⁸

Nesses casos, a resolução da divergência só pode ser resolvida pela adoção de uma concepção ético-política, que não tem como ser traduzida para uma linguagem politicamente neutra.³⁹ A decisão do Poder Judiciário terá necessariamente por base a convicção moral dos julgadores.⁴⁰ Legitimar a solução do problema pelo judiciário pode levar a um problema do ponto de vista da democracia por deixar de levar em conta a voz dos cidadãos, que também devem ter suas convicções morais consideradas.⁴¹ Esse problema ficaria ainda mais claro nas situações em que a questão sequer chegou a ser debatida previamente pelo Poder Legislativo.

É justamente nesse contexto que a Corte pode se encontrar frente a um desacordo interpretativo profundo em que o debate não tenha sido amadurecido o suficiente. Proferir uma decisão com eficácia vinculante trava

³⁷ VILLA, Vittorio. *Disaccordi interpretativi profondi...* cit., p. 53-54.

³⁸ VILLA, Vittorio. *Disaccordi interpretativi profondi...* cit., p. 32.

³⁹ VILLA, Vittorio. *Disaccordi interpretativi profondi...* cit., p. 29.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia...* cit., p. 100.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia...* cit., p. 102.

o diálogo dos outros atores. Não o impede, mas, de certa forma, para que o Legislativo participe, haverá um novo peso e outro ônus argumentativo, pois uma decisão legislativa em sentido contrário pode vir a nascer com uma presunção de inconstitucionalidade.

Assim, nos casos de desacordos interpretativos profundos, é recomendável que, em certas situações, a Corte decida sem gerar um precedente obrigatório. Dessa forma, o debate sobre o tema mantém-se em aberto, permitindo que ele evolua em outras instâncias e volte posteriormente quando já estiver mais amadurecido.

5.1. Mudanças na composição da Corte

Como visto, o STF demorou quinze anos para decidir sobre a incidência do ICMS na base de cálculos do PIS e da COFINS. Esse é um problema que é incomum para outras Cortes que possuem maior controle sobre sua agenda: por exemplo, a Suprema Corte dos EUA tem uma pauta anual. Não há um excedente de casos que podem ficar décadas na Corte.

Trata-se de uma contingência particular brasileira em que as Cortes de precedentes enfrentam um problema monstruoso de quantidade de processos, que faz com que casos se perpetuem por diversos anos. Naturalmente, para surgir a situação semelhante à do PIS e da COFINS é absolutamente excepcional. Não basta que o processo demore: há uma sucessão de prolação de votos que, misturados com pedidos de vista, tornem a decisão final um Frankenstein jurídico, formado por pedaços da história da Corte.

Essa situação continua possível, pois o STF tem o entendimento de que é inalterável o voto proferido por Ministro posteriormente aposentado, ou cujo exercício do cargo tenha cessado por outro motivo, mesmo em caso de destaque em julgamento virtual.⁴² Assim, proferido voto por um ministro, se houve pedido de vista e este vier a se “perder” no tempo, quaisquer votos proferidos não poderão ser alterados e a decisão final pode conter votos de julgadores que já se aposentaram.

Por mais que se fale que os precedentes não devam ser alterados pela mera alteração da Corte, trata-se de um dado da realidade. A mudança significativa da composição de um tribunal pode ser um dado crucial para a redefinição de um tema e isso não pode ser ignorado.

⁴² STF, Tribunal Pleno, **QO na ADI 5.399**, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 09/06/2022, Ata de julgamento DJE 21/06/2022.

Ocorrendo situação semelhante à ocorrida no caso do ICMS na base de cálculos do PIS e da COFINS, outras técnicas como o minimalismo ou recusa de repercussão geral não funcionam. Afinal, votos já proferidos de ministros aposentados não podem ser alterados e seria uma denegação de tutela jurisdicional depois de anos de espera, a Corte desistir de julgar o caso. Assim, por mais que seja raro esse acontecimento, ele é um dos que mais se beneficiaria pela utilização da técnica da decisão sem precedente.

Do contrário, poderia haver a formação de precedente obrigatório que não reflete o entendimento atual da Corte, mas apenas um recorte de vários momentos do tempo. Nessa situação, é melhor que haja uma decisão sem precedente, concedendo maior liberdade para que outra decisão venha a ser proferida com o entendimento atual da Corte.

5.2. Precedentes em tempo de crise

Por vezes, momentos de crises exigem decisões a serem proferidas sem o tempo adequado para reflexão. Ou decisões que só fazem sentido em um contexto maior: um momento de crise.

O Brasil, por exemplo, passou por um momento de grave crise derivado da pandemia do Covid-19. Nesse contexto, o Poder Judiciário é chamado a resolver conflitos que são cruciais na determinação das políticas públicas de isolamento, na divisão de tarefas entre os órgãos estatais, a revisar contratos, suspensão de penhoras, tudo em tempo mínimo, sem que haja pausa para reflexão e sofrendo um forte escrutínio da população, dos veículos de comunicação social e dos demais Poderes, seja sob a argumentação do risco à saúde, das consequências da crise econômica etc.

Nos EUA, preocupação semelhante já foi objeto de reflexão doutrinária, em especial no que se refere aos precedentes em tempos de guerra.⁴³ Isso porque, durante a segunda guerra mundial, ocorreram diversos julgamentos por meio de cortes militares, muitas vezes sem a devida transparência, com um prazo exíguo, que impediriam um mínimo de devido processo legal, com informações sobre os fatos distorcidas. Essas decisões foram alvo de impugnação perante o Poder Judiciário norte-americano, chegando até a Suprema Corte. Nesses casos, a Corte, em momento de forte pressão do

⁴³ COHEN, Harlan G. “Undead” wartime cases: stare decisis and the lessons of history. *Tulane Law Review*, v. 84, 2010.

Poder Executivo e diante das consequências do conflito armado, além de também sujeita à sensação geral de pânico, acabou chancelando as exceções ao devido processo legal, que seriam garantidas em tempo de paz.⁴⁴

De períodos de crise, podem surgir reflexões – precedentes – duradouros.⁴⁵ Mas a preocupação objeto desse item é diferente: e nos casos dos precedentes sem reflexão e emergenciais? Uma primeira possibilidade é a de que podem ser decisões erradas quando analisadas no futuro. Esses casos devem ser bem compreendidos em seu contexto e podem ser simplesmente decisões equivocadas, tomadas pela urgência do caso sem a reflexão devida.

Também seria possível conceber que a própria Corte tivesse consciência de que a decisão não está sendo tomada em um contexto de condições normais de temperatura e pressão. Como uma forma de se proteger de críticas, a própria Corte poderia se adiantar e informar aos jurisdicionados que a decisão a ser tomada não deve ser encarada como um precedente. Principalmente quando se trata de uma decisão que não terá mera natureza de cognição sumária, mas exauriente, embora em condições totalmente adversas para a devida reflexão. A utilização dessa técnica é uma forma de resolver o conflito posto para ser resolvido em condições extremas, sem que haja uma pressão normativa para sua manutenção em situações semelhantes no futuro.

6. CONCLUSÕES

Existem várias técnicas aptas a permitir um incentivo à maior deliberação da sociedade como um todo a serem adotadas pelas Cortes em suas decisões. No presente texto, optou-se pela análise da possibilidade de a Corte, de forma expressa, indicar na decisão com potencial para se tornar precedente obrigatório, que essa decisão é uma passagem válida para apenas uma viagem. Ou seja, de que não haverá formação de precedente.

Trata-se de técnica já utilizada tanto nos EUA, como no Brasil e que tem por objetivo não fechar o diálogo sobre um determinado tema, permitindo que

⁴⁴ A título exemplificativo: Ex parte Quirin, 317 EUA 1 (1942); In re Yamashita: 327 U.S. 1 (1946); Hirota v. MacArthur: 338 US 197 (1948), dentre outros

⁴⁵ Remeto o leitor novamente aos seguintes textos para essas outras reflexões: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; PEIXOTO, Ravi. **Precedentes em tempos de crise: uma análise a partir da situação brasileira de enfrentamento da COVID-19...** cit.; PEIXOTO, Ravi; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Brazilian Precedents in Covid-19 - Supreme Court Matters?..** cit.

haja o seu desenvolvimento em outras instâncias (sociedade civil e Poder Legislativo). Trata-se, em princípio, de uma forma de decidir que incentiva o exercício da democracia deliberativa, sem fechar a interpretação da questão. Esse ponto de vista é especialmente importante nos casos dos desacordos interpretativos profundos, em que o assunto é bastante complexo e diretamente influenciado por questões ideológicas.

É possível ir além: essa técnica também pode ser utilizada em outras situações excepcionais. No texto, cogitamos de duas situações: julgamento que se prolonguem tanto no tempo que se torne uma amálgama de diversas composições da Corte, não sendo capaz de refletir seu atual entendimento e como forma de auxiliar a Corte quando submetida a decisões em tempo de crise. Nesta última hipótese, por vezes, o tribunal se vê obrigado a decidir temas complexos sem o devido tempo de reflexão, podendo deixar de forma precedente para permitir melhor reflexão sobre a questão em um momento futuro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria da indeterminação no direito**: entre a indeterminação aparente e a determinação latente. São Paulo: Malheiros, 2022.

BESSON, Samantha. **The morality of conflict**. Reasonable disagreements and the law. Oxford: Hart, 2005.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017.

BRODIN, Mark S. Bush v. Gore: the worst (or at least second-to-the-worst) Supreme Court Decision ever. **Nevada Law Journal**, v. 12, 2012.

CALABRESI, Guido. In Partial (but not Partisan) Praise of Principle. In: ACKERMAN, Bruce (ed.). **Bush v. Gore: the question of legitimacy**. New Hale & London: Yale University Press, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. São Paulo: Atlas, 2018.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 233-246.

COHEN, Harlan G. **“Undead” wartime cases**: stare decisis and the lessons of history. *Tulane Law Review*, v. 84, 2010.

DIDIER JR., Fredie; PEIXOTO, Ravi; ZANETI JR., Hermes. Brazilian Precedents in Covid-19 - Supreme Court Matters? In: NYLUND, Anna; KRANS, Bart. (Org.). **Civil Courts Coping with Covid-19**. The Hage: Eleven, 2021.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; PEIXOTO, Ravi. **Precedentes em tempos de crise: uma análise a partir da situação brasileira de enfrentamento da COVID-19**. Revista Brasileira de Direito Processual, n. 118, ab./jun.-2022.

FISS, Owen. The fallibility of reason. In: ACKERMAN, Bruce (ed.). **Bush v. Gore: the question of legitimacy**. New Hale & London: Yale University Press, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: RT, 2021.

PEIXOTO, Ravi. A teoria dos precedentes e a doutrina dos diálogos institucionais? Em busca de um equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. **Civil Procedure Review**, v. 9, 2018, disponível em <https://www.civilprocedurereview.com/revista>, acesso no dia 29/09/2022.

PEIXOTO, Ravi. Reflexões a partir da modulação de efeitos da tese tributária do século: o recurso extraordinário 574.706 e a inserção do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS. **Revista dos Tribunais**, v. 1034, 2021.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e modulação de efeitos**. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

RICOEUR, Paul. **Le juste**. Paris: Esprit, 1995.

SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes na história do direito brasileiro: colônia e império**. Dissertação de Mestrado. Salvador: UFBA, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. **Constitutional personae**. New York: Oxford University Press, 2015.

SUNSTEIN, Cass R. **Foreword: leaving things undecided**. Harvard Law Review, v. 110, n. 4, 1996.

VILLA, Vittorio. **Disaccordi interpretativi profondi**. Modena: Mucchi, 2016.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Clarendon Press, 1999.

SEGUNDA SEÇÃO

Artigos e Comentários
à Jurisprudência

MECANISMOS INSTITUCIONAIS PARA O CONTROLE DAS DESPESAS COM O FUNCIONALISMO PÚBLICO

Franciano Beltramini¹

Resumo: Empregando o método dedutivo, o presente artigo objetiva entender quais são os limites de gasto de pessoal no serviço público, bem como os mecanismos de controle. Para tanto, os objetivos propostos são: i) apresentar breves considerações sobre finanças públicas e medidas de contenção de gasto com pessoal previstas na Carta Magna; ii) analisar os limites de despesa com o funcionalismo público - estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) -, e os institutos e conceitos necessários para realizar essa aferição; iii) discorrer sobre os meios para controlar os gastos públicos, quando do atingimento de cada um dos limites estabelecidos na legislação.

Abstract: Using the deductive method, this article aims to understand the limits of personnel expenditure in the public service, as well as the control mechanisms. To this end, the proposed objectives are: i) to present brief considerations on public finances and measures to contain personnel expenses provided for in the Magna Carta; ii) analyze the expenditure limits for public service - established in the Fiscal Responsibility Law (LRF) -, and the institutes and concepts necessary to carry out this measurement; iii) discuss the means to control public spending, when each of the limits established in the legislation is reached.

Palavras-Chave: Finanças públicas; Limites de gastos com pessoal; Mecanismos de controle.

¹ Doutorando e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pela UNICURITIBA. Procurador do Município de Joinville, Advogado e Pesquisador do CNPq, integrante do grupo de pesquisa “Impacto do regramento da proteção de dados nas relações do trabalho” do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNICURITIBA. E-mail: franciano.beltramini@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4288905831001490> ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1185-0230>

Keywords: Public finances; Personnel spending limits; Control mechanisms.

Sumário: 1. Introdução; 2. Disposições constitucionais sobre o controle dos limites do gasto com pessoal; 3. A Lei de Responsabilidade Fiscal e os três limites para despesas com o funcionalismo; 3.1. O limite global para despesas com pessoal; 3.2. Os limites de alerta e prudencial para as despesas com pessoal e os mecanismos de controle para redução e contenção dos gastos com funcionalismo; 4. Conclusão; Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva analisar as medidas de controle do gasto com pessoal no serviço público. Para tanto, o artigo irá abordar termos conceituais e operacionais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

Buscar-se-á responder às seguintes perguntas no presente artigo: Quais são os limites de gastos com o funcionalismo público? Quais os principais institutos são utilizados para aferir a despesa de pessoal na administração pública e suas especificidades? Quais as medidas estabelecidas na lei que buscam reconduzir o gasto com o funcionalismo público aos tetos previstos na legislação?

O trabalho está dividido em duas partes, além da introdução e conclusão. Na primeira parte, será feita breve análise das disposições constitucionais que tratam sobre finanças públicas, em especial dos mecanismos de controle do gasto com o funcionalismo público previstos na Lei Maior. Na segunda parte, serão abordados os limites previstos na LRF, bem como alguns termos conceituais estabelecidos na legislação que são necessários para operacionalizar a aferição desta rubrica orçamentária. Por fim, serão apresentadas as medidas para conter a evolução das despesas com pessoal, quando os referidos limites são atingidos. A conclusão sumariza os principais resultados do trabalho.

O método científico empregado é dedutivo, mediante o qual se estabelecem grandes formulações dogmáticas, como, por exemplo, limites de gastos com funcionalismo público, para, posteriormente, buscar a estratificação destes temas ao objetivo central desta pesquisa, que é perquirir os mecanismos de controle das despesas com pessoal.

Ainda, acerca da questão metodológica, registra-se a utilização da técnica de pesquisa bibliográfica e documental, posto que as respostas aos

objetivos traçados neste artigo serão buscadas a partir de referências teóricas já publicadas em livros especializados, em artigos científicos, na legislação brasileira e na jurisprudência.

2. DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS SOBRE O CONTROLE DOS LIMITES DO GASTO COM PESSOAL

Impende inicialmente consignar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) estabeleceu no inciso I, do art. 163, que Lei Complementar disporá sobre finanças públicas.

Assinala-se, contudo, que desde a Constituição Federal de 1891 já existem movimentos que buscaram consignar na Lei Maior mecanismos de controle das finanças públicas, em especial das despesas com pessoal. Sobre esse ponto recomenda-se a leitura de interessante artigo elaborado pelo Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal, de autoria de Fernando Álvares Correia Dias (2009, pg. 03 a 05), que apresenta “antecedentes históricos-constitucionais” que remetem à segunda constituição do estado brasileiro - a Constituição Republicana de 1891 -, e às Constituições que lhe sucederam.

Retomando à CRFB/88, constata-se que o disposto no Artigo 163 foi complementado pelo art. 169 que prevê que a despesa com pessoal ativo e inativo da União, Estados e Municípios “não poderão exceder os limites a serem determinados em legislação complementar”.

Sobre a redação do art. 169, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que o dispositivo assevera um marco negativo com o objetivo de preservar o equilíbrio das receitas e despesas, senão vejamos:

A expressão “não poderá exceder”, presente no art. 169 da CF, conjugada com o caráter nacional da lei complementar ali mencionada, assenta a noção de marco negativo imposto a todos os membros da Federação, no sentido de que os parâmetros de controle de gastos ali estabelecidos não podem ser ultrapassados, sob pena de se atentar contra o intuito de preservação do equilíbrio orçamentário (receita/despesa) consagrado na norma.²

² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **ADI 4.426**, rel. min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno. DJ 09/02/2011; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **ADI 5.449 MC-REF**, rel. min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJ 10/03/2016.

Apesar de a Carta Magna delegar a ato normativo de natureza complementar a delimitação dos percentuais de teto máximo de gastos com o funcionalismo público, foram dispostos nos parágrafos do art. 169 algumas penalidades e medidas a serem aplicadas nos casos de descumprimentos destes limites.

Nesta linha de ideias, o § 1º do referido artigo prevê requisitos específicos para o aumento da despesa com pessoal; ao passo que o § 2º estabelece que ao não observarem os limites de gastos com pessoal e, escoado o prazo previsto na lei complementar, deve ocorrer a imediata suspensão de repasses de verbas federais e estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

A disposição do § 2º do art. 169 da CRFB é uma penalidade bastante gravosa a qualquer ente público, uma vez que no imbricado sistema federativo brasileiro, há uma relação bastante intensa de repasses de verbas entre eles. Portanto, ao ser aplicada essa penalidade, serão geradas grandes dificuldades aos gestores regionais e locais.

Os §§ 3º e 4º, por sua vez, preveem medidas concretas para a recondução das despesas com pessoal aos tetos previstos na legislação. Neste sentido, o § 3º determina que o ente federado que ultrapassar os limites deverá reduzir pelo menos 20% das despesas com cargos em comissão e funções de confiança, bem como exonerar servidores não estáveis; o § 4º estabelece que se as medidas do parágrafo anterior não surtirem efeito de reconduzir as despesas ao teto de gastos, o servidor estável poderá perder o cargo, sendo que os parágrafos seguintes deste mesmo artigo especificam demais condicionantes para a aplicação desta medida extrema, que, como dito, permite a exoneração de servidor estável.

Tratam-se, portanto, de medidas bastante severas que foram previstas no texto constitucional com o intuito de conter e reduzir a despesa com pessoal quando forem ultrapassados os limites estabelecidos em legislação complementar.

3. A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E OS TRÊS LIMITES PARA DESPESAS COM O FUNCIONALISMO

De acordo com a análise de Edson Nascimento³, a fixação dos limites de despesa com pessoal surgiu após a análise das contas públicas ocorrida ao longo da década de 1990.

³ NASCIMENTO, Edson. **A Lei de Responsabilidade Fiscal e a polêmica das despesas com pessoal**. Brasília, BNDES, 2003. p. 45.

O referido Autor assinala que na contabilidade pública há três grandes itens para a classificação das despesas, quais sejam: custeio da máquina; o serviço da dívida; e os investimentos públicos.

O gasto com pessoal se insere dentro da classificação despesa com o custeio da máquina, e, Fernando Álvares Correia Dias⁴ manifesta que na década de 1980 era comum que estados e municípios comprometessem a maior parte da sua receita com pessoal e esse fato dificultava a realização de políticas públicas, dado a insuficiência de recursos para a implementação de programas de governo.

Nesta ordem de ideias, assinala-se que, a partir da CRFB/88, iniciou-se na federação brasileira um movimento mais efetivo para a implementação de um ajuste fiscal do setor público, através de um controle substancial das despesas públicas. Referido movimento teve como vetores a introdução dos mecanismos de controle estabelecidos no art. 169 da Lei Maior, que foram regulamentados pela Lei Complementar (LC) nº 101/2000.

Referida legislação, que é denominada Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), é um importante instrumento das finanças públicas, que estabelece normas gerais voltadas a implementar a responsabilidade na gestão fiscal, em especial, por meio do controle da despesa, do resultado fiscal e do endividamento.

A LC nº 101/2000, apresenta no seu art. 18 o conceito de despesa total com pessoal (DTP). Trata-se de dispositivo bastante abrangente que classifica como despesa com pessoal as verbas elencadas no referido caput⁵ pagas a servidores ativos e inativos.

Assinala-se que os parágrafos do referido artigo trazem, ainda, especificidades como: a possibilidade de contabilizar valores de contratos de trabalhadores terceirizados que substituem servidores e empregados públicos; bem como a forma de apuração, tanto no aspecto temporal - somando-se a

⁴ DIAS, Fernando Álvares Correia. **O controle institucional das despesas com pessoal**. Brasília, 2009. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publica/coes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-54-o-controle-institucional-das-despesas-com-pessoal>. Acesso em 09/10/2023. p. 9.

⁵ “[...] o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.”

despesa do mês de referência com a dos 11 imediatamente anteriores -, como com a especificação de que a apuração da despesa total com pessoal é feita contabilizando a remuneração bruta do servidor, sem qualquer dedução ou retenção, ressalvada a prevista no inciso XI do art. 37 da CRFB/88, que trata do teto remuneratório do funcionalismo público.

3.1. O limite global para despesas com pessoal

O art. 19 da LRF regulamentou o art. 169 da CRFB/88 ao estabelecer que a despesa total com pessoal, em cada período de apuração, não poderá exceder o percentual de 50% (cinquenta por cento) da receita corrente líquida para a União e 60% (sessenta por cento) da receita corrente líquida para os Estados e Municípios.

Trazendo em outros termos, a referida disposição estabeleceu um limite global (ou total ou máximo) para despesas com pessoal, que no caso do Município é o percentual de 60% da receita corrente líquida.

Sobre a receita corrente líquida (RCL), consigna-se que se trata de termo técnico que tem suas especificidades estabelecidas no inciso IV do art. 2^o da LRF e seus parágrafos. Trata-se, portanto, de conceito de fundamental importância para o assunto, pois é a partir do mesmo que se permite cotejar se o ente está ou não cumprindo os limites. Registra-se, contudo, que não se apresentará maiores digressões sobre esse conceito de contabilidade pública, tendo em conta que a legislação é autoexplicativa.

Consigna-se, ainda, que a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) estabeleceu que as mensurações da receita corrente líquida (RCL) e dos respectivos

⁶ Art. 2^o Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como: [...] IV - receita corrente líquida: somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos: a) na União, os valores transferidos aos Estados e Municípios por determinação constitucional ou legal, e as contribuições mencionadas na alínea a do inciso I e no inciso II do art. 195, e no art. 239 da Constituição; b) nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional; c) na União, nos Estados e nos Municípios, a contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira citada no § 9^o do art. 201 da Constituição. § 1^o Serão computados no cálculo da receita corrente líquida os valores pagos e recebidos em decorrência da Lei Complementar no 87, de 13 de setembro de 1996, e do fundo previsto pelo art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. § 2^o Não serão considerados na receita corrente líquida do Distrito Federal e dos Estados do Amapá e de Roraima os recursos recebidos da União para atendimento das despesas de que trata o inciso V do § 1^o do art. 19. § 3^o A receita corrente líquida será apurada somando-se as receitas arrecadadas no mês em referência e nos onze anteriores, excluídas as duplicidades.

limites deve ser feita a cada 4 meses⁷ por meio de relatório da gestão fiscal (RGF), que possui suas especificidades previstas nos art. 54 a 58 da LRF.

Os parágrafos 1º e 2º do art. 19 da LRF apresentam algumas verbas que devem ser excluídas do cálculo dos limites globais, quais sejam: i) indenização por demissão de servidores ou empregados; ii) incentivos à demissão voluntária; iii) derivadas da aplicação do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição; iv) decorrentes de decisão judicial e da competência de período anterior ao da apuração a que se refere o § 2º do art. 18; v) com pessoal, do Distrito Federal e dos Estados do Amapá e Roraima, custeadas com recursos transferidos pela União, na forma prevista na Constituição; vi) com inativos e pensionistas, ainda que pagas por intermédio de unidade gestora única ou fundo previsto no art. 249 da Constituição Federal, quanto à parcela custeada por recursos explicitados nas letras do inciso VI do § 1º do art. 19 da LRF.

Consigna-se, por fim, que o art. 20 da LRF explicita que, na esfera Municipal, a repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os percentuais de: 6% (seis por cento) para o Legislativo e Tribunais de Contas Municipais, quando houver, conforme disposto no Art. 20, Inciso III, alínea “a”; e 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo, *ex vi* art. 20, Inciso III, alínea “b”.

Sobre esse ponto, da divisão dos limites globais entre os poderes ou órgãos dos entes federados, a Suprema Corte já foi instada e se manifestou ratificando os limites setoriais, conforme se comprova com o seguinte fragmento:

A definição de um teto de gastos particularizado, segundo os respectivos poderes ou órgãos afetados (art. 20 da LRF), não representa intromissão na autonomia financeira dos Entes subnacionais. Reforça, antes, a autoridade jurídica da norma do art. 169 da CF, no propósito, federativamente legítimo, de afastar dinâmicas de relacionamento predatório entre os Entes componentes da Federação.⁸ (ADI 2.241, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 22-8-2019, P, DJE de 28-8-2020.)

⁷ O art. 22 estabelece que a verificação deve ser feita ao final de cada quadrimestre. Para os Municípios com menos de cinquenta mil habitantes, o RGF poderá ser divulgado semestralmente, *ex vi* art. 63, II, b da LRF

⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 2.241, rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJ 22/08/2019.

Apesar deste posicionamento, o STF possui entendimento de que o que inviabiliza a concessão de empréstimos é o atingimento do limite global e não os limites setoriais, conforme se comprova com o seguinte fragmento de decisão: O extravasamento setorial de limite fixado na Lei Complementar nº 101/2000 não é obstáculo à contratação, pelo Estado, de empréstimo, quando observado o teto global previsto a título de gasto com pessoal⁹.

Trata-se, portanto, de uma estratificação dos limites globais, que, na esfera municipal, é repartida somente entre o gasto com os servidores do Executivo e Legislativo. Consigna-se que, na esfera federal e estadual, há ainda limites estratificados para a despesa com os servidores do Judiciário e dos Ministérios Públicos.

Os limites de alerta e prudencial para as despesas com pessoal e os mecanismos de controle para redução e contenção dos gastos com funcionalismo

A Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece medidas de controle a serem adotadas progressivamente, à medida que a apuração dos gastos com pessoal se aproxime do máximo estabelecido (limite global de despesa com pessoal).

Sobre esse tema, o Tribunal de Contas de Santa Catarina (TCE/SC) estabelece o seguinte no seu Guia da Lei de Responsabilidade Fiscal¹⁰:

A LRF estabeleceu um sistema progressivo de limitações, de maneira que num primeiro momento seja o ordenador alertado da aproximação das despesas aos limites para os quais se instituíram penalidades. Num segundo instante, a Lei coloca um freio, uma barreira de cautela e prudência, situação em que o Poder ou órgão já fica sujeito a certas limitações. Extrapolada a última barreira (limite máximo), as penalidades serão mais severas e impõem ao infrator determinações para retorno, ao menos, aos níveis prudenciais.

Nesta ordem de ideias e de forma simplificada, pode-se dizer que três são os estágios de criticidade que alertam a Administração Pública do crescimento das despesas com pessoal e estabelecem medidas de resguardo, quais sejam:

⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ACO 1214**, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 31/08/2020.

¹⁰ BRASIL. **Lei Complementar n. 101/2000, de 04.05.2000 (Lei de responsabilidade fiscal)**. Brasília, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/lcp101.htm. Acesso em: 08 out. 2023. p. 64.

O primeiro estágio é denominado limite de alerta, está previsto no art. 59, § 1º, II da LC nº 101/2000, e ocorre, dentre outras situações, quando o montante da despesa total com pessoal ultrapassa 90% (noventa por cento) do limite global.

Em outros termos, no âmbito Municipal, isso ocorre quando ultrapassado o limite global de 54% (cinquenta e quatro por cento) do gasto com pessoal. O art. 59, §2º da LC nº 101/2000 estabelece, ainda, que também é analisado o limite estratificado do Poder e órgão, assim ao se atingir no Município 48,60% (quarenta e oito inteiros e sessenta centésimo por cento) para gasto com servidores do Executivo e 5,40% (cinco inteiros e quarenta centésimos por cento) para as despesas com os servidores do legislativo, também ocorre o atingimento no limite de alerta.

Nesta hipótese, a lei determina que o Tribunal de Contas irá sinalizar ao poder ou órgão que foi constatado o atingimento do limite de alerta. Neste caso, a legislação não prevê nenhum tipo de penalidade, servindo o mecanismo tão somente para informar da necessidade de conter gastos com pessoal com o propósito de prevenir o atingimento do limite prudencial que enseja consequências fiscais.

O segundo estágio, denominado limite prudencial, prevê medidas mais concretas, e se estabelece quando o percentual de 95% (noventa e cinco por cento) da despesa de pessoal é excedido, ex vi o parágrafo único do art. 22¹¹ da LRF.

Em outros termos, no âmbito Municipal, isso ocorre quando ultrapassado o limite global de 57% (cinquenta e sete por cento) do gasto com pessoal, sendo 51,30% para o executivo e 5,70% para o legislativo no âmbito municipal.

Neste caso, o referido dispositivo prescreve uma série de medidas com vistas, principalmente, ao estancamento do crescimento das despesas, ante a iminência de extrapolar os limites globais de despesa com pessoal.

¹¹ Art. 22. A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre. Parágrafo único. Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso: I - concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição; II - criação de cargo, emprego ou função; III - alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa; IV - provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança; V - contratação de hora extra, salvo no caso do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição e as situações previstas na lei de diretrizes orçamentárias.

Ou seja, na hipótese de atingimento do limite prudencial, o Poder ou órgão está proibido de: i) conceder nenhum tipo de vantagem ou aumento ao funcionalismo, ressalvado somente as derivadas de decisão judicial e o reajuste anual decorrente da inflação; ii) criar cargo, emprego ou função; iii) alterar a estrutura de carreira que implique aumento de despesa; iv) a prover cargo público ou admitir ou contratar a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de saúde, educação e segurança; v) a contratação de hora extra, ressalvada a hipótese do inciso II do § 6º do art. 57

Trata-se de vedações que buscam evitar o atingimento do limite global de gastos com o funcionalismo público, que conforme informado na primeira seção deste artigo, possui previsão constitucional de medidas para reduzir a despesa com pessoal.

Uma das dúvidas que surgem quando ocorre o atingimento do limite prudencial é a de interpretar essas disposições de forma restritiva ou ampliativa.

Sobre esse ponto, há posicionamento no sentido de que a interpretação da lei deve ser restritiva e/ou literal, conforme se comprova com o seguinte precedente do Tribunal de Contas do Paraná:

As exceções devem ser interpretadas a partir do art. 22, parágrafo único, IV, da LRF, o qual permite de maneira excepcional a contratação para reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança. Tratando-se de norma de exceção, deve ser interpretada restritivamente, pelo que se conclui que as admissões para outros setores são absolutamente vedadas.[...] É vedado, de maneira absoluta, o provimento de cargos ou contratação a qualquer título para reposição de pessoal em áreas não vinculadas à saúde, educação e segurança, independentemente do motivo da vacância, tendo em vista a vedação expressa e objetiva contida no art. 22, parágrafo único, IV, da LRF.¹²

Em sentido semelhante, o TCE/SC (2015, págs. 09 e 10) assim decidiu:

O art. 22 da LRF trata de ser a baliza norteadora que mostra ao Gestor que o mesmo tem que preocupar-se com a ampliação do gasto com pessoal. Para isso, a norma impede a concessão de aumento ou

¹² PARANÁ. Tribunal de Contas (TCE/PR). **Consulta n. 832109/19**. Curitiba, 2020. Disponível em: https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2021/1/pdf/0035_3769.pdf. Acesso em 12 out.2023. p. 9.

adequação de remuneração, criação de cargo, emprego ou função, realização de admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidor da educação, saúde ou segurança. Dessa maneira, constata-se que o dispositivo em comento é uma norma proativa que tem o condão de estabelecer um regramento de condutas do Gestor público no tratamento de ações voltadas à realização da despesa pública. Deste jeito, se torna evidente que o desrespeito à norma pode trazer consequências nefastas às contas públicas do Ente, ensejando punição ao Gestor negligente que deu causa a tal afronta à lei.¹³ (REC-15/00560526, Rel. Auditor Alessandro de Oliveira, julgado em 26/11/15).

Extrai-se dos fragmentos colacionados que parte dos operadores jurídicos interpreta o disposto no inciso IV, do parágrafo único, do art. 22 da LRF de forma restritiva, a fim de possibilitar tão somente as reposições de atividades essenciais (saúde, educação e segurança) decorrentes de aposentadoria ou falecimento de servidores.

Consigna-se, contudo, que o TCE/SC possui um prejulgado que excepciona a regra citada ao permitir a reposição por motivo de exoneração, demissão e demais espécies de vacância do cargo público, conforme se comprova com a seguinte ementa: Prejulgado nº 1.421: A ressalva contida no inciso IV do parágrafo único do art. 22 da Lei de Responsabilidade Fiscal abrange, também, as demais espécies de vacância do cargo público como a exoneração, a demissão e a promoção.¹⁴

Em sentido semelhante ao ora explicitado, colaciona-se resposta dada pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso (TCE/MT) em consulta (Resolução de Consulta n. 50/2010) que lhe foi dirigida pelo Município de SINOP – MT:

PREFEITURA MUNICIPAL DE SINOP. CONSULTA. DESPESA. LIMITE. DESPESA COM PESSOAL. LIMITE PRUDENCIAL. INTERPRETAÇÃO DAS VEDAÇÕES PREVISTAS

¹³ SANTA CATARINA. Tribunal de Contas (TCE/SC). **Recurso de Reexame 15/00560526**, Florianópolis, 2015. Disponível em: <https://consulta.tce.sc.gov.br/relatoriosdecisao/relatoriotecnico/4306409.PDF>. Acesso em 12 out. 2023. p. 9-10.

¹⁴ SANTA CATARINA. Tribunal de Contas (TCE/SC). **Prejulgado 1421**. Florianópolis.2003. Disponível em: https://consulta.tce.sc.gov.br/cogNovo/asp/prejulgado.asp?nu_prejulgado=1421. Acesso em 12 out. 2023.

NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 22 DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. 1) É possível o provimento de cargo público, admissão e contratação de pessoal a qualquer título para substituição de pessoal decorrente de exoneração, demissão ou dispensa, nas áreas de saúde, educação e segurança, desde que seja para realização de atividades finalísticas dessas áreas e que não haja aumento de gastos com pessoal, sob pena de ferir-se o princípio da eficiência consagrado constitucionalmente. 2) É ilegal a contratação temporária de pessoal para substituir servidores em gozo de licença prêmio quando o Poder/órgão supera os 95% do limite de gastos com pessoal, uma vez que tais direitos só devem ser concedidos observando-se o interesse público, a conveniência e oportunidade. 3) É ilegal a reposição de servidores exonerados, demitidos ou dispensados em áreas outras que não as de educação, saúde e segurança, inclusive em função do término de contratos temporários por excepcional interesse público, caso o Poder ou órgão estiver no limite prudencial de gastos com pessoal. 4) É ilegal a nomeação de servidor comissionado quando o Poder/órgão ultrapassar 95% do limite de gastos com pessoal, ainda que sob o argumento de que haveria aumento da arrecadação com esta admissão, por afronta ao inciso IV, do parágrafo único do art. 22 da LRF. 5) A simples criação de cargo, emprego e função, por si só, não acarreta aumento de gastos com pessoal, mas sim o seu provimento. Estas medidas tomadas em conjunto estão compreendidas nas vedações previstas no parágrafo único do artigo 22 da LRF.¹⁵

Do exposto, conclui-se que há duas vertentes interpretativas para disposto no inciso IV, do parágrafo único, do art. 22 da LRF, que permite de forma excepcional a contratação de servidores e empregados públicos na hipótese de o ente haver atingido o limite prudencial.

A primeira corrente é no sentido de interpretar a lei de forma literal e restritiva, tendo em conta que se trata de regra excepcional que busca justamente conter e diminuir o gasto público com o funcionalismo. Assim sendo, de acordo com essa vertente, somente é possível repor servidores aposentados e falecidos das áreas da saúde, educação e segurança.

A segunda corrente interpretativa é no sentido de ampliar a regra citada para permitir a reposição de pessoal por motivo de exoneração, demissão e demais espécies de vacância do cargo público.

¹⁵ MATO GROSSO. Tribunal de Contas (TCE/MT). **Resolução de Consulta n. 50/2010**. Cuiabá, 2010. Disponível em: <https://sic.tce.mt.gov.br/41/home/download/id/150527>. Acesso em 12 out. 2023.

Por fim, consigna-se que, caso o Poder ou órgão não consiga reduzir as despesas, e, ao contrário, ultrapasse os limites globais estabelecidos no art. 19 da LRF, há a ocorrência do terceiro estágio, o denominado limite máximo, onde serão necessárias a implementação de medidas mais severas que impõe ao gestor reduzir os gastos e trazer novamente a execução para os limites fixados.

As medidas a serem aplicadas neste caso são aquelas estabelecidas nos parágrafos do art. 169 da CRFB/88 (já apresentados em tópico antecedente), que são implementadas através do disposto no art. 23 da LRF, que estabelece prazos e demais especificidades para execução destas medidas drásticas.

4. CONCLUSÃO

Conforme apresentado no presente artigo, a partir da CRFB/88 iniciou-se a realizar na administração pública brasileira um movimento mais efetivo para a implementação de um ajuste fiscal do setor público, através de um controle substancial das despesas públicas. Referido movimento teve como vetores iniciais a introdução dos mecanismos de controle estabelecidos no art. 169 da Lei Maior, que foram regulamentados pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

Nesta ordem de ideias, o artigo apresenta os três limites de gasto com pessoal previstos na LRF, quais sejam: i) limite global ou máximo, que equivale a 60% da receita corrente líquida, sendo 54% para o poder executivo e 6% para o poder legislativo no âmbito municipal; ii) limite prudencial, que é atingido quando se excede 95% do limite global, que equivale a um total de 57,00%, sendo 51,30% para o executivo e 5,70% para o legislativo no âmbito municipal; iii) limite de alerta, que equivale a 90% do limite global, que equivale a um total de 54,00%, sendo 48,60% para o executivo e 5,40% para o legislativo, bem como as especificidades de cada limite.

Além desses limites, foi realizada uma breve digressão sobre conceitos técnicos que são imprescindíveis para o entendimento do tema, quais sejam: despesa total com pessoal (DTP); receita corrente líquida (RCL); relatório da gestão fiscal (RGF); dentre outros, como também algumas características e demais pontos indispensáveis para a operacionalizar a aferição desta rubrica orçamentária.

Ademais, foram apresentadas as medidas para conter a evolução das despesas com pessoal, quando os referidos limites são atingidos. Em essência, foi visto que quando do atingimento do limite de alerta, não há

maiores consequências ao ente público, uma vez que este serve tão somente para sinalizar o aumento desta rubrica da despesa orçamentária, devendo o gestor público atuar de forma previdente para que referido gasto não seja aumentado.

Por outro lado, quando do atingimento do limite prudencial, o parágrafo único do art. 22 da LRF estabelece a necessidade de se colocar em prática medidas de contingenciamento de gastos com pessoal, ficando o gestor público proibido de: i) conceder qualquer tipo de vantagem ou aumento ao funcionalismo, ressalvado somente as derivadas de decisão judicial e o reajuste anual decorrente da inflação; ii) criar cargo, emprego ou função; iii) alterar a estrutura de carreira que implique aumento de despesa; iv) prover cargo público ou admitir ou contratar a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de saúde, educação e segurança; v) contratar hora extra, ressalvada a hipótese do inciso II, do § 6º, do art. 57.

Foi apresentado ainda que quando do atingimento do limite global ou máximo da despesa com pessoal, é necessário implementar medidas mais rígidas para a contenção do gasto com pessoal, tais como: a redução de pelo menos 20% das despesas com cargos em comissão e funções de confiança, a exoneração dos servidores não estáveis e, em último caso, a exoneração de servidores estáveis, conforme dispõe o art. 169 da CRFB.

Consigna-se, por fim, que o presente artigo não tem por escopo esgotar toda a matéria relativa às medidas de controle dos limites de gastos com pessoal, mas apenas busca proporcionar algumas reflexões sobre esse importante tema de finanças públicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988. Brasília, 1988.

BRASIL. Lei Complementar n. 101/2000, de 04.05.2000 (Lei de responsabilidade fiscal). Brasília, 2000.

DIAS, Fernando Álvares Correia. **O controle institucional das despesas com pessoal**. Brasília, 2009. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-54-o-controle-institucional-das-despesas-com-pessoal> . Acesso em 09/10/2023.

MATO GROSSO. Tribunal de Contas (TCE/MT). **Resolução de Consulta n. 50/2010**. Cuiabá, 2010. Disponível em: <https://sic.tce.mt.gov.br/41/home/download/id/150527> . Acesso em 12 out. 2023.

NASCIMENTO, Edson. **A Lei de Responsabilidade Fiscal e a polêmica das despesas com pessoal**. Brasília, BNDES, 2003.

PARANÁ. Tribunal de Contas (TCE/PR). **Consulta n. 832109/19**. Curitiba, 2020. Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2021/1/pdf/00353769.pdf>. Acesso em 12 out.2023.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas (TCE/SC). **Guia da Lei de Responsabilidade Fiscal**. 2. ed. Florianópolis: Tribunal de Contas, 2002. Disponível em: https://www.tcsc.tc.br/sites/default/files/guia_lrf_2ed.pdf. Acesso em 10 out. 2023.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas (TCE/SC). **Prejulgado 1421**. Florianópolis.2003. Disponível em: https://consulta.tce.sc.gov.br/cogNovo/asp/prejulgado.asp?nu_prejulgado=1421. Acesso em 12 out. 2023.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas (TCE/SC). **Recurso de Reexame 15/00560526**, Florianópolis, 2015. Disponível em: <https://consulta.tce.sc.gov.br/relatoriosdecisao/relatoriotecnico/4306409.PDF>. Acesso em 12 out. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ACO 1214**, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 31/08/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/constituicao-supremo/artigo.asp?abrirBase=CF&abrirArtigo=169#:~:text=Art.,169,limites%20estabelecidos%20em%20lei%20complementar>. Acesso em: 14 out. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **ADI 2.241**, rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJ 22/08/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/constituicao-supremo/artigo.asp?abrirBase=CF&abrirArtigo=169#:~:text=Art.,169,limites%20estabelecidos%20em%20lei%20complementar>. Acesso em: 13 out. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **ADI 4.426**, rel. min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno. DJ 09/02/2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/constituicao-supremo/artigo.asp?abrirBase=CF&abrirArtigo=169#:~:text=Art.,169,limites%20estabelecidos%20em%20lei%20complementar>. Acesso em: 12 out. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **ADI 5.449 MC-REF**, rel. min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJ 10/03/2016.

A CONTAGEM DE TEMPO EM ATIVIDADE DE MAGISTÉRIO PARA FINS DE APOSENTADORIA ESPECIAL DO PROFESSOR READAPTADO

Cristiane Vansuita¹

Resumo: A Emenda Constitucional nº103, de 12 de novembro de 2019, estabeleceu que os ocupantes do cargo de professor, em atividade de magistério, terão idade mínima reduzida em 5 (cinco) anos para fins de aposentadoria. Desse modo, professores em atividade de magistério recebem um tratamento distinto dos demais servidores públicos, destacando que a Emenda Constitucional mantivera com redução de cinco anos apenas para o requisito de idade, atribuindo para a legislação estadual e municipal a definição do tempo de contribuição em efetivo exercício das funções de magistério. Ocorre, que a aposentadoria especial do professor tem gerado grande controvérsia, mormente quanto à possibilidade de considerar como especial de magistério o tempo em que o professor esteve readaptado, em virtude de problemas de saúde, exercendo funções não consideradas como magistério, tais como funções burocráticas/administrativas, problemática esta, que, ao protocolarem seu pedido de aposentadoria quando ocupando estes cargos, fica mais evidente. Devido à grande problemática, vê-se necessário abordar tal assunto, por conseguinte, o presente documento foi desenvolvido a partir da análise e interpretação do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal a respeito daquilo que interpreta como

¹ Pós-Graduada em Direito Processual Civil, Direito Público com Ênfase em Gestão Pública e Regime Próprio de Previdência Social. Graduada em Direito e em Gestão Pública. Advogada do Instituto de Previdência Social dos Servidores Públicos do Município de Joinville – IPREVILLE. Membro da Comissão da Advocacia Pública da OAB/SC – Subseção de Joinville. Profissional aprovada na Certificação Profissional da Secretaria da Previdência – SPREV – como Dirigente de Órgão ou Entidade Gestora de RPPS. E-mail: cristiane@ipreville.sc.gov.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1980887172575529>

“atividade de magistério”, bem como Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, para ao final concluir pela possibilidade ou não de computar como especial o tempo em que o professor esteve readaptado. Não obstante divergência de decisões entre os Tribunais de Justiça, prevalece o entendimento de que o exercício de funções burocráticas ou administrativas, ainda que exercidas pelo professor readaptado, não pode ser reconhecido para fins de aposentadoria especial do professor, eis que o ideal constitucional, diante da manifestação do Supremo Tribunal Federal, pretende a concessão da benesse previdenciária apenas e tão somente aos docentes, ainda que atuem nas funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico, desde que exercidos em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação.

Abstract: Constitutional Amendment No. 103, of November 12, 2019, established that those occupying the position of professor, working as a teacher, will have a minimum age reduced by 5 (five) years for retirement purposes. In this way, teachers in teaching receive different treatment from other public servants, highlighting that the Constitutional Amendment maintained a five-year reduction only for the age requirement, assigning to state and municipal legislation the definition of the effective contribution time exercise of teaching functions. It turns out that the teacher’s special retirement has generated great controversy, especially regarding the possibility of considering as special teaching the time in which the teacher was readapted, due to health problems, performing functions not considered as teaching, such as bureaucratic functions /administrative, a problem that, when filing their retirement request when occupying these positions, becomes more evident. Due to the great problem, it is necessary to address this issue, therefore, this document was developed based on the analysis and interpretation of the understanding established by the Federal Supreme Court regarding what it interprets as “teaching activity”, as well as Court of Auditors of the State of Santa Catarina, to ultimately conclude whether or not it is possible to count as special the time in which the teacher was readapted. Despite divergence of decisions between the Courts of Justice, the prevailing understanding is that the exercise of bureaucratic or administrative functions, even if carried out by the readapted teacher, cannot be recognized for the purpose of the teacher’s special retirement, as the constitutional ideal, in view of the Federal Supreme Court’s statement, intends to grant social security benefits only to teachers, still acting in the functions of direction, coordination and pedagogical advice, as long as they are carried out in basic education establishments, by career teachers, excluded education experts.

Palavras-Chave: Aposentadoria especial; Magistério; Readaptação.

Keywords: Special retirement; Teaching; Readaptation.

Sumário: 1. Introdução; 2. Desenvolvimento. 3. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de Parecer Técnico Jurídico quanto à possibilidade de cômputo do período de readaptação do servidor para fins de aposentadoria especial de professor, considerando o disposto no § 13 do artigo 37 e § 5º do artigo 40, ambos da Constituição Federal a partir da Emenda Constitucional nº 103 de 12 de novembro de 2019, *in verbis*:

§ 13. O servidor público titular de cargo efetivo poderá ser readaptado para exercício de cargo cujas atribuições e responsabilidades sejam compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental, enquanto permanecer nesta condição, desde que possua a habilitação e o nível de escolaridade exigidos para o cargo de destino, mantida a remuneração do cargo de origem.

§ 5º Os ocupantes do cargo de professor terão idade mínima reduzida em 5 (cinco) anos em relação às idades decorrentes da aplicação do disposto no inciso III do § 1º, desde que comprovem tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio fixado em lei complementar do respectivo ente federativo.

Ocorre, que a aposentadoria especial do professor tem gerado grande controvérsia, mormente quanto à possibilidade de considerar como especial de magistério o tempo em que o professor esteve readaptado, em virtude de problemas de saúde, exercendo funções não consideradas como magistério, tais como funções burocráticas/administrativas. Celeuma ainda maior ocorre quando há inclusive alteração de cargo fazendo com que muitos professores, ao protocolarem seu pedido de aposentadoria, estejam investidos em cargo de Agente Administrativo, por exemplo.

Dessa maneira, o assunto revela-se extremamente pertinente na medida em que a aposentadoria especial para o professor, com idade reduzida em 05 anos, constitui meio de incentivo à docência na educação, no ensino fundamental e médio, considerando a importância que ele tem para a sociedade e desenvolvimento do país.

A pesquisa foi desenvolvida a partir da análise e interpretação do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal a respeito daquilo que interpreta como “atividade de magistério”, bem como pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, para ao final concluir pela possibilidade ou não de computar como especial o tempo em que o professor esteve readaptado.

2. DESENVOLVIMENTO

A Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, estabeleceu:

Art. 40 (...)

§ 5º Os ocupantes do cargo de professor terão idade mínima reduzida em 5 (cinco) anos em relação às idades decorrentes da aplicação do disposto no inciso III do § 1º, desde que comprovem tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio fixado em lei complementar do respectivo ente federativo.

Conforme ensinamentos do ilustre professor Bruno Sá Freire Martins² “(...) não existe mais dúvida quanto ao fato de que a aposentadoria dos professores em efetivo exercício do magistério é uma aposentadoria especial”.

De fato, a Emenda Constitucional n. 103 acaba por restabelecer a natureza de aposentadoria especial do professor não mais como uma aposentadoria comum. Nos dizeres de Marcelo Barroso Lima Brito de Campos³:

A redução da idade mínima em 5 anos em relação à aposentadoria voluntária comum constitui uma forma de incentivo à docência na educação infantil e no ensino fundamental e médio, o que caracteriza a especialidade da aposentadoria do professor devido à sua importância e o que ela representa para a evolução humana.

Vê-se, portanto, que os professores, em atividade de magistério, recebem um tratamento distinto dos demais servidores públicos, pois têm diminuído o requisito de idade em 05 (cinco) anos, conforme previsto constitucionalmente.

² MARTINS, Bruno Sá Freire. **A Nova Previdência dos Servidores Públicos**. Curitiba: Alteridade, 2021. p. 112.

³ CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Previdência dos Servidores Públicos**. Curitiba: Juruá, 2022. p. 324.

Cumprir observar que de modo diverso do até então previsto pela legislação anterior, fora mantida pela Constituição Federal, a partir da Emenda Constitucional nº 103, a redução de cinco anos apenas para o requisito de idade, atribuindo-se para a legislação estadual e municipal a definição do tempo de contribuição em efetivo exercício das funções de magistério.

Entretanto, para serem agraciados com tal benesse, os professores devem exercer, efetivamente, funções de magistério.

Referido requisito - tempo de efetivo exercício das funções de magistério, desde sempre causou muitas controvérsias. Durante algum tempo, doutrina e jurisprudência entenderam como função de magistério aquela que era exercida apenas e tão somente dentro de sala de aula.

Em 26 de novembro de 2003, o Supremo Tribunal Federal, em interpretação ao artigo 40, § 5º da Constituição Federal, especificamente em relação à expressão “exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério” (a redação anterior continha a expressão “exclusivamente”), editou a Súmula 726 asseverando que: “Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora de sala de aula”.

Posteriormente, o artigo 67, § 2º, da Lei Federal nº 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases e Educação, com redação alterada pelo art. 1º. Da Lei Federal nº 11.301/06, ampliou as condições para a aposentadoria especial, nos seguintes termos:

Art. 1º O art. 67 da Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido do seguinte § 2º, remunerando-se o atual parágrafo único para §1º:

Art. 67 (...)

§2º Para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º. Do art. 201 da Constituição Federal, são consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.

Referido dispositivo de lei federal foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.772⁴, na qual o Plenário do Supremo Tribunal Federal

⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3.772/DF, rel. Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno, DJ 29/10/2008.

deu a ela julgamento parcialmente procedente, atribuindo-lhe interpretação conforme, para excluir tão somente a aposentadoria especial aos “especialistas em educação”, senão vejamos:

I – A função de magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula, abrangendo também a preparação de aulas, a correção de provas, o atendimento aos pais e alunos, a coordenação e assessoramento pedagógico e, ainda, a direção de unidade escolar.

II – As funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico integram a carreira do magistério, desde que exercidos, em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação, fazendo jus aqueles que as desempenham ao regime especial de aposentadoria estabelecido nos arts. 40, § 4º, e 201, § 1º, da Constituição Federal.

Dessa maneira, para fins de aposentadoria especial, consideram-se funções de magistério aquelas exercidas por professores no desempenho de atividades educativas exercidas em estabelecimentos de educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e médio, em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.

Restaram, excluídas, portanto, as atividades meramente burocráticas e administrativas, sem cunho pedagógico.

No entanto, a partir da orientação emanada pelo Supremo Tribunal Federal, através da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.772, persiste ainda a dificuldade na identificação de quais funções se enquadrariam no conceito de magistério. Dúvidas ainda maiores residem quanto aos professores readaptados eis que eles não foram tratados de forma específica pela referida ADI.

A Emenda Constitucional nº 103 constitucionalizou a readaptação nos termos do artigo 37, § 13, senão vejamos:

§ 13. O servidor público titular de cargo efetivo poderá ser readaptado para exercício de cargo cujas atribuições e responsabilidades sejam compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental, enquanto permanecer nesta condição, desde que possua a habilitação e o nível de escolaridade exigidos para o cargo de destino, mantida a remuneração do cargo de origem.

Nos ensinamentos da doutrinadora Magadar Rosália Costa Briguet⁵:

Com a Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, o instituto adquiriu status constitucional, pois a referida emenda introduziu, no art. 37 da Constituição Federal, o § 13, de forma que atualmente constitui um dever constitucional, a ser observado por todos os entes da federação.

Assim, não se trata a readaptação de um provento derivado de cargo, na medida em que o servidor continuará provido em seu cargo de origem, no entanto, restará readaptado para exercício de cargo com atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental, devendo ser mantida, inclusive a remuneração do cargo de origem conforme o mandamento constitucional.

Verifica-se, dessa maneira, que a readaptação se dá para o exercício e não para o cargo.

Ainda, o servidor deve possuir habilitação e nível de escolaridade exigidos para o cargo de destino.

Importante observar, que até a vigência da Emenda Constitucional n. 103, muitos estados e municípios reproduziram a redação da Lei nº 8.112/90, que tratou da readaptação em seu artigo 24, senão vejamos:

Art. 24. Readaptação é a investidura do servidor em cargo de atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental verificada em inspeção médica.

§ 1º Se julgado incapaz para o serviço público, o readaptando será aposentado.

§ 2º A readaptação será efetivada em cargo de atribuições afins, respeitada a habilitação exigida, nível de escolaridade e equivalência de vencimentos e, na hipótese de inexistência de cargo vago, o servidor exercerá suas atribuições como excedente, até a ocorrência de vaga.

⁵ BRIGUET, Magadar Rosália Costa. A extinção dos regimes próprios de previdência social e as implicações dela decorrentes. In: VIEIRA, Lucia Helena (Coord.). **Regimes Próprios: aspectos relevantes**. v. 14. São Bernardo do Campo, 2020. p. 420-437. No mesmo sentido, HORVATH JUNIOR, Miguel; DALLEFI, Nayara Maria Silvério da Costa; BRIGUET, Magadar Rosália Costa. Autonomia dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal para Implementar os Regimes Próprios. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**. v. 33, n. 397, jul. 2022, p. 42-71.

A readaptação, portanto, revelava-se conflituosa eis que ela se daria em “cargo diverso”, o que enseja, na prática, servidor admitido para o cargo de professor e readaptado no cargo de agente administrativo, por exemplo.

Acerca do tema, convém mencionar que em 27/09/2017 o E. Supremo Tribunal Federal na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.039.644 reafirmou a jurisprudência dominante daquela Corte nos termos da seguinte tese de repercussão geral (Tema 965):

Para a concessão da aposentadoria especial de que trata o art. 40, § 5º, da Constituição, conta-se o tempo de efetivo exercício, pelo professor, da docência e das atividades de direção de unidade escolar e de coordenação e assessoramento pedagógico, desde que em estabelecimentos de educação infantil ou de ensino fundamental e médio (...).

Nesse norte, no Tema de Repercussão Geral n. 965/STF, acima mencionado, não houve enfrentamento pelo Supremo Tribunal quanto a possibilidade ou impossibilidade de ser considerado como tempo especial aquele no qual a professora exerce suas funções fora da sala de aula, com atribuições não pedagógicas, quando em readaptação por motivos de saúde.

Importante destacar o mencionado na Decisão proferida no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 917.546, de relatoria do Ministro Edson Fachin, com julgamento em 01/08/2018, referendada em novo julgamento acerca da matéria em 18/04/2022, esse último da relatoria do Ministro Alexandre de Moraes (RE 1.375.371/SC⁶):

Para se chegar à conclusão diversa daquela a que chegou o Tribunal de origem, quanto à possibilidade de contagem do tempo de serviço prestado em cargo em que a servidora fora readaptada, para fins de *aposentadoria especial* e de outros direitos próprios da função de magistério, seria necessário o reexame de fatos e provas, além da legislação infraconstitucional aplicável à espécie. Incidência da Súmula 279 e da jurisprudência do STF.⁷

Ou seja, o Supremo Tribunal Federal não tem enfrentado especificamente a celeuma da possibilidade de contagem de tempo de serviço prestado

⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 1.375.371/SC, rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática, Primeira Turma, DJ 18/04/2022.

⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ARE n. 917-549-AgR, rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJ 01/08.2018.

em cargo em que o servidor fora readaptado para fins de aposentadoria especial eis que “seria necessário o reexame de fatos e provas”, o qual estaria vedado pela Súmula 279 da própria Corte Superior. Assim, os Tribunais de Justiça têm decidido o tema de forma distinta.

A título de exemplo, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem reconhecido o direito à aposentadoria especial do professor readaptado que exerce atividades burocráticas, em ambiente escolar, senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE CANOINHAS. PROFESSORA. APOSENTADORIA ESPECIAL PREVISTA NO ART. 40, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO EXTRACLASSE. CONSIDERAÇÃO DO LAPSO EM QUE A DOCENTE ESTEVE EM READAPTAÇÃO POR PROBLEMAS DE SAÚDE. POSSIBILIDADE. ATIVIDADE EXERCIDA EM AMBIENTE ESCOLAR. CONCESSÃO DA ORDEM MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO. “Se o problema de saúde que leva à readaptação funcional não depende do livre arbítrio do professor, mormente porque ele não tem esse poder de escolha (adoecer ou não), é evidente que o tempo de serviço referente ao período em que estiver readaptado, exercendo atividades administrativas burocráticas, deve ser computado para fins de aposentadoria especial de professor ou professora’ (TJSC, Rel. Des. Ricardo Roesler).⁸

Diferentemente, porém, é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme decisões abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE BAGÉ. PROFESSOR READAPTADO NO CARGO DE AUXILIAR DE BIBLIOTECA. AUSÊNCIA DO DIREITO À GARANTIA DA APOSENTADORIA ESPECIAL, QUE PRESSUPÕE O EXERCÍCIO DE ATIVIDADE DOCENTE. PEDIDO RELATIVO À OBSERVÂNCIA DO PLANO DE CARREIRA DO MAGISTÉRIO PÚBLICO MUNICIPAL - LEI COMPLEMENTAR N. 38/2012 NÃO CONHECIDO.

⁸ TJSC, **Apelação n. 5005544-58.2021.8.24.0015**, rel. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, DJ 09/08/2022.

PEDIDO GENÉRICO, QUE NÃO ESPECIFICA QUAL O DIREITO VIOLADO. ART. 514, II, DO CPC. NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO. REEXAME NECESSÁRIO. DESCABIMENTO. NÃO CONHECERAM DO REEXAME NECESSÁRIO, CONHECERAM EM PARTE E NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME.⁹ APELAÇÃO Ação ordinária Servidora pública municipal Professora de Educação Infantil readaptada. Pleito que visa à concessão de aposentadoria especial. Sentença de parcial procedência. Aposentadoria especial que pressupõe o desempenho de atividade própria de magistério, em sala de aula ou desenvolvendo atividade correlata em estabelecimento de ensino, durante tempo contado para a aposentação - Julgamento da ADI n. 3.772, que interpretou o art. 40, §5º, para abranger as atividades correlatas, como de direção de unidade escolar e de assessoria pedagógica para fins de aposentadoria especial Readaptação Exercícios de outras funções fora da unidade escolar que fez cessar a atividade típica de magistério - Tempo de serviço em outras funções que não deve ser considerado para fins de aposentadoria especial Sentença reformada para julgar improcedente o pedido Recurso provido.¹⁰

Por fim, vale ainda ressaltar decisão abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. RECURSO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO CPC/2015. EFETIVIDADE DA DECISÃO DO STF NA ADI 3.772/DF. MAGISTÉRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. 1. Atividades meramente administrativas não podem ser consideradas como magistério, sob pena de ofensa à autoridade da decisão proferida na ADI 3.772/DF. 2. Agravo regimental desprovido, com aplicação de multa prevista no art. 1.021, § 4º e 5º, do CPC/2015.¹¹

Das decisões acima elencadas, um ponto em comum convém ser observado, qual seja, a necessidade de as funções exercidas pelo professor

⁹ TJRS, **Apelação n. 70052218682**, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Agathe Elsa Schmidt da Silva, DJ 15/05/2013.

¹⁰ TJSP, **Processo n. 1004872-72.2021.8.26.00077**. Comarca: Birigui Juiz a quo: Lucas Gajardoni Fernandes Apelante: Instituto de Previdência do Município de Birigui Biriguiprep Apelado: Claudia Ledesma Cozin 7ª Câmara de Direito Público, Voto nº 36662 - Registro: 2022.0000717229. DJ 05/09/2022.

¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Reclamação Rcl 17426 AgR**, relator Roberto Barroso, Primeira Turma, DJ 09/08/2016.

serem em estabelecimento de ensino. A controvérsia, no entanto, resta evidente e ainda persiste quanto à possibilidade de contagem, para fins de aposentadoria especial do período em que exerceu atividades administrativas e/ou burocráticas distintas da docente.

A respeito, importante trazer o Prejulgado 2020, do Tribunal de Contas de Santa Catarina:

Prejulgado 2020 1. A concessão de aposentadoria aos servidores municipais da educação deve seguir as regras gerais estipuladas pelo art. 40 da Constituição Federal, com as alterações promovidas. 2. São funções de magistério, para efeitos da Lei n. 11.301/06, que alterou o art. 67 da Lei n. 9.394/96, e levando em consideração a interpretação conforme proferida pelo STF na ADI 3772, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico, desde que os cargos sejam exercidos por professores. 3. As funções de coordenação e assessoramento pedagógico são identificadas de acordo com a legislação municipal que dispõe sobre os cargos e funções de magistério, sem prejuízo da necessária observância dos limites decorrentes da Lei n. 11.301/06 e da decisão proferida na ADI 3772 pelo STF, que exigem o desempenho de atividades educativas e que os cargos sejam exercidos por professores. 4. Para que o professor readaptado possa ter direito à redução do tempo para a aposentadoria, na forma do art. 40, §5º, da Constituição Federal, é essencial que a nova função enquadre-se em uma das hipóteses do art. 67, § 2º, da Lei n. 9.394/96, inserido pela Lei n. 11.301/06, não bastando apenas a condição de professor. 5. O tempo de exercício, pelo professor, do cargo de Secretário da Educação não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no art. 67, §2º, da Lei n. 9.394/96, incluído pela Lei n. 11.301/2006. 6. A vigência da Lei (federal) n. 11.301/06 não pode mais ser negada por este Tribunal de Contas no exame do caso concreto, pois há decisão definitiva de mérito a respeito de sua constitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade - ADI 3772. 7. Aplicam-se aos casos ainda pendentes de análise por este Tribunal as disposições da Lei n. 11.301/06, nos termos da interpretação conforme fixada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI 3772, respeitados os atos já apreciados de maneira definitiva, em razão da coisa julgada administrativa e do princípio da segurança jurídica. 8. O efetivo desempenho de funções de magistério, seja exclusivamente exercido em sala de aula, ou fora dela, em funções de direção, coordenação

e assessoramento pedagógico, executadas em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, mesmo que com carga horária de 20 horas, não obsta a concessão da aposentadoria especial, cabendo à unidade observar em cada caso, a regulamentação local específica. 9. O efetivo desempenho de funções de magistério, ainda que realizado de forma remota, não obsta o seu reconhecimento para o fim de concessão de aposentadoria especial do professor.¹²

Em resposta à Consulta @CON 22/00419389, formulada pelo Instituto Canoinhense de Previdência (ICPREV), acerca da “possibilidade do tempo laborado por professores readaptados em funções administrativas, dentro ou fora das escolas de lotação originárias, ser utilizado para fins de aposentadoria especial de professor”, o Tribunal Pleno, através da Decisão 701/2023, em Sessão realizada em 26/04/2023, acolheu o voto do Relator, o qual no respectivo relatório e proposta de voto, manifestou-se da seguinte maneira:

Neste contexto, a DAP concluiu “não ser possível computar o tempo laborado por professor, para fins de aposentadoria especial de magistério, readaptado em razão de doença, que tenha exercido atividades administrativas na unidade escolar de educação básica”³, sugerindo conhecer da Consulta para responder nos termos dos subitens 4.2.1 e 4.2.2 de seu relatório, que a seguir transcrevo: 4.2.1. É possível conceder a aposentadoria especial ao professor readaptado que estiver desempenhando funções de direção, coordenação pedagógica e assessoramento pedagógico no estabelecimento escolar, não alcançando as demais funções administrativas. 4.2.2. Não é possível reconhecer como aposentadoria especial, os períodos em que os professores estiverem desempenhando funções administrativas, dentro ou fora do ambiente escolar, cedidos ou não para outros órgãos educacionais, por força da readaptação. Diante de todo o exposto, analisando o que consta nos autos, em particular o relatório de instrução emitido pela DAP, que cita textualmente as teses firmadas no âmbito do TCE/SC sobre o tema trazido ao debate, verifico que o Prejulgado já existente confere ao ICPREV material consistente e suficiente para afastar as dúvidas levantadas, sendo desnecessária a edição de novo Prejulgado, que apenas reproduziria

¹² TCE/SC. **Prejulgado 2020**. Processo n. 800629620. COG 907/08. Decisão 4823/2009. Instituto de Previdência de Itajaí – IPI. rel. Conselheiro Adircélio de Moraes Ferreira Junior, Tribunal Pleno. DJ 02/12/2009.

o que já foi decidido pelo Plenário. (...) Diante do exposto, proponho ao Egrégio Tribunal Pleno a adoção da seguinte deliberação: 1. Conhecer da Consulta, por preencher todos requisitos e formalidades preconizados nos artigos 103 e 104 do Regimento Interno do Tribunal de Contas de Santa Catarina (RI - Resolução N.TC-06/2001). 2. Informar ao consulente que inteiro teor dos Prejulgados 2020 está apto a afastar eventuais dúvidas sobre o tema em Consulta, podendo o mesmo ser consultados na página www.tce.sc.gov.br.¹³

Portanto, o Tribunal de Contas de Santa Catarina mantém o entendimento já manifestado através do Prejulgado 2020, para considerar que “Não é possível reconhecer como aposentadoria especial, os períodos em que os professores estiverem desempenhando funções administrativas, dentro ou fora do ambiente escolar, cedidos ou não para outros órgãos educacionais, por força da readaptação”.

Assim, considerando as manifestações do Supremo Tribunal Federal sobre aposentadoria especial do professor bem como o Prejulgado 2020, acima transcrito, resta evidente que a natureza pedagógica das atividades exercidas, seja dentro ou fora da sala de aula, é que justifica o direito do professor à aposentadoria especial. Dessa maneira, na atual conjuntura deve prevalecer o entendimento de que o exercício de funções burocráticas ou administrativas não seria compatível com o perseguido constitucionalmente, tendo em vista que o ideal constitucional pretende a concessão da benesse previdenciária apenas e tão somente aos docentes, em atividade pedagógica, que atuam em estabelecimento de ensino.

3. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, é possível concluir que, não obstante divergência de decisões entre os Tribunais de Justiça, prevalece o entendimento de que o exercício de funções burocráticas ou administrativas, ainda que exercidas pelo professor readaptado, não pode ser reconhecido para fins de aposentadoria especial do professor, eis que o ideal constitucional, diante da manifestação do Supremo Tribunal Federal, pretende a concessão da benesse previdenciária apenas e tão somente aos docentes, que atuam em funções

¹³ TCE/SC. Consulta @CON 22/00419389. Decisão 701/2023. Instituto Canhoiense de Previdência – ICPREV. rel. Conselheiro Gerson dos Santos Sicca. Tribunal Pleno, DJ 26/04/2023.

de magistério, assim compreendidas as funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico, desde que exercidos em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação.

Esse é o entendimento firmado pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, através do Prejulgado 2020.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRIGUET, Magadar Rosália Costa. A extinção dos regimes próprios de previdência social e as implicações dela decorrentes. In: VIEIRA, Lucia Helena (Coord.). **Regimes Próprios: aspectos relevantes**. v. 14. São Bernardo do Campo, 2020. p. 420-437.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Previdência dos Servidores Públicos**. Curitiba: Juruá, 2022.

HORVATH JUNIOR, Miguel; DALLEFI, Nayara Maria Silvério da Costa; BRIGUET, Magadar Rosália Costa. Autonomia dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal para Implementar os Regimes Próprios. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**. v. 33, n. 397, jul. 2022, p. 42-71.

MARTINS, Bruno Sá Freire. **A Nova Previdência dos Servidores Públicos**. Curitiba: Alteridade, 2021.

MORAES, Alexandre de. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Bauerer: Atlas, 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 3.772/DF**, rel. Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno, DJ 29/10/2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **ARE n. 917-549-AgR**, rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJ 01/08.2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Reclamação Rcl 17426 AgR**, relator Roberto Barroso, Primeira Turma, DJ 09/08/2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **RE 1.375.371/SC**, rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática, Primeira Turma, DJ 18/04/2022.

TCE/SC. Consulta @**CON 22/00419389**, Decisão 701/2023. Instituto Canhoiense de Previdência – ICPREV. rel. Conselheiro Gerson dos Santos Sicca. Tribunal Pleno, DJ 26/04/2023.

TCE/SC. **Prejulgado 2020**, Processo n. 800629620. COG 907/08. Decisão 4823/2009. Instituto de Previdências de Itajaí – IPI. rel. Conselheiro Adircélio de Moraes Ferreira Junior, Tribunal Pleno. DJ 02/12/2009.

TJRS, **Apelação n. 70052218682**, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Agathe Elsa Schmidt da Silva, DJ 15/05/2013.

TJSC, **Apelação n. 5005544-58.2021.8.24.0015**, rel. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, DJ 09/08/2022.

TJSP, **Processo n. 1004872-72.2021.8.26.00077**, Comarca: Birigui Juiz a quo: Lucas Gajardoni Fernandes Apelante: Instituto de Previdência do Município de Birigui Biriguiprev Apelado: Claudia Ledesma Cozin 7ª Câmara de Direito Público, Voto nº 36662 - Registro: 2022.0000717229. DJ 05/09/2022.

CONCURSO PÚBLICO E A (DES)NECESSIDADE DE FORMAÇÃO DE CADASTRO DE RESERVA À LUZ DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

Thiago Felipe de Amorim¹

Resumo: O presente trabalho visa abordar, brevemente, através do método dedutivo, a forma de contratação de pessoal pela administração pública (servidores públicos estatutários), através de concurso público. Ao publicar o certame por meio da publicação de edital, o Ente/Entidade certamente aspira à contratação de pessoal capacitado para o exercício das atribuições do cargo e, por conseguinte, os mais bem colocados no concurso. Desse modo, à luz do princípio constitucional da eficiência (art. 37, caput), problematiza-se a possibilidade de a administração lançar mão de um certame que não preveja cadastro de reserva e que nomeie tão somente àqueles aprovados dentro do número de vagas e quais as possíveis consequências caso não sejam tomados cuidados para não preterir eventuais candidatos do certame anterior que, porventura, ainda esteja vigente.

Abstract: This paper aims to briefly address, through the deductive method, the manner of hiring personnel by the public administration (statutory public servants) through public competitive examinations. When launching the competition through the publication of a notice, the entity certainly aspires to hire qualified personnel for the exercise of the position, and, therefore, the top candidates in the competition. Thus, in the light of the constitutional principle of efficiency (Art. 37, caput), the (im)possibility of the administration using a competition that does not provide for a reserve

¹ MBA em Gestão Tributária pela Facuminas. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio de Jesus e em Direito Desportivo pelo Centro Universitário Internacional. Coordenador do Núcleo de Relações Laborais da Procuradoria-Geral do Município de Joinville. Servidor Público Municipal. Advogado licenciado. E-mail: thiago.amorim@joinville.sc.gov.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0101299508874178>

list and that appoints only those approved within the number of vacancies is problematized, as well as the possible consequences if care is not taken to preterm potential candidates from a previous valid public competition.

Palavras-Chave: Concurso público; Cadastro de Reserva; Princípio da eficiência.

Keywords: Public competitive examination, Reserve list, Principle of efficiency.

Sumário: 1. Introdução; 2. Concurso Público e as modalidades de contratação pela Administração Pública; 2.1. Concurso Público; 2.2. Contratações da Administração que independem de concurso público; 2.2.1. Nomeação de Cargos em Comissão (*ad nutum*); 2.2.2. Contratação de servidores temporários. 3. Princípios constitucionais aplicáveis ao concurso público; 3.1. Princípio da eficiência administrativa; 3.2. A relação entre o primado da eficiência na realização de concurso público; 4. Formação de Cadastro de Reserva em Concurso Público; 4.1. Concursos sem a previsão de cadastro de reserva; 4.2. Princípio da eficiência e a inexistência de cadastro de reserva em concurso público; 4.2.1. Hipóteses em que pode ocorrer a judicialização por eventual preterição de candidatos não convocados; 4.2.2. Cuidados a serem observados nos editais que não prevejam a formação de cadastro de reserva 5. Conclusão; Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo explorará a relação entre concursos públicos e a necessidade (ou não) de cadastro de reserva e como isso se relaciona com o princípio constitucional da eficiência na administração pública.

Os concursos públicos desempenham um papel crucial na seleção de servidores para órgãos governamentais, garantindo que o recrutamento seja baseado em mérito e igualdade de oportunidades.

Nessa linha de ideias, de se registrar que, no âmbito da administração pública, o princípio da eficiência se apresenta como uma pedra angular, moldando o núcleo das ações e decisões administrativas. Este princípio, consagrado no Artigo 37 da Constituição, exige que as entidades públicas atuem com diligência e eficácia em suas responsabilidades. Uma área significativa em que a eficiência da administração pública é examinada de perto é a contratação de pessoal por meio dos concursos públicos.

O processo de contratação normalmente se inicia com a publicação de um edital, com o objetivo de atrair pessoas qualificadas para preencher os papéis e responsabilidades exigidos pela administração pública. O objetivo

final é nomear pessoas que tenham demonstrado mérito e competência por meio desses exames rigorosos.

Entretanto, a questão de se esses concursos públicos devem incorporar uma lista de reserva de candidatos, além da nomeação daqueles que conquistam uma vaga dentro do número de vagas predefinido, emergiu como um assunto crítico de debate e investigação. À luz do princípio constitucional da eficiência, essa questão levanta perguntas fundamentais sobre a (im)possibilidade de as entidades públicas conduzirem concursos sem previsão de uma lista de reserva.

Este artigo busca adentrar nessa questão complexa, empregando um método dedutivo de análise. Vamos explorar os princípios legais fundamentais que regem os concursos públicos, as vantagens e desafios associados às listas de reserva, jurisprudência relevante e recomendações para aprimorar a aplicação desses princípios.

Nesse sentido, é essencial compreender as complexidades do “concurso público” e sua interface com o princípio da eficiência. As decisões tomadas nesse contexto não apenas impactam as carreiras de aspirantes a servidores públicos, mas também têm implicações significativas para o cenário mais amplo da Administração Pública no Brasil.

Após analisar os cenários e as possíveis implicações diante da tomada de decisão do gestor público, pode-se recomendar alguns cuidados a fim de evitar a judicialização de demandas que visem discutir eventual direito subjetivo à nomeação dos candidatos.

2. CONCURSO PÚBLICO E AS MODALIDADES DE CONTRATAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1. Concurso Público

Inicialmente, importante registrar que “A investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público na administração pública direta, indireta ou fundacional, excetuadas apenas as nomeações para cargos em comissão, assim declarados em lei” (MAZZILLI, 2012), sendo, portanto, a regra geral para as contratações da Administração..

Com a finalidade de conceituar concurso público, Carvalho Filho² leciona que:

² AGLANTZAKIS, Luciana Costa. Breves conceitos sobre o instituto do Concurso Público no Direito Brasileiro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VI, n. 15, nov 2003. Disponível em:

Concurso público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas nos procedimentos, obedecida sempre a ordem de classificação.

Segundo a lição de Hely Lopes Meirelles³, o concurso público promove os postulados democrático e republicano e consiste em instrumento mediante o qual aferidas as aptidões dos candidatos, garantindo-se concorrência em igualdade de condições e privilegiando-se a sistemática do mérito. pressupõe que o servidor de carreira atua na defesa do interesse público, em benefício da proficiência da Administração Pública.

Conforme os ensinamentos de Akerman:

O processo de redemocratização conduzido na segunda metade dos anos 1980 privilegiou o objetivo de dotar o Estado de quadro permanente de servidores, não sujeitos a ingerência política. O constituinte de 1988 proclamou, no artigo 37, incisos I e II, o princípio do concurso público: 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: I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.⁴

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4092>. Acesso em: 4 nov. 2023.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 90.

⁴ AKERMANN, William; PRADO, Vinicius; FILHO, José. **Reclamação Constitucional no Supremo Tribunal Federal**. Editora Sobredireito, 2023. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/reclamacaoconstitucionalnosupremotribunalfederal1791168800>>. Acesso em 4 nov. 2023.

Trazendo à tona a discussão para o âmbito do Município de Joinville, os servidores públicos municipais possuem um regramento específico disposto no Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Joinville, a Lei Complementar nº 266/08.

2.2. Contratações de Administração que independem de Concurso Público

Passada a conceituação do concurso público, a administração pública pode além contar com a mão de obra de servidores e empregados públicos, valer-se de cargos em comissão (natureza *ad nutum*⁵) e a contratação de servidores em regime temporário, também com previsão constitucional⁶, desde que a nomeação se dê em consonância com a legislação aplicável, pois trata-se de exceção à via regular de contratação.

2.2.1. Nomeação de cargos em comissão (*ad nutum*)

Os cargos em comissão são geralmente posições de confiança dentro da estrutura organizacional da administração pública. Eles incluem funções de liderança, supervisão e assessoramento que exigem a confiança direta da autoridade nomeante.

O termo “*ad nutum*” é uma expressão em latim que significa “a qualquer momento” ou “a critério”. Quando aplicada à nomeação de cargos em comissão, indica que os ocupantes dessas posições podem ser nomeados e destituídos a qualquer momento, sem a necessidade de justificativa ou procedimentos formais complexos.⁷

A nomeação e a exoneração de ocupantes de cargos em comissão são atos de discricionariedade da administração pública. Isso significa que a administração tem ampla liberdade para escolher e substituir indivíduos com base em suas necessidades e critérios internos.

⁵ CRFB, Art. 37 (...): V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (...).

⁶ CRFB, Art. 37 (...): IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público; (...).

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 312.

2.2.2. Contratação de servidores temporários

Servidores temporários desempenham um papel importante em situações em que há necessidade de pessoal adicional por um período limitado, como para atender a demandas sazonais, projetos específicos, ou outras circunstâncias temporárias.

Gustavo Alexandre Magalhães leciona que: “a contratação temporária de servidores públicos é uma das medidas excepcionais de admissão de pessoal pela Administração. E como exceção ao princípio constitucional do concurso público, deve restringir-se aos casos em que o interesse público efetivamente o exija (...)”⁸.

Os servidores temporários são contratados de acordo com regras e regulamentos específicos estabelecidos pelas autoridades competentes. Essas regras variam de acordo com a jurisdição e a legislação local, mas em geral, a contratação de servidores temporários deve seguir critérios objetivos, como a demonstração de necessidade, o cumprimento de requisitos mínimos de qualificação e um período de contratação limitado, normalmente através de processo seletivo simplificado.

No caso do Município de Joinville, a Lei Complementar nº 230/07 rege as contratações dessa natureza no âmbito daquele Ente Público, prevendo que “Para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, os órgãos da Administração Pública Municipal, direta e indireta, poderão admitir pessoal por tempo determinado, nas condições e prazos previstos nesta Lei Complementar”.

É importante observar que os servidores temporários geralmente não têm o mesmo status de estabilidade e direitos dos servidores concursados, mas eles desempenham um papel flexível e importante na administração pública para atender a necessidades imediatas.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO CONCURSO PÚBLICO

Diógenes Gasparini⁹ explica que todos os poderes da União, dos Estados membros, do Distrito Federal e dos Municípios, devem observar, entre

⁸ MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. **Contratação temporária por excepcional interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 100.

⁹ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 70.

outros, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no artigo 37, da Constituição Federal.

Desse modo, conforme a orientação constitucional, a realização de certame convocatório exige a edição de uma série de atos administrativos que devem respeitar os princípios que norteiam a administração pública.

Todavia, no presente momento, o enfoque do estudo dar-se-á acerca do primado da eficiência.

3.1. O princípio da eficiência administrativa

O presente trabalho busca aclarar a aplicação do mais novo princípio incluído no rol citado acima, o da eficiência, incluído na CRFB a partir da Emenda Constitucional nº 19/98.

O intuito da posituação do primado da eficiência, conforme Mello¹⁰ é o seguinte:

Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burlam no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da boa administração.

Nesse sentir, vale dizer: o intuito da eficiência é a ideia de aproveitar o máximo o dispêndio público para atingir o melhor resultado possível.

3.2. A relação do primado da eficiência na realização do concurso público

O princípio da eficiência exige que a administração pública alcance seus objetivos de maneira eficaz, usando os recursos disponíveis de forma

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 126.

otimizada e atendendo aos interesses públicos. No contexto dos concursos públicos, a eficiência implica:

- a) **Gestão Adequada dos Recursos:** O uso eficiente de recursos financeiros, humanos e materiais é essencial para garantir que o processo de concurso seja executado de maneira econômica.
- b) **Eficácia no Cumprimento dos Objetivos:** A administração deve realizar todas as etapas do concurso de forma a atender aos objetivos declarados, como a seleção de candidatos qualificados para cargos públicos.
- c) **Celeridade e Agilidade:** A eficiência também implica que o processo de concurso seja conduzido de forma ágil, evitando atrasos que possam prejudicar os candidatos ou o andamento das operações governamentais.
- d) **Transparência e Equidade:** A eficiência não deve comprometer a transparência e a equidade do processo. Os procedimentos devem ser realizados de maneira que todos os candidatos tenham a mesma oportunidade e que a administração seja transparente em todas as fases do concurso.

4. A FORMAÇÃO DO CADASTRO DE RESERVA EM CONCURSO PÚBLICO

O intuito do presente trabalho não é criticar a existência do cadastro de reservas sem vagas diretas à nomeação, mas como o instituto pode ser utilizado para o bem da administração pública, a fim de evitar nova realização de certames logo após o esgotamento de edital anterior.

A possibilidade de os editais de concursos públicos admitirem o cadastro de reserva implica na criação de uma lista adicional à relação de candidatos aprovados, contendo um número superior de habilitados em relação às vagas imediatamente disponíveis conforme divulgado no edital. Essa prática tem como objetivo reunir candidatos qualificados para determinada função pública com base em uma expectativa aferida, em conformidade com a necessidade pública (Mota, 2005).

O cadastro de reserva é uma medida que visa a antecipar a possível demanda por novos servidores num futuro próximo, como em razão da vacância de cargos por conta de aposentadorias, expansões de quadros ou de outras necessidades administrativas. A criação do cadastro de reserva

permite à administração pública estar preparada para preencher vagas adicionais sem a necessidade de realizar um novo concurso público, economizando tempo e recursos.

No entanto, a administração pública deve ser transparente e equitativa ao lidar com o cadastro de reserva. Isso significa que os critérios para convocação a partir desse cadastro devem ser claros e justos, e a convocação deve ocorrer de acordo com a ordem de classificação dos candidatos. Dessa forma, a administração pública atende ao princípio da impessoalidade e assegura que a nomeação seja baseada no mérito.

Desse modo, um planejamento eficaz de procedimentos seletivos, considerando todos esses fatores, é fundamental para garantir que a administração pública cumpra suas obrigações legais e, ao mesmo tempo, mantenha a eficiência e a transparência em seus processos de seleção de servidores públicos. Assim, pode-se gerenciar as expectativas dos candidatos, assegurar o cumprimento das decisões judiciais e promover a gestão eficaz dos recursos públicos.

4.1. Concursos sem a previsão de cadastro reserva

É relativamente raro encontrar concursos públicos que não incluem a disposição para a formação de cadastro de reserva em seus editais. A prática de criar um cadastro de reserva tornou-se comum em muitos concursos públicos, pois oferece vantagens tanto para a administração pública quanto para os candidatos, mormente em respeito ao princípio da eficiência.

A exemplificar, o Município de Joinville lançou o Edital nº 007/2022 para prover cargos vagos na Secretaria de Educação¹¹. O cotejo das vagas ofertadas deixou clara a intenção dos gestores que a completude das vagas ofertadas no certame seria suficiente para suprir as necessidades daquela secretaria, conforme recorde do instrumento convocatório (item 4):

¹¹ JOINVILLE, Secretaria de Educação. **Edital 007/2022**. Concurso Público para provimento de vagas de profissionais de educação no Município de Joinville. Disponível em: <https://sei.joinville.sc.gov.br/sei/publicacoes/controlador_publicacoes.php?acao=publicacao_visualizar&id_documento=1000001597070_2&id_orgao_publicacao=0>. Acesso em 5 de novembro de 2023.

4 DAS VAGAS

4.1 As vagas estão distribuídas conforme o quadro a seguir:

Cargo/Especialidade	Vagas (ampla concorrência)	Vagas (pessoas com deficiência)	Total
Cargo 1: Professor – Educação Infantil	89	5	94
Cargo 2: Professor – Educação Infantil e Ensino Fundamental – Especialidade: Educação Física	24	2	26
Cargo 3: Professor – do 1º ao 5º ano – Ensino Fundamental – Séries Iniciais	83	5	88
Cargo 4: Professor – Ensino Fundamental – Especialidade: Língua Inglesa	14	1	15
Cargo 5: Professor – do 6º ao 9º ano – Ensino Fundamental – Especialidade: Arte	10	1	11
Cargo 6: Professor – do 6º ao 9º ano – Ensino Fundamental – Especialidade: Ciências	10	1	11
Cargo 7: Professor – do 6º ao 9º ano – Ensino Fundamental – Especialidade: Ciências da Religião	9	1	10
Cargo 8: Professor – do 6º ao 9º ano – Ensino Fundamental – Especialidade: Geografia	3	*	3
Cargo 9: Professor – do 6º ao 9º ano – Ensino Fundamental – Especialidade: História	11	1	12
Cargo 10: Professor – do 6º ao 9º ano – Ensino Fundamental – Especialidade: Língua Portuguesa	11	1	12
Cargo 11: Professor – do 6º ao 9º ano – Ensino Fundamental – Especialidade: Matemática	9	1	10
Cargo 12: Professor Bilingue Libras	7	1	8
Cargo 13: Auxiliar de Educador	76	4	80
Cargo 14: Auxiliar Escolar	19	1	20

*Não haverá reserva de vagas para candidatos com deficiência em razão do quantitativo oferecido.

Apesar dessa prática ser pouco usual, foi possível verificar o impacto na jurisprudência, que, apesar de escassa, tem referendado a legalidade da ausência de cadastro de reserva nos concursos públicos.

Colhe-se do TJPA os seguintes julgados:

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERTADAS. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS. PRETERIÇÃO NÃO CARACTERIZADA. AUSÊNCIA DE EFETIVA COMPROVAÇÃO DE CARGO VAGO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. O candidato aprovado em concurso público além do número de vagas ofertadas no edital do certame não possui direito subjetivo líquido e certo à nomeação e posse no cargo, mas sim mera expectativa que se convola em direito caso comprovada a existência de preterição na ordem de classificação dos aprovados. 2. No regime de recrutamento via contrato temporário o agente selecionado exerce função pública como mero prestador de serviços, sem ocupar cargo ou emprego público na estrutura administrativa, constituindo vínculo precário, de prazo determinado, nos moldes estabelecidos pelo texto da Constituição da República (art. 37, IX). 3. A simples indicação de contratação temporária, consoante o art. 37, IX, da Constituição da República, à míngua de provas concretas da existência de cargo efetivo vago, não tem o condão, por si só, de comprovar a preterição dos candidatos aprovados ou a existência de cargos efetivos vagos. 4. Quando o Supremo Tribunal Federal se debruçou sobre a problemática dos candidatos aprovados além do quantitativo da vagas (RE 873.311, Tema 784) na tese objetiva assentada constou expressamente que o surgimento de novas vagas

ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. 5. Não havendo comprovação objetiva e isenta de dúvida acerca da existência de cargo efetivo vago penso que seja inviável falar em preterição. 6. Inexiste ilegalidade na ausência de oferta de cadastro de reserva em concurso público. Ao contrário, trata-se de opção da administração situada dentro do seu espaço discricionário mediante o qual poderá definir o quantitativo de vagas a serem ofertadas em determinado concurso público, o seu prazo de validade, ou ainda se haverá formação de cadastro de reserva, sobretudo porque as nomeações estão diretamente relacionadas com a capacidade/disponibilidade de orçamentária e financeira do ente público. 7. Recurso conhecido e não provido. Unanimidade.¹²

Ainda:

REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO (Edital n.º 001/2013) QUE OFERTAVA UMA ÚNICA VAGA PARA O CARGO PLEITEADO PELO IMPETRANTE (ADVOGADO), SEM CADASTRO DE RESERVA. CANDIDATO APROVADO NA 2ª COLOCAÇÃO. SENTENÇA QUE CONCEDEU A SEGURANÇA PLEITEADA ANTE A ELIMINAÇÃO DO 1º COLOCADO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO E POSSE. CONCURSO SEM PREVISÃO DE CADASTRO DE RESERVA. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DA REGRA EDITALÍCIA, EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA ISONOMIA. PRECEDENTES. NECESSIDADE DE REFORMA DA SENTENÇA. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. UNANIMIDADE. 1. O impetrante participou do Concurso Público promovido pela Prefeitura Municipal de Tailândia (Edital n.º 001/2013), que ofertava 01 (uma) única vaga

¹² PARÁ, Tribunal de Justiça (TJPA). **Apelação Cível nº 0873003-60.2020.8.14.0301**, rel. Des. Luzia Naja Guimarães Nascimento, DJ 13/03/2023.

para o cargo de Advogado, tendo alcançado a 2ª (segunda) colocação, motivo pelo qual, fora ELIMINADO DO CERTAME. 2. O certame em questão não disponibilizou vagas para cadastro de reserva no cargo pleiteado pelo impetrante. Segundo as previsões editalícias, seriam considerados APROVADOS os candidatos que alcançassem posição dentro do número de vagas estabelecidas para o cargo pleiteado; seriam considerados CLASSIFICADOS os candidatos que ficassem fora do número de vagas, porém, dentro do número de vagas especificadas como cadastro de reserva e, seriam considerados ELIMINADOS os demais candidatos. 3. O Edital é ato normativo editado pela Administração Pública para disciplinar o processo do concurso público, cujas regras vinculam tanto a Administração quanto o candidato, devendo ser editado em observância a os princípios constitucionais da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade. A Administração Pública pode, inclusive, fazer previsões acerca da formação ou não do Cadastro de Reserva. 4. A Prefeitura Municipal de Tailândia, utilizando-se do seu poder dicionário, determinou a previsão de cadastro de reserva para alguns cargos do certame, sem fazer previsão para o cargo do impetrante. 5. O Supremo Tribunal Federal há muito firmou o entendimento de que o direito subjetivo à nomeação em concurso público alcança o candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, mas que passe a figurar entre as vagas, em decorrência da desistência de candidatos classificados em colocação superior, contudo, na presente demanda o impetrante sequer fora considerado aprovado fora do número de vagas, vez não houve previsão de cadastro de reserva para o cargo por ele pleiteado. 6. Conceder a segurança pleiteada seria ir de encontro, nitidamente, aos princípios da legalidade, da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia entre os demais candidatos, de outros cargos, que não foram convocados ante a inexistência de previsão de cadastro de reserva, conforme bem observado no parecer ministerial. 7. Na esteira do parecer ministerial, CONHEÇO do Reexame Necessário, REFORMANDO A SENTENÇA, para que seja DENEGADA A SEGURANÇA PLEITEADA 8. À unanimidade.¹³

Ao analisar a orientação trazidas pelos editais, ao que tudo indica, a intenção dos contratantes seria: i) ter clareza e assertividade nas vacâncias pre-

¹³ PARÁ, Tribunal de Justiça (TJPA). **Remessa Necessária Cível n. 0000849-55.2015.8.14.0074**, rel. Des. Maria Elvina Gemaque Taveira, 1ª Turma de Direito Público, DJ 03/06/2019.

vistas a título de aposentadorias a aberturas de novas vagas; e/ou ii) absorver, inicialmente, os melhores candidatos aprovados no certame para promover a qualificação dos novos servidores e posteriormente, abrir novo concurso.

Todavia, a prática, embora bem-intencionada, esta deve vir acompanhada de medidas que não tragam insegurança jurídica às contratações, assim como possam convolar em direito subjetivo à nomeação os candidatos que foram aprovados além do número de vagas ofertado.

4.2. Princípio da Eficiência e a inexistência de cadastro de reserva em concurso público

Diante da problemática trazida ao debate, em uma análise perfunctória, complementando-se a abordagem do item 3.2. do presente trabalho, os editais de concurso público publicados sem a previsão de cadastro de reserva iriam de encontro à previsão constitucional da Eficiência aplicada à Administração.

Conquanto haja a sinalização de afronta ao primado constitucional, a intenção do gestor público merece guarida, desde que seja devidamente motivada (princípio da motivação) e externalizada (princípio da publicidade), a não permitir interpretações equivocadas de eventuais candidatos que se sintam preteridos de alguma maneira.

4.2.1. Hipóteses em que pode ocorrer a judicialização por eventual preterição de candidatos não convocados

Da leitura do art. 37, inciso IV, da Constituição Federal, verifica-se que este determina que: “durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira”.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu, em 9.12.2015, no Recurso Extraordinário n. 837.311, Tema de Repercussão Geral n. 785 que determina que:

[...] o “surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração”.

No mesmo sentido, o STF editou o Tema 784 que assim preconiza:

O surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: I – Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; II – Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; III – Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.

Desse modo, no entendimento firmado pela Corte Suprema, é necessário preencher um dos requisitos trazidos pelo Tema 784 para que seja caracterizado o direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado em concurso público.

Colhe-se da jurisprudência catarinense:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL N. 01/2016 - SJC/SC. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO (TEMA N. 784/STF). ORDEM JUDICIAL DE RECLASSIFICAÇÃO DOS APROVADOS E POSTERIOR ABERTURA DE PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO PARA O MESMO CARGO QUE, POR SI SÓS, NÃO POSSUEM O CONDÃO DE CONVOLAR EM DIREITO SUBJETIVO A EXPECTATIVA DO IMPETRANTE. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO EVIDENCIADA. “A questão relativa ao direito de nomeação decorrente de aprovação em concurso público deve, atualmente, ser entendida no sentido de que somente há direito subjetivo à nomeação do aprovado dentro do número de vagas previstas no instrumento convocatório, enquanto que a aprovação fora do número de vagas elencadas no edital do certame constitui mera expectativa de direito à

nomeação, de acordo com as vagas disponíveis e no poder discricionário do administrador.” (TJSC, Apelação n. 0001458-85.2014.8.24.0012, de Caçador, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 19-7-2016) SEGURANÇA DENEGADA.¹⁴

Nesse ponto, não se vislumbra uma discussão aprofundada acerca das situações caracterizadoras de preterição reconhecidas pelo Supremo, mas somente pontuá-las e para nortear o gestor no momento da escolha na forma de realização antes de lançar edital para a realização de novo certame.

Logo, as hipóteses trazidas pelo STF no julgamento dos temas 784 e 785 deixam claras as situações em que pode ocorrer a discussão de eventual transmutação da expectativa de direito em direito subjetivo à nomeação, a depender do comportamento da Administração, que pode precaver-se claro não tenha o intento de abrir novas vagas durante a validade de certame em vigência.

4.2.2. Cuidados a serem observados nos editais que não prevejam a formação de cadastro de reserva

Nos casos em que os editais de concursos públicos não preveem a formação de cadastro de reserva, é fundamental tomar precauções específicas para evitar que haja a convalidação da expectativa de direito em direito subjetivo à nomeação. Para isso, é importante considerar os seguintes cuidados:

- a) **Nota de Corte para os Aprovados:** Definir uma nota de corte que os candidatos precisam alcançar para serem considerados aprovados é fundamental. A nota de corte deve ser claramente especificada no edital e baseada em critérios objetivos. Aqueles que atingirem ou excederem essa nota terão direito à nomeação, desde que atendam a outros requisitos, objetivando que sejam classificados tão somente os melhores classificados.
- b) **Cláusula de Barreira:** A cláusula de barreira deve ser inserida no edital para esclarecer que apenas os candidatos que alcançarem a nota de corte serão considerados aprovados. Isso é essencial para evitar que candidatos que não atingiram a nota mínima reivindiquem direitos subjetivos à nomeação e sequer constem em eventual lista de classificação.

¹⁴ SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça (TJSC), Autos n. 5003178-28.2020.8.24.0000, rel. Des. Odson Cardoso Filho, Quarta Câmara de Direito Público, , DJ 12/05/2022.

- c) **Eliminar os Demais Candidatos:** O edital deve ser claro em relação aos candidatos que não alcançaram a nota de corte. Deve ser estabelecido que esses candidatos não têm direito à nomeação e que não fazem parte da lista de aprovados. Isso ajuda a evitar futuras alegações de que todos os candidatos têm expectativa de direito à nomeação.
- d) **Atribuição de validade curta ao certame:** Incluir um curto prazo de validade do certame é outra medida que pode ser adotada nos casos em que os editais de concursos públicos não preveem a formação de cadastro de reserva. É de interesse do gestor estipular a validade em até dois anos prorrogáveis por igual período, conforme disposição constitucional¹⁵, este sendo o valor máximo atribuído, podendo o administrador estipular prazo mais exíguo para melhor adequar à realidade da Administração.

Essa medida é importante para evitar a prolongação exacerbada de vigência que possa conduzir candidatos da expectativa de direito à nomeação em situações em que a administração pública não tem a intenção de nomear candidatos aprovados posteriormente.

Ao estabelecer um prazo de validade relativamente curto para o concurso, a administração pública limita o período durante o qual os candidatos aprovados podem exigir a nomeação. Após o vencimento desse prazo, o concurso não será mais válido, e os candidatos não poderão reivindicar o direito subjetivo à nomeação.

Além desses cuidados específicos, é fundamental que o edital seja transparente, preciso e esteja em conformidade com a legislação vigente. A administração pública deve garantir que as regras e critérios estabelecidos no edital sejam seguidos estritamente, evitando a convocação da expectativa de direito em direito subjetivo à nomeação.

5. CONCLUSÃO

O concurso público, ao longo do tempo, passou por uma evolução e consolidou-se como um procedimento administrativo fundamental para assegurar igualdade de oportunidades no acesso a cargos e empregos públicos, conforme previsto em lei.

¹⁵ CRFB, Art. 37 (...): III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período; (...).

Com a realização do presente estudo, foi possível observar, ainda que rapidamente, a dinâmica das contratações da Administração Pública.

Trata-se de um método de contratação que desempenha um papel fundamental na seleção objetiva de servidores, promovendo a eficiência, a imparcialidade e o mérito na ocupação de cargos e empregos públicos.

Do breve apanhado, pode-se concluir que o papel do gestor é de suma importância para manutenção do equilíbrio e governança responsável.

Através do concurso público dar-se-á a escolha objetiva da principal força motriz para o bom desempenho da máquina pública na implementação de suas políticas. Logo, entende como justificável a intenção dos gestores em implementar novas medidas a fim de qualificar o ingresso de seus servidores, a exemplo de publicar edital de curso para provimento de cargos públicos sem a formação de cadastro de reserva.

Todavia, há uma preocupação deixada pela Constituição que deve ser observada, em seu viés principiológico - mormente aqueles do art. 37, diretamente ligados à Administração - legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, inserido por último, quando da Emenda Constitucional nº 19/98, o princípio da eficiência.

A principal questão trazida foi em relação ao dever (ou não) dos concursos públicos incorporarem uma lista de reserva de candidatos, além da nomeação daqueles que conquistam uma vaga dentro do número de vagas predefinido, emergiu como um assunto crítico de debate que, sob o enfoque sistêmico do Direito, acredita-se que o cadastro de reserva deve figurar como aliado para assegurar a satisfação (ainda que momentânea) da pessoa jurídica contratante em relação aos cargos vagos ou com vacância próxima.

Nessa linha de raciocínio, à luz do princípio da Eficiência, foi possível confrontar a finalidade da tomada de decisão da autoridade administrativa com a dinâmica constitucional aplicável. No caso, entendeu-se possível a conjugação das premissas - a possibilidade de promover um edital sem cadastro de reserva e o primado da eficiência -, desde que observadas medidas acautelatórias.

Embora seja uma medida pouco usual, durante a pesquisa foi possível localizar alguns editais dessa natureza: Municípios de Joinville/SC, citado diretamente e de Tailândia e Acará/PA, conforme os julgados colacionados no item 4.1., provavelmente no intuito de buscar os melhores candidatos para o provimento das vagas, todavia, deve-se deixar às claras a pretensão da Administração, a fim de não gerar uma expectativa de direito em larga escala, gerando discussões na via administrativa e judicial.

Diante dos casos narrados, no decorrer do artigo exemplificou-se algumas medidas para dar segurança ao gestor: i) A inclusão de notas de corte para os candidatos aprovados; ii) a cláusula de barreira; iii) a eliminação dos candidatos que não atingem a nota mínima; e iv) a definição de um prazo de validade relativamente curto. Todas essas são medidas essenciais para evitar que a expectativa de direito se converta em um direito subjetivo à nomeação.

Esses cuidados visam a manter a transparência, a igualdade de oportunidades e a conformidade com a legislação, garantindo que o processo seletivo seja conduzido de maneira justa e eficaz. Ao seguir essas práticas recomendadas, a administração pública pode realizar concursos públicos de forma mais segura e evitar futuras contestações ou litígios relacionados ao direito à nomeação.

Por todo o aqui exposto, entende-se pela possibilidade de não haver previsão de cadastro de reserva nos editais de concurso - vale dizer: não há, aparentemente, nenhuma legalidade - todavia, além dos cuidados para evitar judicialização em massa que discutam nomeações, deve-se primar pelo zelo aos recursos públicos e, assim, evitar o dispêndio de recursos do erário na realização de novos certames sem necessidade.

Conforme a orientação constitucional, à luz do princípio da eficiência, é necessário sopesar o interesse público com as possibilidades e necessidades da pessoa jurídica realizadora na deflagração dos certames, entendendo o autor que a regra geral deve ser a formação de cadastro de reserva, dentro das expectativas de nomeação para garantir a eficiência do edital e dar maior respaldo ao gestor público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGLANTZAKIS, Luciana Costa. Breves conceitos sobre o instituto do Concurso Público no Direito Brasileiro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VI, n. 15, nov. 2003. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4092. Acesso em: 4 nov. 2023.

AKERMANN, William; PRADO, Vinicius; FILHO, José. **Reclamação Constitucional no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Sobredireito, 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/reclamacaoconstitucionalnosupremotribunalfederal1791168800>. Acesso em: 4 nov. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 3 nov. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **RE nº 837.311 (Tema 784)**, Brasília, 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4634356>. Acesso em 5 nov. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **RE nº 837.311/PI (Tema 785)**, Brasília, 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10744965>. Acesso em 5 nov. 2023.

JOINVILLE. **Lei Complementar Municipal nº 230/07**. Disponível em: <http://leismunicipa.is/rkibg>. Acesso em 4 de novembro de 2023.

JOINVILLE. **Lei Complementar Municipal nº 266/08**. Disponível em: <http://leismunicipa.is/gkcri>. Acesso em: 4 nov. 2023.

JOINVILLE, Secretaria de Educação. **Edital 007/2022**. Concurso Público para provimento de vagas de profissionais de educação no Município de Joinville. Disponível em: https://sei.joinville.sc.gov.br/sei/publicacoes/controlador_publicacoes.php?acao=publicacao_visualizar&id_documento=10000015970702&id_orgao_publicacao=0. Acesso em: 5 nov. 2023.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. **Contratação temporária por excepcional interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012.

MAZZILLI, Hugo. Concurso público na administração In: PIETRO, Maria; SUNDFELD, Carlos. **Direito administrativo: Agentes públicos e improbidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-administrativo-agentes-publicos-e-improbidade/1510671422>. Acesso em: 4 nov. 2023.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MOTTA, Fabrício et al (Org.). **Concurso público e constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

PARÁ, Tribunal de Justiça (TJPA), **Apelação Cível nº 0873003-60.2020.8.14.0301**. Belém, 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-pa/1782620707>. Acesso em 6 nov. 2023.

PARÁ, Tribunal de Justiça (TJPA), **Remessa Necessária nº 0011195-59.2015.8.14.0076**. Belém, 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-pa/804338843>. Acesso em 5 nov. 2023.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça (TJSC), **Apelação Cível nº 5003178-28.2020.8.24.0000**, Florianópolis, 2022. Disponível em: https://eprocwebcon.tjsc.jus.br/consulta2g/externo_controlador.php?acao=processo_consulta_publica&txt-NumProcesso=5003178-28.2020.8.24.0000. Acesso em 5 nov. 2023.

IMUNIDADE RECÍPROCA:

Aplicação às Sociedades de Economia Mista

Francieli Cristini Schultz¹

Resumo: O presente estudo tem por objetivo examinar o instituto da imunidade tributária recíproca, tal como previsto no ordenamento constitucional brasileiro no art. 150, VI, a, da Constituição Federal, especialmente no que tange à extensão da sua aplicação às sociedades de economia mista, à luz da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, iniciamos os estudos tratando da imunidade tributária como limitação ao poder de tributar e da imunidade tributária recíproca. Em seguida, verificamos alguns aspectos controversos acerca da imunidade recíproca tais como a possibilidade da sua extensão aos tributos e às obrigações tributárias acessórias, dentre outros. Finalmente, passamos à análise específica da possibilidade de sua aplicação às sociedades de economia mista, colacionando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

Abstract: The present study aims to examine the institute of reciprocal tax immunity, as provided for in the Brazilian constitutional order in art. 150, VI, a, of the Federal Constitution, especially regarding the extension of its application to mixed capital companies, considering the doctrine and jurisprudence of the Federal Supreme Court. To this end, we began the studies dealing with tax immunity as a limitation to the power to tax and reciprocal tax immunity. Next, we verify some controversial aspects regarding reciprocal immunity, such as the possibility of its extension to taxes and additional tax obligations, among others. Finally, we move on to a specific

¹ Procuradora do Município de Joinville. Pós-graduada em Direito Público Aplicado e Direito Tributário pela UNIDERP. Defensora da Fazenda Pública e representante da Procuradoria-Geral do Município na Junta de Recursos Administrativos-Tributários do Município de Joinville – JURAT. E-mail: francielic@joinville.sc.gov.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7006237799461443>

analysis of the possibility of its application to mixed capital companies, comparing the jurisprudence of the Federal Supreme Court on the subject.

Palavras-Chave: Imunidade Tributária Recíproca. Sociedades de Economia Mista.

Keywords: Reciprocal Tax Immunity. Mixed Economy Societies.

Sumário: 1. Introdução; 2. A Imunidade Tributária como limitação ao poder de tributar constitucionalmente qualificada; 3. A imunidade recíproca. 4. Da extensão das imunidades tributárias previstas no art. 150 VI da Constituição de 1988; 5. As sociedades de economia mista; 6. A posição do Supremo Tribunal Federal acerca da problemática objeto deste estudo 7. Conclusão; Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo a avaliação da possibilidade de aplicação da imunidade tributária recíproca às sociedades de economia mista, à luz da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A discussão acerca do tema não é recente, e vem sendo motivada especialmente pelos Municípios brasileiros em razão do significativo impacto financeiro provocado pela da imunidade recíproca pleiteada pelas sociedades de economia mista nas suas arrecadações.

Ocorre que, ao longo dos anos, novos elementos que circundam a questão central vêm sendo postos à análise dos Tribunais, os quais terão especial atenção no desenvolvimento deste estudo.

O desenvolvimento do tema inicia com o estudo da imunidade tributária como limitação ao poder de tributar e segue para a imunidade tributária recíproca. Questões controversas como a ampliação da imunidade tributária prevista no art. 150, VI da Constituição Federal de 1988 aos tributos; a ampliação da imunidade tributária previstas no art. 150, VI da Constituição Federal de 1988 aos impostos que não tenham como fato gerador o patrimônio, a renda e os serviços; a extensão das imunidades tributárias às obrigações tributárias acessórias; a extensão das imunidades tributárias às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; as restrições impostas pelo §3o do art. 150, VI da Constituição Federal; assim como a definição das sociedades de economia mista serão objeto do estudo, até que passemos a enfrentar a questão central do trabalho: a extensão das imunidades tributárias às sociedades de economia mista.

Toda a pesquisa será desenvolvida a partir do estudo de farta doutrina, colacionando os precedentes do Supremo Tribunal Federal relacionados à matéria, permitindo o conhecimento dos principais aspectos dessa importante espécie de imunidade tributária.

2. A IMUNIDADE RECÍPROCA COMO LIMITAÇÃO AO PODER DE TRIBUTAR CONSTITUCIONALMENTE QUALIFICADA

A Constituição Federal de 1988, Lei fundamental do Estado Brasileiro, instituiu o sistema constitucional tributário nacional e delimitou a competência tributária da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios.

Tal competência nada mais é do que a faculdade conferida pela Constituição Federal de 1988 às pessoas políticas da federação de criar tributos e arrecadá-los, ressalvadas as limitações contidas na própria Carta Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios.

Acerca da competência tributária, nos ensina o saudoso mestre Baleeiro²: “A competência tributária no sistema rígido do Brasil, que discriminou as receitas dos três níveis de governos do Estado federal, retirando qualquer possibilidade de acumulação ou concorrência dum com o outro, é regida pela Constituição Federal”.

Na mesma linha, as lições de Carraza³: “A competência tributária tem suas fronteiras perfeitamente traçadas pela Constituição Federal, que, inclusive, apontou, direta ou indiretamente, as regras-matrizes dos tributos”.

Desse modo, no uso da competência tributária que lhe foi outorgada pela Constituição Federal, podem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituir tributos, definindo, mediante Lei Complementar, suas hipóteses de incidência, seus sujeitos ativos e passivos, suas bases de cálculo e suas alíquotas.

A corroborar com os ensinamentos já transcritos acerca da competência tributária, vejamos o que ensina Machado:

É importante observarmos que nossa Constituição Federal delimita, com razoável precisão, a matéria fática de que se pode valer o legislador na instituição dos tributos. Em relação aos impostos ela o faz

² BALEEIRO, Aliomar Baleeiro. **Direito Tributário Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 67.

³ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 771.

ao partilhar as competências entre a União, os Estados e Distrito Federal e os Municípios. Ao atribuir a cada uma dessas entidades a respectiva competência para instituir impostos, a Constituição Federal delimita a matéria de que se pode valer o legislador de cada uma dessas pessoas jurídicas de direito público para instituí-los, vale dizer, para definir a hipótese de incidência de cada um desses impostos. No que diz respeito aos tributos vinculados a um agir estatal – vale dizer, taxas e contribuição de melhoria –, que podem ser instituídos por qualquer das pessoas jurídicas de direito público, a Constituição Federal também delimita a matéria fática de que se pode valer o legislador para a respectiva instituição, e o faz referindo-se à atividade estatal correspondente. Assim, estabelece que tais entidades poderão instituir “taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição” (art. 145, II). E, ainda, “contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas” (art. 145, III).⁴

Para o eminente professor Martins:

Portando, competência tributária é a faculdade outorgada às pessoas jurídicas de direito público interno, pela Constituição, atendidos seus princípios e regras dentro do campo de sua atuação, para instituir, pelo instrumento legal designado, seus tributos, o que significa, em resumo, legislar sobre o regime jurídico, regulando-o e estruturando-o.⁵

Todavia, o exercício dessa competência tributária não é absoluto, possui limitações, que nada mais são do que as chamadas “limitações ao poder de tributar”. De acordo com Ichihara (2000):

As limitações já estão previstas expressa e/ou implicitamente na própria Lei Magna, cabendo ao legislador ordinário, através do veículo eleito, a “lei complementar”, regular, no sentido de explicitar, tornar aplicável e aclarar os limites, evidentemente, sem estreitar ou alargar o que já existe implicitamente, visando única e exclusivamente, facilitar a compreensão, a interpretação e a aplicação.⁶

⁴ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 279.

⁵ MARTINS, Ives Granda da Silva (Coord.). **Curso de direito tributário**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 300.

⁶ ICHIHARA, Yoshiaki. **Imunidades Tributárias**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 101.

As limitações constitucionais ao poder de tributar decorrem do modelo exaustivo e do perfil da Constituição Federal de 1988, dos princípios constitucionais e dos direitos e garantias fundamentais, das restrições decorrentes de regras impostas para o exercício da competência tributária, das vedações ou proibições constitucionais expressas e das imunidades tributárias.

Assim é que a grande maioria da doutrina brasileira posiciona a imunidade como norma (negativa) de competência tributária, senão vejamos as lições de Machado:

Em sentido amplo, é possível entender-se como limitação ao poder de tributar toda e qualquer restrição imposta pelo sistema jurídico às entidades dotadas desse poder. Aliás, toda atribuição de competência implica necessariamente limitação. A descrição da competência atribuída, seu desenho, estabelece seus limites. Em sentido restrito, entende-se como limitações do poder de tributar o conjunto de regras estabelecidas pela CF, em seus arts. 150 a 152, nas quais residem princípios fundamentais do direito constitucional tributário, a saber: (a) legalidade (art. 150,I); (b) isonomia (art. 150,II); (c) irretroatividade (art. 150,III, “a”); (d) anterioridade (art. 150,III, “b”); (e) proibição de confisco (art. 150,IV); (f), liberdade de tráfego (art. 150,V); (g) imunidades (art. 150,VI); (h) outras limitações (arts. 151 e 152).⁷

No mesmo sentido, Carraza (2011): “Noutras palavras, a competência tributária é desenhada também por normas negativas, que veiculam o que se convencionou chamar de imunidades tributárias”⁸.

Desse modo, as imunidades tributárias são espécies constitucionalmente qualificadas do gênero “limitações constitucionais ao poder de tributar” impostas ao legislador ordinário e aos aplicadores do direito. É a norma constitucional que detém eficácia plena e imediata, que estabelece a incompetência para a instituir tributos diante de certos fatos e situações previamente determinadas pelo texto constitucional, e atua, de forma absoluta, retirando a competência do legislador ordinário.

⁷ MACHADO, Hugo de Brito. MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 278-279.

⁸ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011 p. 771.

Conceituando imunidade, Machado ensina que: “Imunidade é o obstáculo decorrente de regra da Constituição à incidência de regra jurídica de tributação. O que é imune não pode ser tributado. A imunidade impede que a lei defina como hipótese de incidência tributária aquilo que é imune. É limitação da competência tributária.”⁹

Em outra obra de sua autoria, Machado esclarece ainda que:

Na imunidade tributária não ocorre o fato gerador da obrigação tributária, porque a norma da Constituição, que estabelece a imunidade, proíbe que o legislador colha a situação de fato nela definida para definir qualquer hipótese de incidência tributária. Há uma limitação da competência tributária pois a norma da Constituição que estabelece a imunidade diz á entidade dotada de competência tributária que ela não pode utilizar a matéria que descreve como suporte para normas de tributação.¹⁰

Assim é que a imunidade cria um “campo” de incompetência tributária que impede o nascimento do fato gerador do tributo. Nesse sentido, arremata Carraza:

Assim, as pessoas políticas somente podem criar os tributos que lhe são afetos se os acomodarem nos respectivos escaninhos constitucionais, construídos pelo legislador constituinte com regras positivas (que autorizam a tributar) e negativas (que traçam os limites materiais e formais da tributação). A imunidade tributária é um fenômeno de natureza constitucional. As normas constitucionais que, direta ou indiretamente, tratam do assunto fixam, por assim dizer, a incompetência das entidades tributantes para onerar, com exações, certas pessoas, seja em função de sua natureza jurídica, seja porque coligadas a determinados fatos, bens ou situações. Encerram limitações postas na própria Constituição Federal, à acabo estatal de criar tributos.¹¹

Não é demais registrar que a imunidade é estabelecida como opção política do legislador constituinte, para resguardar determinados valores

⁹ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 287-288.

¹⁰ MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários do Código Tributário Nacional**. v.II, São Paulo: Atlas, 2004. p. 328.

¹¹ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 771.

que a própria Constituição considerou fundamentais à sociedade, tais como a manutenção dos entes federados, o exercício das atividades religiosas, da democracia, das instituições educacionais e assistenciais e o acesso à cultura e às informações.

Nos dizeres de Martins:

As imunidades foram criadas estribadas em considerações extra-jurídicas atendendo à orientação do poder constituinte em função das ideias políticas vigentes, preservando determinados valores políticos, religiosos, educacionais, sociais, culturais e econômicos, todos eles fundamentais à sociedade brasileira. Dessa forma assegura-se, retirando das mãos do legislador infraconstitucional, a possibilidade de, por meio da exação imposta, atingi-los. Resguarda o equilíbrio federativo, a liberdade política, religiosa, de associação, do livre pensamento, e de expressão, a expansão da cultura, o desenvolvimento econômico etc., e, assim, não deve ser considerar a imunidade como um benefício, um favor fiscal, uma renúncia à competência tributária ou um privilégio, mas sim uma forma de resguardar e garantir os valores da comunidade e do indivíduo.¹²

Não é outro o entendimento do Professor Sabbag:

Dessa forma, a norma imunizante, burilada pelo legislador constituinte, em nome do “cidadão-destinatário”, visa preservar valores políticos, religiosos, sociais e éticos, colocando a salvo da tributação certas situações e pessoas. (físicas e jurídicas) Isso equivale afirmar que existem estruturas fundamentais ao regime que não serão perturbadas pela tributação, em homenagem à norma imunizadora.¹³

Mas não é só, de acordo com Sabbag (2012): “Para o STF, as imunidades e os princípios tributários são limitações constitucionais ao poder de tributar, ganhando estatura de cláusulas pétreas – limites não suprimíveis por emenda constitucional, uma vez asseguradores de direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, IV, CF), aptos ao resguardo de princípios, interesses e valores, tidos como fundamentais pelo Estado”¹⁴.

¹² MARTINS, Ives Granda da Silva (Coord.). **Curso de direito tributário**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 301.

¹³ SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 286.

¹⁴ SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 286.

Desse modo, conclui-se que, como limitação ao poder de tributar, a imunidade tributária tem sede, exclusivamente constitucional, e visa tornar efetivo um princípio ou valor constitucionalmente incorporado ao ordenamento jurídico.

3. A IMUNIDADE RECÍPROCA

Muito embora tenham sido fixadas no texto constitucional um grande número de hipóteses de imunidade tributárias, lembramos que este trabalho tem foco no estudo da espécie imunidade tributária recíproca, prevista no art. 150, VI da Constituição Federal de 1988, que determina:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

Também chamada de “imunidade intragovernamental”, “imunidade das pessoas políticas”, ou “imunidade mútua”, a imunidade recíproca decorre dos princípios federativo e da autonomia, que se desdobra na igualdade formal das pessoas jurídicas de direito público interno.

Dela decorre o mandamento constitucional de que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estão impedidos de instituir impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços uns dos outros.

Conceituando a imunidade recíproca, Carvalhoensina que:

A imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, a, da Constituição é uma decorrência pronta e imediata do postulado da isonomia dos entes constitucionais, sustentado pela estrutura federativa do Estado brasileiro e pela autonomia dos Municípios. Na verdade, encerraria imensa contradição imaginar o princípio da paridade jurídica daquelas entidades e, simultaneamente, conceder pudessem eles exercer suas competências impositivas sobre o patrimônio, a renda e os serviços, uma com relação às outras. É em nome do Cânone da supremacia do interesse público a/o do particular que a atividade de administração tributária ganha foros de efetividade prática. E não poderíamos compreender como, debaixo dessa mesma linha diretiva, uma pessoa jurídica de direito público, munida

de personalidade política e autonomia, pelos dizeres explícitos da Constituição, viesse a submeter-se aos poderes de fiscalização e de controle, que são ínsitos ao desempenho daquele tipo de atividade.¹⁵

Na mesma linha, Sabbag:

O elemento teleológico que justifica a norma em comento atrela-se ao princípio federativo (art. 60, §4o, I, CF), como cláusula pétrea, à luz do postulado da indissolubilidade do pacto federativo, que prevê uma “convivência harmônica das entidades políticas componentes do Estado Federal brasileiro”. Com efeito, o preceito imunitário visa assegurar e confirmar o equilíbrio federativo entre as pessoas políticas tributantes e a preservação do desempenho dos órgãos públicos, que devem coexistir em clima de preservadas harmonia e autonomia, ratificando axiologicamente o federalismo de equilíbrio (ou de cooperação), ou, na expressão utilizada pelos alemães, a “lealdade mútua federal”, segundo a qual “os entes devem agir amigavelmente”.¹⁶

O Ministro Celso de Mello, em voto proferido no julgamento do Recurso Extraordinário RE 363.412/BA-AgR, assinalou:

A imunidade tributária recíproca consagrada pelas sucessivas Constituições republicanas brasileiras representa um fator indispensável à preservação institucional das próprias unidades integrantes do Estado Federal, constituindo, ainda, importante instrumento de manutenção do equilíbrio e da harmonia que devem prevalecer, como valores essenciais que são, no plano das relações político-jurídicas fundadas no pacto da Federação.¹⁷

De acordo com a grande parte da doutrina nacional, a imunidade tributária recíproca subsistiria mesmo não havendo norma constitucional expressa que a garantisse, uma vez que visa proteger o princípio federativo e o princípio da igualdade formal das pessoas jurídicas de direito público interno.

¹⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 185.

¹⁶ SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 286.

¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 363.412/BA-AgR**, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 19/09/2008.

Vejamos a lição de Carraza “o que estamos querendo significar é que, ainda que inexistisse a alínea “a”, acima citada estariam igualmente proibidas de tributar-se reciprocamente por meio de impostos”¹⁸.

Assim, estabelecidos os conceitos básicos acerca da imunidade recíproca, poderemos avançar no estudo do tema.

4. EXTENSÃO DAS IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS PREVISTAS NO ART. 150, VI, DA CF/88

4.1. Da ampliação das imunidades previstas no art. 150, VI, da CF/88, aos tributos

Ao realizar o estudo das imunidades tributárias previstas no art. 150, VI da Constituição Federal de 1988, faz-se necessário verificar a extensão de sua aplicação diante de alguns pontos controversos na doutrina e nos tribunais.

No plano acadêmico muito se discute acerca da extensão da aplicação das imunidades tributárias previstas no art. 150, VI da Constituição Federal de 1988 aos tributos.

Grandes nomes do Direito Tributário brasileiro, tais como Paulo de Barros Carvalho e Hugo de Brito Machado, defendem que a imunidade recíproca não se restringe aos impostos, devendo ser estendida também às taxas e às contribuições sociais.

Vejamos os argumentos de Machado:

Não obstante esteja expressa, no art. 150, VI, da vigente CF, apenas em relação aos impostos, em razão do princípio federativo a imunidade recíproca abrange, seguramente, também os demais tributos. É que o tributo, como expressão que é da soberania estatal, não pode ser exigido de quem a tal soberania não se submete, porque é parte integrante do estado, que da mesma é titular.¹⁹

No mesmo sentido Carvalho:

Querem, quase todos, que a imunidade seja uma instituição jurídica que diga respeito unicamente aos impostos, forrando-se a ela

¹⁸ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 788.

¹⁹ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 291.

as taxas e a contribuição de melhoria. Tudo sobre o fundamento de que o texto do Diploma Básico, ao transmitir as hipóteses clássicas veiculadas pelo art. 150, VI, cita, nominalmente, a espécie de tributos que Geraldo Ataliba nomina de não-vinculados. Além do mais, insistem alguns na circunstância de que os impostos são concebidos para o atendimento das despesas gerais que o Estado se propõe, ao passo que as taxas e as contribuições de melhoria, antessupondo uma prestação direta, imediata e pessoal ao interessado, não comportariam o benefício da imunidade, por todos os títulos incompatível com aqueles tipos impositivos. Nada mais infundado! A redução é descabida, transparecendo como o produto de exame meramente literal (e apressado) ou como o resultado de considerações metajurídicas, que não se prendem ao contexto do direito positivo que vige. Que motivo de ordem superior ditaria o princípio de que o legislador constituinte, no exercício de suas prerrogativas, pudesse estar impedido de organizar as competências tributárias, de tal modo que tolhesse a decretação de certas taxas ou impossibilitasse a criação de contribuições de melhoria? Com assomos jurídicos, nenhum. Se a Constituição fala e refala nos impostos, tratando-os com a intimidade de quem os conhece pelo nome, é natural que utilize expedientes como a imunidade para lhes tracejar a feição. Com os gravames vinculados, sendo as menções constitucionais mais reduzidas, nem por isso deixou o constituinte de alcançá-los, como prova o versículo do art. 151, I, que estatui o primado da uniformidade.²⁰

De outro lado, nomes como Aliomar Baleeiro, Roque Antonio Carraza, Eduardo Sabbag e Sacha Calmon Navarro Coêlho aliam-se a posição já firmada pelo Supremo Tribunal Federal, de que a imunidade contida no art. 150, VI da Constituição Federal atinge tão somente os chamados tributos vinculados – impostos.

Em suas lições, que permanecem atuais ao sistema tributário nacional, o grande mestre Baleeiro já advertia que:

Na emenda nº1/1969, do mesmo modo que a anterior, a imunidade recíproca impede apenas decretar imposto. Logo é constitucional a exigência de taxa, ou de contribuição de melhoria, por uma pessoa

²⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 174-176.

de Direito Público interno a outra. E, sem dúvida alguma, os preços públicos, não raro confundidos com as taxas.²¹

Na mesma esteira Sabbag:

O artigo em comento traz à baila regra imunizante adstrita tão-somente aos impostos. A proibição, pois, refere-se à espécie “impostos”, e não a taxas ou a contribuições. Tal intributabilidade encontra respaldo no fato de que o imposto enseja um poder de sujeição de quem tributa sobre quem é tributado, não sendo possível imaginar tal subserviência no sistema federativo nacional entre os Entes Federados.²²

Tal entendimento há muito foi sedimentado no Supremo Tribunal Federal com a edição da Súmula nº 324 que, muito embora tenha sido aprovada durante a vigência da Constituição de 1946 (Sessão Plenária de 13/12/1963), mostra-se atual no contexto do ordenamento jurídico brasileiro: “A imunidade do art. 31, V, da Constituição Federal não compreende as taxas” (Súmula 324 do STF).

Desde então, as decisões da mais alta corte de justiça brasileira, o Supremo Tribunal Federal, não vêm reconhecendo a extensão da imunidade recíproca aos demais tributos.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ARTIGO 150, INCISO VI, ALÍNEA “A”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMUNIDADE RECÍPROCA. TAXAS. INEXISTÊNCIA. TAXA DE COLETA DE LIXO DOMICILIAR. SERVIÇOS ESPECÍFICOS E DIVISÍVEIS. CONSTITUCIONALIDADE. ELEMENTOS DA BASE DE CÁLCULO PRÓPRIA DE IMPOSTOS. SÚMULA VINCULANTE N. 29 DO STF. IPTU. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE. ARTIGO 145, II E § 2o, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CONFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. 1. A imunidade tributária recíproca não engloba o conceito de taxa, porquanto o preceito constitucional (artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal) só faz alusão expressa

²¹ BALEEIRO, Aliomar Baleeiro. **Direito Tributário Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 74.

²² SABBAG, Eduardo. **Direito Tributário**. São Paulo: DPJ Editora, 2004. p. 45.

a imposto. (Precedentes: RE n. 424.227, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, 2a Turma, DJ de 10.9.04; RE n. 253.394, Relator o Ministro ILMAR GALVÃO, 1a Turma, DJ de 11.4.03; e AI n. 458.856, Relator o Ministro EROS GRAU, 1a Turma, DJ de 20.4.07). 2. As taxas cobradas em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, desde que dissociadas da cobrança de outros serviços públicos de limpeza são constitucionais (RE n. 576.321-QO, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 13.2.09). 3. As taxas que, na apuração do montante devido, adotem um ou mais elementos que compõem a base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não se verifique identidade integral entre uma base e outra são constitucionais (Súmula Vinculante n. 29 do STF). (Precedentes: RE n. 232.393, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, Plenário, DJ 5.4.02; RE n. 550.403-ED, Relatora a Ministra CÁRMEN LÚCIA, 1a Turma, DJe de 26.6.09; RE n. 524.045-AgR, Relator o Ministro CEZAR PELUSO, 2a Turma, DJe de 9.10.09; e RE n. 232.577-EDv, Relator o Ministro CEZAR PELUSO, Plenário, DJe de 9.4.10) 4. Agravo regimental não provido.²³

²³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 613.287 AgR/RS**, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 02/08/2011. No mesmo sentido, podem ser citados os seguintes acórdãos: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ECT - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA: C.F., art. 150, VI, a. EMPRESA PÚBLICA QUE EXERCE ATIVIDADE ECONÔMICA E EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO: DISTINÇÃO. TAXAS: IMUNIDADE RECÍPROCA: INEXISTÊNCIA. I. - As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A ECT - Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: C.F., art. 22, X; C.F., art. 150, VI, a. Precedentes do STF: RE 424.227/SC, 407.099/RS, 354.897/RS, 356.122/RS e 398.630/SP, Ministro Carlos Velloso, 2a Turma. II. - A imunidade tributária recíproca -- C.F., art. 150, VI, a -- somente é aplicável a impostos, não alcançando as taxas. III. - R.E. conhecido e improvido (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 364.202/RS**, rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 05/10/2004); RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IPTU. IMÓVEIS DO ACERVO PATRIMONIAL DO PORTO DE SANTOS. IMUNIDADE RECÍPROCA. TAXAS. I. Imóveis situados no porto, área de domínio público da União, e que se encontram sob custódia da companhia em razão de delegação prevista na Lei de Concessões Portuárias. Não-incidência do IPTU, por tratar-se de bem e serviço de competência atribuída ao poder público (artigos 21, XII, "f" e 150, VI, da Constituição Federal). 2. Taxas. Imunidade. Inexistência, uma vez que o preceito constitucional só faz alusão expressa a imposto, não comportando a vedação a cobrança de taxas. Recurso Extraordinário parcialmente provido (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 265.749/SP**, Segunda Turma, rel. min. Maurício Correa, DJ 12/09/2003, p. 49).

Desse modo, muito embora existam posições em sentido contrário, diante da firme posição do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, concluímos que a imunidade recíproca está limitada aos impostos, não se estendendo aos demais tributos.

4.2. Da ampliação das imunidades previstas no art. 150, VI, da CF/88, aos impostos que não tenham fato gerador o patrimônio, a renda e os serviços

Outra questão debatida pela doutrina, é a possibilidade de não se restringir a imunidade recíproca somente aos impostos que tenham como fato gerador o patrimônio, a renda e os serviços.

Ao comentar o Acórdão ACO^r 468-3-MS do Supremo Tribunal Federal, Coêlho (2012), asseverou:

IMUNIDADE RECÍPROCA – IOF – APLICAÇÕES FINANCEIRAS DO ESTADO. Está ao amparo da imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, ‘a’, da Constituição) a incidência do Imposto Sobre Operações Financeiras, em razão das aplicações realizadas, no mercado financeiro pelo Estado (Ac. un. do STF Pleno – ACO^r 468-3-MS o rel. Min. Octavio Gallotti – j. em 11.11.96 – Partes: Estado do Mato Grosso do Sul e União Federal – DJU de 21.02.97, p. 2.823 – ementa oficial)

O IOF não tem, por fato gerador, patrimônio, renda ou serviços, incide sobre operações de crédito, câmbio, seguros e títulos mobiliários. O STF protegeu, isto sim, o patrimônio da pessoa jurídica imune. (COÊLHO, 2012, p. 254)

Vejamos o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria:

IMPOSTO - IMUNIDADE RECÍPROCA - Imposto sobre Operações Financeiras. A norma da alínea “a” do inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal obstaculiza a incidência recíproca de impostos, considerada a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Descabe introduzir no preceito, a mercê de interpretação, exceção não contemplada, distinguindo os ganhos resultantes de operações financeiras. AI 175133 Ag^r / PR – PARANÁ. AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 05/03/1996. Órgão Julgador: Segunda Turma. Grifo da aurora)

Assim, considerando a doutrina e os julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, tem-se que a imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, “a” da Constituição Federal estende-se a todos os impostos e não apenas àqueles que tenham como fato gerador o patrimônio, a renda e os serviços.

4.3. Da extensão das imunidades tributárias às obrigações tributárias acessórias

Outra questão que merece espaço neste estudo é a possibilidade da extensão da imunidade tributária recíproca às obrigações acessórias.

De acordo com Sabbag (2012), a imunidade tributária se aplica apenas à obrigação principal, não alcançando as obrigações tributárias acessórias, senão vejamos:

Por fim, insta registrar que a imunidade tributária atinge apenas a obrigação tributária principal, afeta ao dever patrimonial de pagamento do tributo, não tendo o condão de atingir as chamadas obrigações tributárias acessórias, ou seja, os deveres instrumentais do contribuinte, que permanecem incólumes. Em outras palavras, por exemplo, uma entidade beneficente ou um partido político não serão alvo de impostos, por força da imunidade tributária, mas poderão ser plenamente fiscalizados, ter de apresentar documentos e livros à autoridade fazendária, entre tantos outros deveres instrumentais.²⁴

Essa é a posição do Supremo Tribunal Federal, revelada no acórdão que a seguir transcrevemos:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Cadastro de contribuintes. Inscrição. Exoneração de obrigação legal. Questão infraconstitucional. Imunidade. Afronta reflexa. 1. A orientação da Corte é no sentido de que a imunidade tributária, por si só, não autoriza a exoneração de cumprimento das obrigações acessórias impostas por lei. 2. O Tribunal de origem restringiu-se a examinar as normas infraconstitucionais de regência, sendo certo que a suposta afronta ao texto constitucional, caso ocorresse, seria reflexa ou indireta. 3. Agravo regimental não provido.²⁵ (ARE 709980 AgR

²⁴ SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 287.

²⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ARE 709.980-AgR/SP**, rel. Min. Dias Toffoli, DJ 17.12.2013.

/ SP - SÃO PAULO. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRADO. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 17/12/2013. Órgão Julgador: Primeira Turma. Grifo da aurora)

Nesse passo, a imunidade tributária recíproca não exime o contribuinte do cumprimento das obrigações tributárias acessórias.

4.4. Da extensão das imunidades tributárias às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público

Da leitura do texto constitucional extrai-se o comando que determina que a imunidade tributária prevista no VI, “a”, do art. 150 é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

Nesse diapasão, Carvalho leciona:

A imunidade recíproca é extensiva às autarquias federais, estaduais e municipais, por obra da disposição contida no art. 150, §2o, no que atina ao patrimônio, renda e serviços vinculados às suas finalidades essenciais, mas não se aplica aos serviços públicos concedidos, nem, exonera o promitente comprador da obrigação de pagar o imposto que grave a promessa de venda e compra de bens imóveis.²⁶

Note-se que Sabbag (2004), ainda lembra que:

Posto isso, acreditamos que a imunidade recíproca deve, naturalmente, ser extensível às autarquias de regime especial, dentre as quais se destacam as Agencias Reguladoras e as Agencias Executivas, sem embargo das Associações Públicas, quando se revestirem da personalidade jurídica de direito público. (SABBAG, 2004, p. 301).

Todavia, o mesmo dispositivo constitucional que criou e estendeu a imunidade recíproca às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, também criou condicionantes para que pudesse ser aplicada pelo operador do direito.

Vejamos o que determina o texto constitucional:

²⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 186.

Art. 150. (...)

§ 2o - A vedação do inciso VI, “a”, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

Trata-se, portanto, de imunidade recíproca condicionada que impõe a necessidade de a entidade autárquica ou fundacional cumprir com sua finalidade essencial ou alguma que dela decorra.

De acordo com o professor Sabbag (2012):

Posto isso, é possível afirmar-se, pelo menos em tese, que deve incidir IPTU sobre prédio pertencente a uma autarquia federal que não seja utilizado para a consecução dos precípuos objetivos autárquicos; ou mesmo, que deve incidir IPTU sobre o terreno baldio de propriedade da autarquia. (SABBAG, 2012, p. 302)

Sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal assim se manifestou:

Ementa - IMUNIDADE FISCAL. AUTARQUIAS. -A EXPRESSÃO “VINCULADOS AS SUAS NECESSIDADES OU DELAS DECORRENTES”, A QUAL SE ENCONTRA NO PARAGRAFO 1. DO ARTIGO 19 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ALCANÇA NÃO SÓ OS “SERVIÇOS”, MAS TAMBÉM O PATRIMÔNIO E A RENDA DAS AUTARQUIAS. ASSIM, SÃO DEVIDOS TRIBUTOS MUNICIPAIS SOBRE TERRENO BALDIO DE PROPRIEDADE DE AUTARQUIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (RE 98382 / MG - MINAS GERAIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. MOREIRA ALVES. Julgamento: 12/11/1982. Órgão Julgador: Segunda Turma. Grifo da aurora.)

Desse modo, para fruir da imunidade tributária recíproca, o fato gerador dos impostos das autarquias ou fundações deve estar estritamente atrelado às suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

4.5. Das restrições impostas pelo §3º do art. 150, VI, da Constituição Federal

O §3º do art. 150, VI da Carta republicana de 1988 estabelece que:

Art. 150.

[...]

§ 3º - As vedações do inciso VI, “a”, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

Note-se que o legislador restringe a imunidade tributária recíproca em duas hipóteses:

- a) ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário;
- b) ao promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

Relativamente a primeira hipótese, prevista no §3º do art. 150 da Constituição Federal Carrazza assinala que:

Com a só leitura deste ágrafo já percebemos que, sempre que uma pessoa política explorar atividades econômicas, sujeita-se aos impostos pertinentes (IPI, ICMS, imposto sobre a importação etc.). O princípio da imunidade recíproca já não vale para ela. [...] A imunidade também não beneficia as pessoas políticas enquanto exercerem atividades econômicas, mediante contraprestação ou recebimento de preços e tarifas.²⁷

No mesmo sentido, ensina Martins:

Por fim, no §3º do mesmo dispositivo constitucional a imunidade recíproca não terá aplicação ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com exploração da atividade econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou simplesmente se houver contra-prestação ou pagamento de preço ou tarifas.²⁸

²⁷ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 791.

²⁸ MARTINS, Ives Granda da Silva (Coord.). **Curso de direito tributário**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 306.

Assim, em atenção ao princípio da isonomia, havendo exploração de atividade econômica, estará automaticamente afastada a imunidade tributária recíproca, vez que o “privilégio” fiscal colocaria a pessoa política em situação mais favorável se comparada às pessoas jurídicas de direito privado, desequilibrando a relação concorrencial natural do mercado.

Quanto aos serviços públicos concedidos em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, tem-se que o afastamento da imunidade tributária se dá em função do regime remuneratório aplicável aos contratos de concessão - o tarifário, previsto no art. 175, III da Carta Magna.

Finalmente, a segunda hipótese afasta a imunidade daqueles que, assumindo compromisso irreatável de compra e venda de bem de titularidade de ente imune, passa a dispor de direito real de aquisição, estando, portanto, os contribuintes obrigados ao pagamento dos impostos e cumprimento das demais obrigações decorrentes da propriedade.

5. AS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

O aprofundamento no tema proposto demanda o estudo da natureza jurídica das sociedades de economia mista.

De acordo com o que estabelece o art. 5º do Decreto Lei nº 200/67, as sociedades de economia mista constituem-se em:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

[...]

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.

Desse modo, as sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado, cuja criação depende de autorização legislativa, utilizadas como instrumento de descentralização do Estado, para a prestação de serviços públicos ou exploração de atividade econômica que o Estado considera de interesse coletivo ou de segurança nacional.

Contam com participação ativa do Estado no seu capital e na sua administração, e têm por objetivo a obtenção de renda e lucros, carregando consigo as características de uma empresa privada e submetendo-se aos ditames da Lei das Sociedades Anônimas – Lei nº 6.404/76.

De acordo com Pietro:

A sociedade de economia mista é pessoa jurídica de direito privado, em que há conjugação de capital público e privado, participação do poder público na gestão e organização sob forma de sociedade anônima, com as derrogações estabelecidas pelo direito público e pela própria lei das S.A. (Lei nº 6.404, de 15-12-76); executa atividades econômicas, algumas delas próprias da iniciativa privada (com sujeição ao art. 173 da Constituição) e outras assumidas pelo Estado como serviços públicos (com sujeição ao art. 175 da Constituição).²⁹

No mesmo sentido as lições de Carrazza:

No mais das vezes (no Brasil representado, como vimos, pelas pessoas políticas) leva avante as atividades administrativas que lhe são constitucionalmente cometidas. Com frequência, porém, tais atividades veem desempenhadas, sob sua supervisão, controle e responsabilidade, por pessoas distintas, como, por exemplo, as empresas estatais, que se subdividem em empresas públicas e sociedades de economia mista. Ambas são pessoas jurídicas de direito privado, criadas por lei, como instrumento de acabo do Estado. A principal diferença é que as empresas públicas podem assumir quaisquer das formas admitidas em Direito e seu capital é formado unicamente por recursos públicos, ou seja, proveniente das próprias pessoas políticas ou da chamada administração indireta. Já as sociedades de economia mista são formadas com capitais governamentais e particulares e devem obrigatoriamente assumir a forma de sociedade anônima.³⁰

Alinhados os conceitos necessários ao estudo, passamos à abordagem do tema central do presente artigo.

5.1. Da extensão das imunidades tributárias às sociedades de economia mista

Aproximando-se da questão central do tema e como dito acima, as sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de Direito Privado, cuja

²⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 397.

³⁰ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 807.

administração e o capital ficam a cargo do Poder Público e de particulares, que têm por finalidade o desempenho de atividade econômica ou a prestação de serviços públicos outorgados ou delegados pelo Estado.

No que concerne a matéria sob estudo, o Supremo Tribunal Federal vem concedendo tratamento distinto às sociedades de economia mista, de acordo com a atividade exercida: atividade econômica x prestação de serviços públicos. Vejamos:

ACÇÃO CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO ADMITIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AGRAVO DE INSTRUMENTO PENDENTE DE JULGAMENTO. MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA PARA SUSPENDER OS EFEITOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. 2. Em situações excepcionais, em que estão patentes a plausibilidade jurídica do pedido – decorrente do fato de a decisão recorrida contrariar jurisprudência ou sumula do Supremo Tribunal Federal – e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação a ser consubstanciado pela execução do acordão recorrido, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar ainda que o recurso extraordinário tenha sido objeto de juízo negativo de admissibilidade perante o Tribunal de origem e o agravo de instrumento contra essa decisão ainda esteja pendente de julgamento. 3. Hipótese que não constitui exceção à aplicação das Sumulas 634 e 635 do STF. 4. Suspensão dos efeitos do acordão impugnado pelo recurso extraordinário, até que o agravo de instrumento seja julgado. 5. Ação cautelar deferida. Unânime. Trecho do Voto: [...] Nesse julgamento, estabeleceu-se a distinção entre (a) empresa pública como instrumento de participação do Estado na economia e (b) empresa pública prestadora de serviço público, para afirmar que estas últimas estão abrangidas pela imunidade tributária prevista no art. 150, VI, a, da Constituição.³¹

Desse modo, há que se dividir a análise em dois tópicos distintos: o primeiro que versará sobre os casos das sociedades de economia mista que desempenham atividade econômica; e o segundo que tratará dos casos das sociedades de economia mista que executam serviços de interesse coletivo.

³¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Cautelar AC 1150-MC**, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 06/02/2007.

5.1.1 Da extensão das imunidades tributárias às sociedades de economia mista que desempenham atividade econômica

Quando se está diante de uma sociedade de economia mista que desempenha uma atividade econômica, se está diante de uma sociedade que serve como instrumento da participação do Estado na economia e, portanto, a ela se aplica o regime jurídico próprio das empresas privadas, previsto no art. 173, §1o, da CF.

Significa que as sociedades de economia mista que se revestem dessa característica, não possuem imunidade tributária recíproca.

Vejamus o que estabelece o art. 173 da Constituição Federal:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

[...]

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

[...]

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

[...]

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Importantes são os comentários de Meireles:

O objeto da sociedade de economia mista tanto pode ser um serviço como uma atividade econômica empresarial. Quando for serviço público, sua liberdade operacional é ampla e irrestrita; quando for atividade econômica, fica limitada aos preceitos constitucionais da subsidiariedade e da não competitividade com a iniciativa privada,

sujeitando-se às normas aplicáveis às empresas congêneres particulares e ao regime tributário comum, pois é dever de o Estado dar preferência, estímulo e apoio à iniciativa privada para o desempenho da atividade econômica (CF art. 172 e §§).³²

Na mesma linha, o professor Sabbag:

As empresas públicas e as sociedades de economia mista serão, por natural exclusão, certos destinatários de impostos. [...] De fato, se o legislador constituinte excluiu da incidência tributária tão somente as autarquias e as fundações públicas - “entes verdadeiramente públicos, que se integram à estrutura política do país” - é de fácil constatação que haverá normal incidência sobre as empresas públicas e sociedades de economia mista, uma vez que “estas não gozam de imunidade tributária”³³

Nesse sentido, a partir do momento em que as sociedades de economia mista passam a intervir no domínio econômico, devem equiparar-se às pessoas jurídicas de direito privado, inclusive para fins de regime tributário, de modo a evitar a “concorrência desleal”.

5.1.2. Da extensão das imunidades tributárias às sociedades de economia mista que executam serviços públicos

A questão da extensão da imunidade tributária recíproca às sociedades de economia mista que executam serviços públicos vem sendo reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em diversos acórdãos.

Todavia, a Corte Suprema nacional estabeleceu alguns critérios para o reconhecimento da imunidade recíproca. As empresas públicas deverão ser executoras de serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva do Estado,

Acerca da questão, Carrazza ensina:

Aprofundando o assunto, as empresas estatais quando delegatárias de serviços públicos ou de atos de polícia – e que, portanto, não exploram atividades econômicas -, não se sujeitam a tributação por meio de impostos, justamente porque são a longa manus das

³² MEIRELLES, Ely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001 p. 353.

³³ SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 302-303.

pessoas políticas que, por meio de lei, as criam e lhes apontam os objetivos públicos a alcançar. A circunstância de serem revestidas da natureza de empresa pública ou de sociedade de economia mista não lhes retira a condição de pessoas administrativas, que agem em nome do Estado, para a consecução do bem comum.³⁴

Significa que as sociedades de economia mista executoras de serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, desde que no exercício de suas funções típicas, são imunes, por exemplo, aos impostos que incidam sobre os lucros, receitas, rendimentos etc., ao IPTU dos imóveis que lhe sirvam para o desempenho de suas atividades essenciais, ao IPVA dos veículos utilizados na prestação dos serviços e a prática de atos de polícia, e assim por diante.

Desse modo, muito embora o comando constitucional não seja expresso, podemos concluir que, como regra, de acordo com a grande maioria da doutrina brasileira, as sociedades de economia mista não possuem imunidade tributária recíproca vez que têm por objetivo a obtenção de lucro e rendas.

Todavia, às sociedades de economia mista que executam serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva do Estado vem sendo reconhecido o direito da imunidade recíproca.

6. A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA PROBLEMÁTICA

Pouca ou quase nenhuma utilidade teria o presente estudo se não fosse concluído colacionando o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da aplicabilidade da imunidade tributária às sociedades de economia mista, uma vez que é de competência deste Tribunal o julgamento das questões afetas à Constituição Federal.

6.1. O caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

A questão da extensão da imunidade recíproca à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos foi objeto de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo ARE 643.686, julgado em 11/04/2013, cuja ementa abaixo se colaciona:

³⁴ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 798-799.

REPERCUSSÃO GERAL. TRIBUTÁRIO. IPTU. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS (ECT). IMUNIDADE RECÍPROCA (ART. 150, VI, A, CF). RELEVÂNCIA ECONÔMICA SOCIAL E JURÍDICA DA CONTROVÉRSIA. RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO. PRECEDENTES DA CORTE. RECONHECIMENTO DA IMUNIDADE RECÍPROCA. RATIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL (ART. 543-B, CPC). 1. Perfilhando a cisão estabelecida entre prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica, esta Corte sempre concebeu a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos como uma empresa prestadora de serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva do Estado. Precedentes. 2. No tocante aos tributos incidentes sobre o patrimônio das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde a ACO no 765, de relatoria do Ministro Marco Aurelio, na qual se tratava da imunidade da ECT relativamente a veículos de sua propriedade, iniciou-se, no Tribunal, a discussão sobre a necessidade de que a análise da capacidade contributiva para fins de imunidade se dê a partir da materialidade do tributo. 3. Capacidade contributiva que deve ser aferida a partir da propriedade imóvel individualmente considerada e não sobre todo o patrimônio do contribuinte. Noutras palavras, objetivamente falando, o princípio da capacidade contributiva deve consubstanciar a exteriorização de riquezas capazes de suportar a incidência do ônus fiscal e não sobre outros signos presuntivos de riqueza. 4. No julgamento da citada ACO no 765/RJ, em virtude de se tratar, como no presente caso, de imunidade tributária relativa a imposto incidente sobre a propriedade, entendeu a Corte, quanto ao IPVA, que não caberia fazer distinção entre os veículos afetados ao serviço eminentemente postal e o que seria de atividade econômica. 5. Na dúvida suscitada pela apreciação de um caso concreto, acerca de quais imóveis estariam afetados ao serviço público e quais não, não pode ser sacrificada a imunidade tributária do serviço público, sob pena de restar frustrada a integração nacional. 6. Mesmo no que concerne a tributos cuja materialidade envolva a própria atividade da ECT, tem o Plenário da Corte reconhecido a imunidade tributária a essa empresa pública, como foi o caso do ISS, julgado no RE no 601.392/PR, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, redator para acórdão o Ministro Gilmar Mendes, julgado em 1/3/13. 7. Manifesto-me pela existência de repercussão geral da matéria constitucional e pela ratificação da pacífica jurisprudência

deste Tribunal sobre o assunto discutido no apelo extremo e, em consequência, conhecimento do agravo, desde já, para negar provimento ao recurso extraordinário.³⁵

Do corpo da referida decisão, extrai-se que ela está fundada no argumento de que:

Partindo de uma concepção literal, apenas os entes expressamente mencionados na Constituição deveriam ser contemplados com a imunidade - o constituinte originário fez expressa alusão às pessoas políticas, às autarquias e às fundações. O entendimento da Corte sobre o tema, no entanto, avançou no sentido de que o beneplácito deve ser estendido às empresas públicas e às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público. As empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme o art. 4o, II, do Decreto-lei no 200/67, fazem parte da Administração pública Indireta e, por diversas vezes, figuram como instrumentalidades administrativas das pessoas políticas, ocupando-se dos serviços públicos incumbidos aos entes federativos aos quais estão vinculados, sendo-lhes franqueado o regime tributário próprio das autarquias e das fundações públicas.³⁶

Muito embora a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos tenha personalidade jurídica de empresa pública, note-se que, em dados momentos, o julgamento aponta a mesma direção para as sociedades de economia mista, motivo pelo qual merece atenção.

Desse modo, para fins do regime tributário aplicável, o STF equipara empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, às autarquias e fundações públicas.

6.2. As decisões acerca da extensão da imunidade tributária recíproca às sociedades de economia mista

Por outro lado, pronunciando-se especificamente acerca das sociedades de economia mista, o STF já decidiu:

³⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ARE 643.686-RG/BA**, repercussão geral no recurso extraordinário com agravo. Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 11/04/2013.

³⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ARE 643.686-RG/BA**, repercussão geral no recurso extraordinário com agravo. Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 11/04/2013.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SERVIÇO PÚBLICO. COMPANHIA DO-CAS DO RIO DE JANEIRO. EXTENSÃO. POSSIBILIDADE. 1. A imunidade recíproca prevista no artigo 150, VI, a, da Constituição Federal, alcança as sociedades de economia mista que prestam serviços públicos de administração portuária, mediante outorga da União. Precedente: RE 253.472, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Plenário, DJe de 1º/2/2010. 2. In casu, a 1ª Turma do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, prolatou acórdão assim ementado: “APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. COBRANÇA DE IPTU. NÃO OCORRÊNCIA DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 150, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRAZO PRESCRICIONAL DE 05 (ANOS) PARA A PROPOSITURA DE EXECUÇÃO FISCAL, ART. 174, CTN. SENTENÇA MERECEDORA DE PARCIAL REPARO, VEZ QUE A PRESCRIÇÃO NÃO ABRANGEU O EXERCÍCIO DE 1997. PROVIDO APELO DO EMBARGADO. DESPROVIDO APELO DO EMBARGANTE.” 3. Agravo regimental DESPROVIDO.³⁷

Do corpo do Acórdão proferido no julgamento da Ação Cautelar nº 1.550 MC/ RO, julgada em 06/02/2007, que teve como relator o Ministro Gilmar Mendes, extrai-se a seguinte orientação:

Feitas essas análises, verifico que, no caso em exame, o acórdão objeto do recurso extraordinário (fls. 123-140) parece claramente afrontar jurisprudência desta Corte firmada no julgamento do RE nº 407.099-5/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 6.8.2004 [...] Sobre o tema, assim pronunciou-se o Ministro Carlos Velloso, relator do recurso: [...] Visualizada a questão do modo acima - fazendo-se a distinção entre empresa pública como instrumento da participação do Estado na economia e empresa pública prestadora de serviço público - não tenho dúvida em afirmar que a ECT está abrangida pela imunidade recíproca (CF, art. 150, VI, a), ainda mais se considerarmos que presta ela serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, que é o serviço postal, CF, art. 21,

³⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 749.000-AgR/RJ, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 08/10/2013.

X (Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. cit., pág. 636) Dir-se-á que a Constituição Federal, no § 3o do art. 150, estabelecendo que a imunidade do art. 150, VI, a, não se aplica: a) ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com a exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados; b) ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário; c) nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel, à ECT não se aplicaria a imunidade mencionada, por isso que cobra ela preço ou tarifa do usuário. A questão não pode ser entendida dessa forma. É que o § 3o do art. 150 tem como destinatário entidade estatal que explore atividade econômica regida pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário. No caso, tem aplicação a hipótese inscrita no § 2o do mesmo art. 150. A professora Raquel Discacciati Bello, da UFMG, em interessante trabalho de doutrina - 'Imunidade Tributária das Empresas Prestadoras de Serviços Públicos', in Rev de Inf. Legislativa, 132/183 - registra que 'pode-se afirmar, a título de conclusão, que às empresas estatais prestadoras de serviços públicos não se aplica a vedação do art. 150, § 3o, mas, sim, a imunidade recíproca, conforme interpretação sistemática do inciso I, letra a, do mesmo artigo. Na mesma linha, Bandeira de Mello ('Curso de Dir. Adm.', 7a ed., 1995, p. 116), Ataliba ('Curso de Dir. Trib.', coordenação de Geraldo Ataliba, São Paulo, RT, 1978), Adilson Dallari ('Imunidade de Estatal Delegada de Serviço Público', Rev. de Dir. Trib., 65, 1995, p. 22-41), Eros Roberto Grau ('Empresas Estatais ou Estado Empresário', in 'Curso de Direito Administrativo', coordenação de Celso Antônio Bandeira de Mello, São Paulo, RT, 1986, p. 105-107, dentre outros'. Roque Carrazza não destoa desse entendimento, ao lecionar 'que as empresas públicas e as sociedades de economia mista, quando delegatárias de serviços públicos ou de atos de polícia, são tão imunes aos impostos quanto as próprias pessoas políticas, a elas se aplicando, destarte, o princípio da imunidade recíproca', por isso que 'são a longa manus das pessoas políticas que, por meio de lei, as criam e lhes apontam os objetivos públicos a alcançar.' (Roque Carrazza, 'Curso de Dir. Const. Tributário', Malheiros Ed., 19a ed., 2003, p. 652). No que concerne à ECT, a lição de Ives Gandra Martins é no sentido de estar ela abrangida pela imunidade tributária do art. 150, VI, a, da CF. Escreve Ives Gandra Martins: 'em conclusão e em interpretação sistemática da Constituição e do tipo de serviços prestados pela

consulente, no que diz respeito aos serviços privativos, exclusivos, próprios ou monopolizados, nitidamente, a imunidade os abrange, sendo seu regime jurídico pertinente àquele da Administração Direta. Colocadas tais premissas, entendo que a natureza jurídica dos serviços postais é de serviços públicos próprios da União, em regime de exclusividade, assim como o patrimônio da empresa é patrimônio da União.’ (Ives Gandra da Silva Martins, ‘Imunidade Tributária dos Correios e Telégrafos’, Revista Jurídica, 288/32, 38). Conforme atestam os documentos juntados aos autos, a Companhia de Águas e Esgotos do Estado de Rondônia - CAERD é sociedade de economia mista prestadora do serviço público obrigatório de saneamento básico (abastecimento de água e esgotos sanitários) e, portanto, de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, está abrangida pela imunidade tributária prevista no art. 150, inciso VI, “a”, da Constituição. Outro não foi o entendimento esposado pelo voto vencido no acórdão impugnado pelo recurso extraordinário (fls. 131-140): Nitidamente, constata-se que de atividade econômica, estrito sensu, nada possui a CAERD, porquanto está a cargo de cumprir, como acentua sua lei de instituição, as metas das políticas de saneamento do Poder Público [...] Inegavelmente se trata de um *manus público-estatal* para cumprimento de mais uma atividade-obrigação do Estado, qual seja, o saneamento básico. [...] É de observar que a apelante, efetivamente, é prestadora de serviço público obrigatório, não podendo ser comparada às empresas privadas, devendo, portanto, ser beneficiada pela imunidade tributária.³⁸

Assim, como já assinalado no item anterior, de acordo com o STF, a imunidade tributária recíproca se aplica às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva do Estado.³⁹

³⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Cautelar AC 1150-MC**, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 06/02/2007. p. 137-138.

³⁹ No mesmo sentido: STF, RE 462704 AgR / SP - SÃO PAULO. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. LUIZ FUX. Julgamento: 04/12/2012. Órgão Julgador: Primeira Turma; STF, RE 631309 AgR / SP - SÃO PAULO. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. AYRES BRITTO. Julgamento: 27/03/2012. Órgão Julgador: Segunda Turma; STF, RE 265749 ED-ED / SP - SÃO PAULO. EMB.DECL. NOS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 28/06/2011. Órgão Julgador: Segunda Turma; STF, AI 351888 AgR / SP - SÃO PAULO. AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO.

6.3. A questão levada a julgamento no Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral: a distribuição de lucros a investidores privados

A questão da aplicação da imunidade tributária recíproca às sociedades de economia mista fica mais específica a partir do momento em que outro elemento passa a ser considerado nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal: o lucro obtido pelas sociedades de economia mista que se dedicam à prestação de serviços públicos.

Isso porque a possibilidade de distribuição de lucros aos investidores privados que compõem o patrimônio dessas sociedades de economia mista coloca em cheque o argumento utilizado para a extensão do benefício – a atuação da sociedade como longa manus do Estado.

A questão mostra-se tão relevante que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a sua Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 600.867, cujo acórdão se transcreve:

TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA DISPERSA E NEGOCIADA EM BOLSA DE VALORES. EXAME DA RELAÇÃO ENTRE OS SERVIÇOS PÚBLICOS PRESTADOS E O OBJETIVO DE DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS A INVESTIDORES PÚBLICOS E PRIVADOS COMO ELEMENTO DETERMINANTE PARA APLICAÇÃO DA SALVAGUARDA CONSTITUCIONAL. ART. 150, VI, A DA CONSTITUIÇÃO. Tem repercussão geral a questão consistente em saber se a imunidade tributária recíproca se aplica a entidade cuja composição acionária, objeto de negociação em Bolsas de Valores, revela inequívoco objetivo de distribuição de lucros a investidores públicos e privados.⁴⁰

Julgamento: 21/06/2011. Órgão Julgador: Segunda Turma; STF, AI 551556 AgR / SP - SÃO PAULO. AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. Julgamento: 01/03/2011. Órgão Julgador: Segunda Turma; STF, RE 580264 / RS - RIO GRANDE DO SUL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. Relator(a) p/ Acórdão: Min. AYRES BRITTO. Julgamento: 16/12/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno; STF, AC 1851 QO / RO – RONDÔNIA. QUESTÃO DE ORDEM EM AÇÃO CAUTELAR. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 17/06/2008. Órgão Julgador: Segunda Turma; STF, RE 363412 AgR / BA – BAHIA. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 07/08/2007. Órgão Julgador: Segunda Turma.

⁴⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 600.867-RG/SP**, repercussão geral no recurso extraordinário. rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 08/12/2011.

O mérito da questão posta a julgamento no Recurso Extraordinário nº 600.867 ainda depende de decisão, contudo, no julgamento do Recurso Extraordinário no 285716, o Supremo Tribunal Federal trata da questão afastando a imunidade recíproca da Petrobrás em razão da distribuição de lucros aos seus acionistas:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (ART. 150, VI, A DA CONSTITUIÇÃO). IMÓVEL UTILIZADO PARA SEDIAR CONDUTOS DE TRANSPORTE DE PETRÓLEO, COMBUSTÍVEIS OU DERIVADOS. OPERAÇÃO PELA PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS. MONOPÓLIO DA UNIÃO. INAPLICABILIDADE DA SALVAGUARDA CONSTITUCIONAL. 1. Recurso extraordinário interposto de acórdão que considerou tributável propriedade imóvel utilizada pela Petrobrás para a instalação e operação de condutos de transporte de seus produtos. Alegada imunidade tributária recíproca, na medida em que a empresa-agravante desempenha atividade sujeita a monopólio. 2. É irrelevante para definição da aplicabilidade da imunidade tributária recíproca a circunstância de a atividade desempenhada estar ou não sujeita a monopólio estatal. O alcance da salvaguarda constitucional pressupõe o exame (i) da caracterização econômica da atividade (lucrativa ou não), (ii) do risco à concorrência e à livre-iniciativa e (iii) de riscos ao pacto federativo pela pressão política ou econômica. 3. A imunidade tributária recíproca não se aplica à Petrobrás, pois: 3.1. Trata-se de sociedade de economia mista destinada à exploração econômica em benefício de seus acionistas, pessoas de direito público e privado, e a salvaguarda não se presta a proteger aumento patrimonial dissociado de interesse público primário; 3.2. A Petrobrás visa a distribuição de lucros, e, portanto, tem capacidade contributiva para participar do apoio econômico aos entes federados; 3.3. A tributação de atividade econômica lucrativa não implica risco ao pacto federativo. Agravo regimental conhecido, mas ao qual se nega provimento.⁴¹

Do corpo do referido acórdão extraem-se os seguintes fundamentos:

A circunstância de a atividade pública estar submetida a monopólio não afasta o critério essencial para a tributação, que é o intuito

⁴¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 285.716-AgR/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ 02/03/2010.

lucrativo do empreendimento, de fato, a exploração de petróleo, posto que relevante e estratégica para interesses nacionais, tem por objetivo auferir ganho patrimonial em benefício dos proprietários do negócio. Nesse ponto, lembro que o capital social da empresa agravante é negociado no mercado. As ações da Petrobrás são listadas na Bolsa de Valores de São Paulo e em balcões internacionais (ADR Nível 3). São ações consideradas blue chips, de alto potencial de investimento e retorno. A empresa-agravante também paga dividendos a seus acionistas, isto é, ela distribui lucros às entidades públicas e particulares que nela investem. No âmbito da distribuição da riqueza gerada, a União responde individualmente como investidora, em posição semelhante aos particulares, e não como representante na Nação (em 31.12.2009 a União detinha 55,6% do capital social da empresa. 25,7% das ações eram negociadas nps Estados Unidos por meio de ADR Nível 3. Estrangeiros respondiam diretamente por 3,5, nos termos da Resolução 2.689 do CMN. Outras pessoas físicas e jurídicas tinham 8,6% das ações. Demais investidores: BNDESPar, com 1,9% e o FPM-FGTS, com 3,5%) Nenhum dos critérios para aplicação da imunidade tributária recíproca foram atendidos. Definem o alcance da imunidade tributária recíproca sua vocação para servir como salvaguarda do pacto federativo, (i) para evitar pressões políticas entre entes federados ou (ii) para desonerar atividades desprovidas de presunção de riqueza. Para proteger o pacto federativo, a norma de imunidade define negativamente a competência tributária dos entes federados. Como a proteção de um ente federado é feita em detrimento do direito fundamental de outro ente federado à tributação, somente as materialidades ligadas inextricavelmente ao exercício de funções estatais e de estritos serviços públicos estão abrangidas pelo benefício. Em uma sociedade caracterizada pela livre-iniciativa de mercado e pela concorrência, as atividades de exploração econômica denotam inequívocos signos presuntivos de riqueza, e, portanto, não escapam à tributação pela circunstância de serem desempenhadas pelo Estado em qualquer de suas manifestações.⁴²

Muito embora não se tenha uma posição firmada em sede de Repercussão geral, a nosso sentir, nos casos de sociedades de economia mista

⁴² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 285.716-AgR/SP**, rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ 02/03/2010.

prestadoras de serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva do Estado que realizem distribuição de lucos às entidades privadas, o Supremo Tribunal Federal afastará imunidade tributária recíproca.

Posição diversa não se espera da corte constitucional brasileira vez que a norma imunizante não poderá beneficiar acionistas privados de sociedades de economia mista, mesmo daquelas prestadoras de serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado.

7. CONCLUSÃO

Diante de tudo que fora exposto, conclui-se que, como regra, e de acordo com a grande maioria da doutrina brasileira as sociedades de economia mista não detém imunidade tributária recíproca vez que tem por objetivo a obtenção de lucro e rendas.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo às sociedades de economia mista que executam serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva do Estado o direito à imunidade recíproca.

Por outro lado, no caso das sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva do Estado que, no entanto, realizem distribuição de lucros a investidores privados, o Supremo Tribunal Federal vem afastando a aplicação imunidade tributária recíproca.

A questão é objeto de Recurso Extraordinário nº 600.867, em que foi reconhecida a Repercussão Geral, que tramita junto ao Supremo Tribunal Federal, e aguarda decisão de mérito.

Assim, a extensão da imunidade tributária recíproca às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva do Estado merece grande atenção, especialmente no que tange à análise de um elemento essencial para a sua avaliação, qual seja, a existência de distribuição de lucros aos investidores privados .

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALEEIRO, Aliomar Baleeiro. **Direito Tributário Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 16 mai. 2014.

BRASIL. **Decreto-lei nº. 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa

e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em 16 mai. 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Cautelar AC 1150-MC**, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 06/02/2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ARE 643.686-RG/BA**, repercussão geral no recurso extraordinário com agravo. Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 11/04/2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 265.749/SP**, Segunda Turma, rel. min. Maurício Correa, DJ 12/09/2003.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 285.716-AgR/SP**, rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ 02/03/2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 364.202/RS**, rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 05/10/2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 600.867-RG/SP**, repercussão geral no recurso extraordinário. rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 08/12/2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 749.000-AgR/RJ**, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 08/10/2013.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TEIXEIRA FILHO, Miguel. **A imunidade tributária das sociedades de economia mista que exercem atividades públicas**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5087 Acesso em: 02 mai. 2014.

GAMBA, Luisa Hickel. A imunidade tributária recíproca na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 56, out.** 2013. Edição especial 25 anos da Constituição de 1988. (Grandes temas do Brasil contemporâneo). Disponível em: <http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao056/Luisa_Gamba.html>. Acesso em: 02 mai. 2014.

ICHIHARA, Yoshiaki. **Imunidades Tributárias**. São Paulo: Atlas, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ICHIHARA, Yoshiaki. **Comentários do Código Tributário Nacional**. v.II, São Paulo: Atlas, 2004.

MARTINS, Ives Granda da Silva (Coord.). **Curso de direito tributário**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MEIRELLES, Ely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SABBAG, Eduardo. **Direito Tributário**. São Paulo: DPJ Editora, 2004.

SABBAG, Eduardo. **Imunidades Tributárias art. 150, VI, “a” e “d”, CF**. Disponível em: <http://professorsabbag.com.br/arquivos/downloads/1274568191.pdf> Acesso em: 02 mai. 2014.

WURSTER, Tani Maria. Imunidade recíproca em face das empresas públicas e sociedades de economia mista – critérios de incidência. **Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre**, n. 55, ago. 2013. Disponível em: http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao055/Tani_Wurster.html. Acesso em: 02 mai. 2014.

GESTÃO DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE URBANAS E OS DESAFIOS DOS MUNICÍPIOS NO PLANEJAMENTO TERRITORIAL URBANO DIANTE DA JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS

Magda Cristina Villanueva Franco¹

Resumo: Este artigo objetiva trazer uma abordagem geral da temática das áreas de preservação permanente em áreas urbanas consolidadas no sentido de promover uma reflexão sobre a judicialização deste tema, mais especificamente sobre a decisão do Superior Tribunal de Justiça - STJ, que consolidou entendimento sobre a prevalência da lei florestal na área urbana consolidada, que impulsionou a aprovação da Lei Federal nº: 14.285/2021, autorizando os municípios a legislar sobre o tema. E por consequência, foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI que está em tramitação no Supremo Tribunal Federal - STF, questionando a competência municipal trazida pela lei que alterou a lei florestal. Portanto, a presente pesquisa constitui parte de estudo que está em andamento junto ao Programa de Pós-Graduação em Planejamento Territorial e Desenvolvimento Territorial da Universidade do Estado de Santa Catarina – PPGPLAN/UEDESC, em nível de doutorado, cuja primeira etapa aborda a problemática da pesquisa através de revisão bibliográfica. Assim, o objetivo desta abordagem é demonstrar os percalços do planejamento territorial urbano dos municípios brasileiros e evidenciar a necessidade de mecanismos que auxiliem os municípios na gestão dessas áreas, pois a delegação da competência legislativa pode não se mostrar a melhor alternativa para a minimização dos conflitos.

¹ Doutoranda em Planejamento Territorial e Desenvolvimento Socioambiental - UEDESC (2020/ atual), Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (2009-2012), especialista em Direito Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR (2005) e em Gerenciamento Municipal de Recursos Hídricos pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (2005). Professora. Gerente da Unidade de Gestão Ambiental da Secretaria de Meio Ambiente - SAMA de Joinville/SC. E-mail: magda.franco@joinville.sc.gov.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2075472352286858>

Abstract: This article aims to bring a general approach to the theme of permanent preservation areas in consolidated urban areas in order to promote a reflection on the judicialization of this topic, more specifically on the decision of the Superior Court of Justice – STJ, which consolidated understanding about the prevalence of forestry law in the consolidated urban area, which led to the approval of Federal Law nº: 14,285/2021, authorizing municipalities to legislate on the topic. And as a result, a Direct Action of Unconstitutionality – ADI was proposed, which is being processed at the Federal Supreme Court – STF, questioning the municipal jurisdiction brought by the law that changed the forestry law. Therefore, the present research constitutes part of a study that is in progress with the Postgraduate Program in Territorial Planning and Territorial Development at the State University of Santa Catarina – PPGPLAN/UEDESC, at doctoral level, whose first stage addresses the problem of research through bibliographic review. Thus, the objective of this approach is to demonstrate the pitfalls of urban territorial planning in Brazilian municipalities and highlight the need for mechanisms that assist municipalities in managing these areas, as the delegation of legislative competence may not prove to be the best alternative for minimizing conflicts.

Palavras-Chave: Planejamento Territorial Urbano, Áreas de Preservação Permanente, Área Urbana Consolidada e Judicialização.

Keywords: Urban Territorial Planning, Permanent Preservation Areas, Consolidated Urban Area and Judicialization.

Sumário: 1. Introdução; 2. Metodologia; 3. Discussão e Resultados; 3.1. A decisão do Tema 1010 do Superior Tribunal de Justiça; 3.2. A alteração da Lei Florestal pela Lei Federal nº 14.285/2021 e a autonomia do município para legislação sobre APPs; 3.3. A importância das Áreas de Preservação Permanente Urbanas e os desafios do município para sua proteção e gestão; 4. Conclusões; Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

As áreas de preservação permanente - APPs, são espaços especialmente protegidos pela legislação florestal, sendo consideradas um instrumento para proteger parte do território com o intuito de preservar recursos hídricos, o solo e florestas nativas remanescentes, bem como, assegurar a qualidade de vida das populações. Entretanto, atualmente, grande parte da vegetação ou mesmo a área de APP já não existe, como ocorre no meio urbano

consolidado, em razão das ocupações ao longo da história, considerando o processo de consolidação dos ambientes urbanos.

Entretanto, de acordo com a lei florestal estas áreas não perdem a sua característica de APP, ainda que desprovidas de vegetação devido à função ambiental que exercem, o que justifica a sua proteção de forma permanente. Diante dessa questão legal e da realidade da ocupação desordenada das cidades, verifica-se que há um descompasso entre a realidade e a legislação, que tem motivado disputas relacionadas à ocupação do solo urbano e consequentemente a judicialização desses conflitos.²

Estas disputas foram potencializadas após a revisão da lei florestal brasileira que se deu no ano de 2012, pois com a revisão que deu origem à Lei Federal nº 12.651/2012 ficou expressamente definido a aplicabilidade desta lei em áreas urbanas, pois anteriormente, havia ainda o questionamento sobre essa questão. Então a partir de 2012, ficou expressamente definido que as faixas de APPs estabelecidas no art. 4º aplicam-se na área urbana, fato que acarretou consequências ao meio urbano, pois cidades inteiras ficaram impossibilitadas de promover a regularização de construções ou mesmo autorizarem novas edificações em áreas urbanas consolidadas, uma vez que o distanciamento mínimo previsto pela lei florestal é de 30 metros de recuo a partir das margens dos cursos d' água que possuam menos de 10 metros de largura.

Portanto, este dispositivo da lei florestal causou e ainda tem causado dificuldades na gestão do território urbano especialmente, no que se refere à regularização das ocupações ocorridas há muitos anos e atualmente estão em áreas de preservação permanente - APPs. Assim, muitos conflitos foram potencializados uma vez que as cidades, em regra, historicamente foram se estabelecendo no entorno de cursos d' água e por assim ser essas questões acabam chegando ao Judiciário. No Estado de Santa Catarina o fundamento das demandas centrou-se no confronto entre legislações federais, quais sejam: a legislação florestal – Lei nº 12.251/2012 e a lei do parcelamento de solo – Lei Federal nº 6.766/1979, ambas de mesma hierarquia legal. Diante desse descompasso e aparente antinomia, essas disputas chegaram aos tribunais superiores devido a decisões disformes proferidas pelo Tribunal do Estado de Santa Catarina, no ano de 2016, que foram objeto de questionamentos e assim as demandas aportaram para posicionamento do Superior Tribunal

² BRASIL. **Lei Federal nº 12.651 de 25 de maio de 2012**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm. Acesso em 10 jul. 2021.

de Justiça – STJ o qual em 28/04/2021, proferiu julgamento uniformizando entendimento para todo o território nacional, impactando a gestão das APPs na esfera local.

Diante dessa nova realidade, o Poder Legislativo mobilizou-se rapidamente, de modo que ao fim do ano de 2021 foi aprovada a Lei Federal nº 14.285/2021, que alterou a lei florestal e a lei do parcelamento do solo urbano, que em linhas gerais autorizou os municípios a definirem distanciamentos distintos de áreas de preservação. E devido a esta mudança que alterou a lei florestal, já em maio de 2022 partidos políticos reuniram-se e ingressaram com a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 7146 - que está em tramitação no Supremo Tribunal Federal até o presente.

Diante do exposto, o presente artigo tem como objetivo apresentar uma abordagem da temática das áreas de preservação permanente na área urbana consolidada a fim de promover uma reflexão sobre os impactos da decisão do Superior Tribunal de Justiça, da alteração da lei florestal e suas implicações no planejamento territorial urbano sob o ponto de vista prático, considerando a realidade das cidades brasileiras.

2. METODOLOGIA

Foram realizadas pesquisas bibliográficas com base em textos legais, decisões e análise em processos judiciais. E para a contextualização teórica sob o ponto de vista técnico ambiental apoiou-se em artigos vinculados a temática das áreas protegidas, pois partiu-se do pressuposto que as áreas de preservação permanente são consideradas espaços especialmente protegidos pela legislação em razão da função ambiental que exercem.

3. DISCUSSÃO E RESULTADOS

3.1. A decisão do Tema 1010 do Superior Tribunal de Justiça

De acordo com o STJ, a controvérsia instalada sobre a temáticas das áreas de preservação permanente urbana versava sobre a legislação a ser aplicada. A demanda teve início com uma Ação de Mandado de Segurança proposto contra Secretário Municipal que indeferiu pedido de demolição para reforma de casa que estava inserida no distanciamento de 30 (trinta) metros de um curso d' água, ou seja, em Área de Preservação Permanente Urbana. A decisão que foi objeto do recurso, manteve a concessão da ordem

no sentido de que fosse considerada a Lei de Parcelamento do Solo Urbano – Lei Federal nº 6.766/1979, que prevê um recuo de 15 (quinze) metros da margem do curso d'água, caracterizando este espaço como extensão da faixa não edificável a partir das margens de cursos d'água naturais em trechos caracterizados como área urbana consolidada, ou seja, descaracterizando a área como APP e tratando como área *non aedificandi*, conforme a lei do parcelamento do solo.

Assim, a controvérsia se estabeleceu sobre a área de preservação permanente prevista no art. 4º, I, da Lei Federal nº 12.651/2012, cuja largura varia de 30 (trinta) a 500 (quinhentos) metros, e o recuo de 15 (quinze) metros, previsto no art. 4º, inciso III, da Lei nº 6.766/1979, que estabelece requisitos a serem observados pelos loteamentos.³

Para os ministros do STJ, a definição da norma a incidir sobre o caso deve garantir a eficácia da proteção ao meio ambiente natural e ao meio ambiente artificial, em cumprimento ao disposto no art. 225 da Constituição Federal de 1988, ao princípio do desenvolvimento sustentável, também previsto no art. 170, inciso VI, da Constituição Federal e às funções social e ecológica da propriedade. Sendo assim, entenderam que as faixas marginais de cursos d'água no meio urbano devem respeitar a norma definida na lei florestal, por ser especial e específica para o caso em detrimento da Lei nº 6.766/1979, sendo, portanto, a norma que deve prevalecer para a proteção das APPs em áreas urbanas consolidadas, consideradas espaços territoriais especialmente protegidos, independente de fronteiras rurais ou urbanas. E por ser a lei florestal mais específica é a que garante ampla proteção ao meio ambiente, tanto em áreas urbanas e rurais, bem como à coletividade⁴.

Assim, a decisão basicamente trouxe a discussão sobre a aplicabilidade entre duas legislações federais, portanto políticas que estão vinculadas diretamente ao governo federal com implicações diretas no uso e ocupação do solo urbano, que de acordo com a Constituição Federal de 1988 é de competência ou autoridade dos municípios⁵. Portanto, essa decisão

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.770.760-SC**. Disponível em https://manuelzao.ufmg.br/wp-content/uploads/2021/05/STJ_201802631242_tipo_integra_126499530.pdf Acesso em 12 jul. 2021.

⁴ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 14 jul. 2021.

⁵ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 14 jul. 2021.

desconsiderou as questões locais e peculiaridades regionais, implicando em dificuldades de planejamento, a clandestinidade e a falta de controle das ocupações urbanas, perpetuando-se os problemas urbanos devido à realidade da irreversibilidade das ocupações.

Deste modo, a ausência de norma específica para as áreas urbanas consolidadas, mostrava um cenário sem um horizonte de solução, a não ser pela judicialização pontual dos conflitos à medida que surgiam, dificultando a realização de um planejamento urbano realizável e sustentável.

A partir da decisão do STJ que uniformizou entendimento para todo o território nacional, podemos verificar que as políticas públicas para a gestão das APPs em área urbana estava concentrada na esfera federal, pois a discussão versou sobre a aplicabilidade da lei florestal ou urbanística, mas não adentrou, por exemplo, nas ocupações consolidadas em situação de irreversibilidade ou ainda não mencionou os casos que já foram autorizados e encontram-se edificados ou regularizados com fundamento na lei urbanística da época, ou seja, a decisão não trouxe modulações e assim, ao invés de pacificar conflitos impulsionou a controvérsia sobre o tema.

3.2. A alteração da Lei Florestal pela Lei Federal nº 14.285/2021 e autonomia do município para legislar sobre as APPs

Diante dos efeitos da decisão do STJ o Congresso brasileiro movimentou-se rapidamente. E, em dezembro de 2021, foi aprovada a Lei Federal nº 14.285 de 29 de dezembro de 2021, com alterações pontuais na Lei nº 12.651/2012, que trata da proteção da vegetação nativa; na Lei Federal nº 11.952/2009, que trata de regularização fundiária de terras da União; e na Lei Federal nº: 6.766/1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, especificamente no que se refere às áreas de preservação permanente no entorno de cursos d'água em áreas urbanas consolidadas. Em seu art. 1º refere-se expressamente que tem como finalidade a definição e aprimoramento do conceito de área urbana consolidada e para regularizar obras já finalizadas. Portanto, já de início, a referida legislação já traz uma polêmica frente a decisões dos tribunais, uma vez que o mesmo STJ consolidou entendimento através da Súmula 613, que trata da inaplicabilidade da teoria do fato consumado em matéria ambiental, com base em ocupações de APP.

A referida lei também traz a definição expressa sobre o conceito de APP, que em relação ao texto legal de 2012, foi um avanço, visto que a lei florestal socorria-se do conceito trazido pela lei de regularização fundiária,

ou seja, a Lei Federal nº 11.977/2009, art. 46, II, que posteriormente foi revogado pela Lei Federal nº 13.456/2017, deixando a lei florestal desprovida de uma definição, que ficou na esfera da discricionariedade dos órgãos públicos, que podiam contar apenas com a Resolução do Conselho Nacional de Meio Ambiente - CONAMA nº 303/2002, que trazia o conceito, porém destacava um fator condicionante que é a questão da densidade demográfica superior a cinco mil habitantes por km², como requisito, e que inviabilizou a definição das áreas urbanas consolidadas das cidades em razão da dificuldade de se atender a esse requisito.

De outro lado, a maior inovação trazida foi pela lei foi a inserção do §10 ao artigo 4º da lei florestal, que possibilitou que as leis municipais ou distritais pudessem definir faixas marginais distintas das estabelecidas no inciso I, qual seja, os distanciamentos previstos de 30 a 500 m para cursos d'água em áreas urbanas consolidadas. Porém, traz condicionantes tais como: a devida consulta ao Conselho Municipal ou Estadual de Meio Ambiente, a observância das regras de não ocupação de áreas de riscos de desastres, as diretrizes dos planos de recursos hídricos, planos de bacias, planos de drenagem ou saneamento, se existirem. Destacou também, que as atividades ou empreendimentos a serem instalados nas áreas de preservação permanentes urbanas observem as exceções trazidas na lei florestal, quais sejam: a utilidade pública, interesse social e baixo impacto ambiental.⁶

Assim, realizando uma leitura singela e rápida observa-se que os municípios passaram a exercer uma competência expressa para legislar sobre a definição dos afastamentos, de modo que podem definir livremente os distanciamentos para as áreas de preservação permanente na área urbana consolidada. Porém na sequência, necessário atentar-se que a mesma lei também altera a lei do parcelamento do solo, inserindo o inciso III - B no art. 4º, estabelecendo que nos parcelamentos do solo devem ser observados os distanciamentos previstos na lei municipal ou distrital, com obrigatoriedade de uma reserva de faixa não edificável para cada trecho de margem indicada em diagnóstico socioambiental elaborado pelo município. De acordo com este dispositivo observamos que a lei florestal deve ser interpretada em conjunto com as diretrizes da lei do parcelamento.

E conforme se faz a interpretação conjunta, verifica-se que para definir faixas distintas para APPs urbanas necessário que o município possua

⁶ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 14 jul. 2021.

sua área urbana consolidada definida e que observe as faixas não edificáveis para cada trecho de margem, conforme indicado em diagnóstico socioambiental previamente elaborado. Logo, o desafio para a edição de uma legislação municipal, com uma definição de faixas distintas, demandará a necessidade de estudos, que pressupõe a existência de condições em termos técnicos e financeiros para a elaboração dos estudos pertinentes, bem como a articulação para a promoção da participação social junto ao Conselho de Meio Ambiente. Assim, observa-se o imenso desafio da aplicabilidade da referida legislação.

3.3. A importância das Áreas de Preservação Permanente Urbanas e os desafios do município para sua proteção e gestão

Para Medeiros e Garay⁷, as áreas de preservação permanente são consideradas áreas protegidas, pois este termo pode ser entendido, de forma geral, como uma área definida geograficamente para alcançar objetivos de conservação. E estas podem ser definidas por tipologias e categorias relacionadas a sua organização e estratégias de manejo e gestão. No Brasil atualmente existem cinco tipologias a saber: unidades de conservação, áreas de preservação permanente, reserva legal, áreas indígenas e áreas de reconhecimento internacional. E para a presente abordagem nos concentramos na área de preservação permanente de cursos d' água, especialmente sob o ponto de vista da sua importância ecológica e função desempenhada frente às estratégias da sua gestão em áreas urbanas consolidadas.

As APPs em regra são intocáveis em todos os espaços onde a presença da vegetação garante a sua integridade, porém estas foram criadas para a proteção de áreas cobertas ou não por vegetação nativa, em razão da função ambiental que exercem⁸ (MEDEIROS; GARAY, 2006). Portanto, é no aspecto da função ambiental que a nosso ver precisamos nos debruçar, visto que, em áreas urbanas consolidadas, ou seja, aquelas fortemente urbanizadas, os cursos d' água estão canalizados, tubulados e integrados a drenagem

⁷ MEDEIROS, Rodrigo; GARAY, Irene. Singularidades do Sistema de Áreas Protegidas para a Conservação e Uso da Biodiversidade Brasileira. **Revista Dimensões Humanas da Biodiversidade**. São Paulo: Petrópolis, 2006.

⁸ MEDEIROS, Rodrigo; GARAY, Irene. Singularidades do Sistema de Áreas Protegidas para a Conservação e Uso da Biodiversidade Brasileira. **Revista Dimensões Humanas da Biodiversidade**. São Paulo: Petrópolis, 2006.

urbana, de modo que há uma situação de irreversibilidade, que a legislação florestal não contempla, recaindo sobre o município a responsabilidade pela aplicação da lei e pela solução dos problemas dela decorrentes.

Entretanto, a delegação de competência para o município não é matéria sensível em termos jurídicos pois é tema extremamente controverso. Conforme a Associação Brasileira de Limnologia, delegar a tarefa do controle das APPs para os municípios implicaria na manutenção de interesses locais, pois a maioria dos municípios brasileiros sequer possuem Conselhos Municipais de Meio Ambiente e órgão ambiental capacitado para a tomada de decisões. E, de fato, deve-se reconhecer que este é um argumento preocupante tendo em vista a realidade dos municípios brasileiros, porém, não se pode olvidar que cidades médias e grandes necessitem de autonomia de decisão para as questões locais, pois em regra se encontram em outro patamar de organização da gestão pública.⁹

Diante desta realidade observamos que este tema é um dos mais conflituosos na área do direito ambiental, pois em que pese o legislador federal ter estabelecido esta nova competência aos municípios em dezembro de 2021, já em maio de 2022 foi protocolada Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 7146, requerendo a declaração de inconstitucionalidade da Lei Federal nº 14.285/2021, fundamentada no direito à vida e ao direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao regime que norteia a legislação concorrente em matéria ambiental.¹⁰

A União foi notificada para apresentar manifestação e as entidades interessadas já começaram a requerer o ingresso para subsidiar os julgadores na qualidade de *amicus curie* (amigos da corte). O processo só está iniciando e em decisão inicial o julgador destacou a relevância da matéria, destacando que a postura inicial é de autocontenção, para tomada de decisão em caráter definitivo e para tanto, adotou o rito abreviado previsto na legislação

⁹ ABLmino. Associação Brasileira de Limnologia. **Nota Técnica da Associação Brasileira de Limnologia para subsidiar as discussões sobre alterações das Áreas de Preservação Permanente (APPs) urbanas propostas pelo PL 2.510/2019 (Câmara dos Deputados) e PL 1.869/2021 (Senado)**. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/354419225_Nota_tecnica_da_Associacao_Brasileira_de_Limnologia_para_subsidiar_as_discussoes_sobre_alteracoes_das_Areas_de_Protecao_Permanentes_APPs_urbanas_propostas_pelo_PL_25102019_Camara_dos_Deputados_e_PL_18. Acesso em 03 de dezembro de 2021.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7146/2022**. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6387022>. Acesso em 10 de setembro de 2022.

processual. E diante deste cenário a elaboração de uma legislação municipal específica está permeada ainda de insegurança jurídica.

4. CONCLUSÃO

Diante do exposto, acreditamos que é imprescindível a ampliação do debate acadêmico acerca dos conflitos que envolvem as áreas de preservação permanente em área urbana consolidada em estado de irreversibilidade como, por exemplo, no caso de cursos d' água canalizados e tubulados e integrados à rede de drenagem, situações comuns em cidades médias e grandes e que por não haver uma condução razoável tem sido matérias objeto de judicialização, e o Poder Judiciário tem assumido, ainda que indiretamente, o papel de ator que está direcionando as políticas públicas.

Portanto, a criação de mecanismos ou instrumentos que auxiliem a municipalidade no sentido de estabelecerem critérios técnicos consistentes, a exemplo do que ocorre com o licenciamento ambiental, para o enfrentamento dos conflitos de uso e ocupação do solo, é medida de extrema necessidade, e não apenas a pura e simples municipalização da gestão das APPs, que não se mostra o melhor caminho para minimizar a judicialização, frente à insegurança que permeia este tema e a necessidade de ser buscar soluções que priorizem o desenvolvimento territorial sustentável local.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABLmino. Associação Brasileira de Limnologia. **Nota Técnica da Associação Brasileira de Liminologia para subsidiar as discussões sobre alterações das Áreas de Preservação Permanente (APPs) urbanas propostas pelo PL 2.510/2019 (Câmara dos Deputados) e PL 1.869/2021 (Senado)**. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/354419225_Nota_tecnica_da_Associacao_Brasileira_de_Limnologia_para_subsidiar_as_discussoes_sobre_alteracoes_das_Areas_de_Protecao_Permanentes_APPs_urbanas_propostas_pelo_PL_25102019_Camara_dos_Deputados_e_PL_18. Acesso em: 03 dez. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 14 jul. 2021.

BRASIL. **Lei Federal nº 12.651 de 25 de maio de 2012**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Lei Federal nº 6.766 de 19 de dezembro de 1979**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7146/2022**. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultar-processoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6387022>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.770.760-SC**. Disponível em https://manuelzao.ufmg.br/wp-content/uploads/2021/05/STJ_201802631242_tipo_integra_126499530.pdf Acesso em: jul. 2021.

MEDEIROS, Rodrigo; GARAY, Irene. Singularidades do Sistema de Áreas Protegidas para a Conservação e Uso da Biodiversidade Brasileira. **Revista Dimensões Humanas da Biodiversidade**. São Paulo: Petrópolis, 2006.

FALECIMENTO DO DEVEDOR APÓS A OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR E O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL AOS SUCESSORES

Rafael Schreiber¹

Resumo: O artigo critica a solução dada pelo Poder Judiciário quanto aos casos envolvendo o falecimento de contribuinte do IPTU após a ocorrência do fato gerador, demonstrando a possibilidade de aproveitamento dos atos processuais e o prosseguimento do feito face aos sucessores, sem que haja qualquer violação à Súmula 392, do STJ. O artigo diferencia aspectos materiais e processuais envolvendo a situação analisada e faz comparativo entre o entendimento de alguns tribunais pátrios. A análise se mostra pertinente vez que o Município possui inúmeras causas repetitivas, mas que pelo entendimento atual não podem ser arrecadadas, à semelhança de uma remissão fiscal conferida pelo Poder Judiciário, causando prejuízo fiscal ao ente público.

Abstract: The article criticizes the solution given by the Judiciary in cases involving the death of an IPTU taxpayer after the occurrence of the triggering event, demonstrating the possibility of taking advantage of procedural acts and the continuation of the case vis-à-vis successors, without there being any violation of the Precedent 392/STJ. The article differentiates material and procedural aspects involving the situation analyzed and makes a comparison between the understanding of some national courts. The analysis is relevant since the Municipality has numerous repetitive causes, but which, according to the current understanding, cannot be collected, similar to a tax remission granted by the Judiciary, causing fiscal losses to the public entity.

¹ Pós-graduado em Direito Público pela LFG. Pós-graduado em Direito da Economia pela FGV/RJ. Graduado em Direito na Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB). Procurador do Município de Joinville/SC. Advogado. E-mail: rafael.schreiber@joinville.sc.gov.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3807521271256065>

Palavras-Chave: Fato gerador. Lançamento. Constituição do crédito. Legitimidade. Redirecionamento. Falecimento. Citação. Responsabilidade. Espólio. Sucessor. Princípios.

Keywords: Generating event. Launch. Creation of credit. Legitimacy. Redirection. Death. Quote. Responsibility. Estate. Successor. Principles.

Sumário: 1. Introdução. 2. Panorama atual: distinção entre o direito material e processual; contribuinte e responsável tributário. 3. Situação aplicada pela Justiça Catarinense. 4. Solução: reaproveitamento dos atos processuais/celeridade. 5. Como vem sendo aplicado o caso em outros tribunais. 6. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Não é incomum a Administração Pública Municipal participar de diversas demandas judiciais, especificamente execuções fiscais para a cobrança de IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) de contribuintes inadimplentes, mas que envolvam situação de falecimento no curso do processo.

Nesse contexto, ao menos no âmbito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), muitas ações não conseguem atingir seu objetivo de trazer o recurso do imposto não pago em tempo e modo aos cofres públicos, diante da extinção prematura do feito, em verdadeira *remissão judicial* do tributo municipal.

Adiante-se três cenários possíveis envolvendo a cobrança judicial do IPTU e eventual falecimento do sujeito passivo: a) a primeira, em que o contribuinte não paga, é inscrito em dívida, iniciada a execução, citado e posteriormente ocorre o seu falecimento; b) a segunda, em que o contribuinte não paga, é inscrito em dívida, iniciada a execução, mas vem a falecer antes de ser citado na execução fiscal; e c) a terceira, em que o contribuinte vem a falecer antes da ocorrência do próprio fato gerador e a constituição do crédito e sua inscrição em dívida ativa é efetivada em seu nome.

Percebe-se que o evento *falecimento* pode vir a ocorrer em momentos distintos e, por isso, merecem tratamentos jurídicos diferenciados a depender desse tempo, conforme se demonstrará no desenvolvimento do presente trabalho.

Contudo, o que se tem percebido no âmbito da circunscrição do território de Santa Catarina (TJSC), que essa necessária distinção não é levada em consideração, aplicando-se a mesma solução condizente a uma situação a outra, sem qualquer distinção.

E o resultado que vem sendo aplicado indiscriminadamente pela Justiça Catarinense é a extinção sumária da execução fiscal caso não tenha ocorrida a citação do devedor falecido (hipótese que ocorre nos cenários 2 e 3), ao fundamento de que seria vedada a modificação do sujeito passivo, nos termos da Súmula 392, do STJ, além de entender que o Fisco teria plenas condições de identificar corretamente o sujeito passivo antes do ajuizamento.

O presente trabalho objetiva examinar a questão jurídica material e processual relacionada à segunda situação apontada, qual seja, quanto ao direcionamento da execução fiscal face a devedor falecido após a ocorrência do fato gerador, mas antes de sua citação válida, com o necessário *distinguishing*² e *overruling*³ das diferentes situações e soluções jurídicas.

Para tanto o trabalho perpassa importantes institutos do direito tributário e do direito processual civil, em análise conjunta com a famigerada Súmula 392/STJ, dentre outros julgados do E. STJ e de outros tribunais.

O primeiro capítulo discorre sobre o problema, trazendo distinção entre o direito material e processual envolvendo o tema, além de diferenciar o contribuinte do responsável tributário. O segundo capítulo cuida de descrever como vem sendo aplicada a hipótese no estado de Santa Catarina, mediante análise crítica. O terceiro capítulo aponta solução jurídica processual para o aproveitamento dos atos processuais à luz da principiologia contemporânea. E o quarto capítulo perpassa como outros tribunais vem aplicando a matéria, inclusive o STJ.

Foi escolhido o método dedutivo e comparativo para a abordagem do tema, com ênfase à análise argumentativo-principiológica. O estudo é conduzido procedimentalmente por meio de pesquisa jurisprudencial e legal.

2. PANORAMA ATUAL: DISTINÇÃO ENTRE O DIREITO MATERIAL E O PROCESSUAL; CONTRIBUINTE E RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO

Não é incomum a Administração Pública Municipal participar de diversas demandas judiciais, especificamente execuções fiscais para a cobrança

² O *distinguishing* é a prática de não aplicar dado precedente por se reconhecer que a situação *sub judice* (aquela que se está julgando imediatamente) não se encarta nos parâmetros de incidência do precedente.

³ Por *overruling* entende-se a mudança de entendimento de determinado tribunal acerca de tema jurídico anteriormente pacificado, por alteração no ordenamento jurídico ou por evolução fática histórica.

de IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) de contribuintes inadimplentes, mas que envolvam situação de falecimento no curso do processo.

O tema circunda à possibilidade jurídica ou não de redirecionamento da execução fiscal ao espólio quando ajuizada em face de pessoa natural viva ao tempo da ocorrência do fato gerador, mas cujo falecimento veio a ocorrer ainda antes de sua citação válida no processo (cenário 2).

Quanto à primeira situação exposta na introdução não se verifica problemas jurídicos, visto que se o devedor falece após sua citação válida o Poder Judiciário permite o prosseguimento da execução fiscal em face do espólio ou demais herdeiros: “*Redirecionamento que somente seria viável em caso de falecimento posterior ao ato convocatório*” (TJSC, Apelação n. 5086413-47.2022.8.24.0023, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Luiz Fernando Boller, Primeira Câmara de Direito Público, j. 25-07-2023).

Também quanto à terceira situação exposta não se vislumbra problema, visto que se o falecimento ocorre antes da ocorrência do fato gerador ou da constituição do crédito tributário e eventualmente a Certidão de Dívida Ativa (CDA) é lavrada em face desse devedor falecido, há inequívoco erro material que não pode ser corrigido pela simples substituição da CDA, nos termos da Súmula 392, do STJ, assim disposta: “Súmula 392 do STJ. A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução”.

Isso porque há equívoco no próprio lançamento/inscrição e se o falecimento ocorreu antes disso, necessário que esse lançamento seja feito já em face dos sucessores ou do espólio, para que estes também tenham a oportunidade de, querendo, apresentarem impugnação ou pleitearem eventual revisão da inscrição, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa⁴.

Essa é a aplicação correta da referida súmula, conforme se depreende do seguinte recurso especial representativo da controvérsia:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSO

⁴ Nesse sentido a PGM de Joinville possui a seguinte Súmula Administrativa nº. 5: “É juridicamente adequada a extinção de Execução Fiscal ajuizada em face de devedor falecido em momento anterior ao fato gerador do crédito em execução” (JOINVILLE, Procuradoria-Geral do Município. **Súmula Administrativa nº 5**. Joinville, 2023. Disponível em: https://sei.joinville.sc.gov.br/sei/publicacoes/controlador_publicacoes.php?acao=publicacao_visualizar&id_documento=10 000020310745&id_orgao_publicacao=0 Acesso em: 4 out. 2023).

JUDICIAL TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA (CDA). SUBSTITUIÇÃO, ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA, PARA INCLUSÃO DO NOVEL PROPRIETÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO ERRO FORMAL OU MATERIAL. SÚMULA 392/STJ. 1. A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução (Súmula 392/STJ). 2. É que: “Quando haja equívocos no próprio lançamento ou na inscrição em dívida, fazendo-se necessária alteração de fundamento legal ou do sujeito passivo, nova apuração do tributo com aferição de base de cálculo por outros critérios, imputação de pagamento anterior à inscrição etc., será indispensável que o próprio lançamento seja revisado, se ainda viável em face do prazo decadencial, oportunizando-se ao contribuinte o direito à impugnação, e que seja revisada a inscrição, de modo que não se viabilizará a correção do vício apenas na certidão de dívida. A certidão é um espelho da inscrição que, por sua vez, reproduz os termos do lançamento. Não é possível corrigir, na certidão, vícios do lançamento e/ou da inscrição. Nestes casos, será inviável simplesmente substituir-se a CDA.” (Leandro Paulsen, René Bergmann Ávila e Ingrid Schroder Sliwka, in “Direito Processual Tributário: Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da Doutrina e da Jurisprudência”, Livraria do Advogado, 5ª ed., Porto Alegre, 2009, pág. 205). [...]. 4. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.⁵

Contudo, o mesmo não se pode dizer em relação ao falecimento do sujeito passivo ocorrido após a ocorrência do fato gerador (FG) e da própria constituição do crédito tributário (CT - que no caso do IPTU o FG ocorre todo dia primeiro de janeiro de cada ano e a CT com a notificação ao contribuinte mediante envio do carnê), nos termos da Súmula 397, do STJ, assim disposta: Súmula 397 do STJ: “O contribuinte do IPTU é notificado do lançamento pelo envio do carnê ao seu endereço”.

A remessa ao endereço do contribuinte do carnê de pagamento do IPTU é suficiente para notificá-lo do lançamento tributário, cabendo ao

⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.045.472/BA**, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJ 18/12/2009.

contribuinte a prova de que não teria recebido. Isso porque se tratando de imposto de lançamento de ofício, o Município de baseia nas informações contidas em seu próprio cadastro, que se presume corretas⁶.

Assim, se o contribuinte veio a falecer somente após o fato gerador e a constituição do crédito tributário significa que o seu lançamento ocorreu de forma fidedigna e correta.

Aqui, todo o procedimento administrativo referente ao lançamento tributário já foi devidamente realizado, com a verificação de ocorrência do fato gerador, o cálculo do tributo devido e a identificação do sujeito passivo (art. 142, do CTN⁷).

Também a notificação do contribuinte acerca do lançamento já foi realizada, com o que se constituiu definitivamente o crédito e se garantiu ao devedor a oportunidade do exercício do direito de defesa em relação ao lançamento efetuado.

Porém, após a constituição definitiva do crédito, no curso entre os prazos para pagamento voluntário ou parcelamento, a posterior atividade de inscrição em dívida ativa e ainda antes do ajuizamento da execução fiscal ou da própria citação, advém o falecimento do sujeito passivo.

A Fazenda Pública não toma ciência do evento morte e inicia a busca judicial por seus créditos, ajuizando a execução fiscal, quanto então é informada do falecimento do contribuinte, o que abre margem ao pedido para que se redirecione a execução ao espólio do devedor original.

O eventual direcionamento de uma execução fiscal passa a ser matéria estritamente processual e não mais de direito material, visto que se mostra necessária apenas a modificação do sujeito passivo do processo e não do próprio título (CDA) que embasa a execução fiscal.

Não se trata, portanto, de alterar o sujeito passivo da relação jurídica tributária identificado à época do lançamento para inclusão de outro, mas, apenas, de adequar o polo passivo da relação processual à realidade superveniente instaurada pela sucessão *causa mortis*. É curial lembrar que

⁶ Nesse sentido, vide o recurso especial representativo da controvérsia: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.111.124/PR**, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 22/04/2009.

⁷ Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

a sucessão é vocábulo que significa que alguém passa a ocupar o lugar, sucessivamente o tempo, o lugar de outrem.

Por se tratar de mera sucessão processual, conforme exegese do art. 4º, incisos III, V e VI, da Lei de Execuções Fiscais⁸, combinada com o disposto no art. 779, incisos II e VI, do CPC⁹, expressamente permite o prosseguimento da execução em sucessão ao executado originário.

Percebe-se, já diante dessa situação, que é descabida a aplicação da Súmula 392/STJ nesse particular, simplesmente porque a formação do título executivo já está perfeita.

Não houve erro material ou formal na identificação do sujeito passivo, dado que o contribuinte era vivo à época.

A morte do sujeito passivo na relação material após a realização correta do lançamento não produz efeitos retroativos e não torna o ato viciado nem nulo, vale dizer, o crédito continua corretamente constituído em face do sujeito passivo da relação jurídico tributária.

Porém, a pretensão processual não pode mais ser deduzida em face do devedor originário, em razão do seu falecimento. Surge, então, a figura do espólio, ente despersonalizado dotado apenas de representação judiciária (art. 75, VII, do CPC¹⁰) de responsável tributário (art. 131, III, do CTN¹¹) que, na relação processual, substituirá transitoriamente o falecido até que seja feita a partilha, permitindo que a relação processual se desenvolva.

A substituição do polo passivo pelo espólio não exige qualquer modificação na CDA, em conformidade com os arts. 128¹², 129¹³ e 131, inciso III do CTN, que retratam hipóteses de *transferências tributárias*.

⁸ Art. 4º. A execução fiscal poderá ser promovida contra: [...] III - o espólio; V - o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado; e VI - os sucessores a qualquer título.

⁹ Art. 779. A execução pode ser promovida contra: II - o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor; VI - o responsável tributário, assim definido em lei.

¹⁰ Art. 75. Serão representados em juízo, ativa e passivamente: [...] VII - o espólio, pelo inventariante;

¹¹ Art. 131. São pessoalmente responsáveis: [...] III - o espólio, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da abertura da sucessão.

¹² Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

¹³ Art. 129. O disposto nesta Seção aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos

Assim, está-se, aqui, diante da responsabilidade por transferência, que ocorre em momento posterior ao próprio fato gerador do tributo, na qual a obrigação tributária nasce tendo como polo passivo determinado devedor - contribuinte ou responsável, mas, em virtude de algum acontecimento previsto em lei, ocorre a transferência da sujeição passiva para um responsável (assunção posterior da responsabilidade jurídica previamente existente).

A responsabilidade é decorrente da própria lei. Isto é dizer, perante o Fisco, o adquirente do imóvel, sucessor, ocupa a mesma posição jurídica do devedor primitivo, independentemente da apuração de qualquer fato estranho àqueles já apurados quando da constituição definitiva do lançamento¹⁴.

Em síntese, parte-se da identificação da relação jurídico-tributária principal, erigida em face do contribuinte primário, posteriormente falecido, para, após, nascida a obrigação tributária, redirecioná-la aos sucessores do *de cujus* por força da aplicação de uma norma secundária que pressupõe o conhecimento, a identificação e aplicação da norma primária (regra matriz de incidência tributária de origem).

Não há que se falar em erro, eis que a alteração da sujeição passiva decorre de fato superveniente ao fato gerador, qual seja, a morte do proprietário primevo, incitando o instituto da responsabilidade por transferência (art. 131, inciso III, CTN), conforme já salientado.

Somente depois do lançamento regulamente efetuado houve a alienação do imóvel que, na qualidade de responsável, haja vista sua conexão com o fato gerador da obrigação tributária, deve responder, também ele, pelo crédito ainda inadimplido.

Nos dizeres de Regina Helena Costa:

[...] Na obrigação principal, o sujeito passivo direto ou contribuinte é o protagonista do fato ensejador do nascimento do vínculo; já o

posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data.

¹⁴ 4. A responsabilidade tributária pressupõe duas normas autônomas: a regra matriz de incidência tributária e a regra matriz de responsabilidade tributária, cada uma com seu pressuposto de fato e seus sujeitos próprios. A referência ao responsável enquanto terceiro (*dritter Person*e, *terzo* ou *tercero*) evidencia que não participa da relação contributiva, mas de uma relação específica de responsabilidade tributária, inconfundível com aquela. O “terceiro” só pode ser chamado responsabilizado na hipótese de descumprimento de deveres próprios de colaboração para com a Administração Tributária, estabelecidos, ainda que a contrario sensu, na regra matriz de responsabilidade tributária, e desde que tenha contribuído para a situação de inadimplemento pelo contribuinte” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 562.276, rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 03/11/2010).

chamado sujeito passivo indireto ou responsável, terceiro em relação ao fato jurídico-tributário, é o protagonista de relação jurídica distinta, uma vez que alcançado pela lei para satisfazer a prestação objeto da obrigação principal contraída por outrem em virtude da prática de ato ilícito (descumprimento de dever próprio) ou em função de disciplina assecuratória da satisfação do crédito tributário.¹⁵

É por isso que a existência ou não de angularização processual não afasta a aplicação da norma material de responsabilidade tributária. É a existência de uma cadeia de responsabilidade, na corrente sucessória de natureza tributária, que gera a transferência da obrigação tributária para pessoa diversa, vinculada *intuito personae* ao contribuinte principal.¹⁶

Enfatiza-se tais aspectos apenas para deixar claro que a hipótese não trata de nulidade de lançamento, nem correção de erro material ou formal da CDA e muito menos de modificação do sujeito passivo da relação material. A superveniência da morte do devedor após o lançamento produzirá apenas efeitos processuais, como a necessidade de chamar o espólio, mas não altera a anterior relação material estabelecida entre o ente tributante e o contribuinte original.

Não se pode perder de vista que a execução fiscal é espécie do gênero maior de execuções de títulos extrajudiciais, logo, deve obedecer à mesma disciplina comum geral.

Não há necessidade de obter novo título que aponte expressamente a figura processual do espólio como devedor, bastando que a execução seja apenas a ele direcionada¹⁷.

Nesse sentido, observe-se a seguinte passagem, que é razão de decidir de outro tema, aqui adotada por se tratar de primado geral de processo civil em matéria de sucessão:

¹⁵ COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário**: constituição e código tributário nacional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 230.

¹⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AREsp n. 1.280.671/MG**, rel. Min. Assuzete Magalhães, Segunda Turma, DJ 11/09/2018.

¹⁷ Quanto à responsabilidade do sócio-gerente pelos débitos da execução fiscal e quanto à possibilidade de redirecionamento da execução, conquanto não figure no pólo passivo da lide é o trecho do voto do Min. Teori Zavascki, no REsp n. 545.080/MG (DJ 06/09/2004): “3. É diferente a situação quando o nome do responsável tributário não figura na certidão de dívida ativa. Nesses casos, embora possa ser sujeito passivo da execução (CPC, art. 586, VI), caberá à Fazenda exequente, ao promover a ação ou ao pedir o seu redirecionamento, indicar a causa do pedido, que há de ser uma das situações, previstas no direito material, como configuradoras da responsabilidade subsidiária”.

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE COBRANÇA PROMOVIDA EM FACE DO ESPÓLIO DO DE CUJUS - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, EM FACE DA ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM - REFORMA - NECESSIDADE - ESPÓLIO - LEGITIMIDADE AD CAUSAM PARA DEMANDAR E SER DEMANDADO EM TODAS AQUELAS AÇÕES EM QUE O DE CUJUS INTEGRARIA O PÓLO ATIVO OU PASSIVO DA DEMANDA, SE VIVO FOSSE (SALVO, EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL EM CONTRÁRIO - PRECEDENTE) – RECURSO ESPECIAL PROVIDO. “(...) De todo modo, enquanto não há individualização da quota pertencente a cada herdeiro, o que se efetivará somente com a consecução da partilha, é a herança, nos termos do artigo supracitado, que responde por eventual obrigação deixada pelo de cujus. Nessa perspectiva, o espólio, que também pode ser conceituado como a universalidade de bens deixada pelo de cujus, assume, por expressa determinação legal, o viés jurídico-formal, que lhe confere legitimidade ad causam para demandar e ser demandado em todas aquelas ações em que o de cujus integraria o pólo ativo ou passivo da demanda, se vivo fosse”.¹⁸

Entender o contrário seria o mesmo que se exigir de um credor de um cheque impago, cujo emitente do título viesse a óbito antes da respectiva citação em demanda executória, que apresentasse um novo título de crédito emitido pelos respectivos sucessores, para que somente aí pudesse reclamar o adimplemento do valor não solvido.

Portanto, não há necessidade de a Fazenda Pública realizar novo lançamento ou corrigir dados da CDA, basta que aproveite o já realizado.

3. SITUAÇÃO APLICADA PELA JUSTIÇA CATARINENSE

Apesar do exposto, como tem caminhado as decisões proferidas no âmbito do Poder Judiciário Catarinense?

Lamentavelmente as execuções fiscais são simplesmente extintas se o falecimento ocorrer antes da citação. Pouco importa se o título foi devidamente constituído em tempo e modo, de forma correta ou não. Aplica-se a Súmula 392/STJ, confundindo-se questões de direito material e processual.

¹⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.125.510/RS, rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, DJ 19/10/2011.

Colaciona-se, apenas para fins de análise crítica acadêmica, a seguinte sentença, cujo teor é replicado em inúmeros processos de mesma natureza quando o devedor falece após a constituição do crédito tributário mas antes da citação:

“Trata-se de execução fiscal movida por MUNICÍPIO DE [...] contra [...], ambos qualificados nos autos. Foi comunicado o óbito do executado. Os autos vieram conclusos. Esse, na concisão necessária, o relatório. DECIDO. Diante da notícia do falecimento da parte executada, há que ser extinto o feito. Pois bem. É sabido que “a Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução” (Súmula nº 392 do STJ). Ademais, são pessoalmente responsáveis pelo débito tributário o adquirente ou remitente, pelos tributos relativos aos bens adquiridos ou remidos; o sucessor a qualquer título e o cônjuge meeiro, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da partilha ou adjudicação, limitada esta responsabilidade ao montante do quinhão do legado ou da meação; o espólio, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da abertura da sucessão (art. 131, incisos I a III, do CTN). Contudo, para que os indicados no art. 131 do CTN passem a fazer parte da demanda, é necessária a realização de redirecionamento e, sobre a possibilidade de deferimento de tal requerimento, Tribunal de Justiça de Santa Catarina já se manifestou: **TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. ÓBITO DA PARTE EXECUTADA ANTES DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL INVIÁVEL, A CONSIDERAR QUE O FALECIMENTO NÃO SE DEU NO CURSO DO PROCESSO. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE. SENTENÇA DE EXTINÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.** É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que ‘o redirecionamento da Execução Fiscal contra o espólio somente pode ser levado a efeito quando o falecimento do contribuinte ocorrer após sua citação, nos autos da Execução Fiscal, não sendo admitido, ainda, quando o óbito do devedor ocorrer em momento anterior à própria constituição do crédito tributário.’ (AgInt no AREsp 1280671/MG, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 11.9.18) (TJSC, Apelação Cível n. 0002677-27.2010.8.24.0125, de Itapema, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 19/02/2019). Ou seja, o

espólio apenas poderá ter contra si redirecionada a execução fiscal quando o falecimento do contribuinte ocorrer após a efetivação de sua citação. No caso dos autos, o executado faleceu antes da citação na execução, razão que enseja a extinção do feito. Ademais, inviável a substituição da CDA, uma vez que tal procedimento viola a Súmula 392 do Superior Tribunal de Justiça, que veda a alteração do polo passivo. Ante o exposto, JULGO EXTINTA esta Ação de Execução Fiscal proposta por MUNICÍPIO DE JOINVILLE contra IVAN ALCHINI, em razão do falecimento do executado”.

Perceba-se que a decisão até cita, corretamente, que o espólio responde pelos tributos devidos pelo *de cujus* até a data da abertura da sucessão, mas impede que o feito prossiga simplesmente porque o falecimento ocorreu antes da citação no processo judicial. Por fim, inapropriadamente cita a Súmula 392/STJ que, conforme visto, trata de situação distinta.

No ponto, cumpre destacar que a esmagadora maioria das decisões, inclusive no âmbito de segundo grau (TJSC), o fundamento base da extinção é justamente a de que o E. STJ teria entendimento pacificado no sentido de que redirecionamento da execução fiscal contra o espólio somente poderia ser levado a efeito quando o falecimento do contribuinte ocorresse após sua citação.

A conclusão é verdadeira, mas deveria ser aplicada somente para aquela terceira hipótese adiantada na introdução deste trabalho, ou seja, quando o devedor era falecido antes da própria constituição do título executivo.

Significa que o E. TJSC vem aplicando indevidamente as decisões proferidas pelo E. STJ quanto à Súmula 392, sem atentar para o caso concreto, em necessário *distinguishing*.

Denota-se da ementa da própria decisão citada pelo magistrado na sentença acima destacada, avalizada pelo E. TJSC: “É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que ‘o redirecionamento da Execução Fiscal contra o espólio somente pode ser levado a efeito quando o falecimento do contribuinte ocorrer após sua citação, nos autos da Execução Fiscal, não sendo admitido, ainda, quando o óbito do devedor ocorrer em momento anterior à própria constituição do crédito tributário (AgInt no AREsp 1280671/MG, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 11.9.18)”.

O caso analisado pelo E. STJ tratava especificamente de execução fiscal proposta contra pessoa falecida antes do ajuizamento da ação e da própria constituição do crédito tributário:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALEGADA OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL PROPOSTA CONTRA PESSOA FALECIDA ANTES DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO E DA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ALTERAÇÃO DO POLO PASSIVO PARA O ESPÓLIO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 392/STJ. ACÓRDÃO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. APLICAÇÃO DA SÚMULA 568/STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.¹⁹

O Poder Judiciário catarinense tem aplicado corriqueiramente tese jurídica que não é cabível em situação de falecimento ocorrida após o fato gerador e lançamento tributário do IPTU. Em outros casos, tem-se visto aplicar outros precedentes do E. STJ, mas que igualmente trataram especificamente de casos de falecimentos anteriores à constituição do crédito tributário: trata-se do REsp n. 324.015/PB e do REsp n. 1.045.472/BA (Tema 166).

Na questão julgada pelo RESP 1.045.472/BA (Tema 166/STJ) o Município pretendia a substituição da CDA no curso da execução para o fim de alterar o sujeito passivo, fazendo-se constar como novo executado o adquirente do imóvel tributado pelo IPTU, relacionados com sucessão tributária por aquisição (art. 131, I, do CTN²⁰).

Ao apreciar tal questão, o STJ rememorou a jurisprudência dominante naquela Corte e os termos da Súmula 392/STJ para concluir, amparado em doutrina, que a pretensão de substituir o sujeito passivo no curso da lide implicaria em alterar o próprio lançamento, subtraindo do novo devedor a possibilidade de sua participação na formação do título pelo devido contraditório (direito à impugnação):

“Subjaz a análise da insurgência especial que se cinge a questão referente à possibilidade de substituição da CDA antes da sentença de mérito, na forma do disposto no § 8º, do artigo 2º, da Lei 6.830/80, na

¹⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 1.280.671/MG**, rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJ 11.09.2018.

²⁰ Art. 131. São pessoalmente responsáveis: I - o adquirente ou remitente, pelos tributos relativos aos bens adquiridos ou remidos.

hipótese de mudança de titularidade do imóvel sobre o qual incide o IPTU (alteração do sujeito passivo da obrigação tributária). (...) Com efeito, pretende o recorrente a modificação do sujeito passivo da CDA e não a sua substituição por erro de valor, o que não se admite, sob pena de alteração do próprio lançamento.”

Ao fim, assim restou ementado:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA (CDA). SUBSTITUIÇÃO, ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA, PARA INCLUSÃO DO NOVEL PROPRIETÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO ERRO FORMAL OU MATERIAL. SÚMULA 392/STJ. 1. A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução (Súmula 392/STJ). 2. É que: “Quando haja equívocos no próprio lançamento ou na inscrição em dívida, fazendo-se necessária alteração de fundamento legal ou do sujeito passivo, nova apuração do tributo com aferição de base de cálculo por outros critérios, imputação de pagamento anterior à inscrição etc., será indispensável que o próprio lançamento seja revisado, se ainda viável em face do prazo decadencial, oportunizando-se ao contribuinte o direito à impugnação, e que seja revisada a inscrição, de modo que não se viabilizará a correção do vício apenas na certidão de dívida. A certidão é um espelho da inscrição que, por sua vez, reproduz os termos do lançamento. Não é possível corrigir, na certidão, vícios do lançamento e/ou da inscrição. Nestes casos, será inviável simplesmente substituir-se a CDA.” (Leandro Paulsen, René Bergmann Ávila e Ingrid Schroder Sliwka, in “Direito Processual Tributário: Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da Doutrina e da Jurisprudência”, Livraria do Advogado, 5ª ed., Porto Alegre, 2009, pág. 205). 3. Outrossim, a apontada ofensa aos artigos 165, 458 e 535, do CPC, não restou configurada, uma vez que o acórdão recorrido pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Saliente-se, ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como de fato ocorreu na hipótese dos autos. 4.

Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.²¹

Também a questão julgada pelo RESP n. 324.015/PB tratou de situação de falecimento do devedor antes da constituição do crédito tributário:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. CDA EXPEDIDA CONTRA PESSOA FALECIDA ANTERIORMENTE À CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. NULIDADE. REDIRECIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 392/STJ. MATÉRIA SUBMETIDA AO RITO DO ART. 543-C DO CPC. OBRIGAÇÃO DOS SUCESSORES DE INFORMAR SOBRE O ÓBITO DO PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL E DE REGISTRAR A PARTILHA. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. O redirecionamento contra o espólio só é admitido quando o falecimento do contribuinte ocorrer depois de ele ter sido devidamente citado nos autos da execução fiscal, o que não é o caso dos autos, já que o devedor apontado pela Fazenda municipal faleceu antes mesmo da constituição do crédito tributário. Precedentes: Resp 1.222.561/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Dje 25/05/2011; AgRg no Resp 1.218.068/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, Dje 08/04/2011; Resp 1.073.494/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, Dje 29/09/2010. 2. Não se pode fazer mera emenda do título executivo, a teor da Súmula 392/STJ, que dita: “A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução”. Matéria já analisada inclusive sob a sistemática do art. 543-C do CPC (Resp 1.045.472/BA, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, Dje de 18/12/2009). 3. O argumento sobre a obrigação dos sucessores de informar o Fisco acerca do falecimento do proprietário do imóvel, bem como de registrar a partilha, configura indevida inovação recursal, porquanto trazido a lume somente nas razões do presente recurso. 4. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido”.²²

²¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.045.472/BA**, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJ 25/11/2009.

²² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 324.015/PB**, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJ 03/09/2013.

A questão jurídica tratada no presente estudo, como já visto, é distinta dos casos acima citados.

Os julgamentos utilizados (indevidamente) como paradigmas pauparam-se em casos nos quais havia a necessidade de realização de reparos no lançamento tributário ou na CDA que lastreava o feito, elementos esses que certamente não permitiam o prosseguimento da execução inicialmente proposta.

Apenas para ilustrar, cita-se entendimento recente do E. TJSC:

AGRAVO INTERNO. DECISÃO DA 2ª VICE-PRESIDÊNCIA QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO ESPECIAL, NA FORMA DO ART. 1.030, INCISO I, ALÍNEA “B”, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. FALCIMENTO DO EXECUTADO ANTES DE SER EFETIVADA A CITAÇÃO. PRETENSO REDIRECIONAMENTO DO FEITO CONTRA O ESPÓLIO/SUCESORES. IMPOSSIBILIDADE. ERRO FORMAL OU MATERIAL NÃO CARACTERIZADOS NA ESPÉCIE. ACÓRDÃO DESTA CORTE DE JUSTIÇA EM CONSONÂNCIA COM ENTENDIMENTO CRISTALIZADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO (TEMA 166/STJ) E NA SÚMULA N. 392/STJ. CORRETA APLICAÇÃO DA TESE PARADIGMA AO CASO CONCRETO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. O Superior Tribunal de Justiça firmou posição no sentido de que “a Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução” (STJ, RESP n. 1.045.472/BA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, j. 25-11-2009 - Tema 166/STJ). (TJSC, Apelação n. 0909071-53.2014.8.24.0038, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Getúlio Corrêa, Câmara de Recursos Delegados, j. 25-10-2023).

Feitas as devidas distinções em relação ao Tema 166/STJ e à Súmula 392/STJ, remanesce avançar sobre o segundo argumento levantado pelo Tribunal para impedir o redirecionamento:

“O Fisco dá causa ao ajuizamento equivocado da execução quando deixa de usufruir dos mecanismos que a lei lhe assegura para consultar os dados dos contribuintes e, assim, identificar corretamente o sujeito passivo (art. 199, caput, do CTN), promovendo execução que

visa à satisfação do crédito tributário em face de quem não detém legitimidade” (Apelação Cível nº 0902267-84.2014.8.24.0033, rel. Des. Odson Cardoso Filho, j. 18-8-2022). 3. Confluem nesse sentido: Agravo Interno em Apelação Cível nº 0901613-82.2014.8.24.0038, rel. Des. Luiz Fernando Boller, Primeira Câmara de Direito Público, j. 30-5-2023; Apelação Cível n. 0001126-95.2013.8.24.0031, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, j. 16-5-2023; Agravo Interno em Apelação Cível nº 0001759-88.1993.8.24.0005, rel. Des. Júlio César Knoll, Terceira Câmara de Direito Público, j. 9-5-2023. 4. Recurso conhecido e desprovido. Decisão mantida. Honorários recursais incabíveis”.²³

O entendimento do E. TJSC não é equivocado juridicamente, mas não acompanha a realidade cotidiana enfrentada pelos agentes municipais. É verdade que cabe ao fisco identificar corretamente o sujeito passivo, mas até pouco tempo atrás não existia outro meio senão confiar nas informações prestadas pelos próprios contribuintes.

O compartilhamento de informações, mediante convênios com outros órgãos é recente e muitos dos casos julgados remontam fatos ocorridos há 5, 10 ou até mesmo processos mais antigos, em que nem se cogitava dessa alternativa.

E ainda atualmente é difícil exigir que o Fisco tenha conhecimento de todos os óbitos dos contribuintes havidos em seu território, mormente municípios que contam com grande população.

Mesmo que se invoque o art. 199, do CTN²⁴, o argumento no sentido de que o Município teria condições de firmar convênios com outros entes é insuficiente a coadunar com a realidade, visto que não há condições físicas e estruturais para acompanhar, um a um, se os dados fornecidos pelos contribuintes estão corretos ou não. Além disso, os próprios contribuintes mantêm dados truncados e desatualizados nos mais diversos sistemas públicos, o que não poderia ser ignorado pelo Poder Judiciário.

Os Municípios não têm condições – ao menos ainda, no atual momento histórico – de verificar se houve óbito ou não de todos os seus contri-

²³ SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça (TJSC), **Apelação n. 0908016-96.2016.8.24.0038**, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Diogo Pítsica, Quarta Câmara de Direito Público, DJ 26/10/2023.

²⁴ Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

buintes. E não deveria ser penalizado pela impossibilidade de cobrança por essa condição. A título de exemplo, o número de propriedades sujeitas ao tributo passa de 235.000 (duzentos e trinta e cinco mil) unidades cadastradas no Município de Joinville, ficando inviável verificar um a um.

Torna-se inviável realizar verificação concreta, caso a caso, da validade, da correção e da atualidade de todos os imóveis existentes nas diversas circunscrições imobiliárias geograficamente localizadas no município para, somente após, legitimar-se o ajuizamento da demanda executiva. Quiçá realizar triagem e verificação pormenorizadamente do falecimento dos contribuintes e da integração dos legitimados sucessórios.

Nessa linha, cumpre citar o entendimento consolidado firmado pelo TJPR, em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR):

“Adotar o entendimento de que deve ser extinta a execução fiscal sempre que a morte do devedor ocorrer após o lançamento e antes do ajuizamento da ação significaria impor às Fazendas Públicas mais esse ônus extraprocessual, de terem de verificar os registros de óbito para se certificarem de que estão ajuizando ação em nome de contribuinte ainda vivo, sob pena de extinção dos procedimentos executórios. Ainda que no momento do ajuizamento a Fazenda Pública não saiba do falecimento, poderá aproveitar o processo e pedir o redirecionamento contra o espólio, tanto pela possibilidade de emendar a inicial antes da citação e quanto pela aplicação dos princípios atuais que norteiam o processo civil efetivo, uma vez que o lançamento espelhado pela CDA foi perfeito e hígido à época de sua formação, não havendo que se falar, portanto, em vício ou modificação de sujeito passivo”.²⁵

Essas dificuldades mereceriam ser levadas em consideração, por força dos arts. 20, 22 e 23, da LINDB:

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.

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as

²⁵ PARANÁ, Tribunal de Justiça (TJPR). **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0038472-59.2017.8.16.0000**, Tema 009/TJPR, rel. Des. Vicente Del Prete Misurelli, 1ª Seção, DJ 14.08.2020.

exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

[...]

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

A partir de 2018, então, a Lei trouxe uma nova sistemática de aplicação da norma, em que devem ser levadas em consideração as reais dificuldades do gestor e as consequências da decisão, que não poderiam mais ser ignorados.

Não bastasse isso, cumpre salientar o descumprimento de obrigação legal (acessória) por parte dos sucessores.

Os Municípios possuem competência constitucional-tributária exclusiva para legislar sobre o IPTU. Significa que ela opera tanto no que se refere à instituição do tributo quanto às obrigações principais, assim como no concernente aos deveres instrumentais impropriamente designados como “obrigações acessórias” (art. 113, §§2º e 3º, do CTN²⁶).

A maioria dos Municípios estabelece em sua legislação caber ao sujeito passivo (proprietário ou possuidor do imóvel a qualquer título) a atualização das informações necessárias ao lançamento tributário junto ao Cadastro Imobiliário Municipal.

Significa que sobre os sucessores do falecido (agora proprietários do bem, diante do princípio da *saisine*) recai a obrigação acessória de comunicar o falecimento ao fisco e manter os cadastros atualizados – obrigação essa que raramente é observada, dificultando a atuação do Fisco.

²⁶ Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória. [...] § 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos. § 3º A obrigação acessória, pelo simples fato de sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

No ponto, caberia aplicação analógica dos casos envolvendo a cobrança de IPVA.

O IPTU e o IPVA são impostos que se assemelham, eis que tributam, linhas gerais, a propriedade (de bens imóveis e veículos automotores, respectivamente), lançados de ofício, um cobrado pelo Município e outro pelo Estado.

No caso do IPVA o STJ entende pela responsabilidade solidária em caso de alienação não comunicada ao Departamento de Trânsito respectivo:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IPVA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SOLIDARIEDADE. ALIENAÇÃO NÃO COMUNICADA AO DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO. LEI ESTADUAL. APLICABILIDADE. [...]. III - O Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) é lançado de ofício no início de cada exercício (art. 142 do CTN) e constituído definitivamente com a cientificação do contribuinte para o recolhimento da exação, a qual pode ser realizada por qualquer meio idôneo, com instrução para o seu pagamento e efetivação. [...]. V - Extraí-se da leitura do texto legal que, caso o alienante do veículo não informe ao Departamento de Trânsito a venda do bem, ele se tornará responsável solidário pelo recolhimento do IPVA, até que a notificação seja realizada. VI - Portanto, a vinculação do autor ao pagamento do referido tributo (IPVA) encontra-se prevista no art. 128 do CTN e também na Lei n. 13.296/08, art. 6º, inciso VIII. VII - O não cumprimento de obrigação imposta pela Lei Estadual, qual seja, de informar ao órgão competente sobre a alienação do veículo, fica o vendedor atrelado ao fato gerador do IPVA. VIII - A recente jurisprudência do STJ é de que, “na falta de comunicação ao órgão de trânsito da transferência de veículo automotor pelo alienante, será solidária a sua responsabilidade tributária pelo pagamento do IPVA, desde que haja previsão em lei estadual”. REsp 1.775.668/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 6/12/2018, DJe 17/12/2018.²⁷

Ora, se o IPTU, que também é *propter rem* e a lei municipal exige a comunicação por parte do sucessor ao Poder Público, em caso de alienação/falecimento, por que não aplicar o mesmo entendimento firmado pelo STJ quanto ao IPVA?

²⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1.777.596**, rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJ 05/12/2019.

Não haveria motivos para se conferir tratamento jurídico diverso às hipóteses fático-jurídicas que se assemelham, merecendo que os sucessores respondam pelos débitos de IPTU sem a extinção prematura da demanda.

Por fim, também caberia aplicação analógica o caso decidido pelo STJ envolvendo *sucessão empresarial*, momento de lançamento, comunicação ao fisco, redirecionamento e substituição de CDA, em sede de recurso repetitivo:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO EMPRESARIAL, POR INCORPORAÇÃO. OCORRÊNCIA ANTES DO LANÇAMENTO, SEM PRÉVIA COMUNICAÇÃO AO FISCO. REDIRECIONAMENTO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA CDA. DESNECESSIDADE. 1. A interpretação conjunta dos arts. 1.118 do Código Civil e 123 do CTN revela que o negócio jurídico que culmina na extinção na pessoa jurídica por incorporação empresarial somente surte seus efeitos na esfera tributária depois de essa operação ser pessoalmente comunicada ao fisco, pois somente a partir de então é que Administração Tributária saberá da modificação do sujeito passivo e poderá realizar os novos lançamentos em nome da empresa incorporadora (art. 121 do CTN) e cobrar dela, na condição de sucessora, os créditos já constituídos (art. 132 do CTN). 2. Se a incorporação não foi oportunamente informada, é de se considerar válido o lançamento realizado em face da contribuinte original que veio a ser incorporada, não havendo a necessidade de modificação desse ato administrativo para fazer constar o nome da empresa incorporadora, sob pena de permitir que esta última se beneficie de sua própria omissão. 3. Por outro lado, se ocorrer a comunicação da sucessão empresarial ao fisco antes do surgimento do fato gerador, é de se reconhecer a nulidade do lançamento equivocadamente realizado em nome da empresa extinta (incorporada) e, por conseguinte, a impossibilidade de modificação do sujeito passivo diretamente no âmbito da execução fiscal, sendo vedada a substituição da CDA para esse propósito, consoante posição já sedimentada na Súmula 392 do STJ. 4. Na incorporação empresarial, a sucessora assume todo o passivo tributário da empresa sucedida, respondendo em nome próprio pela quitação dos créditos validamente constituídos contra a então contribuinte (arts. 1.116 do Código Civil e 132 do CTN). 5. Cuidando de imposição legal de automática responsabilidade, que não está relacionada com o surgimento da obrigação, mas com o

seu inadimplemento, a empresa sucessora poderá ser acionada independentemente de qualquer outra diligência por parte da Fazenda credora, não havendo necessidade de substituição ou emenda da CDA para que ocorra o imediato redirecionamento da execução fiscal. Precedentes. 6. Para os fins do art. 1.036 do CPC, firma-se a seguinte tese: “A execução fiscal pode ser redirecionada em desfavor da empresa sucessora para cobrança de crédito tributário relativo a fato gerador ocorrido posteriormente à incorporação empresarial e ainda lançado em nome da sucedida, sem a necessidade de modificação da Certidão de Dívida Ativa, quando verificado que esse negócio jurídico não foi informado oportunamente ao fisco.” 7. Recurso especial parcialmente provido.²⁸

Denota-se que o caso envolveu extinção da pessoa jurídica, diferindo ao presente apenas quanto à pessoa natural. Igualmente, o STJ entendeu que somente surte seus efeitos na esfera tributária depois da operação ter sido comunicada ao fisco, quando então a Administração Tributária saberá da modificação do sujeito passivo e poderá cobrar os créditos já constituídos na condição de sucessora. Esse mesmo entendimento seria perfeitamente cabível na situação envolvendo o tema em debate. E se a situação não for informada, considera-se válido o lançamento realizado. Assim como na incorporação empresarial a sucessora assume todo o passivo tributário da empresa sucedida, em caso de falecimento e IPTU o mesmo ocorre com o sucessor legítimo. Por fim, no presente caso também se cuida de imposição automática de responsabilidade, que não está relacionada com o surgimento da obrigação, mas com o seu inadimplemento, razão pela qual a situação julgada pelo STJ quanto à sucessão empresarial também mereceria ser aplicada aos casos envolvendo sucessão e IPTU.

4. SOLUÇÃO: REAPROVEITAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS/CELERIDADE

Não é incomum a Administração Pública Municipal participar de diversas demandas judiciais, especificamente execuções fiscais para a cobrança de IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) de contribuintes inadimplentes, mas que envolvam situação de falecimento no curso do processo.

²⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.848.993/SP**, rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Seção, DJ 09/09/2020.

Pelos princípios da boa-fé objetiva e da cooperação, a solução para casos que ocorra o falecimento posterior à constituição do crédito tributário é aproveitar os atos processuais e proceder com a regularização do espólio ou herdeiros caso a caso, no próprio processo ajuizado e em curso.

Na prática tem-se percebido que o Fisco toma conhecimento do falecimento do contribuinte somente após a tramitação processual, por indicação dos sucessores, ao receberem a comunicação quanto à citação do *de cuius*. E esse fato pode ser aproveitado para a continuidade do feito, e não para a sua extinção.

Sabida da desnecessidade de a Fazenda Pública realizar novo lançamento ou corrigir dados da CDA, bastando que aproveite o já realizado.

A questão jurídica que se impõe, então é: proposta a ação em face de pessoa falecida, o processo deve ser inexoravelmente extinto sem resolução do mérito ou o sistema processual admite outra possibilidade que corrija o equívoco e permita o aproveitamento do feito ajuizado?

A solução jurídica mais adequada é pelo aproveitamento do processo.

Sem dúvida, a propositura de execução em face de pessoa já falecida configura caso de ilegitimidade passiva no âmbito da relação processual, uma vez que deveria ser deduzida em face do espólio.

Não há força processual de que o credor, uma vez ciente do falecimento, adite a petição inicial constando o espólio na parte passiva, dado que antes da citação, a relação processual não está formada e admite-se alteração ou modificação do pedido sem consentimento do réu (art. 329, I do, CPC²⁹).

Em face de inovações processuais no sentido de conferir primazia à resolução do mérito, à efetividade do processo e à aplicação dos princípios de proporcionalidade e razoabilidade, enfatizando ao máximo o aproveitamento de atos e a sanção de nulidades, merece ser superado o entendimento utilizado que veda o redirecionamento ao espólio por ilegitimidade (dentre outros: AgRg no AREsp 555204/SC, AgRg no AREsp 522268/RJ e REsp 1410253/SE).

Hoje a regra processual admite (e até incentiva) a correção do polo passivo em caso de ilegitimidade (arts. 338³⁰ e 339³¹, do CPC) e suprimento de falhas

²⁹ Art. 329. O autor poderá: I - até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu;

³⁰ Art. 338. Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu.

³¹ Art. 339. Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação.

nos pressupostos processuais (art. 139, IX do CPC³²), a permitir a correção de vícios que importem em ausência de resolução do mérito (art. 317, do CPC³³).

Embora a execução fiscal seja disciplinada por legislação específica, não é possível isolá-la a ponto de desconsiderar a necessidade de coerência sistêmica e a coordenação das fontes processuais. Não se vislumbra óbice jurídico à Fazenda Pública aproveitar atos hígidos havidos com o lançamento e, informada da sucessão posterior, pedir o redirecionamento da execução, na medida em que toda a principiologia processual atual demanda nesse sentido, de aproveitar ao máximo o processo e de evitar julgamentos sem resolução de mérito, que redundarão em novos processos ajuizados, diminuindo a eficácia e eficiência do sistema de justiça com um todo.

Não é razoável, pois, extinguir de pronto a execução para que o ente tributante a reapresente posteriormente, do contrário estar-se-ia afastando da celeridade e objetividade processual.

Em julgado que envolvia idêntica questão, mas voltada à execução de outro título extrajudicial, o STJ adotou o mesmo entendimento que aqui se aponta, qual seja, de permitir o redirecionamento ao espólio do devedor:

PROCESSUAL EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. RÉU FALECIDO ANTES DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. DESNECESSIDADE DE HABILITAÇÃO, SUCESSÃO OU SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. NECESSIDADE DE SE FACULTAR A EMENDA À INICIAL PARA CORREÇÃO DO POLO PASSIVO DIANTE DA AUSÊNCIA DE CITAÇÃO VÁLIDA. PRETENSÃO QUE DEVE SER DIRIGIDA AO ESPÓLIO. (...). “(...)”. 2. O propósito recursal consiste em definir se a execução em face de devedor falecido antes do ajuizamento da ação deve ser suspensa até o processamento de ação de habilitação de sucessores ou se, ao revés, é admissível a emenda à inicial, antes da citação, para a substituição do executado falecido pelo seu espólio. 3. A propositura de ação em face de réu preteritamente falecido não se submete à habilitação, sucessão ou substituição processual, nem tampouco deve ser suspensa até o processamento de ação de habilitação de sucessores, na medida

³² Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;

³³ Art. 317. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.

em que tais institutos apenas são aplicáveis às hipóteses em que há o falecimento da parte no curso do processo judicial. Inteligência dos arts. 43, 265, I, e 1.055, todos do CPC/73. 4. O correto enquadramento jurídico da situação em que uma ação judicial é ajuizada em face de réu falecido previamente à propositura da demanda é a de ilegitimidade passiva do de cujus, devendo ser facultado ao autor, diante da ausência de ato citatório válido, emendar a petição inicial para regularizar o polo passivo, dirigindo a sua pretensão ao espólio. 5. Na ausência de ação de inventário ou de inventariante compromissado, o espólio será representado judicialmente pelo administrador provisório, responsável legal pela administração da herança até a assunção do encargo pelo inventariante. (...)”.³⁴

Assim, tendo em vista a ausência de nulidade no lançamento, a possibilidade da emenda da inicial, precedendo a citação e a incidência dos princípios da efetividade, celeridade (art. 5º, inciso LXXVIII, da CF³⁵ e art. 139, inciso II, do CPC³⁶), aproveitamento de atos, razoabilidade, economia processual e primazia do julgamento de mérito (arts. 4º³⁷, 6º³⁸, 139, IX e 488³⁹, do CPC), entende-se que se deva permitir à Fazenda Pública redirecionar a execução ao espólio (na qualidade de responsável tributário) quando o falecimento do sujeito passivo ocorrer após o lançamento e antes de realizada a citação, além da expressa autorização legal para substituição do sujeito passivo em casos tais (arts. 129, 131, II e III e 184⁴⁰, do CTN).

³⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.559.791/PB**, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ 31/08/2018.

³⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

³⁶ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] II - velar pela duração razoável do processo;

³⁷ Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

³⁸ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

³⁹ Art. 488. Desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485.

⁴⁰ Art. 184. Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento do crédito tributário a totalidade dos bens e das rendas, de

Extinguir as execuções sem qualquer possibilidade de redirecionamento é premiar o inadimplemento e prejudicar sobremaneira o ingresso legítimo de recursos aos cofres públicos, visto a indubitável existência da dívida, uma vez que o IPTU possui natureza *propter rem*.

Dito de outro modo, atualmente, na prática, tem-se visto que aquele que é titular de propriedade imobiliária e falece após 01/01 não precisa pagar o IPTU daquele ano ou passados (se ainda em abertos) se os herdeiros não comunicarem esse evento ao Fisco. E não é isso que estabelece o direito material (responsabilidade tributária).

Se os sucessores herdaram de fato a titularidade dos imóveis, objeto da exação (IPTU), a situação demonstra violação à regra do art. 184, do CTN, que impõe ao espólio o adimplemento dos débitos tributários vinculados ao patrimônio objeto da herança.

Sendo a obrigação de pagar o IPTU uma obrigação *propter rem*, não há razão para se apontar os holofotes ao sujeito passivo, mas sim à coisa, independentemente de quem seja o sujeito passivo, já que deve ser perseguida onde quer que ela esteja ou por quem a titularizar. O tributo adere ao imóvel, justificando-se a responsabilização pelos débitos passados e futuros ao espólio, titularizado pelo inventariante ou por administrador provisório de bens (art. 1.797, I, II e III, do CC⁴¹) e aos sucessores.

A abertura da sucessão dá-se com a morte (art. 1.784⁴² e 1.788⁴³, do CC), momento no qual há tradição jurídica da universalidade de bens representada pelo espólio. O espólio, enquanto universalidade de direito (art. 1.791, do CC⁴⁴), atrai para si todos os bens, direitos e, também, obrigações, inclusive de natureza tributária (art. 184, do CTN).

qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa falida, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declare absolutamente impenhoráveis.

⁴¹ Art. 1.797. Até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá, sucessivamente: I - ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão; II - ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens, e, se houver mais de um nessas condições, ao mais velho;

⁴² Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

⁴³ Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

⁴⁴ Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.

O espólio é, para todos os fins jurídicos, o próprio contribuinte representado judicialmente (STJ, REsp n. 1.222.561/RS, voto-vista Min. Castro Meira). A transmissão do débito ao espólio é automática e objetiva (princípio da *saisine*), não se confundindo com a posição processual ou a necessidade de prévia instauração da lide.

Inviável pressupor que a mera legitimação processual pode anular o débito de natureza predial, impondo-se aos novos proprietários sucessores a exoneração da obrigação de pagar os tributos sem quaisquer outras providências.

O (in)sucesso do ato citatório, de natureza eminentemente processual, não derrui a exigibilidade do crédito tributário, seja em face do titular originário, seja em razão dos colegitimados sucessores ou do espólio que lhes representa juridicamente.

Contrario sensu, poder-se-ia compreender que eventual mora na realização do ato citatório, por razões diversas (inclusive em razão do atraso da máquina judiciária), por si só, levaria à anulação do crédito tributário e à impossibilidade de execução dos valores contra quem de fato era proprietário à época do fato gerador.

Nota-se que é o Poder Judiciário impedindo que o Poder Executivo exerça seu dever de cobrança de débitos inadimplidos, podendo-se até avançar sobre uma eventual intromissão indevida de um Poder sobre o outro (princípio da separação dos poderes), já que compete exclusivamente ao Município dispor de seus tributos e não ao Estado-juiz⁴⁵.

Havendo acerto do lançamento tributário, eventual falecimento ocorrido *a posteriori*, independentemente se antes ou depois da citação (não importando a existência de efetiva angularização processual), não limita o espectro subjetivo da lide. Muito pelo contrário: o evento falecimento possibilita a responsabilização e prosseguimento do feito, seja por emenda da inicial (se antes da citação), seja por habilitação processual (se após a citação).

⁴⁵ Competência legislativa exclusiva do Município, que detém autonomia para legislar sobre os seus tributos (arts. 30, inciso III; 150, I; 156, todos da CF/88). Somente quem ostenta a competência para instituir detém, de outro plano, competência para dispensar do pagamento os tributos assim instituídos. É dizer: os tributos de competência municipal apenas o Município poderá, validamente, dispensar do pagamento. Entendimento contrário, com a devida vênia, representaria irremissível contumélia ao pacto federativo e com isso implosão de uma das vigas mestras sobre as quais a República se sustém.

5. COMO VEM SENDO APLICADO O CASO EM OUTROS TRIBUNAIS

Caminhando-se para o final do presente estudo, o presente tópico apenas se preocupa em citar como outros tribunais vem aplicando a situação objeto da presente análise.

O TJPR já pacificou a controvérsia em sede de IRDR:

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. TEMA 009/TJPR. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. POLO PASSIVO. ALTERAÇÃO. MORTE APÓS LANÇAMENTO E ANTES DO AJUIZAMENTO. PETIÇÃO INICIAL. REDIRECIONAMENTO. POSSIBILIDADE. DIREITO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA DE ERRO MATERIAL OU FORMAL. SUJEITO PASSIVO TRIBUTÁRIO INALTERADO. TESE FIXADA: É PERMITIDA A ALTERAÇÃO DO POLO PASSIVO NA EXECUÇÃO FISCAL PELA MORTE DE SUJEITO PASSIVO OCORRIDA APÓS O LANÇAMENTO E ANTES DO AJUIZAMENTO MEDIANTE REDIRECIONAMENTO CONTRA O RESPECTIVO ESPOLIO (IRDR TEMA 009/TJPR). [...] Em face de inovações processuais no sentido de conferir primazia à resolução do mérito, à efetividade do processo e à aplicação dos princípios de proporcionalidade e razoabilidade, enfatizando ao máximo o aproveitamento de atos e a sanção de nulidades, parece-me superado o entendimento utilizado que veda o redirecionamento ao espólio por ilegitimidade (dentre outros: AgRg no AREsp 555.204/SC, AgRg no AREsp 522.268/RJ e REsp 1.410.253/SE).⁴⁶

O TJRS também realiza o *distinguishing* dos casos envolvendo falecimento após a constituição do crédito tributário e a Súmula 392/STJ:

[...].Efetivamente, a data do óbito delimita a regular constituição do crédito tributário. [...]. Contrario sensu, na hipótese em que a morte do devedor é posterior à constituição dos débitos (situação em que o de cujus é o contribuinte), não há falar em nulidade do lançamento e, conseqüentemente, do título executivo, autorizando, assim, o redirecionamento contra os sucessores, nos termos do art. 131, inciso III, do Código Tributário Nacional. Compulsando os

⁴⁶ PARANÁ, Tribunal de Justiça (TJPR). **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0038472-59.2017.8.16.0000**, Tema 009/TJPR, rel. Des. Vicente Del Prete Misurelli, 1ª Seção, DJ 14.08.2020.

autos, verifico que a informação constante na Certidão de Óbito acostada à fl. 34 aponta que o passamento do devedor ocorreu em 18.08.2014, portanto, momento posterior à regular constituição das dívidas dos exercícios de 2013 e 2014 (CDA's de fls. 04/05 e 08/09), em relação aos quais é possível o redirecionamento à sucção. Nessa conjuntura, inaplicável o verbete nº 392 da Súmula do STJ, que dispõe que a “Fazenda Pública pode substituir a Certidão de Dívida Ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução”. Trata-se, aqui, de mero redirecionamento da execução, sem a necessidade de substituição da certidão de dívida ativa, na medida em que válido o título executivo (mantida sua presunção de certeza e liquidez) e a responsabilidade sobre a obrigação, na espécie, opera-se de acordo com a lei. Nesse prisma, o julgado do Superior Tribunal de Justiça: [RESP 1.124.685/RJ]. Ainda, o entendimento desta Corte no sentido de que a morte do devedor que ocorre após a constituição do crédito tributário não invalida o lançamento, sendo possível o prosseguimento da execução: [...]”⁴⁷.

Na mesma linha segue o TJSP:

Extrai-se dos autos que, em junho de 2018, o Juízo a quo indeferiu o prosseguimento da execução fiscal contra o espólio, sob o fundamento de que o falecimento da executada originária se deu antes do ajuizamento da execução fiscal ou regular citação (p. 14/16). Observa-se, contudo, que o falecimento do devedor, ocorrido em 22.11.2009 (cf. certificado pelo serventuário da justiça, inclusive, atentando-se à existência de processo de inventário e partilha distribuído no próprio ano de 2009), é fato superveniente ao lançamento dos créditos tributários relativos aos tributos cobrados e até mesmo à inscrição dos débitos em dívida ativa, ocorrida entre 31.12.2006 e 31.12.2007, caracterizando causa apta a alterar a sujeição passiva da relação tributária, em hipótese de responsabilidade por sucessão (art. 131, II e III, do CTN). Destaca-se que o ato administrativo caracterizado pela inscrição de um débito na dívida ativa tem por finalidade justamente verificar a regularidade da exigência fiscal, também no tocante à sujeição passiva da relação tributária, do que

⁴⁷ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça (TJRS), **Apelação Cível n. 0388810-38.2018.8.21.7000**, 21ª Câmara Cível, Rel. Des. Marcelo Bandeira Pereira, DJ 18/12/2018.

decorre não haver que se falar em nulidade dos títulos executivos que embasaram a execução fiscal. Em vistas disto, não se revelaria razoável impor ao ente tributante um segundo controle também no momento do ajuizamento da ação, mesmo após a regular constituição do crédito tributário e respectiva inscrição na dívida ativa, como no caso dos autos. Com efeito, a constituição dos créditos se deu regularmente, quando ainda vivo o executado, possibilitando o redirecionamento da ação ao espólio ou sucessores do de cujus, nos termos do art. 131, II e III, do CTN. Em suma, ocorrendo a sucessão do sujeito passivo após o lançamento e regular inscrição do débito na dívida ativa, como no caso, possível o prosseguimento da execução fiscal, mesmo após a Súmula 392 do Superior Tribunal de Justiça (“A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução”), com o redirecionamento da pretensão ao espólio ou sucessores do de cujus, ainda que não apontados na CDA como sujeito passivo da obrigação, a exemplo do que já se admitiu nos Recursos Especiais n. 33.371 e 545.080, independentemente da substituição do título. Destarte, no caso em testilha, impõe-se o acolhimento do recurso para determinar o prosseguimento da execução fiscal em face do espólio ou sucessores porventura existentes.⁴⁸

Cabe o registro que no passado o TJSC já teve decisões que aplicavam corretamente o instituto:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO. AUTO DE INFRAÇÃO E TERMO DE INSCRIÇÃO NA DÍVIDA ATIVA. NOTIFICAÇÕES EFETUADAS EM MOMENTOS DISTINTOS. OBSERVÂNCIA DAS DISPOSIÇÕES INSERTAS NO ART. 2º, § 5º, DA LEI 6.830/90. CRÉDITO REGULARMENTE CONSTITUÍDO. FALECIMENTO POSTERIOR DO CONTRIBUINTE. SUCESSÃO PROCESSUAL. HIPÓTESE QUE NÃO IMPLICA SUBSTITUIÇÃO DA CDA. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 392, DO STJ. Falecendo o contribuinte após regular constituição do crédito não tributário, será o sucessor, a qualquer título, pessoalmente responsável pelos débitos

⁴⁸ SÃO PAULO, Tribunal de Justiça (TJSP). **Agravo de Instrumento n. 2147426-55.2018.8.26.0000**, 18ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Ricardo Chimenti, DJ 17/10/2018.

do de cujus até a data da partilha (Lei 6.830/80, art. 4º, inciso VI e CPC, art. 568, II).⁴⁹

Em junho de 2023 o TJSC tentou avançar e aperfeiçoar o tema, quando o então Desembargador Helio do Valle Pereria reconheceu um número expressivo de causas iguais envolvendo os mais diversos municípios catarinenses, propôs ao Grupo de Câmaras de Direito Público a instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)⁵⁰.

Em julgamento pelo colegiado, todavia, prevaleceu a posição divergente que não admitia a instauração do incidente de demandas repetitivas por não haver efetiva divergência jurisprudencial no âmbito do TJSC quanto ao tema: “Constata-se que resta pacífica a jurisprudência desta Corte Estadual de Justiça Tribunal no sentido de que somente é possível o redirecionamento da execução fiscal em face do espólio quando o falecimento do contribuinte ocorrer após ele ter sido devidamente citado nos autos da execução, o que não ocorreu no caso dos autos”.⁵¹

Em que pese a crítica acadêmica quanto ao resultado, em que prevaleceu aspectos numéricos (quantidade de decisões que caminharam no sentido oposto ao discutido no presente trabalho) em vez de avançar sobre o próprio mérito (*overruling*) e corrigir a anomalia, cumpre ressaltar que a decisão foi apertada, por maioria (8 votos contra 7), existindo a possibilidade de mudança futura de entendimento⁵².

O entendimento mais recente do TJSC quanto ao tema, considerando o IRDR n. 9, do TJPR, é o seguinte:

APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. EXECUTADA
FALECIDA ANTES DA CITAÇÃO. AUSÊNCIA DE TRIANGULAÇÃO PROCESSUAL. REDIRECIONAMENTO AO ESPÓLIO

⁴⁹ SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça (TJSC), **Apelação Cível n. 2010.023523-3**, da Capital, rel. Des. Paulo Ricardo Bruschi, Quarta Câmara de Direito Público, DJ 03/09/2015.

⁵⁰ SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça (TJSC). **Apelação n. 0900772-19.2016.8.24.0038**, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, Quinta Câmara de Direito Público, DJ 19/09/2023.

⁵¹ SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça (TJSC), **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 5039050-02.2023.8.24.0000**, rel. Vilson Fontana, rel. designado Des. Sandro Jose Neis, Grupo de Câmaras de Direito Público, DJ 23/08/2023.

⁵² Foram vencidos os Desembargadores Luiz Fernando Boller (Primeira Câmara), Paulo Henrique Moritz Martins da Silva (Primeira Câmara), Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto (Segunda Câmara), Sérgio Roberto Baasch Luz (Segunda Câmara), Bettina Maria Maresch de Moura (Terceira Câmara), Hélio Do Valle Pereira (Quinta Câmara) e Vilson Fontana (Quinta Câmara).

OU AOS SUCESSORES. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 392 E DO TEMA 166 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DA JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. AUSÊNCIA DE ATUALIZAÇÃO DOS DADOS CADASTRAIS DO IMÓVEL JUNTO AO MUNICÍPIO. IRRELEVÂNCIA. DEVER DE DILIGÊNCIA DO ENTE PÚBLICO SOBRE A REGULARIDADE DA EXECUCIONAL QUE PROMOVE. RECURSO DESPROVIDO. De acordo com a Súmula 392, repetida no Tema 166, ambos do Superior Tribunal de Justiça, “A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução”. Não obstante o disposto no art. 131, incisos II e III, do Código Tributário Nacional, esses paradigmas impedem a substituição da certidão de dívida ativa para redirecionar a execução fiscal ao espólio ou aos sucessores quando o falecimento do executado primitivo ocorre antes de sua citação. No momento, não é aplicável ao caso o Tema 9/IRDR/TJPR, segundo a qual “é permitida a alteração do polo passivo de execução fiscal, pela morte do sujeito tributário passivo ocorrida após o lançamento e antes da propositura daquela, mediante redirecionamento contra o respectivo espólio”, cuja força vinculante atinge apenas os Órgãos Julgadores do Estado do Paraná, por contrariar a jurisprudência pacífica atual do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, “a circunstância de o falecimento do contribuinte ser superveniente à ocorrência do fato gerador não autoriza, por si só, o ajuizamento da Execução Fiscal em face do ‘de jusus’. Com efeito, o redirecionamento do feito executivo pressupõe regularidade no estabelecimento da relação processual, o que não se mostra viável, na hipótese de propositura de ação em face de pessoa falecida” (STJ, AgInt no AREsp n. 1.007.347/PR, Rel. Ministra Assusete Magalhães, DJe 10/5/2017).⁵³

O STJ, com o mais absoluto respeito, tem caminhado em mesmo equívoco interpretativo, impedindo o redirecionamento da execução fiscal antes da citação⁵⁴ e premiando os sucessores do devedor que deixam de informar o Fisco Municipal e atualizar o cadastro municipal:

⁵³ SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça (TJSC), **Apelação n. 0306959-94.2016.8.24.0005**, rel. Des. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público, DJ 10/10/2023.

⁵⁴ “Falecido o executado, antes do ajuizamento da execução fiscal, não há que se falar em substituição da CDA, uma vez que a ação já deveria ter sido proposta em face do espólio.

[...] a circunstância de o falecimento do contribuinte ser superveniente à ocorrência do fato gerador não autoriza, por si só, o ajuizamento da Execução Fiscal em face do ‘de cujus’. Com efeito, o redirecionamento do feito executivo pressupõe regularidade no estabelecimento da relação processual, o que não se mostra viável, na hipótese de propositura de ação em face de pessoa falecida.⁵⁵

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. FALECIMENTO DO EXECUTADO ANTES DA PROPOSITURA DA AÇÃO. REDIRECIONAMENTO AO ESPÓLIO. INVIABILIDADE. REEXAME PROBATÓRIO VEDADO. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. EXAME PREJUDICADO. [...] A seu turno, nos termos do atestado de óbito acostado à fl. 20, o devedor faleceu no dia 04/08/2004, isto é, antes de ser citado [...] Logo, a execução não pode prosseguir em face do devedor original. De outra banda, o redirecionamento em face do espólio ou dos herdeiros não é admitida pela jurisprudência, pois quem ainda não chegou a ser parte do processo não poderia ser substituído na forma prevista no art. 110 do Código de Processo Civil. [...] Portanto, redirecionar a execução fiscal em face do espólio ou dos sucessores do devedor falecido só se admite se este já houver sido citado” (fls. 69-73, e-STJ). 4. Defende a Municipalidade que, “No presente caso, o título executivo (CDA) foi devidamente constituído quando o sujeito passivo ainda estava vivo. Somente veio a falecer posteriormente. Nesses casos não há impedimento legal para o direcionamento, porquanto o lançamento foi legítimo e o feito busca, apenas, a integração dos sucessores colegitimados, no pólo passivo e não modificação do título” (fl. 166, e-STJ). Tal tese colide frontalmente com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça,

O redirecionamento só é possível quando a morte ocorre no curso da execução” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **AgRg no AREsp 772.042/MG**, rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Federal Convocado do TRF/1ª Região), Primeira Turma, DJ 03/02/2016); “O ajuizamento de execução fiscal contra pessoa já falecida não autoriza o redirecionamento ao espólio, dado que não se chegou a angularizar a relação processual” (REsp 1410253/SE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 20/11/2013); REsp 1.410.253/SE, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe 20/11/2013; AgRg no AREsp 373.438/RS, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, DJe 26/09/2013; AgRg no AREsp 324.015/PB, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 10/09/2013; REsp 1.222.561/RS, minha relatoria, Segunda Turma, DJe 25/05/2011.

⁵⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp n. 1.007.347/PR**, rel. Min. Assusete Magalhães, Primeira Turma, DJ 10/05/2017.

que possui o entendimento pacífico de que o redirecionamento da Execução contra o espólio só é admitido quando o falecimento do contribuinte ocorrer depois de ele ter sido devidamente citado nos autos da Execução Fiscal, o que não é o caso dos autos, já que o devedor apontado faleceu antes do ajuizamento da demanda.⁵⁶

Criticável referido entendimento, ante a todos os princípios já apontados no capítulo anterior. Ademais, a primeira decisão citada ocorreu levando em consideração a legislação anterior (CPC/73), sendo que se mostra possível a rediscussão com base no CPC/15 e normas contidas na LINDB, a título de *ouerruling*.

O STJ decidiu com base na literalidade da legislação processual, em que o direcionamento apenas teria vez após a citação do devedor porque se falecido sequer chegou a ser parte. Mas isso confere uma “remissão” por parte do Poder Judiciário quanto ao tributo municipal, visto que o Fisco fica impossibilitado de cobrar o IPTU de pessoas falecidas se já transcorrido o prazo quinquenal e cujo conhecimento do falecimento veio a ocorrer somente posteriormente (que frequentemente acontece somente após o ajuizamento do feito).

Conforme visto, à luz dos princípios que norteiam o processo, a ilegitimidade inicial é possível de correção por meio de simples emenda da petição inicial, com base nos princípios da efetividade, celeridade, aproveitamento de atos, razoabilidade, economia processual e primazia do julgamento de mérito.

Espera-se que a jurisprudência avance e se modifique para a situação do IPTU e falecimento após a constituição do crédito tributário, assim como avançou em relação à sucessão empresarial, cujos argumentos jurídicos são passíveis de aplicação analógica a esta situação (REsp n. 1.848.993/SP).

6. CONCLUSÃO

O entendimento firmado no TJSC diverge daquele firmado pelo TJPR, TJRS e TJSP, mas atualmente está consoante com o firmado pelo STJ, no sentido de que não seria possível o redirecionamento do feito antes da angularização processual (citação).

⁵⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. REsp n. 1.862.606/SC, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ 05/11/2021.

Critica-se esse entendimento porque em diversas passagens a legislação processual civil admite a prevalência do exame de mérito sobre aspectos formais. Se a ação de execução fiscal foi inicialmente proposta em face de parte ilegítima (devedor falecido), a própria legislação processual civil permite e incentiva a correção do erro por meio de simples emenda da inicial (arts. 139, IX; 317; 329, I; 338 e 339 do CPC).

A extinção sumária do feito caminha em sentido diametralmente oposto a esse dever de prevenção do juiz (arts. 317, 321 e 352, do CPC) e efetividade pela primazia do mérito (arts. 4º, 6º e 488, do CPC).

Além disso, considerando as dificuldades operacionais do Fisco, em que acaba descobrindo a situação de falecimento somente após o ajuizamento do feito, o prosseguimento do feito respeitaria tanto o princípio de cooperação, quanto os dispositivos legais contidos na LINDB.

Não justificaria a extinção do feito sem exame de mérito para que o Fisco ajuíze novamente o feito em face do espólio, caso não prescrito, apenas demandando mais morosidade e custos desnecessários. Os princípios da celeridade (art. 5º, inciso LXXVIII, da CF e art. 139, inciso II, do CPC), aproveitamento de atos, razoabilidade e economia processual estariam sendo inobservados, razão pela qual se espera uma reanálise pelo Tribunal Superior e conseqüentemente pelo TJSC.

Assim, a solução jurídica mais adequada para se dar nesses casos seria o aproveitamento do processo, promovendo-se o prosseguimento da execução fiscal, afastando-se a ilegitimidade passiva, de modo a deixar de exigir a efetiva citação do falecido, em vida, para legitimar a participação do espólio (arts. 75, VII e 779, II e VI, do CPC), especialmente porque antes da relação processual admite-se o aditamento do pedido (art. 329, I, do CPC) sem extinção do feito, tomando-se em conta a desnecessidade de correção da cártula.

Verificou-se que existem inúmeros casos ajuizados e que a aplicação equivocada da tese jurídica provoca danos aos Municípios, visto que são impedidos, na prática, de arrecadar o IPTU de pessoas falecidas.

Isso porque embora possuam legislação municipal antevendo a obrigação acessória de se manter o cadastro atualizado, isso não acontece na prática.

Espera-se que futuramente seja aplicado ao presente caso estudado as mesmas conclusões obtidas no REsp n. 1.848.993/SP, que tratou da sucessão empresarial, e entendeu que somente surte seus efeitos na esfera tributária depois da operação ter sido comunicada ao fisco, quando então a Administração Tributária saberá da modificação do sujeito passivo e poderá cobrar

os créditos já constituídos na condição de sucessora; se a situação não for informada, considera válido o lançamento realizado; e cuida de imposição automática de responsabilidade, que não está relacionada com o surgimento da obrigação, mas com o seu inadimplemento.

A morte do sujeito passivo na relação material após a realização correta do lançamento não produz efeitos retroativos e não torna o ato viciado nem nulo. O crédito continua corretamente constituído em face do sujeito passivo da relação jurídico-tributária e merece ser perseguido face aos sucessores.

Por fim, verificou-se que a responsabilidade dos sucessores decorre da lei (matéria tributária) e não se confunde com questões processuais, de modo que se o lançamento é efetuado corretamente em face da pessoa viva, o título (CDA) não demanda nenhuma modificação. O eventual falecimento do contribuinte posteriormente repercute apenas nas questões processuais, não havendo que se cogitar a aplicação da Súmula 392/STJ.

Essa confusão entre lançamento e legitimidade (adequação do polo passivo) vem sendo percebida em inúmeros julgados no estado de Santa Catarina e conclui-se que andou bem e merece ser aclamado o E. TJPR ao apreciar judiciosamente a questão do lançamento e momentos que ocorre o falecimento para a correta aplicação do Direito.

Em arremate, conclui-se pela possibilidade jurídica de redirecionamento da execução fiscal ao espólio quando ajuizada em face de pessoa natural viva ao tempo da ocorrência do fato gerador, mas cujo falecimento veio a ocorrer ainda antes de sua citação válida no processo.

É sabido que essa conclusão diverge do atual posicionamento do STJ, mas espera-se que com o tempo consiga-se avançar e aprofundar ainda mais a questão junto aos tribunais, a fim de proceder com a devida distinção de casos e superação do entendimento atual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 out. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 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: 27 out. 2023

BRASIL. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm. Acesso em: 27 out. 2023

BRASIL. **Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm. Acesso em: 27 out. 2023.

BRASIL. **Lei n. 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: 27 out. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 27 out. 2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **REsp 1.125.510/RS**, rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, DJ 19/10/2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.848.993/SP**, rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Seção, DJ 09/09/2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **AgRg no AREsp 772.042/MG**, rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Federal Convocado do TRF/1ª Região), Primeira Turma, DJ 03/02/2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp n. 1.007.347/PR**, rel. Min. Assusete Magalhães, Primeira, Turma, DJ 10/05/2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.045.472/BA**, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJ 25/11/2009.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.559.791/PB**, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ 31/08/2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1.777.596**, rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJ 05/12/2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 324.015/PB**, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJ 03/09/2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AREsp n. 1.280.671/MG**, rel. Min. Assuzete Magalhães, Segunda Turma, DJ 11/09/2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.111.124/PR**, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 22/04/2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **REsp n. 1.862.606/SC**, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ 05/11/2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 562.276**, rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 03/11/2010.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário: constituição e código tributário nacional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DA ROCHA, Leonardo Bolelli da. A teoria do overruling à luz de robert alexy: direitos fundamentais, consenso e superação do precedente. **Revista de Doutrina**

e **Jurisprudência, Brasília**, ano 54, p-77-89, jul-dez. 2018. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/download/340/80/1580#:~:text=Por%20overruling%20entende%2Dse%20a,ou%20por%20evolu%C3%A7%C3%A3o%20f%C3%A1tica%20hist%C3%B3rica>. Acesso em: 27 out. 2023.

FRÓES, Tagore. **Você sabe o que é “distinguishing” e “defiance”?** JusBrasil, 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/voce-sabe-o-que-e-distinguishing-e-defiance/189571757>. Acesso em: 27 out. 2023.

JOINVILLE, Procuradoria-Geral do Município. **Súmula Administrativa nº 5**. Joinville, 2023. Disponível em: https://sei.joinville.sc.gov.br/sei/publicacoes/controlador_publicacoes.php?acao=publicacao_visualizar&id_documento=10000020310745&id_orgao_publicacao=0 Acesso em: 4 out. 2023.

PARANÁ, Tribunal de Justiça (TJPR). **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0038472-59.2017.8.16.0000**, Tema 009/TJPR, rel. Des. Vicente Del Prete Misurelli, 1ª Seção, DJ 14.08.2020.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça (TJRS), **Apelação Cível n. 0388810-38.2018.8.21.7000**, 21ª Câmara Cível, Rel. Des. Marcelo Bandeira Pereira, DJ 18/12/2018.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça (TJSC), **Apelação n. 0306959-94.2016.8.24.0005**, rel. Des. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público, DJ 10/10/2023.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça (TJSC). **Apelação n. 0900772-19.2016.8.24.0038**, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, Quinta Câmara de Direito Público, DJ 19/09/2023.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça (TJSC), **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 5039050-02.2023.8.24.0000**, rel. Vilson Fontana, rel. designado Des. Sandro Jose Neis, Grupo de Câmaras de Direito Público, DJ 23/08/2023.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça (TJSC), **Apelação Cível n. 2010.023523-3**, da Capital, rel. Des. Paulo Ricardo Bruschi, Quarta Câmara de Direito Público, DJ 03/09/2015.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça (TJSC), **Apelação n. 0908016-96.2016.8.24.0038**, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Diogo Pítsica, Quarta Câmara de Direito Público, DJ 26/10/2023.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça (TJSP). **Agravo de Instrumento n. 2147426-55.2018.8.26.0000**, 18ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Ricardo Chimenti, DJ 17/10/2018.

A ARBITRAGEM NOS MUNICÍPIOS

Felipe Cidral Sestrem¹

Resumo: O presente trabalho, conduzido a partir de uma metodologia dedutiva por meio de pesquisa exploratória na bibliografia nacional e internacional utilizando descritores em ciências sociais aplicadas, problematiza a modelagem arbitral nos órgãos municipais. O estudo parte da análise da interação da arbitragem com o Poder Público e suas experiências, passando pelo conceito de arbitrabilidade e imergindo na regulamentação desse método de solução adequada de conflitos nos Municípios. Ao final o trabalho identifica os limites dessa regulamentação, o objeto habitual relacionado com obras de infraestrutura e contratos de concessão de serviços públicos, bem como os desafios a serem enfrentados no âmbito municipal, respondendo-se de forma aberta e parcial a problemática posta quanto à normatização da arbitragem por parte dos Municípios, mais próxima da estruturação dos órgãos que conduzirão o procedimento do que propriamente com a modelagem do instrumento.

Abstract: The present paper, conducted based on a deductive methodology through exploratory research in national and international bibliography using descriptors in applied social sciences, problematizes arbitration modeling in municipal entities. The study starts from the analysis of the interaction of arbitration with the Public Administration and its experiences, beyond the concept of arbitrability and immersing itself in the regulation of this method of adequate dispute resolution (ADR) in Municipalities. In the end, the work identifies the limits of this regulation, the usual object related to infrastructure and public service concession contracts, as well as the challenges to be faced at the municipal level, responding in an open and partial

¹ Mestre em Direito, Estado e Sociedade na Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários e em Direito e Saúde pela Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca. Procurador do Município de Joinville. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. E-mail: felipe.sestrem@joinville.sc.gov.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5562093009346927> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5244-2359>

way to the problem raised regarding the standardization of arbitration by the Municipalities, closer to the structuring of the bodies that will conduct the procedure than to the modeling of the instrument.

Palavras-Chave: arbitragem; poder público; municípios; sistema jurisdiccional multiportas.

Keywords: arbitration; public administration; municipalities; multidoor jurisdictional system.

Sumário: 1. Introdução; 2. Arbitrabilidade, Poder Público e Experiências; 3. A Arbitragem nos Municípios; 4. Problemas relacionados à modelagem arbitral municipal; 5. Conclusões. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A última década é marcada no Direito Administrativo por uma grande aproximação dos litígios públicos às soluções adequadas de conflitos, especialmente com o uso da arbitragem nos órgãos estatais. Promoveu-se ao longo das últimas duas décadas e meia uma releitura da ideia do monopólio da jurisdição estatal como instrumento de solução de controvérsias envolvendo o Estado lato sensu, evolução ao modelo de justiça multiportas.²

Diversos Municípios brasileiros (p. ex. São Paulo/SP³, Manaus/AM⁴, Recife/PE⁵), têm publicado regulamentações para o uso desse instrumento

² DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Justiça Multiportas:** mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de soluções de conflitos. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 38-39; CRESPO, Mariana Hernandez. Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de resolução de conflitos na América Latina: aprimorando a sombra da lei através da participação do cidadão. ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. (Org.). **Tribunal Multiportas:** investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. p. 39-94.

³ SÃO PAULO, **Decreto Municipal nº 59.963**, de 7 de dezembro de 2020. Regulamento o artigo 7º da Lei nº 17.324, de 18 de março de 2020. São Paulo: Casa Civil do Gabinete do Prefeito, 2020. Disponível em: <https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-59963-de-7-de-dezembro-de-2020> Acesso em: 2 out. 2023.

⁴ MANAUS, **Decreto nº 5.641, de 12 de julho de 2023**. Regulamenta a arbitragem e mediação nos conflitos envolvendo o Município de Manaus e as Entidades da Administração Municipal Indireta, e dá outras providências. Manaus: Leis Municipais, 2023. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/am/m/manaus/decreto/2023/565/5641/decreto-n-5641-2023-regulamenta-a-arbitragem-e-mediacao-nos-conflitos-envolvendo-o-municipio-de-manaus-e-as-entidades-da-administracao-publica-municipal-indireta-e-da-outras-providencias> Acesso em: 2 out. 2023.

⁵ No caso do Município de Recife/PE, não há uma regulamentação específica sobre arbitragem. No entanto, há cláusulas envolvendo a regulação desse método na Lei Municipal nº 17.856, de 1º de janeiro de 2013, art. 17, III, §§2º a 5º.

extrajudicial de heterocomposição, que mais cresce no mundo⁶. A arbitragem configura novo desafio a ser enfrentado por advogados públicos, seja na utilização desse instrumento, seja capacitação para sua compreensão, diferenciando-a da ferramenta jurisdicional relacionada ao processo civil.

Dados veiculados publicamente, nos termos da Resolução Administrativa nº 15, de 20 de janeiro de 2016⁷, por parte da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, que atua com arbitragens no território nacional e internacional há mais de cinquenta anos, indicam que a maior parte dos procedimentos arbitrais realizados pelo Poder Público envolvem contratos administrativos de concessão de serviços e infraestrutura. Países em desenvolvimento, como o Brasil, têm investido fortemente nesse tipo de obra buscando impulsionar a economia.

Malgrado o custo de obras de infraestrutura atraia sua execução às estruturas estatais de maior porte (i.e. Estados-membros e União), a atual configuração do pacto federativo brasileiro e a grande quantidade de obrigações constitucionais imputadas aos entes municipais forçam-nos a realizarem, também, extensas e custosas obras de infraestrutura urbana, com destaque para as macrodrenagens, obras viárias e concessões patrocinadas.

Existem razões técnicas e jurídicas na criação de órgãos, unidades ou mesmo procedimentos internos por parte dos entes municipais para atuarem nos procedimentos arbitrais, capacitando profissionais e especializando estruturas, muito porque representam incentivos (*nudge*)⁸ na solução célere de litígios envolvendo os temas anteriormente listados.

O objeto desse estudo é analisar esse movimento de uso da arbitragem no Poder Público, especialmente nos Municípios, debatendo-se questões

⁶ ROCHA, Caio Cesar Vieira. Arbitragem e Administração Pública: nova disciplina normativa após a Lei 13.129/2015. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, v. 49, p. 103-126, abr./jun. 2016.

⁷ CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. Gabinete da Presidência. **Resolução Administrativa nº 15, de 20 de março e 2016**. Interpreta a aplicação do Regulamento do CAM-CCBC quanto ao princípio da publicidade em arbitragens que envolvem a Administração Pública Direta. São Paulo: CAM-CCBC, 2016. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-15-2016-publicidade-em-procedimentos-com-a-adm-publica-direta/> Acesso em: 30 set. 2023.

⁸ A permissão para que a Administração se valha, de modo amplo, da arbitragem atraindo investimentos internacionais; propicia a diminuição dos preços praticados por seus contratados; contribui para que os litígios contra o Estado sejam dirimidos de modo mais célere e especializado e, em maior ou menor medida, ainda ajuda a desafogar um Poder Judiciário atulhado (ACCIOLO, João Pedro. Arbitrabilidade objetiva em conflitos com a Administração Pública. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 1017, p. 61, jul. 2020).

polêmicas. Pretende-se responder o questionamento quanto aos limites da regulamentação municipal da arbitragem.

Inicialmente enfrentam-se conceitos-chave como a arbitrabilidade, em seus diferentes matizes, o atual panorama da arbitragem nas Administrações Públicas e as algumas experiências vivenciadas. No segundo capítulo, realiza-se uma aproximação dessa abordagem às estruturas municipais. No terceiro capítulo apresentam-se alguns problemas relacionados à modelagem do uso da arbitragem no Poder Público, alguns conflitos na regulamentação eleitos e a possibilidade de uso de restrições por diferentes critérios, inclusive monetários.

O presente trabalho desenvolve-se em abordagem dedutiva por pesquisa exploratória da bibliografia nacional e internacional, utilizando-se periódicos especializados, livros e coletâneas, nas plataformas Scholar Google, Revista dos Tribunais e HeinOnline.

A pretensão foi apresentar uma revisão não exaustiva de trabalhos selecionados entre os primeiros vinte e cinco achados em cada uma das plataformas citadas, utilizando-se as obras mais citadas pelos autores selecionadas por pertinência à temática investigada. Como descritores em ciências sociais aplicadas, parametrizando a pesquisa, foram utilizadas as palavras-chave: arbitragem; poder público; municípios; sistema jurisdicional multiportas.

2. ARBITRABILIDADE, PODER PÚBLICO E EXPERIÊNCIAS

A definição de quais litígios podem ser submetidos à solução heterocompositiva por meio da arbitragem, em que um terceiro, denominado árbitro, resolve o conflito por meio da emissão de uma sentença arbitral⁹, é característica da arbitrabilidade.¹⁰

Trata do objeto litigado, em razão da matéria, e da qualidade das partes que litigam, elemento subjetivo.¹¹ Está prevista no art. 1º da Lei Federal

⁹ GABBAY, Daniela; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Meios alternativos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 72-76.

¹⁰ “1. O termo ‘arbitrabilidade’ é habitualmente usado para designar a susceptibilidade de uma controvérsia (ou litígio) ser submetida a arbitragem.” (CAMELO, Antonio Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**. São Paulo, v. 2, p. 433, set., 2014).

¹¹ ROCHA, Caio Cesar Vieira. Arbitragem e Administração Pública: nova disciplina normativa após a Lei 13.129/2015. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, v. 49, p. 104-105, abr./jun. 2016. Com relação ao elemento subjetivo da arbitrabilidade, Antonio Sampaio Caramelo

nº 9.307, de 23 de setembro de 1996¹² - LArb, conjugado com o art. 852 do Código Civil¹³, cuja redação restringe da arbitragem à solução de questões não patrimoniais.¹⁴

A arbitrabilidade objetiva relaciona-se com a disponibilidade jurídica do direito e com a patrimonialidade do interesse. Indisponível é o que não pode ser alienado, vendido, doado, dado em pagamento ou permutado¹⁵, leia-se, renunciado: a disponibilidade insere-se no cerne da capacidade de ser transacionado.¹⁶ Também pode ser conceituada como a capacidade de ser contratualizado.¹⁷ Patrimonialidade não é meramente a característica do que é passível de ser afetado economicamente: é a aptidão do inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico.¹⁸

defendia nos seus escritos de 2010 a impossibilidade de submissão de matérias de direito público e, portanto, estatais, à convenção de arbitragem. Para ele, citando Redfern e Hunter, certas matérias estariam estritamente ligadas aos fundamentos da organização econômica e social do Estado e, portanto, somente ao Estado-Juiz seria possível cumprir a missão de fazer respeitá-las (CAMELO, Antonio Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**. São Paulo, v. 2, p. 433-464, set., 2014, p. 434-435).

¹² BRASIL, Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Brasília: Presidência da República. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm Acesso em: 2 out 2023.

¹³ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 2 out 2023.

¹⁴ Como se disse, cabe a arbitragem sempre que a matéria envolvida possa ser resolvida pelas próprias partes, independentemente de ingresso em juízo. Se o conflito entre o particular e a Administração Pública é eminentemente patrimonial e se ele versa sobre matéria que poderia ser solucionada diretamente entre as partes, sem que se fizesse necessária a intervenção jurisdicional, então a arbitragem é cabível. Se o conflito pode ser dirimido pelas próprias partes, não faria sentido que não pudesse também ser composto mediante juízo arbitral sob o pálio das garantias do devido processo. Esse é o significado razoável da regra do art. 1.º da Lei 9.307/1996, quando alude ao cabimento da arbitragem “para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais. **Revista de Processo – RePRO**. São Paulo, v. 264, p. 91-92, fev. 2017).

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme. (Org.). **Doutrinas Essenciais Direito Ambiental**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 1, p. 1001-1037, 2011.

¹⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 39-40.

¹⁷ ACCIOLY, João Pedro. Arbitrabilidade objetiva em conflitos com a Administração Pública. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 1017, p. 47-92, jul. 2020.

¹⁸ TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação

São, por opção do legislador, parâmetros imprecisos, gerando-se distorções quanto à celeridade e segurança jurídica que deveriam orientar a arbitragem.¹⁹

Quanto ao primeiro requisito, há uma crescente relativização do conceito dos direitos indisponíveis no mundo a ponto de a doutrina defender o uso de arbitragem para a solução de conflitos transindividuais pautado na ausência de norma proibitiva, na experiência estrangeira e nos benefícios positivos advindos de sentenças arbitrais coletivas.²⁰

A indisponibilidade do interesse público assim se qualifica por sua conexão com o princípio do republicanismo, posto que os bens públicos pertencem a todos, não cabendo aos administradores públicos a seu bel-prazer deles dispor.²¹ Essa restrição comporta gradações.

O atributo da indisponibilidade não atrai necessariamente a atividade jurisdicional estatal como única forma de solução de litígios públicos. Ao poder público é possível a solução administrativa do reequilíbrio econômico-financeiro (Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, art. 124, II, “d”), assim como a autotutela de atos ilegítimos (Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1998²², art. 53 e art. 55), dentre outras formas positivas de composição.

Por isso, o foco da avaliação da indisponibilidade para fins de arbitralidade deve ser a ação; não o direito em si. Algumas causas somente

monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. **Revista de Processo – RePRO**. São Paulo, v. 264, p. 93, fev. 2017.

¹⁹ Por conta da imprecisão de conceitos de definição da arbitragem, especialmente no setor público que envolve relevantes cifras econômicas, verifica-se no Brasil o fenômeno da metalitigiosidade, isso é, discussões jurisdicionais formais acerca da possibilidade ou impossibilidade de submissão das causas à arbitragem (ACCIOLY, João Pedro. Arbitralidade objetiva em conflitos com a Administração Pública. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 1017, p. 47-92, jul. 2020).

²⁰ NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. **Class Arbitration**: instauração de processo arbitral para a resolução de conflitos envolvendo direitos de natureza transindividual. 2015. 408f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2015. p. 265-366.

²¹ TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. **Revista de Processo – RePRO**. São Paulo, v. 264, p. 83, fev. 2017.

²² BRASIL, **Lei nº 9.784, de 28 de janeiro de 1999**. Brasília: Presidência da República, 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm Acesso em: 3 out 2023.

podem ser processadas perante o Juízo Estatal (v.g. causas falimentares, causas de família, estado civil das pessoas). O fato de existir relação de direito público subjacente não torna a ação jurisdicional necessária, dando margem à solução arbitral, à mediação e à autocomposição de conflitos em determinados casos.²³

A disponibilidade que sustenta a arbitrabilidade objetiva está relacionada à possibilidade de solução extrajudicial do conflito. É limitada no âmbito do exercício das advocacias de Estado a deveres procedimentais: dever de processamento administrativo prévio e isonômico das pretensões em prol da juridicidade, passível de controle interno e externo *a posteriori*; autorização expressa da autoridade administrativa²⁴ que promoverá o cumprimento espontâneo da obrigação; dever de respeito às decisões judiciais já transitadas em julgado, inclusive quanto ao regime de precatórios.²⁵

É porque a disponibilidade alinha-se com o respeito à juridicidade, dando-se tratamento adequado por parte da administração pública aos atos por ela perpetrados que a composição dispensa lei autorizativa, somente necessária nos casos de renúncia propriamente dita²⁶: é o típico exemplo

²³ A ideia de governança pública dos franceses foi responsável por lançar as primeiras sementes que, décadas depois, levariam ao florescimento da noção de consensualismo no Brasil. A mediação na Administração Pública vem, mediante o concerto de interesses entre o setor público e privado, aproximando a Administração do administrado, incluindo-o de forma mais efetiva e cooperativa na própria densificação do interesse público, que não é monopólio do Estado. Já não se pode incorrer no equívoco de confundir interesse público com interesse da Administração, e pior, de vedar o avanço do consensualismo em virtude de uma leitura obsoleta acerca do princípio indisponibilidade do interesse público (DANTAS, Bruno; SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. Tribunal de Contas da União: Da atividade imperativa unilateral à cultura do diálogo. In: PINTO, Adriano Moura da Fonseca; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DUARTE, Márcia Michele; MARTÍN, Nuria Belloso. **Estudos sobre mediação no Brasil e no exterior**. v. 1. São Paulo: Editora Essere nel Mondo, 2020. p. 116).

²⁴ Autorização da autoridade administrativa difere da autorização do superior hierárquico. Na advocacia pública federal há previsão normativa expressa quanto à atribuição aos membros da AGU do poder de disposição do ato em juízo caso haja demonstração da procedência da pretensão, independentemente de prévia concordância do Procurador-Chefe, ex vi Portaria PR/AGU nº 487, de 27 de julho de 2016 e Portaria Normativa PGU/AGU nº 3, de 17 de junho de 2021.

²⁵ TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria) – versão atualizada para o CPC/2015. **Revista de Processo – RePRO**. São Paulo, v. 264, p. 89-90, fev. 2017.

²⁶ TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação

da execução fiscal, extinta por cancelamento da cártula após autotutela da d vida ativa (Lei Federal n  6.830, de 22 de setembro de 1980²⁷, art. 26) versus a anistia do art. 175, II, e art. 180 e seguintes da Lei Federal n  5.172, de 25 de outubro de 1966²⁸.

Na arbitragem a situa o não é diferente: dispensa-se lei autorizativa local. Ela é jurisdi o e, como tal, submete-se ao princípio do devido processo legal, passível de controle formal pelo Poder Judiciário, vinculando-se   normatiza o da União.

Por principiologia, deve o ente público ater-se ao princípio da juridicidade, possuindo o dever de pôr fim ao litígio da forma mais eficiente e célere possível. Deve mitigar os prejuízos que a Administra o Pública sofreria com a derrota judicial²⁹, depurando essa avalia o no macro cenário dos litígios públicos, porque habitualmente massificados.   por isso que, ao uso da arbitragem no Poder Público, deve ser revelada alguma vantajosidade da submissão ex ante dos litígios ao procedimento a ser identificada e declarada por gestor.

Por isso, a vincula o de determinados contratos administrativos ao procedimento arbitral, considerando a necessidade de consenso das partes, não pode decorrer de imposi o legal, seja em lei federal, seja na lei municipal. Deve estar vinculada, na confec o dos contratos administrativos, a um procedimento administrativo de motiva o da escolha do método adequado de soluço de conflitos:   essa metodologia que deve estar expressa na legisla o.³⁰

monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. **Revista de Processo – RePRO**. São Paulo, v. 264, p. 89-90, fev. 2017.

²⁷ BRASIL, **Lei n  6.830, de 22 de setembro de 1980**. Brasília: Presidência da República, 1980. Dispõe a cobrança judicial da D vida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm Acesso em: 3 out 2023.

²⁸ BRASIL, **Lei n  5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito aplicáveis à União, Estado e Municípios. Brasília: Presidência da República, 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm Acesso em: 3 out 2023.

²⁹ TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composi es em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e a o monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. **Revista de Processo – RePRO**. São Paulo, v. 264, p. 88, fev. 2017.

³⁰ Independentemente da justifica o quanto à potencialidade de submissão do contrato   arbitragem por meio de cláusula compromissória, a doutrina defende que a existência do critério de patrimonialidade apto a justificar a submissão de um litígio à arbitragem deve ser

Essa é a marca distintiva da arbitragem no âmbito público: seu constante diálogo com o princípio da legalidade administrativa e com o dever de motivação dos atos, considerando a pretensa discricionariedade da submissão do litígio à facultatividade da escolha arbitral. Após extensa discussão doutrinária e jurisprudencial a Lei Federal nº 13.129, de 26 de maio de 2015³¹ expurgou dúvidas quanto à possibilidade, ao menos legislativa, de a Administração Pública valer-se da arbitragem como método de solução alternativa, inserindo três previsões nas Disposições Gerais do Capítulo I da Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Aclarou-se a possibilidade de seu uso, respeitado o princípio da publicidade, por meio da mesma autoridade competente para realizar acordos e transações.

Na mesma linha, o art. 151 a 154 da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021³², trouxe previsão específica da possibilidade de solução pela arbitragem do inadimplemento de obrigações relacionadas à contratação pública, cuja conceituação do objeto pode ser extraída do §4º do art. 31 da Lei Federal nº 13.488, de 6 de outubro de 2017³³ ao vinculá-la à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, ao cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão e ao inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.³⁴

Por força da disposição contida no art. 32 da Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2016³⁵, e da matriz constitucional da advocacia pública

apurado empiricamente, no caso concreto, à luz do contexto do caso em exame, excluídas questões judiciais (ACCIOLY, João Pedro. Arbitrabilidade objetiva em conflitos com a Administração Pública. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 1017, p. 47-92, jul. 2020).

³¹ BRASIL, **Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015**. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm Acesso em: 2 out 2023.

³² BRASIL, **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm Acesso em: 2 out 2023.

³³ BRASIL, **Lei nº 13.448, de 6 de outubro de 2017**. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13448.htm Acesso em: 2 out. 2023.

³⁴ EIDT, Elisa; GOULART, Juliana; SCHNEIDER, Patrícia; RAMOS, Rafael. (Org.) **Consensualidade na Administração Pública**. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre; Escola Superior de Direito Municipal – ESDM, 2022. p. 17-18.

³⁵ BRASIL, **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito**

diretamente relacionada às funções essenciais à Justiça (CF/88³⁶, art. 131 e art. 132), a arbitragem deve se desenvolver, no âmbito público, dentro das estruturas das Procuradorias.

Isso não quer dizer que o procedimento arbitral seja algo que será tratado apenas internamente nos órgãos jurídicos estatais. Ao contrário: por mais que tenha uma face relacionada a um método de solução de conflitos, função típica atrelada à advocacia, as regras administrativas relacionadas ao tratamento interno da arbitragem no Poder Público devem transbordar às Procuradorias, envolvendo necessariamente a manifestação de interesse e técnica dos órgãos estatais diretamente relacionados ao conflito, tipicamente gestores dos contratos.

Historicamente, a primeira experiência envolvendo a validação da arbitragem na Administração Pública ocorreu no célebre Caso Lage³⁷ em 1973, seguida do precedente Sentença Estrangeira 5.206 no qual foi reconhecida a constitucionalidade da arbitragem pública. Em 2008, a Primeira Seção³⁸ do Superior Tribunal de Justiça admitiu a participação da Administração Pública como parte em disputa arbitral, seguida pela consolidação da posição.

3. A ARBITRAGEM NOS MUNICÍPIOS

Cabe ao ente municipal, por meio de seu exercício de regulamentação normativa, definir a possibilidade do uso de arbitragem a partir de parâmetros objetivos. Esses parâmetros devem decorrer de estudos técnicos que quantifiquem a vantajosidade do uso desse instrumento de solução adequada de conflitos em detrimento da jurisdição estatal. Deve também

da administração pública. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm Acesso em: 4 out 2023.

³⁶ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 2023. Disponível em: <https://normas.leg.br/?urn=urn:lex:br:federal:constituicao:1988-10-05;1988> Acesso em: 5 out. 2023.

³⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Agravo de Instrumento nº 52.181-GB.** Recorrente: União. Recorrido: Henry Potter Lage e outro. Relator: Min. Bilac Pinto, 14 de novembro de 1973. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=22084> Acesso em: 5 out. 2023.

³⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). **Mandado de Segurança nº 11.308-DF.** Recorrente: TMC Terminal Multimodal de Coroa Grande SPE S/A. Recorrido: Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia. Relator: Min. Luiz Fux, 19 de maio de 2008. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=757412&num_registro=200502127630&data=20080519&formato=PDF Acesso em: 5 out. 2023.

permitir a compatibilização de cláusula de eleição de foro com cláusulas compromissórias, deixando-se clara a possibilidade de opção da arbitragem relacionada a determinadas questões ou, ainda, eleição de cláusula escalonada de submissão prévia do conflito à mediação.³⁹

A escolha por arbitragens institucionais é uma recorrência nas legislações pesquisadas. Ela minimiza as chances de submissão dos procedimentos à esfera judicial e torna o procedimento mais imparcial e confiável.

Parte da doutrina indica que a seleção das câmaras arbitrais deve ocorrer por meio de procedimento licitatório.⁴⁰ Em São Paulo/SP⁴¹, a opção foi pelo uso da modalidade de credenciamento, sem contudo, fazer referência à estruturação na forma de edital aberto. Essa opção é defendida por Schmidt, ao dispor quanto à dificuldade em se definir critérios que permitam medir a competitividade entre os eventuais interessados em prestar os serviços de gestão de procedimentos arbitrais.⁴² Por isso, o já revogado Decreto Federal nº 8.465/2015⁴³ estabelecia que a escolha da instituição arbitral seria considerada contratação direta por inexigibilidade de licitação, a partir da regra do art. 25, caput, II, da Lei Federal nº 8.666/1993.

Gustavo Justino de Oliveira defende a possibilidade de ato regulamentar do Poder Público Municipal disciplinar o credenciamento de entidades, fomentando a competição na prestação de serviços⁴⁴, cuja indicação, contudo,

³⁹ MAZZOLA, Marcelo. Temas contemporâneos na arbitragem: do clássico ao circuito alternativo e alguns “curtas-metragens”. *Revista de Processo – RePRO*. São Paulo, v. 291, p. 427-466, mai. 2019.

⁴⁰ FICHTER, José Antonio. A confidencialidade no projeto da nova lei de Arbitragem – PLS nº 406/2003. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Coord.). *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 185.

⁴¹ Art. 8º, §2º, quanto ao dever de escolha das Câmaras credenciadas pelo particular e art. 17 e seguintes do Decreto Municipal nº 59.963, de 7 de dezembro de 2020, quanto ao cadastramento dos órgãos na administração municipal.

⁴² SCHMIDT, Gustavo da Rocha. Reflexões sobre a arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública (arbitrabilidade, legalidade, publicidade e necessária regulamentação). *BDA – Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, a. 32, n. 11, p. 1055, nov. 2016.

⁴³ Atualmente o referido Decreto foi substituído pelo Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019, contemplando as regras de credenciamento no art. 10 (BRASIL, **Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019**. Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10025.htm Acesso em: 4 out 2023).

⁴⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHWARSTMANN, Guilherme Baptista. Arbitragem público-privada no Brasil: a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, v. 44, p. 150-171, 2015.

deve ficar a cargo do particular.⁴⁵ Exemplo disso é o atual Decreto Federal nº 10.025, de 20 de setembro de 2019⁴⁶, e a Lei Estadual nº 19.477, de 12 de janeiro de 2011⁴⁷, do Estado de Minas Gerais, que disciplina a adoção de juízo arbitral para a solução de litígios estaduais.

O Município de Manaus/AM também caminhou no sentido de admitir o cadastramento de câmaras junto à advocacia pública municipal, nos termos do art. 16 do Decreto nº 5.641, de 12 de julho de 2023. Apesar disso, repetiu a previsão paulista quanto a ausência de submissão do procedimento a prazo certo e determinado, colocando-se em aberto se o procedimento adotado seria o de cadastramento da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (art. 6º, XLIII, c/c art. 74, IV) ou não.

Nas duas regulamentações pormenorizadas que foram identificadas (i.e. São Paulo/SP e Manaus/AM) as disposições lançaram regras relacionadas à convenção de arbitragem, e no caso manauara à limitação monetária do uso da convenção para contratos acima de um valor mínimo de cinco milhões. Foram previstos limites procedimentais e fáticos quanto à convenção, requisitos mínimos de atuação dos árbitros, procedimento, prazos, regras de publicidade, requisitos da sentença arbitral, atribuições do órgão de advocacia pública e, por fim, regras específicas sobre o cadastramento das câmaras, sob a premissa de inexigibilidade.

Em Recife/PE, o Município regulou a arbitragem para as parcerias público-privadas. A legislação municipal estabeleceu as seguintes restrições: ser a arbitragem em língua portuguesa; desenvolver-se de acordo com o órgão arbitral institucional, quanto ao procedimento; ser realizada no âmbito geográfico do ente municipal, elegendo como foro judicial para

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15.ed. São Paulo: Editora Dialética. 2012. p. 49.

⁴⁶ BRASIL, **Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019**. Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10025.htm Acesso em: 4 out 2023.

⁴⁷ A disciplina mineira apresenta no art. 5º os requisitos para o exercício da atribuição de árbitro na Administração Estadual Mineira, assim como no art. 10 os requisitos para a admissão da atividade de câmaras arbitrais (MINAS GERAIS, **Lei nº 19.477, de 12 de janeiro de 2011**. Dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte e dá outras providências. Belo Horizonte: ALMG, 2011. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/texto/LEI/19477/2011/> Acesso em: 5 out 2023).

ações de controle; ser remuneradas inicialmente pelo parceiro privado, com a possibilidade de posterior ressarcimento.⁴⁸

Nos demais municípios pesquisados⁴⁹ não foram identificadas legislações formalmente publicadas nos sítios de pesquisa, demonstrando a incipiência do tema e a possibilidade de avanço da doutrina para a melhor compreensão da temática regulatória.

4. A PROBLEMAS RELACIONADOS À MODELAGEM ARBITRAL MUNICIPAL

Quais são os limites da regulamentação normativa da arbitragem nos Municípios?

Nos tópicos anteriores analisou-se a precária previsão legislativa da arbitragem na esfera federal. Na prática, diante das modificações da Lei 13.129, de 26 de maio de 2015, para compatibilizar a Lei de Arbitragem à utilização por parte do Poder Público diversos entes federados expediram normas complementares.

Muitas dessas normas inserem-se na descrição e na regulamentação dos limites da própria arbitragem, qualificada como processo equivalente à jurisdição estatal, atraindo-se potencialmente as restrições previstas no art. 22, I, da Constituição Federal de 1988 quanto à emissão de normas relacionadas a direito processual.

Por outro lado, admitindo-se que as restrições permaneçam no campo eminentemente procedimental, ao menos na esfera municipal, potencialmente poderiam afrontar a competência concorrente de Estados-membro

⁴⁸ RECIFE, **Lei Municipal nº 17.856, de 1º de janeiro de 2013**. Dispõe sobre as parcerias público-privadas (PPP) no Município de Recife. Recife: Leis Municipais, 2013. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/pe/r/recife/lei-ordinaria/2013/1785/17856/lei-ordinaria-n-17856-2013-dispoe-sobre-as-parcerias-publico-privadas-ppp-no-municipio-de-recife> Acesso em: 4 out. 2023.

⁴⁹ Foram realizadas pesquisas utilizando-se a plataforma <https://LeisMunicipais.com.br>, utilizando-se os marcadores “arbitragem” e “arbitral”. Não foram identificados resultados relacionados a uma regulamentação própria nos seguintes Municípios pesquisados: Rio de Janeiro/RJ, Curitiba/RS, Porto Alegre/RS, Florianópolis/SC, Belo Horizonte/MG, Salvador/BA (que a exemplo de Recife, quanto à instituição de PPPs na Lei Municipal nº 6.975, de 26 de janeiro de 2006, apresenta pequeno detalhamento quanto a requisitos específicos de arbitragem no art. 7º. Curiosamente, o Decreto Municipal nº 37.379, de 31 de agosto de 2023, bastante contemporâneo a este estudo, sob o pretexto de regulamentar disposições relacionadas às parcerias público-privadas sequer faz menção a métodos adequados de solução de conflitos e à arbitragem), Fortaleza/CE, Goiânia/GO, Caxias do Sul/RS, Blumenau/SC.

e da União para legislarem sobre procedimentos em matéria processual (CF/88, art. 24, XI).

Os limites da invasão da competência legislativa prevista na Constituição estarão justamente na definição dos aspectos gerais da arbitragem como método heterônomo de solução adequada de conflitos ou, paralelamente, na especialização das estruturais públicas e as peculiaridades do município a justificar a utilização de padrões determinados.

Dado o caráter estritamente regulamentar não se compreende possível a inserção das disposições em lei municipal, a exemplo do caso de Recife/PE. Conquanto possa haver excepcionalmente hipótese autorizativa da arbitragem, tal autorização disposta em lei local é inútil, atuando apenas para fins pedagógicos ou mesmo de acultramento. As descrições devem estar contidas, portanto, em decretos municipais, a exemplo dos casos paulista e manauara.

Apesar desse pequeno recorte, os grandes temas polêmicos do uso da arbitragem não dizem respeito apenas à operacionalização de estruturas municipais, estaduais ou federal na advocacia pública. Predominantemente estão relacionados com temas processuais ou procedimentais para os quais a legislação local não poderá promover reparos.

A linha é tênue.

Um dos primeiros problemas que podem ser citados nesse trabalho afetos à arbitragem no âmbito municipal é a vinculação dos árbitros aos precedentes. Os Tribunais Superiores possuem farta disposição de decisões de observância obrigatória (Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015⁵⁰ - CPC/15, art. 927) diretamente relacionada aos municípios.

Precedentes são fontes do direito. Nas atividades jurisdicionais, sejam tipicamente estatais ou não, devem ser levados em consideração, observados e incluídos na fundamentação (CPC/15, art. 489, VI). Considerando o fato de que as arbitragens envolvendo o Poder Público devem ser de direito (LARb, art. 2º, §3º), os precedentes são inevitáveis.⁵¹

Ainda que o respeito aos precedentes seja mais uma regra de procedimento sob a perspectiva processual, insere-se como problemática de

⁵⁰ BRASIL, **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 4 out 2023

⁵¹ MAZZOLA, Marcelo. Temas contemporâneos na arbitragem: do clássico ao circuito alternativo e alguns “curtas-metragens”. **Revista de Processo – RePRO**. São Paulo, v. 291, p. 427-466, mai. 2019.

teoria do direito, da uniformidade do exercício da jurisdição e da formação da jurisprudência, podendo ser tratado na regulamentação municipal que estipulará os limites de atuação das câmaras arbitrais.

Situação outra é, sob uma lógica de arbitrabilidade objetiva e quanto à potencialidade do ente público firmar convenção de arbitragem que exclua a incidência de precedentes, se seria ao ente estatal possível essa escolha ou se haveria violação ao disposto no art. 2º, §1º, da Lei de Arbitragem⁵² ao dispor às partes, dentro das regras de bom costume e vinculadas à ordem pública, a escolha da submissão ou não do tribunal aos precedentes.

Outro problema relacionado à arbitrabilidade objetiva e à regulamentação municipal é o crescente avanço da instituição de acordos substitutivos de sanção administrativa.⁵³ A profusão dos estudos em direito administrativo sancionador impulsionou o uso da consensualidade em áreas outrora impensáveis. Atualmente pensa-se em acordos de não persecução civil em atos de improbidade administrativa, acordos de leniência⁵⁴, termos de ajustamento de conduta em matérias de sanção administrativa disciplinar e não disciplinar⁵⁵ e, ainda, termos de ajustamento de gestão⁵⁶ para a correção da execução de políticas públicas.

Nesse ponto, há expressão pontual da jurisprudência⁵⁷ quanto à inarbitrabilidade de sanções administrativas porque decorrentes do poder de

⁵² É a disposição expressa do texto legal, transcrita para melhor cognição do objeto debatido: “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. [...] § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.” (BRASIL, **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília: Presidência da República. 1996).

⁵³ É por essa razão que Accioly refuta o critério da transacionalidade como fator de identificação da arbitrabilidade objetiva, propondo-se a avaliação a partir da contratualidade (ACCIOLY, João Pedro. Arbitrabilidade objetiva em conflitos com a Administração Pública. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 1017, p. 55-56, jul. 2020).

⁵⁴ MOREIRA, Egon Bockmann; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os desafios dos acordos de leniência na Era da Complexidade administrativa. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte: Editora Fórum. a. 21, n. 82, p. 75-110, abr./jun. 2023.

⁵⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A Obrigação de Dar nos Acordos Substitutivos de Sanção. In: EIDT, Elisa; GOULART, Juliana; SCHNEIDER, Patricia; RAMOS, Rafael. (Org.). **Consensualidade na Administração Pública**. 1. ed. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre; Escola Superior de Direito Municipal, 2022, p. 83-99.

⁵⁶ COSTA, Antônio França da. Termo de Ajustamento de Gestão: busca consensual de acerto na gestão pública. **Revista TCEMG**. p. 19-33, jul./set. 2014.

⁵⁷ “4. A sanção administrativa que torna efetiva a medida decorrente do Poder de Polícia, por não constituir direito patrimonial disponível, não se sujeita à convenção de arbitragem”

polícia. Nada obstante, as regulamentações relacionadas à autocomposição no Poder Público avançam exponencialmente quanto à formulação de acordos envolvendo essa temática, inclusive com a possibilidade de substituição de sanções aplicadas e de entabulação de compromissos suspensivos.⁵⁸

Por isso, compreende-se que a legislação municipal deve definir a restrição da arbitragem, em termos gerais, a litígios públicos relacionados aos limites do estabelecimento de substituições sancionatórias, termos de ajustamento de conduta ou gestão ou, ainda, dação em pagamento de bens, serviços ou obras. Nessa atividade, a legislação local estaria delimitando de maneira mais adequada a arbitrabilidade quanto ao aspecto subjetivo.⁵⁹

Outro ponto sensível é a possibilidade de a própria cláusula compromissória submeter o litígio aos chamados árbitros de emergência que titularizariam, no âmbito do procedimento arbitral, o monopólio da solução de questões de urgência ou cautelares quanto aos aspectos patrimoniais submetidos à arbitragem.⁶⁰

Compreende-se que a regulamentação expedida pelos municípios poderia rejeitar a submissão de litígios públicos aos árbitros de emergência, esclarecendo o dever de respeito à estrita disposição do art. 22-A da Lei de Arbitragem, expurgando-se dúvidas que potencialmente pudessem ser levadas à anulatória do art. 33 da Lei Federal nº 9.307/1996.⁶¹

(BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região (3. Turma). **Medida Cautelar Inominada nº 0000091-19.2015.4.04.0000**. Recorrente: Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica – CGTEE. Recorrido: Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Relatora: Des. Salise Monteiro Sanchotene, 14 de maio de 2015).

⁵⁸ A respeito, vide a regulamentação de Rio Grande/RS na Lei Municipal nº 8.875, de 15 de setembro de 2022, acerca da possibilidade de transação administrativa relacionada a débitos não-tributários, incluídos os decorrentes de multas contratuais, por meio mediante entrega de bens, execução de serviços e de obras de utilidade pública.

⁵⁹ A sugestão não é imune de críticas dada a possibilidade de classificação dessa temática nas competências privativas e concorrentes da União, sob o argumento de que não se relacionaria propriamente às estruturas locais ou ao interesse municipal propriamente dito.

⁶⁰ MAZZOLA, Marcelo. Temas contemporâneos na arbitragem: do clássico ao circuito alternativo e alguns “curtas-metragens”. **Revista de Processo – RePRO**. São Paulo, v. 291, p. 427-466, mai. 2019.

⁶¹ Exemplos de situações como as referidas levadas ao Judiciário são: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). **Conflito de Competência nº 111.230-DF**, Recorrente: C.E.B.S.A. Recorrido: S. E. Ltda. Relator: Min. Nancy Andrighi, 03 de abril de 2014; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.733.685-SP**. Recorrente: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda. Recorrido: Metalzul Indústria Metalúrgica e Comércio Limitada. Relator: Min. Raul Araújo, 12 de novembro de 2018.

Nessa mesma linha, a legislação municipal também poderia prever a arbitragem para empresas em recuperação judicial, como extensão da característica da arbitrabilidade subjetiva de questões falimentares⁶² a fim de expurgar dúvidas. Nesse aspecto a doutrina tem se manifestado pela ausência de causa impeditiva⁶³, havendo inclusive Enunciado da Jornada de Prevenção e Solução de Conflitos.⁶⁴

Quanto à conexão da arbitragem a posteriores litígios metaindividuais, a legislação local também poderia prever a inalterabilidade da cláusula compromissória em razão da superveniência de ação civil pública sobre o contrato administrativo.⁶⁵

Quanto à validade dos compromissos arbitrais firmados sem suporte em cláusula contratual há discussões na doutrina⁶⁶ e jurisprudência⁶⁷. Nesse

⁶² De modo reverso, a jurisprudência compreende que conquanto tenham sido instaurados procedimentos familiares ou tenha ocorrido a previsão de cláusula compromissória em contratos de pessoa jurídica que se submeta à falência essas situações não são causas impedidas à abertura do procedimento (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.733.685-SP**. Recorrente: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda. Recorrido: Metalzul Indústria Metalúrgica e Comércio Limitada. Relator: Min. Raul Araújo, 12 de novembro de 2018).

⁶³ MAZZOLA, Marcelo. Temas contemporâneos na arbitragem: do clássico ao circuito alternativo e alguns “curtas-metragens”. **Revista de Processo – RePRO**. São Paulo, v. 291, p. 427-466, mai. 2019.

⁶⁴ Enunciado nº 6 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios: O processamento da recuperação judicial ou a decretação da falência não autoriza o administrador judicial a recusar a eficácia da convenção de arbitragem, não impede a instauração do procedimento arbitral, nem o suspende (BRASIL, Conselho da Justiça Federal. **I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios**: Enunciados Aprovados. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2016. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios> Acesso em 3 out. 2023. p. 2).

⁶⁵ Essa compreensão é extraída da possibilidade de definição, no âmbito local, para melhor previsão da adequação do instrumento à realidade do ente municipal, de quais direitos patrimoniais disponíveis poderão ser levados à arbitragem quando presente um conflito público-privado, nos termos do art. 1º, §2º, da Lei Federal nº 9.307/1996. No mesmo sentido o Enunciado nº 91 da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios: Eventual proposição de ação civil pública sobre o contrato administrativo não é, por si só, impeditivo para que as partes signatárias ingressem ou continuem com a arbitragem para discussão de direitos patrimoniais disponíveis, definidos na forma do parágrafo único do art. 151 da Lei n. 14.133/2021 (BRASIL, Conselho da Justiça Federal. **II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios**: Enunciados Aprovados. Brasília: Centro de Estudos Judiciários. 2021. p. 10).

⁶⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos*. 7. Ed. São Paulo: Editora Método, 2018. p. 298-301.

⁶⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 904.813-PR**. Recorrente: Companhia Paranense de Gás Natural. Recorrido: Consórcio Carioca Passarelli. Relator: Min. Nancy Andrighi, 28 de fevereiro de 2012.

ponto é prudente que a legislação local preveja a possibilidade de revisão de contratos administrativos em vigor para compor compromisso arbitral, formalizando o respectivo aditivo, conquanto seja defensável a possibilidade de instalação da arbitragem a partir de critérios definidos pelo órgão de advocacia pública municipal mesmo sem cláusula específica.⁶⁸

A legislação municipal também poderia prever regras quanto à publicidade de dados, alinhadas à Lei de Acesso à Informação⁶⁹, que deverão ser seguidas por tribunais arbitrais por ela credenciados, sem prejuízo da impossibilidade de atribuição da atuação de ofício pelo árbitro, condicionada ao requerimento das partes. As regras de confidencialidade poderiam ser definidas⁷⁰, evitando-se distorções e a submissão de casos aos tribunais.

A previsão da restrição do procedimento aos contratos com determinado valor vinha prevista no modelo federal (Decreto nº 8.465/2015⁷¹, art. 3º, V), vinculando litígios ao montante mínimo de vinte milhões de reais para os quais deveriam ser dirimidos por junta. A experiência manauara adotou a mesma regra, com temperamentos.

⁶⁸ Enunciado nº 2 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios: Ainda que não haja cláusula compromissória, a Administração Pública poderá celebrar compromisso arbitral (BRASIL, Conselho da Justiça Federal. **I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios: Enunciados Aprovados**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2016. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios> Acesso em 3 out. 2023. p. 2).

⁶⁹ BRASIL, **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm Acesso em 3 out 2023.

⁷⁰ Gustavo Schmidt compreende de forma diferente o ponto, classificando o art. 2º, §3º, como ato normativo voltado a regular o procedimento arbitral e não à atuação da Administração Pública. Por esse motivo, não caberia ao Poder Público a disciplina dos atos passíveis de serem submetidos a sigilo ou não, já presentes e disciplinados na legislação federal e nas regras procedimentais de cada tribunal arbitral. Nada obstante, conclui ao final que seria recomendável ao Poder Executivo regulamentar a publicidade nos procedimentos arbitrais, indicando as hipóteses e as formas, como instrumento de facilitação dos procedimentos (SCHMIDT, Gustavo da Rocha. Reflexões sobre a arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública (arbitrabilidade, legalidade, publicidade e necessária regulamentação). **BDA – Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo, a. 32, n. 11, p. 1055, nov. 2016).

⁷¹ BRASIL, **Decreto nº 8.465, de 8 de junho de 2015**. Regulamenta o § 10 do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, para dispor sobre os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8465.htm Acesso em: 4 out. 2023.

A definição do padrão mínimo quantitativo de submissão dos conflitos públicos disponíveis de expressão monetária deve se dar fundamentadamente, levando-se em conta a experiência do Município e sua habitualidade na execução de obras vultuosas. A utilização dos critérios da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, conquanto defensáveis para o fim de uniformizar procedimentos nacionalmente, pode inviabilizar o uso da arbitragem, mesmo em municípios de médio e grande porte.

Verificou-se que parte das experiências regulamentares no âmbito municipal buscam mitigar as discussões levadas ao Poder Judiciário em anulatórias, utilizando as balizas da legislação federal quanto à arbitragem em obras de infraestrutura.⁷²

Apurou-se ao longo da exposição que a legislação municipal ainda é muito reticente à previsão normativa de disposições aplicáveis à arbitragem. Há poucos Municípios que avançaram nesse ponto. Mesmo dentro os dez maiores entes municipais do país não há profícua previsão normativa a esse respeito, muito decorrente da ausência de estímulo à arbitragem pública no Brasil e ao temor relacionado à profunda sindicabilidade judiciária das decisões na ausência de disposições normativas mais precisas, colocando em xeque a celeridade.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou apresentar um panorama geral da atual abordagem doutrinária existente acerca da arbitragem nos municípios.

Respondendo ao problema proposto, quanto aos limites da regulamentação municipal ao uso da arbitragem, conclui-se de maneira parcial que à legislação municipal compete a definição quanto aos contornos que a convenção de arbitragem pode apresentar, sem se descuidar dos padrões legais da Lei de Arbitragem, valendo-se dos parâmetros definidos na legislação federal que disciplina as câmaras arbitrais em contratos de infraestrutura.

Compete, também, à legislação municipal definir a forma de eleição das câmaras arbitrais que atuem em causas envolvendo o ente público, assim como o formato e o procedimento de credenciamento ou contratação

⁷² BRASIL, **Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019**. Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10025.htm Acesso em: 4 out. 2023.

dessas Câmaras e os requisitos mínimos que devem possuir para prestar os serviços perante o Município.

A regulamentação diz respeito ao interesse local na definição de métodos heterocompositivos de solução adequada de conflitos, motivo pelo qual não se compreende possível que a legislação municipal avance quanto à modelagem do instrumento ou aos limites técnicos da própria arbitragem, pontos relacionados à definição interna dos próprios tribunais arbitrais que desempenharão seu papel perante os Municípios.

Compreende-se que à legislação, estruturada em veículos normativos infralegais, imputa-se o dever de delimitar a atuação da advocacia pública e explicitar, dentro de padrões técnicos, quais litígios municipais que serão passíveis de serem submetidos à arbitragem, se vinculados à natureza da relação jurídica ou mesmo a outros padrões, inclusive econômicos.

A regulamentação não é condicionante da arbitragem no âmbito local.⁷³ Tampouco é regra obstativa do estabelecimento individual de arbitragem em determinados contratos, sobretudo aqueles em que a lei federal já faz referência (p. ex. parcerias público-privadas).

Por outro lado, é prudente haver previsão legal específica, referenciando outros diplomas legislativos, a exemplo da Lei de Licitações quanto ao valor dos contratos que serão submetidos à arbitragem, sem prejuízo da exclusão dessas regras a contratos internacionais.

A arbitragem impõe à advocacia pública municipal mais um desafio: atuar de forma articulada entre os gestores municipais, titularizando as responsabilidades vinculadas aos contratos que serão submetidos à arbitragem, às partes adversas e as próprias estruturas arbitrais, nas suas mais variadas modelagens e formatos. Ao advogado público é atribuído esse papel de desenvolver as balizas que determinarão a atuação do ente municipal nos procedimentos de arbitragem, bem como fornecer um ambiente de compreensão adequada desse instrumento e dos seus limites no Município.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, João Pedro. Arbitrabilidade objetiva em conflitos com a Administração Pública. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 1017, p. 47-92, jul. 2020.

⁷³ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. Reflexões sobre a arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública (arbitrabilidade, legalidade, publicidade e necessária regulamentação). **BDA – Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo, a. 32, n. 11, p. 1054, nov. 2016.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2023. Disponível em: <https://normas.leg.br/?urn=urn:le-x:br:federal:constituicao:1988-10-05;1988> Acesso em: 5 out 2023.

BRASIL, **Decreto nº 8.465, de 8 de junho de 2015**. Regulamenta o § 10 do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, para dispor sobre os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8465.htm Acesso em: 4 out 2023.

BRASIL, **Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019**. Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10025.htm Acesso em: 4 out 2023.

BRASIL, Conselho da Justiça Federal. **I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios**: Enunciados Aprovados. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2016. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios> Acesso em 3 out. 2023.

BRASIL, Conselho da Justiça Federal. **II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios**: Enunciados Aprovados. Brasília: Centro de Estudos Judiciários. 2021.57p.

BRASIL, **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito aplicáveis à União, Estado e Municípios. Brasília: Presidência da República, 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm Acesso em: 3 out 2023.

BRASIL, **Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980**. Dispõe a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1980. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm Acesso em: 3 out 2023.

BRASIL, **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília: Presidência da República. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm Acesso em: 2 out 2023.

BRASIL, **Lei nº 9.784, de 28 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília: Presidência, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm Acesso em: 3 out 2023.

BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em: 2 out 2023.

BRASIL, **Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015**. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Brasília: Presidência da

República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm Acesso em: 2 out 2023.

BRASIL, **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm Acesso em: 4 out 2023.

BRASIL, **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm Acesso em: 2 out 2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). **Mandado de Segurança nº 11.308-DF**. Recorrente: TMC Terminal Multimodal de Coroa Grande SPE S/A. Recorrido: Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia. Relator: Min. Luiz Fux, 19 de maio de 2008.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). **Conflito de Competência nº 111.230-DF**, Recorrente: C.E.B.S.A. Recorrido: S. E. Ltda. Relator: Min. Nancy Andrighi, 03 de abril de 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 904.813-PR**. Recorrente: Companhia Paranense de Gás Natural. Recorrido: Consórcio Carioca Passarelli. Relator: Min. Nancy Andrighi, 28 de fevereiro de 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.733.685-SP**. Recorrente: Volkswagen do Brasil Industria de Veiculos Automotores Ltda. Recorrido: Metalzul Indústria Metalúrgica e Comércio Limitada. Relator: Min. Raul Araújo, 12 de novembro de 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Agravo de Instrumento nº 52.181-GB**. Recorrente: União Federal. Recorrido: Henry Potter Lage e outro. Relator: Min. Bilac Pinto, 14 de novembro de 1973.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região (3. Turma). **Medida Cautelar Inominada nº 0000091-19.2015.4.04.0000**. Recorrente: Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica – CGTEE. Recorrido: Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Relatora: Des. Salise Monteiro Sanchotene, 14 de maio de 2015.

BARROSO, Luis Roberto. A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme. (Org.). **Doutrinas Essenciais Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, p. 1001-1037, 2011.

CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. Gabinete da Presidência. **Resolução Administrativa nº 15, de 20 de março e 2016**. Interpreta a aplicação do Regulamento do CAM-CCBC quanto ao princípio da publicidade em arbitragens que envolvem a Administração Pública Direta. São Paulo: CAM-CCBC, 2016.

CARAMELO, Antonio Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**. São Paulo, v. 2, p. 433-464, set., 2014.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

CRESPO, Mariana Hernandez. Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de resolução de conflitos na América Latina: aprimorando a sombra da lei através da participação do cidadão. ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. (Org.). **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. p. 39-94.

COSTA, Antônio França da. **Termo de Ajustamento de Gestão**: busca consensual de acerto na gestão pública. Revista TCEMG. p. 19-33, jul./set. 2014.

DANTAS, Bruno; SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. Tribunal de Contas da União: Da atividade imperativa unilateral à cultura do diálogo In: PINTO, Adriano Moura da Fonseca; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DUARTE, Márcia Michele; MARTÍN, Nuria Belloso. (Coord.). **Estudos sobre mediação no Brasil e no exterior**. v. 1. Santa Cruz do Sul: Editora Essere nel Mondo, 2020. p. 106-120.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de soluções de conflitos. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

EIDT, Elisa; GOULART, Juliana; SCHNEIDER, Patrícia; RAMOS, Rafael. (Org.) **Consensualidade na Administração Pública**. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre; Escola Superior de Direito Municipal – ESDM, 2022.

FICHTER, José Antonio. A confidencialidade no projeto da nova lei de Arbitragem – PLS nº 406/2003. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Coord.). **Arbitragem e mediação**: a reforma da legislação brasileira. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

GABBAY, Daniela; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Meios alternativos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15.ed. São Paulo: Editora Dialética. 2012.

MANAUS, **Decreto nº 5.641, de 12 de julho de 2023**. Regulamenta a arbitragem e mediação nos conflitos envolvendo o Município de Manaus e as Entidades da Administração Municipal Indireta, e dá outras providências. Manaus: Leis Municipais, 2023. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/am/m/manaus/decreto/2023/565/5641/decreto-n-5641-2023-regulamenta-a-arbitragem-e-mediacao-nos-conflitos-envolvendo-o-municipio-de-manaus-e-as-entidades-da-administracao-publica-municipal-indireta-e-da-outras-providencias> Acesso em: 2 out. 2023.

MAZZOLA, Marcelo. Temas contemporâneos na arbitragem: do clássico ao circuito alternativo e alguns “curtas-metragens”. **Revista de Processo – RePRO**. São Paulo, v. 291, p. 427-466, mai. 2019.

MINAS GERAIS, **Lei nº 19.477, de 12 de janeiro de 2011**. Dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte e dá outras providências. Belo Horizonte: ALMG, 2011. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/texto/LEI/19477/2011/> Acesso em: 5 out 2023.

NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. **Class Arbitration**: instauração de processo arbitral para a resolução de conflitos envolvendo direitos de natureza transindividual. 2015. 408f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2015.

OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHWARSTMANN, Guilherme Baptista. Arbitragem público-privada no Brasil: a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, v. 44, p. 150-171, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos**. 7. Ed. São Paulo: Editora Método, 2018.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. A Obrigação de Dar nos Acordos Substitutivos de Sanção. In: EIDT, Elisa; GOULART, Juliana; SCHNEIDER, Patricia; RAMOS, Rafael. (Org.). **Consensualidade na Administração Pública**. 1. ed. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre; Escola Superior de Direito Municipal, 2022, p. 83-99.

RECIFE, **Lei Municipal nº 17.856, de 1º de janeiro de 2013**. Dispõe sobre as parcerias público-privadas (PPP) no Município de Recife. Recife: Leis Municipais, 2013. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/pe/r/recife/lei-ordinaria/2013/1785/17856/lei-ordinaria-n-17856-2013-dispoe-sobre-as-parcerias-publico-privadas-ppp-no-municipio-de-recife> Acesso em: 4 out. 2023.

ROCHA, Caio Cesar Vieira. **Arbitragem e Administração Pública**: nova disciplina normativa após a Lei 13.129/2015. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, v. 49, p. 103-126, abr./jun. 2016.

SÃO PAULO, **Decreto Municipal nº 59.963, de 7 de dezembro de 2020**. Regulamento o artigo 7º da Lei nº 17.324, de 18 de março de 2020. São Paulo: Casa Civil do Gabinete do Prefeito, 2020. Disponível em: <https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-59963-de-7-de-dezembro-de-2020> Acesso em: 2 out 2023.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. Reflexões sobre a arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública (arbitrabilidade, legalidade, publicidade e necessária regulamentação). **BDA – Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo, a. 32, n. 11, p. 1041-1059, nov. 2016.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. **Revista de Processo – RePRO**. São Paulo, v. 264, p. 83-107, fev. 2017.

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA:

uma análise do Tema 1124 do Supremo Tribunal Federal

Maurício Dalri Timm do Valle¹
Armindo Madoz Robinson²

Resumo: O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral dos casos que envolvem a incidência do ITBI na cessão de direitos sobre a aquisição de bens imóveis, desde que devidamente registrada. A partir disso, fixou a tese nº 1124. A presente análise propõe um confronto entre a citada tese e o disposto na Constituição Federal, ou seja, será que a CF, efetivamente, exige o registro da cessão para a incidência do referido imposto? A pesquisa se operou através da revisão de bibliografia sobre o assunto, em um viés hipotético-dedutivo, de forma qualitativa. Após o estudo, constatou-se que a tese fixada pelo STF, embora seja pró-contribuinte, contraria a CF, pois, inova no ordenamento jurídico ao exigir o registro para a incidência do ITBI na cessão de direitos aquisitivos sobre bens imóveis, ao passo que a própria Constituição não o faz.

Abstract: The Supreme Federal Court recognized the general significance of cases involving the incidence of ITBI (Tax on the Transfer of Real

¹ Doutor em Direito pela UFPR. Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado) em Direito da Universidade Católica de Brasília - UCB. Conselheiro Titular do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF. Professor. Ex-Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Autor de livros e artigos em Direito Aduaneiro e em Direito Tributário. Coordenador em conjunto com o Professor José Roberto Vieira da Coleção Direito Tributário UFPR, publicada pela Editora Almedina. E-mail: mauricio.valle@p.ucb.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9184395989012101>

² Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Especialista em Direito Processual Civil. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília (2020). Advogado. Membro da Comissão de Direito Processual Civil da OAB/DF. Professor. Coordenador editorial assistente da Economic Analysis of Law Review - UCB. Revisor de periódicos. Pesquisador no projeto de Benefícios Fiscais junto à UCB-FAP/DF. Autor do livro o Uso da Tutela Inibitória em Conformidade ao Direito de Imprensa, no prelo pela Editora Almedina. E-mail: armindomadoz@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8691358281696316>

Estate) in the assignment of rights related to the acquisition of real estate, provided that it is properly registered. Based on this, it established thesis number 1124. The present analysis proposes a comparison between the mentioned thesis and what is stipulated in the Federal Constitution, that is, does the Constitution indeed require the registration of the assignment for the incidence of the mentioned tax? The research was conducted through a qualitative hypothetical-deductive literature review on the subject. After the study, it was found that the thesis set by the Supreme Federal Court, although favorable to taxpayers, contradicts the Federal Constitution because it introduces a new requirement into the legal system by demanding registration for the incidence of ITBI in the transfer of acquisition rights over real estate, whereas the Constitution itself does not.

Palavras-Chave: ITBI; cessão de direitos; direitos de aquisição; transferência de propriedade imóvel; registro do imóvel.

Keywords: ITBI; assignment of rights; acquisition rights; transfer of real property; property registration.

Sumário: 1. Introdução; 2. Síntese da decisão de reconhecimento da repercussão geral; 3. A incidência do ITBI na cessão de direitos à aquisição de imóveis; 4. Conclusão; Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

No âmbito jurídico brasileiro, a interpretação e a aplicação das leis tributárias são frequentemente cenários de contendas complexas e de grande relevância, e o Imposto sobre Transmissão Inter Vivos de Bens Imóveis - ITBI não foge a essa realidade. No Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.294.969-SP, uma importante questão relacionada à incidência do ITBI na cessão de direitos à aquisição de imóveis trouxe à tona um debate que ultrapassa as fronteiras do caso.

O presente texto tem como objetivo analisar essa decisão do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a repercussão geral desse caso e fixou o Tema n. 1124. A controvérsia central envolve a incidência, ou não, do ITBI em cessões de direito sobre a aquisição de imóveis que carecem do registro imobiliário para confirmar a transferência efetiva de propriedade. Isto, pois, a Constituição Federal não exige a realização de registro.

Logo, é necessária a realização de um juízo de compatibilidade entre a decisão do STF e as disposições da CF.

2. SÍNTESE DA DECISÃO DE RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL

O recurso objeto da presente análise pretende reformar a decisão da 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que inadmitiu Recurso Extraordinário interposto pelo Município de São Paulo. O Ministro Luiz Fux, presidente da corte à época e relator do caso, examinou o agravo interposto e avançou para a análise do Recurso Extraordinário.

A controvérsia central deste caso gira em torno da possibilidade de aplicação do Imposto sobre Transmissão Inter Vivos de Bens Imóveis na transferência de direitos de compra e venda de imóveis, mesmo na ausência do registro imobiliário que confirme a transferência de propriedade.

O relator argumentou que este caso possui uma complexidade constitucional considerável, justificando o reconhecimento da existência de uma questão com repercussão geral. Isso se deve não apenas à importância do artigo 156, Inciso II, da Constituição Federal, que trata da tributação do ITBI pelos municípios brasileiros na cessão de direitos de compra e venda de imóveis, mas também devido à existência de inúmeros recursos semelhantes pendentes no Supremo Tribunal Federal, todos diretamente afetados pelo resultado deste julgamento.

No caso concreto, foi impetrado mandado de segurança com o propósito de anular a cobrança do ITBI referente a cessão de direitos inerentes ao instrumento de compromisso de compra e venda de imóvel. O acórdão objeto de recurso manteve a sentença que concedeu a segurança, com base no argumento de que a obrigação tributária surge apenas com o registro do imóvel no cartório, não incidindo, portanto, na cessão de direitos.

Aduziu o relator que o Supremo possui uma jurisprudência consolidada no sentido de que o ITBI só é devido quando há a efetiva transferência da propriedade de um imóvel, desde que relacionada à transmissão *inter vivos* de bens imóveis ou direitos reais, a qual ocorre mediante o registro correspondente. O caso em discussão, porém, se refere apenas à cessão de direitos relativos ao compromisso de compra e venda do bem imóvel.

Outrossim, aduziu o relator que não se afasta a necessidade de se garantir a segurança jurídica ao sistema de justiça, seja por prevenir decisões violadoras à jurisprudência do STF, seja para impedir o protocolo de novos Recursos Extraordinários.

Por tais razões, o agravo foi conhecido e o recurso extraordinário desprovido, de forma unânime, submetendo, o Ministro Luiz Fux, a demanda à sistemática da repercussão geral e fixando a seguinte tese (Tema 1124): “O fato gerador do imposto sobre transmissão *inter vivos* de bens imóveis (ITBI) somente ocorre com a efetiva transferência da propriedade imobiliária, que se dá mediante o registro”.

3. A INCIDÊNCIA DO ITBI NA CESSÃO DE DIREITOS À AQUISIÇÃO DE IMÓVEIS

O artigo 156, II, da Constituição Federal, concede aos municípios (e ao Distrito Federal - conforme estabelecido no artigo 147 da CF) a competência para instituir o imposto sobre a transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, sejam eles por natureza ou por acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como a cessão de direitos a sua aquisição.

Conforme já tivemos oportunidade de afirmar³, a partir da leitura do dispositivo supra, é possível identificar duas hipóteses de incidência do ITBI: (i) a transmissão “*inter vivos*”, por ato oneroso, a qualquer título, de direitos reais sobre bens imóveis (art. 1.225 do Código Civil) – aí incluído o direito de propriedade⁴ –, por natureza ou acessão física (art. 79 do Código Civil), exceto os de garantia (anticrese, hipoteca e propriedade fiduciária constituída com fins de garantia); e (ii) a cessão de direitos à aquisição de direitos reais – inclusive o de propriedade – sobre imóveis.

A materialidade que nos interessa é a segunda, ou seja, a “cessão de direitos à aquisição de bens imóveis ou direitos reais sobre imóveis”, a qual

³ FOLLADOR, Guilherme Broto, VALLE, Maurício Dalri Timm do. A Imunidade do ITBI sobre as Operações de Transmissão Imobiliária Efetuadas em Realização do Capital de Pessoa Jurídica. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 46. p. 199-235. São Paulo: IBDT, 2º semestre 2020. Quadrimestral.

⁴ Como bem observa Aires Fernandino Barreto, “... Observada a precisão terminológica, não se pode falar rigorosamente em transmissão de imóvel, porque, juridicamente, o que se transmite é a propriedade imobiliária. O direito de propriedade é que é objeto de transmissão, a qual, por sua vez, consiste na transferência da titularidade do direito de propriedade de um bem imóvel. No plano jurídico, transmitem-se os direitos sobre imóveis e não os próprios imóveis” (ITBI – Transmissão de Bens Imóveis da empresa “A” para as empresas “B” e “C”..., p. 153). Na mesma linha é a lição de Roque Antonio Carrazza: “Em rigor, o que se transmite é o ‘direito de propriedade’ imobiliária (e não, propriamente, o bem imóvel)” (ITBI – redução de capital..., p. 123).

abrange, por exemplo, as cessões de compromisso de compra e venda e os subestabelecimentos de procuração em causa própria (*in rem suam*).

A base de cálculo do imposto deve estar em conformidade com o critério material, o que implica que ela deve corresponder ao valor real da transação sujeita à tributação, ao invés do “valor venal” do bem ou direito que está sendo transferido. O valor venal representa uma estimativa teórica do valor que poderia ser alcançado em uma transação hipotética, entre partes bem-informadas e em condições de mercado normais, desconsiderando quaisquer aspectos subjetivos na formação do preço. No entanto, é importante observar que a Constituição autoriza o legislador a tributar as operações reais de transmissão de imóveis pelo ITBI, em vez de operações fictícias, fantasiosas ou ideais.

Além disso, importa destacar que o objeto de tributação é a transmissão de bens imóveis, ou seja, o patrimônio em movimento, e não o bem estaticamente considerado, tributado pelo IPTU ou ITR. Como já dissemos⁵:

O art. 38 do Código Tributário Nacional, ao adotar o “valor venal” dos bens ou direitos transmitidos como base de cálculo do imposto, é inconstitucional, a menos que o sentido de “valor venal” seja idêntico ao de valor real da transação. Se tomado na acepção ordinária, o preceito estará longe de exercer a função reguladora de imunidade, que lhe comina o art. 146, II, da Constituição Federal; na verdade, estará a dispor em contrário à regra de competência plasmada no art. 156, II, da CF.

A propósito, apesar de a jurisprudência, em sua maioria, aceitar sem grande objeção a utilização do “valor venal” como base de cálculo do imposto, há reflexos da visão de que o montante sujeito à tributação deve ser o valor real da transmissão, não um valor ideal do imóvel. Isso é evidente, por exemplo, em decisões judiciais que determinam que o valor a ser considerado como base de cálculo do imposto nas arrematações em leilões públicos seja o valor do lance vencedor, ou seja, o valor efetivo da transação, e não um valor arbitrado pelo Município para o imóvel⁶.

⁵ FOLLADOR, Guilherme Broto, VALLE, Maurício Dalri Timm do. A Imunidade do ITBI sobre as Operações de Transmissão Imobiliária Efetuadas em Realização do Capital de Pessoa Jurídica. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 46, p. 199-235. São Paulo: IBDT, 2º semestre 2020. Quadrimestral.

⁶ O entendimento vem sendo aplicado tanto para as arrematações ocorridas em leilão judicial (STJ, *AgRg no AREsp n. 630.603/PR*, DJe 13.03.2015; *AREsp n. 462.692*, DJe 23.09.2015;

Ademais, como bem observa Jeferson Teodorovicz, na legislação e na jurisprudência “... há tendência em reconhecer que a transmissão do bem imóvel decorre de negócio jurídico que atribui o valor de mercado ao imóvel transferido...”, sendo que “geralmente, o valor de mercado incluído no negócio jurídico supera o valor venal do bem imóvel constante no registro do imóvel”⁷.

Já o sujeito passivo é o adquirente de direitos sobre um imóvel que não promove o respectivo registro e os aliena em caráter particular. Dessa forma, o fato jurídico tributário corresponde à atividade de “ceder” tais direitos, e não a de “recebê-los em razão de cessão”. Como já dissemos anteriormente⁸:

Não fosse assim – é dizer, não fosse o cedente o destinatário constitucional do tributo nessa hipótese – o cessionário do direito à aquisição de um bem imóvel poderia vir a ser tributado duas vezes pela aquisição de um mesmo bem: primeiro, ao receber os direitos de aquisição e, depois, ao obter, do proprietário registral, a transferência do imóvel para o seu nome. Tamanha injustiça parece-nos contrariar o princípio da capacidade contributiva.

Além disso, o verbo “ceder” é o único que denota o núcleo da conduta passível de tributação na hipótese de cessão de direitos à aquisição de direito real sobre imóvel, e é essencial para efetivar os princípios da continuidade e isonomia tributária⁹.

Neste contexto, fica evidente que a segunda hipótese de incidência do ITBI também tem como objetivo viabilizar a tributação das transmissões de direitos sobre imóveis que não foram oficialmente registradas. Isso ocorre porque a Constituição não estipula a obrigatoriedade do registro da cessão de direitos. Essa disposição foi estabelecida precisamente para evitar que as transferências de direitos sobre imóveis ocorressem sem o devido registro no órgão competente, com a única finalidade de escapar da incidência do ITBI.

AREsp n. 1.425.219, DJe 01.03.2019), como, mais recentemente, para as arrematações efetuadas no bojo de leilão extrajudicial (STJ, **REsp n. 1.803.169**, DJe 29.05.2019).

⁷ Evasão tributária..., op. cit., p. 178.

⁸ FOLLADOR, Guilherme Broto, VALLE, Maurício Dalri Timm do. A Imunidade do ITBI sobre as Operações de Transmissão Imobiliária Efetuadas em Realização do Capital de Pessoa Jurídica. **Revista Direito Tributário Atual**, n. 46. p. 199-235. São Paulo: IBDT, 2º semestre 2020. Quadrimestral.

⁹ MACEDO, José Alberto Oliveira. ITBI – aspectos constitucionais e infraconstitucionais..., p. 192.

Dessa forma, exigir o respectivo registro importaria em conduta inconstitucional, em flagrante ofensa ao princípio da legalidade tributária.

Portanto, o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que seja favorável aos contribuintes, é passível de questionamento, tendo em vista que inova no ordenamento jurídico ao adicionar requisito não previsto na Constituição Federal (registro) para a incidência do ITBI sobre a cessão de direitos de aquisição sobre bens imóveis.

4. CONCLUSÃO

Ante o exposto, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal manteve a tese de que o ITBI só é devido quando ocorre a efetiva transferência da propriedade imobiliária, mediante registro. No entanto, essa interpretação levantou dúvidas sobre a real necessidade desse requisito, uma vez que a Constituição não prevê a realização do registro para a incidência do ITBI nos casos de cessão de direitos de aquisição sobre imóveis.

Dessa forma, é possível afirmar que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é passível de contestação por incompatibilidade com a Constituição Federal, ainda que seja pró-contribuinte, vez que a exigência do registro não foi prevista no texto constitucional, o que, portanto, viola o princípio da legalidade tributária, sendo forçoso concluir, destarte, que a necessidade de registro para a incidência do ITBI nos casos de cessão sobre direitos de aquisição imobiliária é inconstitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FOLLADOR, Guilherme Broto, VALLE, Maurício Dalri Timm do. A Imunidade do ITBI sobre as Operações de Transmissão Imobiliária Efetuadas em Realização do Capital de Pessoa Jurídica. **Revista Direito Tributário Atual**, n. 46. p. 199-235. São Paulo: IBDT, 2º semestre 2020. Quadrimestral.

BARRETO, Aires Fernandino. ITBI – transmissão de bens imóveis da empresa “A” para as empresas “B” e “C” – conceito de “atividade preponderante” – a imunidade específica prevista no artigo 156, parágrafo 2º, I, da CF – observância dos requisitos dos parágrafos 1º e 2º do artigo 37 do CTN. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 166. São Paulo: Dialética, julho 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 630.603**. Rel. Min. Sergio Kukina. Diário da Justiça Eletrônico de 13.03.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Recurso Especial n. 1.803.169**. Rel. Min. Herman Benjamin. Diário da Justiça Eletrônico de 29.05.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Agravo em Recurso Especial n. 1.425.219**. Rel. Min. Francisco Falcão. Diário da Justiça Eletrônico de 01.03.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Agravo em Recurso Especial n. 462.692**. Rel. Min. Regina Helena Costa. Diário da Justiça Eletrônico de 23.09.2015.

CARRAZZA, Roque Antonio. ITBI – redução de capital – imunidade – exegese do art. 156, § 2º, I, da Constituição Federal. **Revista Dialética de Direito Tributário** n. 24. São Paulo: Dialética, setembro 1997.

TEODOROVICZ, Jeferson. Evasão tributária, a base de cálculo do ITBI e a tipicidade no direito tributário brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. n. 43. Porto Alegre, agosto 2020.

MACEDO, José Alberto Oliveira. **ITBI – aspectos constitucionais e infraconstitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

Esta primeira edição da **Revista da Procuradoria-Geral do Município – RPGMJ** – é estruturada em dois blocos de artigos e comentários à jurisprudência, contemplando quinze trabalhos agrupados em três áreas de concentração: Direito Administrativo, Direito Processual Civil e Direito Tributário. Além dessas três áreas de concentração, a Revista apresenta outros trabalhos, incluídos no segundo bloco, com uma proposta de abordagem multidisciplinar, debatendo temas relacionados ao orçamento público, ao ordenamento territorial do solo, da cidade e Direito Ambiental, dentre outros.

A Revista, comprometida com o fortalecimento da Democracia, consolida-se como um espaço adequado para o desenvolvimento, por meio do debate, de diferentes visões críticas sobre institutos e instrumentos da Administração Pública e do Direito Público. A partir disso, abrem-se novos campos do saber com enfoque na atividade jurídica exercida nos Municípios.

Convidamos os leitores ao estudo das diferentes perspectivas reunidas nesta obra, a partir dos textos de Professores, Advogados, Magistrados, Membros do Ministério Público, Procuradores do Município e Servidores Públicos.

AUTORES

Armindo Madoz Robinson	Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini
Bruno Betti Costa	Maurício Dalri Timm
Cristiane Vansuita	Orlando Luiz Zanon Junior
Egon Bockmann Moreira	Pauline de Assis Lopes
Felipe Cidral Sestrem	Pedro Miranda de Oliveira
Flávia Pereira Hill	Rafael Schreiber
Franciano Beltramini	Ravi Peixoto
Francieli Cristini Schultz	Thiago Felipe de Amorim
Magda Cristina Villanueva Franco	



Prefeitura de
Joinville

PROCURADORIA-GERAL
DO MUNICÍPIO

