

RPGMJ

ANO 2 | VOL. 1

2024

Revista da

**PROCURADORIA-GERAL
DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE**



Prefeitura de
Joinville

PROCURADORIA-GERAL
DO MUNICÍPIO



Prefeitura de
Joinville

PROCURADORIA-GERAL
DO MUNICÍPIO

RPGMJ

ANO 2 | VOL. 1

2024

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

Dezembro 2024
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 e Membro
André Luís Holanda Gurgel Pereira	Procurador do Município / Membro do Conselho
Franciano Beltramini	Procurador do Município / Editor-Adjunto e Membro
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 / Secretária-Executiva

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: Maio 2025

Idioma das Publicações: Português, Inglês e Espanhol

Submissões disponíveis por meio de Editais de Chamamento (nº 01/2024, SEI PGM.GAB 0021681458)

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, 2024.

v. 1, 23 cm.

Anual: a. 2.

Segundo número editado como edição especial internacional.

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 (2025-2028)

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
Karol da Costa	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, Servidora Pública Municipal
Guilherme Casali	Mestre em Ciências Jurídicas, Diretor-Presidente IPREVILLE
Janaína 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 Municipal
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

Os cargos nominados à Revista foram escolhidos por meio de Portaria Municipal e Edital de Chamamento veiculados em 2023. Portaria SEI PGM.GAB 0017905933 (Nº 19, de 7 de agosto de 2023) Edital SEI PGM.GAB 0018198270 (Chamada Pública nº 02/2023)

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 Internacional. Com essa licença você pode compartilhar, adaptar, criar para qualquer fim, desde que atribua a autoria da obra.

MENSAGEM DO PREFEITO

Joinville é reconhecida por ser pioneira em diversos segmentos e no serviço público não poderia ser diferente. Como gestor da maior cidade de Santa Catarina, posso afirmar que nosso time trabalha com afinco para garantir que iniciativas pioneiras e inovadoras implantadas na nossa cidade sejam capazes de trazer resultados positivos para as pessoas que aqui vivem. Para isso, é necessário investir em estudo e planejamento.

Neste sentido, conteúdos como a Revista da Procuradoria-Geral do Município de Joinville, publicada pela primeira vez no ano passado, são fundamentais e contribuem de forma excepcional. Focada em Direito Público e em Administração, a publicação reúne textos com discussões relevantes para gestores públicos, pesquisadores e, especialmente nesta edição, operadores do direito.

Nas próximas páginas, leituras sobre Direito Administrativo, Previdência, interação com Organizações Sociais e contratos contribuem tanto para a reflexão quanto para a prática de quem atua ou tem relação com estes meios. Além disso, uma entrevista com a Procuradora-Geral de Joinville, Christiane Schramm Guisso, referência em competência e lisura, traz detalhes sobre sua liderança à frente da Procuradoria nos últimos quatro anos.

São destaques também a contribuição internacional oriunda da Itália sobre Direito Notarial e o texto do Procurador Estadual Weber de Oliveira, da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina.

Recomendo, ainda, a leitura de um texto sobre a experiência de Porto Alegre na conciliação e mediação no âmbito da Administração Pública como forma de redução da litigiosidade; além da importante contribuição do Professor Pedro Niebuhr, da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), sobre desburocratização e simplificação da legislação urbanística como elemento indutor de sustentabilidade nas cidades.

Aproveito para agradecer aos colaboradores desta edição e desejar a você uma ótima leitura.

Adriano Bornschein Silva

Prefeito do Município de Joinville

EDITORIAL

Apresentamos a 2ª Edição da Revista da Procuradoria-Geral do Município de Joinville.

Nesse ano a Revista contou a participação de autores internacionais trazendo perspectivas do Direito Italiano acerca de temáticas envolvendo o Direito Público, especialmente o Direito Processual Civil.

A Revista objetivou diversificar os debates críticos.

As publicações, agrupadas em diferentes seções, perpassaram temas de Licitações e Concessões, a Sustentabilidade e Normas Urbanísticas até a avaliação de disposições estatutárias próprias do Município de Joinville.

Também contamos com contribuições essenciais de outros amigos da Advocacia Pública, a exemplo da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina, na pessoa do Prof. Dr. Weber Luiz de Oliveira, e da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, na pessoa da Dr^a. Patrícia Dornelles Schneider, Procuradora-Chefe do Setor de Conciliação e Mediação da PGM de Porto Alegre.

Nesse ano inovamos, mais uma vez. Trouxemos numa seção específica, inicialmente – previamente apresentada aos trabalhos técnicos e científicos – o sensível relato, em formato de entrevista, da simbiose Advocacia Pública e Privada, falas extraídas da entrevista realizada com a Procuradora-Geral do Município, Dra. Christiane Schramm Guisso, retrato de sua trajetória, não terminada e atualmente em vigoroso ritmo.

O Conselho Editorial, o Gabinete da Procuradoria-Geral e o Município de Joinville, como um todo, agradecem as contribuições apresentadas para a composição dessa 2ª Edição da Revista da Procuradoria-Geral do Município de Joinville.

Esperamos que todos possam desfrutar dos textos abaixo e utilizá-los, de forma reflexiva, para a melhoria das práticas habituais e operacionais do Direito, assim como para conduzir, de forma propositiva, novos estudos sobre o Direito e a Administração Pública Municipal.

Relembramos que a Revista está disponível, de forma ampla, gratuita e irrestrita, no sítio eletrônico institucional da Procuradoria-Geral agora informado: <https://www.joinville.sc.gov.br/institucional/pgm/revista/>.

Desejamos uma ótima leitura a todos!

Felipe Cidral Sestrem

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

Franciano Beltrami

Editor-Adjunto da Revista da Procuradoria-Geral
do Município de Joinville – RPGMJ

SUMÁRIO

PRIMEIRA SEÇÃO – CARTA AO LEITOR

O PERFIL DA ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL.....	17
Felipe Cidral Sestrem	

SEGUNDA SEÇÃO – ENTREVISTA

QUATRO ANOS NA ADVOCACIA PÚBLICA.....	33
Christiane Schramm Guisso	

TERCEIRA SEÇÃO – AUTORES CONVIDADOS

LA NUOVA “COMPETENZA” DEI NOTAI ITALIANI IN AFFARI DI VOLONTARIA GIURISDIZIONE.....	49
Ferruccio Auletta	

A “NOVA COMPETÊNCIA” DOS NOTÁRIOS ITALIANOS EM ASSUNTOS DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA.....	72
Ferruccio Auletta	

DOS BENS DOS AUSENTES.....	96
Guilherme Christen Möller	

PRECEDENTES JUDICIAIS E SUA NORMATIVIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	109
Weber Luiz de Oliveira	

A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	137
Patrícia Dornelles Schneider	

QUARTA SEÇÃO – ARTIGOS E COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

DESBUROCRATIZAÇÃO E SIMPLIFICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO URBANÍSTICA COMO ELEMENTO INDUTOR DE SUSTENTABILIDADE.....	153
Pedro de Menezes Niehbur Raquel lung Santos Pedro Duarte Rodrigues Guimarães	
INOVAÇÃO E CONFORMIDADE NA ERA DA PROTEÇÃO DE DADOS: O CASO DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE.....	171
Sahmara Liz Botemberger	
A JUDICIALIZAÇÃO DOS CASOS DE LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE/SC.....	196
Thiago Felipe de Amorim Samuel Rodolfo Santos Gouveia	
AS NOVAS DIRETRIZES DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA A PARTIR DA LEI N. 14.230/21.....	219
Alessandra Skrypec	
A APLICABILIDADE, ÀS CONCESSÕES, DO PRAZO MÁXIMO DE CONTRATOS TRAZIDO PELA NOVA LEI DE LICITAÇÕES.....	239
Eduardo Felipe Heinemann Gassenferth	
POSSIBILIDADE DE FRACIONAMENTO DE HONORÁRIOS DE ADVOGADOS PÚBLICOS QUANDO ATINGIR O TETO CONSTITUCIONAL.....	260
Rafael Schreiber Thiago de Oliveira Vargas	
TRIBUTAÇÃO DO TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS E IMPACTOS NO SETOR EMPRESARIAL BRASILEIRO	279
Grasiela Grosseli Marília S. Bezerra	

O NOVO CENÁRIO DAS APOSENTADORIAS EM IDADES CADA VEZ MAIS AVANÇADAS.....	296
Cristiane Vansuita	
NEGÓCIOS JURÍDICOS, FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL E PERSPECTIVAS PARA OS PROCESSOS ESTRUTURAIS	312
Leonardo Fortes Rocha Brizola Vitória Fischer Borges	
PRORROGAÇÃO DE ATAS DE REGISTRO DE PREÇOS: POSSIBILIDADE DE RENOVAÇÃO DOS QUANTITATIVOS REGISTRADOS	326
Francieli Cristini Schultz Paula Padilha Penteado Klein	
A LICENÇA-PRÊMIO POR ASSIDUIDADE E SEUS EMBATES JURÍDICOS NO MUNICÍPIO DE JOINVILLE.....	343
Franciano Beltramini	
RESPONSABILIDADE CRIMINAL DOS FUNCIONÁRIOS DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL EM CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	361
Eduardo Teddy Carneiro Nóbrega Héryta Ramos de Araújo	

PRIMEIRA SEÇÃO

Carta ao leitor

O PERFIL DA ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL

Felipe Cidral Sestrem¹

Resumo: O presente trabalho é proposto em formato de carta ao leitor, objetivando fomentar o debate e o olhar específico quanto à função exercida no âmbito da advocacia pública e ao seu perfil específico. Apresenta formato dedutivo, aliando pesquisa exploratória doutrinária com pesquisa empírica, a partir de dois relatórios diagnósticos do perfil da advocacia pública brasileira e da própria advocacia pública municipal. O trabalho é estruturado em três capítulos, apresentando-se ao final conclusão que sugere a realização de diagnósticos setoriais e locais, buscando aprofundar as conclusões parciais obtidas a partir dos estudos anteriores.

Abstract: This article is proposed in the form of a letter to the reader, aiming to foster debate and a specific perspective on the role played by public lawyers and their specific profile. It presents a deductive format, combining exploratory doctrinal research with empirical research, based on two diagnostic reports on the profile of Brazilian public lawyers and municipal public lawyers themselves. The work is structured in three chapters, with a conclusion that suggests the need for sectoral and local diagnoses, seeking to deepen the partial conclusions obtained from previous studies.

Palavras-chave: Advocacia pública municipal; Diagnósticos; Perfil; Estudos empírico; Propostas de melhoria.

¹ Mestre em Direito, Estado e Sociedade na Universidade Federal de Santa Catarina. Procurador do Município de Joinville. Presidente da Comissão Estadual de Procuradores Municipais da Ordem dos Advogados, Seccional de Santa Catarina – OAB/SC. Membro da Associação Nacional dos Procuradores Municipais – ANMP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. E-mail: felipe.sestrem@joinville.sc.gov.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5562093009346927> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5244-2359>

Keywords: Municipal Attorney General’s advocacy; Diagnostics; Profile; Empirical studies; Proposals for improvement.

Sumário: 1. Introdução; 2. Discussão: a diversidade do perfil; 3. Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A advocacia pública é um prisma na, ainda jovem, democracia brasileira. O advogado público é figura essencial na concretização desse caminho. Guardiã da juricidade, a advocacia pública exerce um papel complexo: ao tempo que limita, é limitada por estar internamente, do ponto de vista estrutural, administrativo e financeiro, vinculada ao Poder que busca controlar.

Muitas são as dificuldades do exercício da advocacia pública: a principal delas é a ausência de recursos orçamentários próprios, num quantitativo adequado para fazer frente aos novos desafios e à progressiva evolução dos trabalhos imposta por órgãos externos (i.e. Ministério Público, Poder Judiciário, Advocacia privada); também, por conta da velocidade da estrutura interna da própria Administração Pública a qual a advocacia pública é vinculada. A segunda das dificuldades é a organização interna dos serviços e, nesse aspecto, a forma pela qual as demais Secretarias enxergam e interagem com a Advocacia Pública. Aos advogados públicos exige-se altíssima resiliência, dedicação integral às atividades (até mesmo para manter a qualidade dos serviços) e altíssima capacidade comunicativa e emocional para enfrentar os desafios.

Os estudos existentes quanto à forma de exercício da advocacia pública e o perfil dos profissionais ainda são escassos.

A Associação Nacional dos Procuradores Municipais – ANPM – capitaneou, em 2018², um dos principais e mais relevantes estudos conduzidos no Brasil, como um todo, acerca da temática. Antes dela, o Ministério da Justiça, em 2011³, já havia realizado um estudo com foco em toda a advocacia pública, sem o enfoque, contudo, no ambiente apenas municipal.

² MENDONÇA, Clarice Corrêa de; VIEIRA, Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figuerêdo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal do Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018. 102p.

³ BRASIL, Ministério da Justiça. **I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil**. Brasília: Teixeira Gráfica e Editora Ltda, 2011, 181p.

No presente artigo científico, em formato de carta ao leitor (e, como tal, não submetida à *double blind review*), traçamos uma breve incursão quanto aos estudos e quanto ao prognóstico existente para a advocacia pública municipal e ao seu perfil.

2. DICUSSÃO: A DIVERSIDADE DO PERFIL

Os primeiros dados de 2011 exarados pelo Ministério da Justiça, indicavam que em 84,3% dos Municípios existiam Procuradores Municipais, sendo a maior das áreas nas quais a atividade era exercida a de Pessoal e Administrativo.⁴ Do total dos entrevistados nesse estudo pioneiro do início da década passada, 59,1% eram pessoas do sexo masculino e, naquela época – há mais de 10 anos –, 25,4% (a maior faixa proporcional) eram pessoas entre 30 e 34 anos. Por outro lado, menos de 1% dos profissionais tinha mais que 60 anos. 75,3% eram casados e, ainda, 95,1% eram pessoas de orientação heterossexual. O extrato de cor ou raça era, ainda mais abissal: 79,9% dos entrevistados se identificaram como de cor branca, 15,7% de cor parda e, por último, 0,6% de cor negra. Majoritariamente o perfil da advocacia pública era de católicos (60,7%), seguidos por pessoas sem religião (14,5%).

No campo acadêmico, 39,1% possuíam apenas a graduação, seguidos por especialistas (pós-graduados *lato sensu*) em outros 35,6%. Apenas 1,9% dos entrevistados possuíam pós-doutorado (sete profissionais), 1,6% possuíam a titulação de doutor (seis profissionais) e 7,9% o título de mestre (vinte e nove profissionais).

Com relação à vinculação familiar, o maior percentual de profissão exercida por cônjuges dos Procuradores era de advogados (10,84%), seguidos de servidores públicos (6,34%). Quase metade dos entrevistados não possuía filhos (45,8%) e apenas 7,4% dos Procuradores possuíam três filhos. Quanto à origem, a maior faixa proporcional (29%) dos Procuradores advém de famílias com pais graduados e outros 23,1% de pais apenas com o ensino médio concluído. 62,4% dos profissionais são oriundos de instituições privadas e 68,9% não estavam desenvolvendo novos estudos intelectuais (v.g. capacitação, acadêmicos, técnicos).⁵

⁴ BRASIL, Ministério da Justiça. **I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil**. Brasília: Teixeira Gráfica e Editora Ltda, 2011, p. 148-149.

⁵ BRASIL, Ministério da Justiça. **I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil**. Brasília: Teixeira Gráfica e Editora Ltda, 2011, p. 149-156.

Quanto à variância da profissão e o estímulo em nela ficar, ainda no estudo de 2011, 87,9% dos entrevistados informaram que já realizaram outros concursos públicos, sendo que 25,2% já frequentou ou frequenta outra graduação (especificamente Administração, História, Contabilidade ou Letras). 43,1% dos Procuradores exercem a atividade de advocacia privada concomitantemente à advocacia pública.⁶ Dos entrevistados, 15,1% - maior extrato de variância - possui parentes na magistratura e outros 11,5% - segundo maior extrato - na própria advocacia pública. Além disso, 46,8% têm interesse em mudar de carreira, especialmente a partir da maior justificativa de não atratividade: 77,7% responderam que baixos salários (diante da altíssima responsabilidade e carga de trabalho) motivam a saída dos profissionais.⁷ Comparativamente a esse dado, 55,3% dos entrevistados entendiam que, de alguma forma, a advocacia pública contribui ativamente para a transformação da sociedade, considerando, ainda, a despeito da subjetividade do dado, excessiva a carga de trabalho (por 43,4%).⁸

Quanto ao acesso à profissão, a partir do estudo global de 2011, 66,3% (quase dois terços do substrato) dos Procuradores ingressaram antes do ano 2000, sendo 90,2% do total por meio de concurso público. 3,9% acessaram a advocacia pública por meio de transposição de outras carreiras, totalizando dezenove profissionais no número da amostragem.⁹

No tocante à jornada, em 39,1% das Procuradorias há cumprimento de jornada de 30 horas a 40 horas semanais. Apenas em 2,2% há exigência do cumprimento de mais de 40 horas semanais de modo formal.¹⁰

A autocrítica fica reservada à forma pela qual os próprios procuradores enxergam a profissão: 38,9% dos procuradores avaliaram positivamente a área de interesses coletivos e difusos, um dos principais desafios da Advocacia

⁶ BRASIL, Ministério da Justiça. **I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil**. Brasília: Teixeira Gráfica e Editora Ltda, 2011, p. 157.

⁷ BRASIL, Ministério da Justiça. **I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil**. Brasília: Teixeira Gráfica e Editora Ltda, 2011, p. 161-162.

⁸ BRASIL, Ministério da Justiça. **I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil**. Brasília: Teixeira Gráfica e Editora Ltda, 2011, p. 168-169.

⁹ BRASIL, Ministério da Justiça. **I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil**. Brasília: Teixeira Gráfica e Editora Ltda, 2011, p. 158-159.

¹⁰ BRASIL, Ministério da Justiça. **I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil**. Brasília: Teixeira Gráfica e Editora Ltda, 2011, p. 163.

Pública.¹¹ Além disso, as piores avaliações quanto a estrutura ocorreram em três tópicos: espaço físico (25,6% de satisfação); servidores de apoio (25,2% de satisfação); e espaço para atendimento ao público (16,4% de satisfação).

Com relação à remuneração, 26,6% recebem remuneração inferior a R\$4.000,00 o que corresponderia, aplicando-se as correções monetárias, ao valor nominal de R\$9.100,00, aproximadamente. Por sua vez, 30,1% receberiam entre R\$4.000,00 a R\$8.000,00 (o que corresponderia ao teto atual de R\$18.200,00) e, o maior extrato da pesquisa, indica que os Procuradores majoritariamente percebiam entre R\$8.000,00 a R\$20.000,00 – 39,2% do extrato – o que, na data presente, seria equivalente ao montante de R\$45.350,00.¹² Em 2011, 3,3% dos entrevistados recebiam valor acima da última faixa, isso é, superiores a R\$20.000,00 ou, ainda, ao montante acima de R\$45.350,00, em valor atualizados para a data presente.¹³

Conclusões propositivas foram apresentadas, cujo excerto é abaixo transcrito para o contato direto do leitor quanto à manifestação empreendida no estudo de 2011, a partir da coleta de dados de 2009 e 2010.

No âmbito municipal, medidas como autonomia funcional, administrativa e orçamentária e legitimação para atuação em ações judiciais são aprovadas por mais de 80% dos respondentes. No entanto, medidas como controle externo da Procuradoria-Geral do município, ouvidor não integrante da carreira e participação da sociedade civil na definição de prioridades de atuação são aceitas por menos da metade dos respondentes. Estes resultados indicam que não há problemas institucionais significativos, mas também que há uma resistência importante para a implementação de mecanismos de controle externo. A resistência é frequente em carreiras que acabam adotando uma dinâmica corporativa, mas precisa ser enfrentada pelo poder público municipal, por meio de processos de

¹¹ BRASIL, Ministério da Justiça. **I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil**. Brasília: Teixeira Gráfica e Editora Ltda, 2011, p. 164.

¹² Com a ressalva do posicionamento dos tribunais brasileiros quanto à inconstitucionalidade da redução percentual do valor de subsídios de procuradores, justamente em razão da inconstitucional da subtração de 9,75% do subsídio dos Desembargadores Estaduais. Nesse sentido, ver SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça de. Apelação Cível n. 5016587-42.2023.8.24.0008. Quarta Câmara de Direito Público. Relatora Desembargador Vera Lucia Copetti. Data do Julgamento 22.11.2024.

¹³ BRASIL, Ministério da Justiça. **I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil**. Brasília: Teixeira Gráfica e Editora Ltda, 2011, p. 158-159.

convencimento e implementação efetiva de mecanismos de controle, especialmente as ouvidorias. Há que se fomentar também maior participação dos Procuradores Municipais nos meios alternativos de resolução de conflitos, como forma de minorar as dificuldades levantadas na utilização do Poder Judiciário [...] Da mesma forma, no tocante à elaboração de teses institucionais para a qualificação da intervenção das procuradorias municipais, o estabelecimento de mecanismos de intercâmbio entre os municípios, especialmente em nível regional, poderia contribuir para suprir esta deficiência estrutural e viabilizar a constituição de bancos de dados neste âmbito. Por fim, constatou-se que em todos os municípios relatados a instituição não conta com ouvidor, denotando a falta de preocupação com um mecanismo importante para a qualificação da relação das Procuradorias com a sociedade. No mesmo sentido, em somente um município ocorrem campanhas periódicas de divulgação dos serviços da Procuradoria-Geral para a população, e em quatro municípios a PGM possui algum mecanismo institucionalizado que permita a algum cidadão manifestar-se ou esclarecer dúvidas sobre a atuação da Instituição ou de um de seus integrantes. Há, portanto um espaço importante para qualificar a relação das Procuradorias Municipais com os cidadãos. Uma vez que isto ocorra, também seria importante o desenvolvimento de ações, programas ou projetos que proponham formas alternativas de resolução de conflitos, evitando o encaminhamento judicial da demanda, quando for o caso. Em somente dois municípios estes mecanismos foram identificados.¹⁴

Há, sem sobra de dúvidas, outros dados relevantíssimos no estudo de 2011 do Ministério da Justiça. Todavia, há pouquíssimas constatações empíricas, nos estudos desenvolvidos, quanto ao papel de autocontenção e controle interno que deve ser exercido pela Advocacia Pública. Apesar dos esforços doutrinários, percebe-se pouca atuação estruturada nessa forma de prestação dos serviços, à exceção das atuações exigidas por força de lei federal, a exemplo das licitações.¹⁵

¹⁴ BRASIL, Ministério da Justiça. **I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil**. Brasília: Teixeira Gráfica e Editora Ltda, 2011, p. 178; 180.

¹⁵ Sobre o papel de prevenção e autocontenção da advocacia pública, ver TONETTO, Fernanda Figueira; GUERRA, Sidney. A Advocacia de Estado e o controle da Advocacia Pública. **Revista Direito e Justiça**: reflexões sociojurídicas. Santo Ângelo, v. 20, n. 37, p. 67-83. Maio/Agosto 2020.

Nos estudos de 2018, publicados por meio da Revista Fórum em parceria com a Associação Nacional dos Procuradores Municipais – ANPM –, o enfoque foi dado à esfera municipal, especialmente quanto ao papel que o ente municipal e, portanto, seu representante judicial e extrajudicial possui. Há uma intrínseca relação de melhoria entre os Índices de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM) e indicadores de qualidade de gestão pública (IGM-CFA) com a presença de estruturas permanente de Procuradores Municipais concursados.¹⁶

Apesar desse relevante dado, os estudos conduzidos em 2018 identificaram uma realidade diferente para a esfera municipal que conta com 34,4% de municípios nos quais há procuradores municipais efetivos concursados e, dentre os Municípios de grande porte, em 66,7%.¹⁷ Esse é o mote da luta pela PEC n. 17/2012 que, passados mais de treze anos, ainda não vê um desfecho.

A metodologia, formatada em pesquisa qualitativa *survey*, em 2018, foi pautada em quatro vetores: levantamento de dados atualizados focados na esfera municipal; aprofundamento de questões na temática municipal; embasamento de iniciativas de fortalecimento de procuradorias municipais; justificação e legitimação de melhores condições de trabalho para os procuradores municipais. A amostra foi de 5.569 municípios divididos em três categorias (em Procuradorias com procuradores concursados; em Procuradorias sem procuradores concursados; conjunto de municípios a partir da aplicação dos questionários (com resposta em 831), somada com coleta aleatória em 360 casos. O nível de confiança atingido foi de 95%, estratificados em todo o território nacional e divididos por porte: pequeno (até 20 mil habitantes); pequeno porte II (entre 20 mil e 50 mil habitantes); médio (entre 50 mil e 100 mil habitantes); grande porte (entre 100 mil e 900 mil habitantes) e metrópoles (acima de 900 mil habitantes). Os questionários seguiram a métrica do Censo IBGE, ofertados em ambiente online, impresso e/ou por telefone, coletados ao longo de nove meses. A maior dificuldade

¹⁶ MENDONÇA, Clarice Corrêa de. Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figueiredo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018. p. 13-14; 32. Os dados indicam que há um caso de 20% de pontos para aqueles municípios que apresentam procuradores municipais concursados com IDHMs em alto nível.

¹⁷ MENDONÇA, Clarice Corrêa de. Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figueiredo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018. p. 19.

foi em obter resposta dos municípios que não possuíam procuradores concursados, dada a crítica existente ao papel que deveria ser desenvolvido por parte da instituição promotora – ANPM.

Os quantitativos mais expressivos de procuradores concursados estão nos municípios de grande porte (57,9%) e nas metrópoles (com 93,8%).¹⁸ Paradoxalmente, na maioria dos casos (63,7% para municípios sem procuradores concursados; 50,8% para municípios com procuradores concursados) não há Procuradoria instituída ou organizada por lei, sendo que apenas 3,1% dos casos indicaram Procuradorias instituídas antes do período constitucional de 1988 e, ainda, 45,7% estruturadas há menos de 10 (dez) anos, a partir de 2010¹⁹, demonstrando que a atuação e o aperfeiçoamento da atividade é (ainda) recentíssimo. Das Procuradorias com procuradores efetivos, menos de 1/3 (24,9%) possuem lei orgânica, reforçando o argumento de que o processo de fortalecimento ainda é crescente e novo, devendo ser incentivado.²⁰

A quantidade média de procuradores concursados (média geral) é de 8 profissionais por Municípios. Nas metrópoles, a quantidade média segmentada é de 49 profissionais; nos Municípios de grande porte (entre 100 mil e 900 mil habitantes) é de 15 profissionais, nos Municípios de médio porte a média é de 5 procuradores; nos de pequeno porte 2 é de 3; e nos de pequeno porte 1 a média é de 2 procuradores. A região com menor quantitativo de profissionais, na média, é a Sul, que apresenta cerca de 50% do quantitativo médio total da região Norte e Sudeste (respectivamente, em primeiro e segundo lugar na métrica). Provavelmente pelo baixo quantitativo de profissionais por cada órgão há baixa adesão ao associativismo. Apenas em 31,5% dos Municípios há associação local de procuradores municipais.²¹

¹⁸ MENDONÇA, Clarice Corrêa de. Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figuerêdo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018. p. 30.

¹⁹ MENDONÇA, Clarice Corrêa de. Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figuerêdo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018. p. 35.

²⁰ MENDONÇA, Clarice Corrêa de. Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figuerêdo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018. p. 36.

²¹ MENDONÇA, Clarice Corrêa de. Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figuerêdo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018. p. 74-78; 81.

Em 43% dos casos a Procuradoria está constitucionalizada nas leis orgânicas, sendo o maior excerto de órgãos que são equiparados a Secretarias Municipais (53,8%). Apesar disso, em 65,7% dos casos há concorrência de profissionais de carreira dividindo atribuições com profissionais não concursados no desempenho da atividade de advocacia pública, cuja incidência é inversamente decrescente em razão do porte, com maior predominância em Municípios de pequeno porte (menos de 20 mil habitantes), isso é, 71,3% da amostra de 429 questionários respondidos com essa temática.

Na ausência de procuradores efetivos, em 39,4% dos casos as atividades são exercidas por escritórios de advocacia contratados por regime de licitação ou, ainda, por inexistência²², o que ocorre em apenas 19,8% dos municípios com procuradores municipais concursados (reforçando se tratar de um fenômeno anômalo e preocupante).²³ Obviamente esse reflexo é experimentado na figura do Procurador-Geral que, em apenas 10,7% dos casos é exigido que integre a carreira de procurador municipal (aproximadamente 35 municípios da amostra).²⁴

Ao contrário do verificado na amostra nacional de 2011, os dados coletados pela ANPM em 2018 indicaram que majoritariamente a advocacia pública municipal é exercida em regime parcial, com 20 (vinte) horas semanais ou menos de dedicação (representando 44,4% dos casos).²⁵ Todavia, na estratificação por porte de Municípios, pôde-se verificar que a maior incidência de jornadas completas de 40 horas ou mais foi verificada em Municípios de Grande Porte (entre 100 mil e 900 mil habitantes), isso é, 38,7% dos respondentes indicando jornadas nesse sentido, seguidas de 40,1% entre 30 e 39 horas. Contraditoriamente, em Metrôpoles há maior

²² MENDONÇA, Clarice Corrêa de. Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figueiredo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018. p. 41-42.

²³ Nesse sentido, o Tribunal de Contas Catarinense possui recente posicionamento no sentido de reforçar a estruturação formal de Procuradorias Jurídicas no âmbito dos Municípios e desestimular a contratação de escritórios de advocacia. A decisão pode ser acessada na **Consulta @CON 22/00261068**, decisão de 30.09.2024.

²⁴ MENDONÇA, Clarice Corrêa de. Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figueiredo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018. p. 50.

²⁵ MENDONÇA, Clarice Corrêa de. Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figueiredo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018. p. 47-48.

incidência de escala parcial, crescendo de 21,2% para 33,3% daqueles que prestam entre 20 e 29 horas de trabalho e reduzindo de 38,7% para 20,0% para aqueles que prestem entre 40 horas ou mais.²⁶

Essa pluralidade de modelos é refletida diretamente no caráter majoritário da ausência de estruturação de planos de cargos, carreira e salários (PCCS). Em 61,1% dos casos não há os referidos planos, havendo apenas previsão do recebimento de vencimentos, com progressões no tempo.

Curiosamente, a maior média remuneratória é do Norte do país, com R\$6.244,96, dados de 2018, sendo a menor do Sudeste, com R\$4.174,74, seguida do Sul, com R\$4.779,71. A maior faixa de remuneração está entre 10 a 15 salários mínimos, representando 35,2% do cenário nacional, sendo que, à época, apenas 3% da amostra indicava auferir mais de 20 salários mínimos, isso é, remuneração superior a R\$17.600,00. Os dados destoam de forma significativa dos achados do estudo de 2011 do Ministério da Justiça, indicando uma maior precariedade da questão remuneratória dos procuradores municipais. Também de forma contraditória, os dados da ANPM demonstraram que a remuneração dos procuradores municipais efetivos tende a ser aproximadamente 10% (dez por cento) menor do que daqueles que exercem as atividades sem concurso.²⁷

Os dados também demonstraram uma fragilização das remunerações totais dos procuradores, que possuem diferenças remuneratórias entre a classe de acesso e a última entre 46,1% para metrópoles até 70,9% para municípios de médio porte, muito decorrente da instituição de adicionais de substituição, assunção de cargos e funções, existentes em 36,1% e correspondendo, na média, ao valor percentual de 38% da remuneração total do procurador. Em 10,5% dos casos há presença de adicionais de produtividade em valores médios de R\$4.862,69 da época, o que corresponderia atualmente ao montante de R\$7.166,29.²⁸

²⁶ MENDONÇA, Clarice Corrêa de. Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figuerêdo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018. p. 48-49.

²⁷ MENDONÇA, Clarice Corrêa de. Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figuerêdo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018. p. 55-56.

²⁸ MENDONÇA, Clarice Corrêa de. Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figuerêdo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018. p. 58-59. Aos valores foram aplicados os índices de INPC e a tabela do TJSC.

Em 46,4% dos casos há adicional salarial, de pós-graduação ou titulação, sendo que apenas em 9,1% há custeio parcial ou total dos cursos de pós-graduação, mestrado, doutorado ou formação complementar²⁹, na grande parte ofertado para efetivos. Em 5% dos Municípios há presença de doutores, em 33,7% de mestres e, em 86,4% especialistas.

Um dos dados mais sensíveis da pesquisa, apresentado no item 2.5., identificou que em 46,6% dos Municípios não há distribuição de honorários de sucumbência a procuradores, malgrado o Código de Processo Civil estivesse vigente e autoaplicável à época da realização da pesquisa, sequenciados por 82,3% dos Municípios sem fundo de recursos instituído³⁰, cuja composição de valores é variada, sendo majoritariamente (em 63,2% dos casos) composta de parte dos honorários sucumbenciais.

Quanto à estrutura, majoritariamente as procuradorias são estruturadas em Gabinetes Coletivos (58,5% dos casos da amostra de concursados); com um computador para cada procurador (em 87,1% dos casos) e com 100% dos casos com internet disponível para acesso.³¹

O fechamento do estudo indicou a necessidade de se aprofundar as pesquisas e utilizá-las como fator de asseguarção da melhoria da qualidade da gestão pública e, conseqüentemente, do direito aos serviços de qualidade à população. Os dados de 2018 não são conclusivos e sugeriram, a partir de sua explanação, um maior aprofundamento, especialmente com enfoque na realidade local, potencialmente por meio de estudos estaduais a serem capilarizados por associações ou por instituições com abrangência nos territórios correspondentes.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse artigo propôs-se a apresentar essa diferente forma de se compreender a advocacia pública a partir do perfil dos seus próprios profissionais,

²⁹ MENDONÇA, Clarice Corrêa de. Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figuerêdo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018. p. 60-62.

³⁰ MENDONÇA, Clarice Corrêa de. Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figuerêdo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018. p. 63-66.

³¹ MENDONÇA, Clarice Corrêa de. Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figuerêdo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018. p. 68-72.

provocando-se o leitor a refletir sobre o papel exercido nesta e por meio desta função essencial à justiça.

Mais do que fiscais, mais do que controladores: as instituições de advocacia pública detêm um papel de coerência estatal sistêmica³². Elas devem dar sentido às instituições para as quais pertencem e são integrantes, sem perder o foco na autocrítica e na própria autocontenção que devem exercer. Procuradores não são políticos: tampouco são gestores públicos. Nada obstante, podem e devem exercer funções na conjuntura de políticas públicas, especialmente na qualidade de *policy brokers*³³. Nessa qualidade, contudo, devem ser vistos a partir de seus lugares de fala e de mundo; devem ser compreendidos a partir das condicionantes que podem lhe imputar vieses cognitivos.

As conclusões são parciais e levam, sugestivamente, à necessidade de se elaborar estudos diagnósticos locais, que contemplem as diferenças locais e regionais, especialmente em razão da gigantesca profusão quantitativa de instituições que exercem a advocacia pública municipal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Ministério da Justiça. **I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil**. Brasília: Teixeira Gráfica e Editora Ltda, 2011, 181p.

MENDONÇA, Clarice Corrêa de; VIEIRA, Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figuerêdo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal do Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, Herkenhoff & Prates, 2018. 102p.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O papel da Advocacia Pública no Dever de Coerência na Administração Pública. **Revista de Estudos Institucionais**. v. 5, n. 2, p. 382-400, Maio./Agosto 2019.

SANTA CATARINA, Tribunal de Contas do Estado de. **@CON22/00261068**, da Federação Catarinense de Municípios. Rel. Conselheiro Wilson Rogério Wan-Dall. Decisão de 30.09.2024.

³² Segundo a doutrina especializada, o dever de coerência estatal advém da densificação de quatro princípios constitucionais: igualdade, segurança jurídica, razoabilidade e proporcionalidade e, ainda, eficiência (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O papel da Advocacia Pública no Dever de Coerência na Administração Pública. **Revista de Estudos Institucionais**. v. 5, n. 2, p. 382-400, Maio./Agosto 2019, p. 391-392.

³³ SESTREM, Felipe Cidral. A Advocacia de Estado na Deliberação Democrática: *advocacy* no controle de Políticas Públicas. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina**. v. 14, n. 1. Florianópolis: PGE/SC, 2024. pp. 11-31.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça de. **Apelação Cível n. 5016587-42.2023.8.24.0008**. Quarta Câmara de Direito Público. Relatora Desembargador Vera Lucia Copetti. Data do Julgamento 22.11.2024.

SESTREM, Felipe Cidral. A Advocacia de Estado na Deliberação Democrática: *advocacy* no controle de Políticas Públicas. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina**. v. 14, n. 1. Florianópolis: PGE/SC, 2024. pp. 11-31.

TONETTO, Fernanda Figueira; GUERRA, Sidney. A Advocacia de Estado e o controle da Advocacia Pública. **Revista Direito e Justiça: reflexões sociojurídicas**. Santo Ângelo, v. 20, n. 37, p. 67-83. Maio/Agosto 2020.

Submetida em 07.12.2024.

Publicada em 20.05.2025.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

SEGUNDA SEÇÃO

Entrevista

QUATRO ANOS NA ADVOCACIA PÚBLICA

Christiane Schramm Guisso³⁴

Qual é a importância de um gestor para uma instituição pública? Qual é o legado que a maior instância de decisão de um órgão público pode deixar? Que contribuições a interação entre a advocacia privada e a advocacia pública pode deixar? Essas são questões dificilmente debatidas no âmbito acadêmico, justamente em razão da grande marca do pragmatismo atrelada ao dever de resposta aos questionamentos. É por meio da técnica de entrevista de uma profissional que vivenciou esses desafios que se pretende, de um ponto de vista contributivo, apresentar as percepções dessas problemáticas nessa seção.

A entrevista seguinte foi conduzida no âmbito da Procuradoria-Geral do Município, com o auxílio dos Procuradores-Executivos Janaína Elisa Heidorn e Felipe Cidral Sestrem (especialmente quanto à revisão dos questionamentos e da forma de condução), a partir de questionário aplicado à gestora da Pasta, Dra. Christiane Schramm Guisso, que respondeu às doze perguntas sequenciais abaixo indicadas. A entrevista foi realizada em Fevereiro de 2025, no próprio órgão público municipal, a partir das perspectivas obtidas ao longo dos últimos quatro anos à frente da maior Procuradoria-Geral do Município, no Estado de Santa Catarina. Foi realizada inquirição oral, por meio de entrevista pessoal, com tomada de nota dos Procuradores-Executivos e, posteriormente, traduzida em texto corrido, submetido à validação da entrevistada, trabalho que consta nas páginas seguintes.

Apresentamos, esquematicamente, os resultados da sessão.

³⁴ Procuradora-Geral do Município de Joinville. Advogada MBA em Internacionalização de Empresas (UNIVALI) e Pós-Graduada em Processo Civil. Especialista em Direito Empresarial e Societário. Ex-Presidente da AJORPEME. Ex-Conselheira Estadual da OAB/SC. Conselheira Fiscal do SICREDI. Membro do Conselho Superior da AJORPEME. Ex-Conselheira do Comitê Gestor do PRODEC. E-mail: christiane.guisso@joinville.sc.gov.br

REVISTA DA PGM DE JOINVILLE: 1. Como joinvilense e advogada empresarial qual era sua expectativa inicial antes de assumir as atividades como Procuradora-Geral na PGM de Joinville?

PROCURADORA-GERAL DRA. CHRISTIANE SCHRAMM GUISSO: Atuando na advocacia empresarial há mais de trinta anos com ênfase no segmento das indústrias farmacêuticas por dez anos, tinha a percepção de que a Administração Pública necessitava de inovação, da incremental a radical, ou seja, sob todos os aspectos, de mudanças internas de gestão passando por alterações legislativas com o propósito de desburocratizar e de dar agilidade às demandas da classe empresarial e da população em geral. Sabemos que a atuação formal e burocrática – por vezes, excessivamente tradicional – acaba se tornando distante das necessidades da coletividade. E, nesse cenário, tenho a oportunidade de participar do governo municipal após um processo seletivo que me permitiu assumir o cargo de Procuradora-Geral do Município de Joinville.

REVISTA DA PGM DE JOINVILLE: 2. Após assumir a Procuradoria-Geral do Município de Joinville o que mais lhe surpreendeu?

PROCURADORA-GERAL DRA. CHRISTIANE SCHRAMM GUISSO: Ao assumir a função de Procuradora-Geral em meio a pandemia do COVID-19 que, no ano de 2021 atingiu o seu pico letal, o que mais me surpreendeu foi o volume, a complexidade e a heterogeneidade das demandas municipais. Essa primeira impressão cumulada com a ausência de uma estrutura, especialmente tecnológica, compatível para dar vazão às atividades cotidianas na defesa do erário e do interesse público me causou extrema preocupação. A falta de um sistema de software de gestão da Procuradoria-Geral para, minimamente, gerir mais de, à época, 105 (cento e cinco) mil processos judiciais foi a maior surpresa para quem estava acostumada com relatórios gerenciais de demandas, *bussiness intelligence* - BI, *dashboards* ou outras ferramentas de gerenciamento de informações para análise e auxílio na tomada de decisão estratégica. O questionamento que fiz à equipe ainda me vem à mente quando cheguei na PGM: onde estão os relatórios do BI? Indagação que ecoou pela sala sem resposta. Hoje, entendo perfeitamente que a realidade da gestão pública é totalmente diferente da iniciativa privada.

REVISTA DA PGM DE JOINVILLE: 3. Quais foram os principais desafios enfrentados à frente da advocacia pública municipal de Joinville nos últimos 4 (quatro) anos?

PROCURADORA-GERAL DRA. CHRISTIANE SCHRAMM GUISSO: Com o objetivo de mudar esse cenário, um dos maiores desafios foi reestruturar a Procuradoria com a necessidade de aumentar o número de servidores para dar o necessário suporte aos Procuradores, realidade essa que foi sentida especialmente com a alteração das demandas do executivo fiscal, transferido para uma Vara Regional Especializada na Capital do Estado e estruturada com recursos tecnológicos abarcando inclusive a Inteligência Artificial para dar agilidade na tramitação do executivo fiscal. Para exemplificar a realidade da época, somente em um dia recebemos em torno de 1.850 (um mil oitocentos e cinquenta) intimações para o devido cumprimento. Naquele cenário, foi necessário pedir o imprescindível apoio dos Secretários Municipais que transferiram cargos de gerência e de coordenação, com autorização da legislação municipal, viabilizando já no início do mandato uma importante inovação no órgão de advocacia pública municipal: a criação dos núcleos temáticos e a possibilidade de os Procuradores do Município optarem formalmente por sua área de afinidade alterando sua atuação com perfil generalista para especialista. Essa reestruturação criou um ambiente de maior estímulo para o aperfeiçoamento dos Procuradores e para os demais servidores da Procuradoria. A dedicação da grande maioria dos servidores para dar vazão ao volume diário de intimações foi essencial, sem o engajamento de todos não teríamos vencido o grande desafio. Somente no ano de 2021 recebemos aproximadamente 46.700 (quarenta e seis mil e setecentas) intimações e citações, somadas. Peço a gentileza de, na tradução dessa entrevista, anexarem esse material que lhes apresento. Trata-se do organograma da Procuradoria-Geral, atualmente composta por seis núcleos de atuação temática, instituídos por Decreto Municipal e previsto na Instrução Normativa n. 01/2022/PGM-Joinville, sem prejuízo de um núcleo de atuação residual em demandas relacionadas à execução fiscal (esse submetido em demandas nativas de pronto impulsionamento – PGM.EXF – e outro cujas demandas exigem uma avaliação técnico-jurídica, ainda que de média ou baixa complexidade – PGM.EXB), sem esquecermos de um núcleo de atuação residual gerido por parte das Procuradorias-Executivas, diretamente.

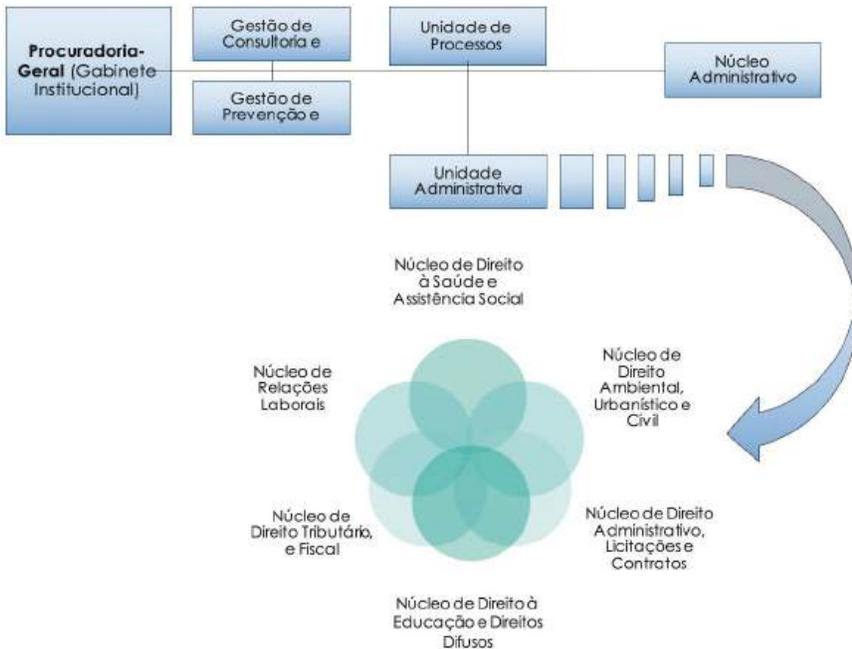


Imagem 1 – Organização Esquemática apresentada em entrevista da PG Joinville

Ainda hoje nosso time é diminuto para todas as demandas da PGM e uma nova reestruturação já está planejada para uma atuação ainda mais estratégica e próxima dos gestores públicos. Como dito, a ausência de um sistema de gestão de processos foi um grande desafio, além da falta de um sistema de controle para as tarefas mais rotineiras como gerenciar o quantitativo, recepcionar as publicações de forma automática, realizar consultas on-line e outras funcionalidades. Precisávamos urgentemente de uma ferramenta para auxiliar no volume das intimações, especialmente, nas atividades mais simples da Procuradoria. E, por fim, ciente da necessidade de um alinhamento interno, elaboramos o primeiro Planejamento Estratégico da PGM formalmente editado para o órgão jurídico (sem prejuízos de outras iniciativas anteriores não documentadas) para levantar todas as necessidades internas e externas, ameaças e oportunidades, as expectativas dos servidores, nossa missão, visão e valores, oportunizando a participação de todos os servidores para uma construção democrática e inspiradora, além da efetiva participação dos nossos *stakeholders* (Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas, Câmara de Vereadores, secretários municipais, dentre outros). O Planejamento Estratégico foi crucial para dar o direcionamento

às ações do órgão jurídico, identificando prioridades, elaborando planos de ação e monitorando, enfim, focando em gestão e não apenas na solução direta e imediata das necessidades do Município, caso a caso.

REVISTA DA PGM DE JOINVILLE: 4. Quais conquistas foram mais marcantes nos últimos 4 (quatro) anos à frente da PGM de Joinville?

PROCURADORA-GERAL DRA. CHRISTIANE SCHRAMM GUISSO: A realidade jurídica é digital. A aquisição do software jurídico foi sem sombra de dúvida a conquista que se tornou o grande divisor de águas na gestão interna da Procuradoria. A equipe se dedicou de forma extraordinária para a aquisição desta ferramenta, queríamos uma solução tecnológica atualizada e que abarcasse a utilização de inteligência artificial, especialmente nas atividades de rotina – distribuição de processos, catálogo, etc. O processo de aquisição e implantação levou cerca de três anos entre elaboração do termo de referência – TR, consulta ao mercado, modelagem, lançamento e finalização do processo licitatório, prova de conceito - PoC, passando por implantação, estabilização e ajustes do sistema que atualmente gerencia mais de cento e sessenta mil processos internos, nesses incluindo o contencioso, o administrativo e de consultoria. Outra conquista significativa, cujo desafio assumimos no início do mandato, foi a judicialização de uma grande obra de infraestrutura de drenagem na área central da nossa cidade, obra essa que foi abandonada pelas empresas responsáveis causando inúmeros prejuízos aos moradores, comerciantes, proprietários, enfim, a toda comunidade. A ação judicial foi proposta pelo Ministério Público que questionava a sua viabilidade e a correta execução por inúmeros percalços vividos no seu andamento. A missão dada pelo prefeito Adriano Silva foi a de buscar medidas judiciais para restabelecer a mobilidade da região central afetada sem comprometer a regularidade processual para a resolução judicial. Para viabilizar a solução almejada a PGM realizou diversas tratativas com todos os órgãos de controle e jurisdicionais e contou com a efetiva participação de muitas Secretarias Municipais, especialmente, a de Infraestrutura, Administração e Planejamento e Secretaria de Governo para viabilizar a revitalização da área central da cidade de Joinville.

REVISTA DA PGM DE JOINVILLE: 5. Para além dessas duas conquistas, quais outros desafios exitosos que foram identificados na PGM de Joinville no período de 2021 a 2024?

PROCURADORA-GERAL DRA. CHRISTIANE SCHRAMM GUISSO: Fora esses desafios iniciais (tecnológico e urbanístico – de mobilidade), outro que entendo um

dos mais complexos está relacionado com a temática da educação. A educação na cidade de Joinville é conhecida e reconhecida por sua qualidade. Essa política de excelência traz ônus e bônus para os gestores da municipalidade. Nesse contexto, o grande conflito jurídico identificado na PGM nessa temática são as ações para concessão de vaga em creche – a despeito de uma tratativa coletiva em prática, com cronograma estabelecido. Nessa linha, relembro que tínhamos em trâmite, quando do início dessa gestão, uma ação coletiva com esse debate, na qual o Ministério Público estadual solicitava providências ao município no sentido de viabilizar mais de dez mil vagas e a correção desse problema estrutural. Prontamente, sob a liderança do nosso Prefeito e da Vice-Prefeita, ambos apaixonados pela causa e com a competência do gestor da educação, iniciamos tratativas para a elaboração de um termo de ajustamento de conduta ante a avaliação de risco quanto à potencialidade de reversão de uma decisão proferida em segundo grau, reversão essa que poderia ocorrer nas instâncias superiores dada a possibilidade de simplificação da causa. Era preciso solver o caso sob o aspecto das necessidades concretas de Joinville/SC. Por isso, sugeriu-se em um acordo extrajudicial a construção de quinze novos centros de educação infantil, inaugurando uma obrigação contínua de expansão da rede, que não vinha sendo adotada há muito tempo na nossa cidade. A credibilidade do governo permitiu um avanço nas tratativas com os órgãos de controle ultimando a pactuação de cláusulas menos onerosas ao ente municipal e aos gestores, fato esse que muitas vezes afasta grandes temas da autocomposição tão importante para a resolução de conflitos e da efetiva entrega de políticas públicas à coletividade. Essas são frases que não canso de falar: nossa missão é solucionar e não postergar; todos os envolvidos têm o mesmo objetivo, qual seja, o bem da cidade, mãos à obra: vamos resolver o problema, só a educação transforma! Com essa visão de futuro, buscando resolver estruturalmente a questão, cujo ponto central é a ampliação da estrutura da rede, sem prejuízo do aumento de outras estratégias concomitantes, a exemplo da compra das vagas, atualmente está sendo construído o sexto CEI, atendendo-se o cronograma. Um grande feito para os joinvilenses. Ainda no campo da atuação, com toda certeza a mais marcante vitória e, por conseguinte, um dos desafios mais intrincados de serem resolvidos, foi o acordo judicial entabulado com o TRF da 4ª Região e com o Ministério Público Federal que envolveu a regularização fundiária da comunidade do Vigorelli: ele partiu de uma avaliação de risco, por meio de relatório, sugerida pelo Prefeito e elaborada por parte da Procuradoria-Executiva de

Processos sob a minha orientação, que resgatou um processo que estava parado e deu o impulso decisivo para outras tantas pessoas e instituições pudessem dialogar e chegar a um consenso em benefício da comunidade tradicional que habita a região. O processo judicial tramitava há 26 (vinte e seis) anos. Esse vilarejo era desprovido de energia elétrica, saneamento, ou seja, carente de tudo. Foram muitas reuniões para viabilizar as tratativas de acordo mediante uma conciliação judicial junto ao SISTCON para solucionar essa histórica demanda judicial. Por fim, o interesse proativo de solução marcou os trabalhos relacionados à composição do acordo. Os atores processuais queriam de fato solver o processo coletivo, queriam colocar fim à marcha processual, olhando para a comunidade e para os interesses em jogo (sociais, ambientais, urbanísticos e de potencial turístico). Assim, restou firmada entre a municipalidade e o Ministério Público Federal, cerca de 26 (vinte e seis) anos após o início da ação judicial, o acordo que permitiu a regularização fundiária do local e a garantia do direito fundamental das pessoas que há habitavam. Para além da fruição de direitos constitucionais, o acordo fez pensar o benefício à sociedade e à cidade, como instituição. A composição viabilizou aquilo que buscamos todos os dias ao exercer a função como Procuradora-Geral: o nosso propósito de servir a comunidade!

REVISTA DA PGM DE JOINVILLE: 6. Existem diferenças na atuação da advocacia pública comparativamente à advocacia privada?

PROCURADORA-GERAL DRA. CHRISTIANE SCHRAMM GUISSO: Muitas! A advocacia pública requer uma atuação ainda mais estratégica, dialógica e ágil. Sem desmerecer a atuação na iniciativa privada – na qual sempre atuei com muita devoção e respeito – o universo é diferente na medida em que na iniciativa privada o ambiente é mais favorável para inovações e soluções criativas. No ambiente da Administração Pública a falta de instrumentos aptos para a resolução de conflitos e para resolver casos fora do Judiciário é uma realidade. Há um temor da consensualidade: via de regra, os profissionais não querem dialogar ativamente para chegar a uma solução, dentro dos limites que cada órgão tem. Aliás esse é o principal ponto: estabelecermos as balizas nas quais os acordos poderiam ser entabulados, um desafio que ainda temos pela frente. Além de um ambiente que pouco ou quase nada propicie de modo prioritário e preventivo a soluções de controvérsias, o excesso de formalismo e de burocracia contribuem para o elevado acervo de demandas judiciais entre o município e particulares. Até então era certo afirmar que, na dúvida, o caminho é o da judicialização para buscar na sua chancela a

necessária segurança jurídica aos gestores públicos. É isso que queremos mudar: e estamos fazendo, sobretudo sob o ponto de vista cultural nesse primeiro ciclo, entre 2021 e 2024.

REVISTA DA PGM DE JOINVILLE: 7. Na sua opinião qual é o principal papel da advocacia pública, na ótica municipal?

PROCURADORA-GERAL DRA. CHRISTIANE SCHRAMM GUISSO: O papel precípua da advocacia pública é a defesa e a promoção dos interesses públicos. Para além da importante e indispensável atuação na seara do contencioso – que atualmente vemos como área de processos, afastando-nos dessa dicotomia consultoria *versus* contencioso, porque a divisão não deve ocorrer hermeticamente – a ela, digo à Advocacia Pública, incumbe a realização dessa complexa atividade de consultoria e de assessoria jurídica dos órgãos da Administração Pública direta e indireta. Não sonego, nesse ponto, o inegável papel da advocacia pública para além do Executivo direto, devendo olhar para toda a estrutura do Poder Público Municipal, inclusive nas estatais, empresas públicas, etc. Sob essa ótica mais ampla da Administração Municipal, além das tarefas de representação judicial e extrajudicial, da consultoria jurídica e da cobrança de créditos da municipalidade, sua função tem como missão a de oferecer aos administrados serviços de qualidade, com economicidade e de forma célere, pois, comumente, o administrado se socorre no Município para atender todas as suas necessidades e, portanto, faz-se imprescindível avançar na modelagem da autocomposição e da consensualidade como instrumentos de eficiência e de legitimidade. A advocacia pública possui, por ser atividade relevante e diferencial, um maior dever para com a sociedade. É certo que a Administração Pública está sujeita a um regime específico. Todavia, no exercício do seu dever poder de autotutela deve reconhecer administrativamente direitos sem a necessidade de se recorrer ao judiciário: deve realizar (prática e juridicamente), ou seja, deve efetivamente solucionar. E aqui o papel do Procurador, na minha opinião, é fundamental para viabilizar o reconhecimento consensual de um direito – caso legítimo – de modo a aplicar de forma eficaz os princípios do Direito Público e, especialmente, do Direito Administrativo, tais como o da legalidade, economicidade, moralidade, razoabilidade e da eficiência (aqueles do art. 37 da Constituição Federal). Não poderíamos deixar de destacar que a atuação da Advocacia Pública contemporânea se torna protagonista da arena pública ao adotar solução de litígios por novas perspectivas sobre

novos e antigos instrumentos operacionais. Podemos citar um caso que temos trabalhado ao longo de 2023 e 2024. Realizamos na prática a comunidade de comunicação (o *town meeting*, na sugestão do Professor e Desembargador Federal Edilson Vitorelli. Temos também nos preocupado com processos internos de *legitimação adequada* em ações coletivas e, também, em ações de inconstitucionalidade no âmbito estadual. Estimulamos, inclusive, que instituições adotem de forma efetiva a figura do *amicus curarie* a fim de qualificar o debate público, iniciativa capitaneada pela Procuradoria-Geral. Não sonhamos o dever de a Advocacia Pública atuar em processos estruturais, o que exige, ao menos, a criação de espaços de debate, diálogo e capacitação interna sobre esse novo modelo de processo. Esses todos são vetores de construção dialógica de decisões. E o Procurador deve obrigatoriamente estar lá: construindo pontes, essas de argumentos e formas de pensar, todas direcionadas para a solução dos conflitos. Cito, sem truísmos, o artigo elaborado por nosso Procurador-Executivo Felipe Cidral Sestrem na “Revista da Procuradoria-Geral do Estado” em 2023, que abordou cientificamente essa mudança de pensar da Advocacia Pública que estamos experimentando em Joinville. Nele, sugere-se a Advocacia Pública como atora do processo de construção de políticas públicas, algo que ainda temos que conquistar internamente, mas que efusivamente, dentro das limitações administrativas e estruturas, tenho estimulado. Entendo que adoção dessas novas formas de atuação da Advocacia Pública melhorará o ambiente municipal e a cidade em si. Ao final, e não menos importante, penso que a advocacia pública proativa e contemporânea desempenha papel fundamental na segurança jurídica e no necessário apoio aos gestores públicos com a elaboração de pareceres referenciais e normativos, orientações técnicas e súmulas administrativas contendo diretrizes claras sobre interpretações e aplicações de normas jurídicas, além de viabilizar a uniformização de procedimentos, fonte de orientação, redução e mitigação de litígios, fortalecimento e o aprimoramento da governança pública, forma de capacitação contínua, serve de apoio na criação de políticas públicas. É preciso um olhar macro; mas também um “olho-no-olho”; humanizar a atuação para que se possam entender para onde caminhar e como a Advocacia Pública pode contribuir, conjugando os deveres públicos. Enfim, é isso que entendo como um “novo” papel da Advocacia Pública municipal muito voltada para a segurança jurídica tornando o ambiente mais previsível, eficiente, dinâmico e colaborativo.

REVISTA DA PGM DE JOINVILLE: 8. Como você vê a autonomia da advocacia pública municipal no atual cenário brasileiro e na conjuntura joinvilense?

PROCURADORA-GERAL DRA. CHRISTIANE SCHRAMM GUISSO: Com relação à autonomia da advocacia pública no cenário brasileiro penso que o tema tem sido alvo de muitos debates, especialmente, no contexto das recentes transformações políticas, sociais e jurídicas. A advocacia pública que é multifacetada. No Brasil cada instituição apresenta um perfil: temos a Advocacia-Geral da União (AGU), as Procuradorias-Gerais dos Estados e as Procuradorias-Gerais dos Municípios. Todos têm uma forma de atuar e uma parcela de contribuição na função primordial de representação e de defesa dos interesses públicos. Sem dúvida, zelar pela autonomia institucional, respeitadas as especificidades de cada um dos órgãos que a compõem, é essencial para manter a imparcialidade, a eficiência e a moralidade. Outro fator relevante é o quão democrática e inovadora é a gestão de governo para oportunizar a participação dos advogados públicos com reflexos no conteúdo das decisões dos gestores; isso porque a complexidade das relações estabelecidas pelo ente público e a velocidade de novas demandas que diariamente são apresentadas obrigam o advogado público a uma atuação pró-ativa, sistêmica e multidisciplinar. Por consequência, a assunção dessa postura mais ativa reflete no reconhecimento da contribuição do procurador e a certeza de que sua orientação deve ser um norte para todo gestor público.

REVISTA DA PGM DE JOINVILLE: 9. Como a advocacia pública municipal deve interagir com atores institucionais e sociais internos e externos?

PROCURADORA-GERAL DRA. CHRISTIANE SCHRAMM GUISSO: A busca pela interação com todos os atores institucionais e sociais é fundamental para avançarmos nas políticas públicas, na proteção dos direitos fundamentais e na promoção da cidadania e na qualidade de vida que almejamos para a nossa cidade. Essa percepção vem se consagrando no contexto brasileiro, no sentido de que as Procuradorias-Gerais não podem, ou melhor, não devem se fechar às participações. Ao contrário, eu entendo que devem manter uma relação interinstitucional com os demais órgãos públicos como o Ministério Público, Defensoria Pública, Tribunais de Contas – nossos *skakeholders*. Essa interação serve para resolver questões de interesse público. E é a partir dela que os problemas são verdadeiramente resolvidos. A colaboração advém da interação. Deve-se interagir – na prática – para se atingir a possibilidade de as instituições colaborarem consigo. Além disso, entendo que é vital para

a construção de soluções integradas e eficazes: não existe cumprimento do princípio da eficiência ou mesmo a ideia de cooperação administrativa e processual se as pessoas, antes, não conversarem. A participação de advogados públicos em Conselhos, Comissões e Grupos de Estudos que tratam de políticas públicas deve ser estimulada. Não ignora, contudo, a existência de posições em sentido contrário, mesmo aqui dentro da Procuradoria-Geral de Joinville. A partir desse “ocupar o espaço”, sem sairmos da função de Procuradores (que exige um dever de autocontenção das nossas posições pessoais), entendo que a Advocacia Pública como instituição tem a oportunidade de contribuir com sua expertise garantindo que normas estejam em conformidade com a legislação que os direcionamentos sejam feitos adequadamente. Pode ser desconfortável, mas necessário, especialmente, sob a perspectiva de alinhamentos. A interação do advogado público com organizações não governamentais ou em Conselhos Municipais e Estaduais permite uma escuta ativa das demandas sociais e igualmente contribui para o aperfeiçoamento das políticas públicas. Veja, não digo aqui que Procuradores e Advogados Públicos devem ser conselheiros. Digo apenas que há um papel institucional da Procuradoria nesses espaços públicos e esse papel deve ser exercido nos limites da função. A participação dos advogados públicos nos processos de mediação e de conciliação para resolução de conflitos por meio da homologação de acordos é um outro aspecto dessa forma de pensar. Na minha opinião, torna-se essencial que a Advocacia Pública cumpra esse papel, dando segurança jurídica, celeridade, redução de custos e de demandas judiciais. Nossa gestão tem estimulado os Procuradores a interagir com seus *skateholders* por entender que esse relacionamento institucional é a chave para a conhecer a realidade, entender as necessidades e buscar o aperfeiçoamento das políticas públicas.

REVISTA DA PGM DE JOINVILLE: 10. O que você traz para e o que você leva da advocacia pública para a advocacia privada?

PROCURADORA-GERAL DRA. CHRISTIANE SCHRAMM GUISSO: Vivenciar a advocacia pública, na qualidade de gestora desta importante Pasta Municipal, têm sido uma das experiências mais desafiadoras da minha vida profissional. É um grande desafio – que me causa muita felicidade, sem perder o senso de responsabilidade – estar à frente das demandas da maior cidade do Estado de Santa Catarina. Essa rica experiência me engradece e me impulsiona. Ela é sinônimo de uma constante troca de conhecimento, o que amplia a compreensão das diferenças e das semelhanças entre esses dois ambientes

(público-privado). Para além do conhecimento jurídico e do aperfeiçoamento das *softskills*, essa experiência chancela o meu posicionamento no sentido de que ser advogado não é apenas entender do Direito – é saber se expressar; é cocriar, é aproximar, é negociar, é compor, é ser líder de uma posição institucional de extrema responsabilidade e é acima de tudo servir, na expressão radical do termo). Para o ambiente da Procuradoria eu trouxe o fomento à inovação. Inovar é conseguir encontrar uma solução para um problema específico. No setor público, a inovação é um processo de geração e implementação de novas ideias com vistas à criação de valor para a sociedade, com foco interno ou externo à administração pública. Sabemos que organizações públicas inovadoras buscam gerar impactos diretos e indiretos em seu ambiente e os principais resultados das inovações reside na melhoria das relações institucionais, das entregas e da qualidade dos serviços públicos, da gestão organizacional e do clima organizacional. Tenho certeza de que esse novo olhar despertou na Procuradoria a importância da inovação traduzida nas ferramentas de gestão como o planejamento estratégico, avaliação de riscos, matriz de prioridade e seus resultados positivos na gestão pública. Sem dúvidas, a constante inovação contribuirá para uma Advocacia Pública mais dinâmica, propositiva e atualizada. Esse será o legado que quero deixar: inovar sempre!

REVISTA DA PGM DE JOINVILLE: 11. O que esperar para a advocacia pública nas próximas legislaturas?

PROCURADORA-GERAL DRA. CHRISTIANE SCHRAMM GUISSO: O cenário é desafiador sob todos os aspectos, mas, especialmente, sob o enfoque da reforma tributária que resultará em mudanças drásticas de arrecadação e de transferência de recursos financeiros da União para Estados e de Estado para Municípios. A participação da advocacia pública demandará uma atuação cada vez mais propositiva, por meio da apresentação de sugestões orientativas desde a concepção de um projeto ou demanda, atuação essa que tende a ser cada vez mais requisitada no ambiente da administração pública preventiva e consensual. Exemplo da mudança do papel do advogado público pode ser destacado na nova lei de licitações que prevê a ampliação das atribuições do advogado público que devem desempenhar a orientação jurídica ao longo da licitação e da execução do contrato administrativo. Nesse sentido, a Lei 14.133/2021 inovou ao prever que a assessoria jurídica deve prestar apoio aos agentes de contratação, comissão de contratação, fiscais e gestores de contratos. O auxílio da assessoria jurídica aos fiscais dos contratos também

está previsto na nova legislação, cabendo ao órgão jurídico dirimir dúvidas e subsidiar os fiscais quando instados com informações para prevenir riscos na execução contratual. A partir dessas ideias, a Procuradoria de Joinville, que lidero, está mais preparada para auxiliar de forma estratégica nossos gestores.

REVISTA DA PGM DE JOINVILLE: 12. Passados quatro anos de fortes interações entre o público e o privado, perpassando desafios, projetos, planejamento, vitórias e outras experiências, qual mensagem possível que você deixaria para os entusiastas do Direito Público e da advocacia pública após sua experiência na PGM de Joinville?

PROCURADORA-GERAL DRA. CHRISTIANE SCHRAMM GUISSO: A advocacia é para os fortes e a advocacia pública para além das atribuições constitucionais, requer um perfil resiliente, combativo, ético, pró-ativo, determinado, entre outros atributos. Não é uma atividade fácil. Tenho extrema admiração pelo trabalho incansável e pela atuação dos advogados públicos dedicados e comprometidos. Durante esses quatro anos, a Procuradoria constatou um impacto extremamente positivo e que representou uma mudança de paradigma na forma de gerir e administrar com o aperfeiçoamento das entregas em termos de resultados e de eficiência. Além do impacto interno, o ganho da imagem institucional da Procuradoria, protagonista de significativos avanços nas políticas públicas e em acordos estruturantes, perante a sociedade e aos órgãos da administração reafirmando e afirmando a sua importância no cenário local, estadual e nacional foi um legado deixado. Além do reconhecimento fica o pedido de manter a advocacia pública no patamar de excelência que ela requer e merece, pois o reconhecimento é resultado do bom trabalho. Nunca esqueçam que se trata de uma nobre e complexa missão de garantir direitos, efetivar a boa administração, realizar o interesse público e concretizar o Estado Democrático de Direito.

Como citar esta entrevista: GUISSO, Christiane Schramm. Quatro anos na Advocacia Pública. Entrevistadores: SESTREM, Felipe Cidral; HEIDORN, Janaina Elisa; Revista da Procuradoria-Geral do Município de Joinville - RPGMJ, Joinville, a. 2, n. 1, 2024, p. 33-45.

Realizada em 14.02.2025.

Revisada em 23.04.2025.

TERCEIRA SEÇÃO

.....
Autores Convidados

LA NUOVA “COMPETENZA” DEI NOTAI ITALIANI IN AFFARI DI VOLONTARIA GIURISDIZIONE

Ferruccio Auletta³⁵

Sommario: **1.** Il CNN e lo Studio che segue il criterio “di assumere a parametro di riferimento dell’attività che dovrà svolgere il notaio quella che ha sinora svolto l’autorità giudiziaria” - **2.** L’autorizzazione notarile quale atto pubblico di amministrazione, non provvedimento, dotato di forma documentale, ma diverso da quello giudiziario, anzitutto per difetto di potestatività - **3.** Capacità inerente alla stipula e poteri impliciti: la nomina del curatore speciale quale esempio di implicazione - **4.** Doveri di pronuncia dell’A.G., facoltà di autorizzazione del notaio: provvedimento negativo dell’A.G. e assenza del simmetrico atto notarile - **5.** La coerente assenza di rimedio all’incoercibile esercizio della facoltà notarile, *a fortiori* di qualsivoglia “potere di impugnazione da parte del pubblico ministero” - **6.** Irriducibilità *ad unum* delle competenze in affari di volontaria giurisdizione (anche dal punto di vista del reclamo) - **7.** Analisi dell’art. 21 d.lgs. n. 149/2022: le parti - **8. segue:** La richiesta - **9. segue:** L’istruzione - **10. segue:** L’audizione del legatario - **11. segue:** L’atto di autorizzazione: forma, contenuto, motivazione, efficacia - **12. segue:** La determinazione per il reimpiego di corrispettivi - **13. segue:** La comunicazione e notificazione - **14. segue:** L’impugnazione - **15. segue:** La revoca e modifica - **16. segue:** L’ambito di esclusione.

³⁵ Professore titolare di insegnamento nella Luiss Guido Carli di Roma. Componente del Consiglio direttivo dell’Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile. Professore ospite della Dickson Poon School of Law del King’s college di Londra. Magistrato, membro della Segreteria del C.S.M., assistente di studio presso la Corte Costituzionale e addetto al Gabinetto del Ministro della Giustizia. Giornalista pubblicista. Posta elettronica: fauletta@luiss.it

1. IL CNN E LO STUDIO CHE SEGUE IL CRITERIO “DI ASSUMERE A PARAMETRO DI RIFERIMENTO DELL’ATTIVITÀ DOVRÁ SVOLGERE IL NOTAIO QUELLA CHE HÁ SINORA SVOLTO L’AUTORITÀ GIUDIZIARIA”

La legge 26 novembre 2021, n. 206, art. 1 comma 13, aveva previsto, nell’ambito della “Delega al Governo per l’efficienza del processo civile”, che “il decreto o i decreti legislativi recanti modifiche alla disciplina dei procedimenti in camera di consiglio [fossero] adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: [...] b) prevedere interventi volti a trasferire [...] ai notai [...] alcune delle funzioni amministrative, nella volontaria giurisdizione, attualmente assegnate al giudice civile e al giudice minorile, individuando altresì gli specifici ambiti e limiti di tale trasferimento di funzioni”.

Si trattava, assai chiaramente, di iniziativa i cui presupposti consistevano, anzitutto, nella maggiore capienza del processo e del diritto processuale rispetto alla giurisdizione siccome per Costituzione (art. 111), mentre non può esservi giurisdizione senza processo, rimane ben possibile che si abbia processo ma non anche giurisdizione. E il Codice di procedura civile raccoglie(va) vicende di processi non veramente attuativi della giurisdizione, cioè di attività di giudice regolate dalla legge ma senza che alcuna forma di tutela di diritti vi rimanga implicata, come – appunto – quando al giudice si assegni, ancorché facoltativamente dal punto di vista del legislatore, una funzione aliena dall’assicurazione dei diritti soggettivi e propria della gestione di meri interessi.

Su tali presupposti, al Governo spettava il potere di switch di tale funzione amministrativa: di attribuirne, cioè, la capacità al pubblico ufficiale notarile in luogo della competenza del giudice e del connesso processo (cioè, quel tipo di procedimento a struttura per forza di contraddittorio, in condizioni di parità, davanti a un terzo imparziale). Trasferire vuol dire, infatti, dis-locare, portare altrove.

Eppure, nessun trasferimento è avvenuto, quanto – e piuttosto – l’apertura di una via parallela, affiancando al “corrispondente provvedimento giudiziale” (recte: giudiziario) la possibilità di autorizzazione del notaio rogante “per la stipula degli atti pubblici e scritture private autenticate nei quali interviene un minore, un interdetto, un inabilitato o un soggetto beneficiario della misura dell’amministrazione di sostegno, ovvero aventi ad oggetto beni ereditari” (art. 21 D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). Come dice la Relazione illustrativa, è stato dato vita a un “doppio binario, talché l’interessato potrà alternativamente rivolgersi al notaio o al giudice”.

Quando ciò è accaduto, il Consiglio nazionale del Notariato ha approvato uno studio ad hoc caratterizzato dall'enunciato criterio "di assumere a parametro di riferimento dell'attività che dovrà svolgere il notaio quella che ha sinora svolto l'autorità giudiziaria"³⁶, imprimendo una direzione al dibattito e alla prassi in formazione caratterizzato da dommatismi non veramente giustificati³⁷, simmetrie sforzate sino al limite di tenuta concettuale ma ben oltre la sostenibilità misurabile su ragionevolezza ed efficienza.

Il tentativo di contribuire a un'applicazione sensatamente conforme alla ratio delle nuove disposizioni mi induce a spiegare come, già dal punto di visto del rigore scientifico, alcune soluzioni sono tutt'affatto necessitate e, anzi, intimamente viziate dalla costrizione dommatica dell'interprete, un suo vero e proprio bias culturale. E proprio rimuovendo il pregiudizio che sta nel parametro di riferimento sembra farsi davvero pervia la via riformatrice che si è(ra) intesa battere.

2. L'AUTORIZZAZIONE NOTARILE QUALE ATTO PUBBLICO DI AMMINISTRAZIONE, NON PROVVEDIMENTALE, DOTATO DI FORMA DOCUMENTALE, MA DIVERSO DA QUELLO GIUDIZIARIO, ANZITUTTO PER DIFETTO DI POTESTATIVITÀ

In effetti, la prima considerazione è che, ferma la natura pubblica altresì del notaio, la disciplina del concorso di attribuzioni e delle forme corrispondenti non può ricavarci da quella della competenza giurisdizionale, che implica l'appartenenza dei diversi soggetti a un ordine comune (entro il quale ciascuno degli appartenenti si riconosce peculiarmente nel principio di *Kompetenz-Kompetenz*) o una medesima capacità effettuale negli atti espressivi

³⁶ E. Fabiani, L. Piccolo, L'autorizzazione notarile nella riforma della volontaria giurisdizione, in Riforma della volontaria giurisdizione e ruolo del notaio, I – Gli studi, Biblioteca della Fondazione del Notariato, 2023, 13. Lo Studio è stato approvato dal Gruppo di lavoro sulla riforma della volontaria giurisdizione in data 9 febbraio e dal Consiglio Nazionale del Notariato in data 13 febbraio 2023, quindi pubblicato in CNN Notizie n. 31, 17 febbraio 2023.

³⁷ Basti vedere come la stessa dottrina notarile vi si è conformata: per tutti, v. S. Nucera, La nuova volontaria giurisdizione, Pisa, 2023, 81 ss., dove l'autorizzazione notarile è elevata al rango di "provvedimento [...] autoritativo", ed è l'esito di un "procedimento" vero e proprio. Non minore è il risentimento di alcune prassi già raccolte dagli stessi Aa. del primo Studio in quello successivamente redatto come Studio n.80-2023/PC, approvato dal Gruppo di lavoro sulla riforma della Volontaria Giurisdizione il 18 dicembre 2023.

dell'unica funzione (com'è, per es., nel rapporto tra arbitri e A.G.). Insomma, se "le autorizzazioni per la stipula degli atti pubblici e scritture private autenticate nei quali interviene un minore, un interdetto, un inabilitato o un soggetto beneficiario della misura dell'amministrazione di sostegno, ovvero aventi ad oggetto beni ereditari, possono essere rilasciate [...] dal notaio rogante", la permanente e costante competenza "del tribunale [...] al rilascio della corrispondente autorizzazione giudiziale" non restituisce una vicenda di pluralità di fori concorrenti in senso elettivo, né il governo di tale pluralità può richiamare la litispendenza, tanto meno una supposta transitività intersoggettiva della "richiesta scritta" garantire un'inesistente continuità funzionale.

L'autorizzazione notarile (si dica così, in senso stipulativo) e l'autorizzazione giudiziaria, anche in ragione della circostanza che questa non risulta *trasferita* in quella né è il giudice a "commettere" alcunché al notaio o quest'ultimo ad agire "in seguito a delegazione" del primo, rimangono atti sì parimenti inespressivi di giurisdizione (almeno in senso costituzionale), e però risalenti ad attribuzioni diverse, per nulla omologhe: il minimo comun denominatore delle funzioni amministrative richieste ora anche al notaio e alle quali inerisce la nuova sua autorizzazione (atto pubblico o autentica di firma) lascia predicarne nient'altro che la natura pubblica. Si tratta, in breve, di un atto pubblico di amministrazione, non provvedimento, dotato di forma documentale tanto da rendersi oggetto di "comunicazion[e]", "formalità pubblicitarie" e "impugna[zione]", ma diverso da quello giudiziario pur corrispondente.

Diverso, quest'ultimo, è anzitutto in ragione della potestatività, cioè dell'attitudine a modificare la situazione giuridica dei destinatari rispetto all'autore, il che manca all'atto del notaio che autorizza sé stesso, atto il quale contiene la peculiare serie dei suoi effetti entro la sfera personale dell'autore, ampliandone la capacità ma senza autonoma e stabile modificazione dello statuto di terzi; un atto rispetto al quale oneri reattivi altrui (si pensi all'impugnazione nel termine dato allo scopo) o specifici doveri conformativi (si pensi agli ammennicoli pubblicitari degli uffici di cancelleria) appartengono allo spettro normale dell'efficacia pubblica di un atto, nella misura minima che in genere attinge anche i terzi.

Per persuadersi della consistente alterità dei fenomeni (che, per giunta, dal punto di vista di quello notarile sembra disciplinato regolarmente come atto, e soltanto occasionalmente come procedimento, ammettendosene un inveramento anche istantaneo e non per forza diacronico, oltre che tendenzialmente affrancato dalla disciplina della L. n. 241/1990, sin dall'assenza

di qualsivoglia termine conclusivo), basterebbe considerare la competenza inderogabile *ex art. 28 c.p.c.* del giudice che non trova l'eguale nella generale inerenza alla capacità di qualunque notaio (*purché*) rogante di realizzare *motu proprio* l'equipollente del presupposto consistente nell'autorizzazione al rogito.

Il notaio, in altre parole, vede ampliata in base al criterio di inerenza all'atto da rogare la capacità di determinare in autonomia una fattispecie che altrimenti richiederebbe integrazione *aliunde*: là dove – e da sempre – il notaio poteva già “presentare ricorsi relativi agli affari di volontaria giurisdizione, riguardanti le stipulazioni a ciascuno di essi affidate dalle parti” (art. 1 L.n.), perché fosse l'A.G. a costituire, in esito al procedimento regolato dalla legge, la frazione di potere mancante per il compimento dell'atto, adesso gli viene accordato di procedere a un accertamento determinativo di quella medesima frazione (uso l'aggettivo “determinativo” in quel senso che, per la fattispecie, designa la funzione di “completarne una già avanzata costituzione con strumenti che sono, insieme, di attuazione di una già posta disciplina”, “la quale già statuisce il se, e i criteri essenziali del come, della subordinazione di uno o più interessi di soggetti ad altro o ad altri”³⁸). Il tutto, mentre il distinto potere conservato all'A.G. rimane intatto, senza alcun regime di alternatività né effetto di preclusione che possa generarsi dall'avvio dell'uno o dell'altro dei procedimenti.

Si licet, è una situazione logicamente somigliante a quella dell'arbitro *dopo* essere stato licenziato dall'art. 819 c.p.c. a “risolv[ere] senza autorità di giudicato tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, anche [...] su materie che non possono essere oggetto di convenzione di arbitrato”, là dove – *prima* della Riforma Cartabia – il notaio veniva a trovarsi “per legge” nella condizione come dell'arbitro che, in materia del genere, sempre dovesse attendere l'altrui “decis[ione] con efficacia di giudicato”. Oggi, “richiesto, io notaio ...” si rende invece formula di abbrivio di una più

³⁸ L. Montesano, La tutela giurisdizionale dei diritti, in Trattato di diritto civile italiano fondato da F. Vassalli, XIV, Torino, 1985, 135 s. Si consideri come esempio l'art. 320, 3° c., c.c.: “I genitori non possono alienare, ipotecare o dare in pegno i beni pervenuti al figlio a qualsiasi titolo, anche a causa di morte, accettare o rinunciare ad eredità o legati, accettare donazioni, procedere allo scioglimento di comunioni, contrarre mutui o locazioni ultranovennali o compiere altri atti eccedenti la ordinaria amministrazione né promuovere, transigere o compromettere in arbitri giudizi relativi a tali atti, se non per necessità o utilità evidente del figlio dopo autorizzazione del giudice tutelare”.

generale capacità di risolvere, ancorché unicamente ai fini della stipula di cui abbia ricevuto mandato, le questioni immanenti all’intervento del minore o di altro sottoposto a misura di protezione ovvero dei beni ereditari. Ché, poi, l’autorizzazione integri sempre e comunque l’equivalente di una mera *questione* – nell’ordine della sequenza notarile – dipende dalla circostanza normativamente univoca per cui il notaio mai potrebbe venir richiesto dell’autorizzazione senz’altro, vale a dire in assenza di una contestuale “richiesta” della stipula dell’atto o dell’autentica della scrittura, che invece costituiscono l’*oggetto* in prospettiva del quale la questione incidentale sorge.

Già per questo, a cominciare – cioè – dalla costante accessibilità dell’A.G. quale sede sola in cui l’autorizzazione rimane sempre *oggetto* di provvedimento, non si dà ipotesi di conflitto, né forma di inibizione da prevenzione della sola richiesta e persino nessuna assicurazione dell’efficacia dell’autorizzazione notarile quale “atto” in sé (non provvedimento, che è predicato di autorità): si pensi alla pluralità di richieste rivolte a più notai³⁹ oppure alla morte o alla cessazione dall’ufficio del notaio sopravvenuta alla comunicazione dell’autorizzazione pur decorsi venti giorni “senza che sia stato proposto reclamo”; neanche in tali casi – infatti – pare doversi ammettere riflesso di sorta della prima sull’ulteriore richiesta o – al limite – acquisizione una volta per tutte della legittimazione alla stipula notarile. L’ampliamento della capacità di determinazione autonoma in capo al notaio rogante altro non è, per il singolo, che *relevatio* dal dovere di procurare *aliunde* la realizzazione di un presupposto della propria stipula, ma è poi soltanto quest’ultima a segnare il limite naturale di dispiegamento di tale capacità (notarile) aumentata.

3. CAPACITÀ INERENTE ALLA STIPULA E POTERI IMPLICITI: LA NOMINA DEL CURATORE SPECIALE QUALE ESEMPIO DI IMPLICAZIONE

Diverso dal criterio dell’*inerenza* alla capacità di “stipula degli atti pubblici e scritture private autenticate nei quali interviene un minore [etc.]”

³⁹ Lo Studio in nota 1, qui analizzato, reputa “opportuno che il soggetto istante dichiararsi, nella richiesta scritta rivolta ad un determinato notaio, di non aver già effettuato la medesima richiesta ad un altro notaio o all’autorità giudiziaria” (pg. 43); e la sua pervasività fa suggerire a S. Nucera, op. cit., 169, nel “formulario” di richiesta un’apposita attestazione “ai sensi del DPR 445/2000, di non aver in corso altre richieste”.

– capacità l’inerenza alla quale oggi giustifica l’accertamento determinativo della “fattispecie dell’autorizzazione” mediante un atto autosufficiente, diversamente ricevibile soltanto in guisa di provvedimento *ab extra* e terminativo di un procedimento vero e proprio – è il criterio di *implicazione* della capacità notarile così complessivamente riconosciuta.

Tale distinto criterio, che per logica intima non può trovare esplicazione, sembra però invocabile per coonestare nella missione notarile di una stipula del genere qui in esame altresì l’autonoma designazione del curatore speciale, quando del caso (artt. 320 s. c.c.): laddove, quindi, venga a trattarsi al riguardo di un (altro) atto *necessario* al compimento del mandato naturalmente compreso nella “richiesta scritta” di stipula, allora la designazione del curatore speciale pare ragionevole qualificare come elemento di capacità implicitamente additiva (arg. *ex art.* 1708 c.c.), non senza aver osservato che già per il codice di procedura civile il “correspondente” “provvedimento di nomina” (art. 80) spetta indifferentemente all’A.G. di competenza prospettica (“ufficio giudiziario davanti al quale si intende proporre la causa”) o attuale (“il giudice che procede”) in relazione ad affari determinati.

In sintesi, se è necessario procedere mediante curatore speciale alla stipula autorizzabile dal notaio rogante, sembra che sia il conferimento di tale capacità maggiore, riconosciuta nella misura dell’atto finale, a comprendere la possibilità di spenderne una minore quota in caso di necessità, come quando occorre risolvere l’accidentale “conflitto di interessi” rilevabile dalla fattispecie accertanda (ciò che ben può emergere in fase istruttoria, al modo contemplato per es. dall’art. 410 c.c., con la conseguente “provoc[azione]” dell’intervento dell’organo straordinario, altro essendo il caso del curatore speciale quale organo ordinario e stabile com’è per lo scomparso, l’inabilitato, l’eredità giacente).

Del resto, in via intuitivamente esemplificativa la legge abilita già il notaio a “farsi assistere da consulenti”, e se nella legge si ricerchi un criterio discrezionale circa l’ammissibilità anche di questa figura, non è dubbio che il criterio torna a essere proprio quello della necessità (art. 61 c.p.c.: “quando è necessario, il giudice può farsi assistere, per il compimento di singoli atti [...], da un consulente”). Rimane evidente che, pure qui, vi è una radicale differenza tra l’esito dell’aumentata capacità del notaio e l’esercizio del potere di nomina del curatore speciale che *corrispondentemente* venga a esercitarsi a cura dell’A.G.; soltanto in tale ultimo caso, infatti, si riconosce una stabilità della nomina per la stipula oggettivamente considerata, quale che sia il notaio incaricato della stessa. Non così per la designazione che

avvenga per opera del notaio rogante, la cui capacità individuale sola può immunizzare dall'annullabilità l'atto pubblico o la scrittura privata realizzati col suo concorso, e non (anche) il relativo negozio concluso (tuttavia) per atto di terzi. In aggiunta, il curatore designato dal notaio rogante obbliga quest'ultimo verso il primo, non le parti (nei confronti delle quali direttamente correrebbe invece il rapporto di chi fosse nominato dall'A.G.), fermo il diritto del notaio di ripetere dalle parti gli esborsi necessari alla stipula che avesse richiesto l'intervento del curatore speciale.

4. DOVERE DI PRONUNCIA DELL'A.G., FACOLTÀ DI AUTORIZZAZIONE DEL NOTAIO: PROVVEDIMENTO NEGATIVO DELL'A.G. E ASSENZA DEL SIMMETRICO ATTO NOTARILE

Nella logica della ricostruzione che si viene offrendo, dove al *potere* dell'A.G. (che, poi, come noto è regolarmente una situazione soggettiva di *dovere*) si giustappone una *facoltà* del notaio⁴⁰, non è concepibile alcuna rilevanza esterna dell'eventuale diniego del suo avvalimento, a cominciare dall'assenza di ogni comunicazione che sembra postularsi per il fatto che il notaio si sia determinato a omettere, pur richiesto, quanto in realtà, senza invero esprimere un potere del quale sia reso depositario, realizza un'opzione personale del rogante, opzione che in senso negativo non trova vincoli di simmetria formale con quella di segno contrario, già in ragione della carenza di un'esigenza pubblica di conoscerne la motivazione⁴¹. E se "l'autorizzazione può essere impugnata innanzi all'autorità giudiziaria secondo le norme del codice di procedura civile applicabili al corrispondente provvedimento giudiziale", tanto non importa che l'una (l'autorizzazione) e l'altro (il diniego) siano la stessa cosa, che l'atto (tale intendendo unicamente l'autorizzazione facoltativamente rilasciata in accoglimento della richiesta) e il provvedimento (che, di contro, provenendo dal giudice può essere anche

⁴⁰ Per lo Studio del CNN in discussione, invece: "non ci troviamo dinanzi ad un'attività giurisdizionale, per cui, sotto il profilo della natura, non vi sono ostacoli a ritenere pienamente applicabile l'art. 27 della legge notarile. Qualche dubbio potrebbe insorgere in ragione del fatto che si tratta di un'attività comunque non attribuita in via esclusiva al notaio (trattandosi di una competenza concorrente rispetto a quella dell'autorità giudiziaria) e che presenta anche le segnalate peculiarità sotto il profilo della individuazione del notaio competente a rilasciare l'autorizzazione" (pg. 65).

⁴¹ Al "la comunicazione alla parte istante" è dedicato il § 9.3 dello Studio del CNN.

negativo, ma in ogni caso necessario e motivato) condividano natura ed effetti. Non una volta l'ordinamento assegna forme rimediali omologhe avverso oggetti diversi, reciprocamente altri (cfr., per es., artt. 6 ss. d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150). È peraltro potere del legislatore distribuire potestà di annullamento di atti amministrativi tra le giurisdizioni, non escluso il G.O. in base all'art. 113, 2° comma, Cost.

5. LA COERENTE ASSENZA DI RIMEDIO ALL'INCOERCIBILE ESERCIZIO DELLA FACOLTÀ NOTARILE, A FORTIORI DI QUALESIVOGLIA "POTERE DI IMPUGNAZIONE DA PARTE DEL PUBBLICO MINISTERO"

L'ordinamento neppure ha da somministrare rimedi all'inerzia del notaio che si determini a non dare corso alla richiesta mediante il rilascio della autorizzazione (sebbene l'ostensione e la giustificatezza del diniego possano continuare a svolgersi naturalmente quale tema di regolazione dei rapporti professionali): la parte la cui aspettativa di autorizzazione notarile non sia soddisfatta mantiene tal quale, impregiudicato l'accesso (non soltanto ad altro professionista, ma) alla sede magistratuale, e nessuna analogia di situazioni può lasciar scaturire un giudizio costituzionale di censura sopra la non equivalenza tra la possibilità di reiterazione della richiesta all'A.G. e l'assenza di rimedio all'incoercibile esercizio della facoltà notarile (mutuando, all'estremo, la *ratio* di Corte cost. n. 253/1994)⁴². Né può trovare senso il pure ipotizzato (dallo Studio del CNN) "potere di impugnazione da parte del pubblico ministero, nonostante la lacunosa lettera della norma, [...] anche in caso di diniego dell'autorizzazione"⁴³, altrimenti dovendosi

⁴² Lo Studio col quale ci si confronta qui ribadisce pure nel contesto di riferimento diverso da quello giurisdizionale che "non sussiste [...] una piena fungibilità fra reclamabilità del diniego di una determinata istanza e possibilità di riproporre la stessa" (pg. 65). E vi si spiega la preferenza per la reclamabilità del diniego siccome "soluzione che, in una prospettiva ermeneutica costituzionalmente orientata, risponde ad una fondamentale esigenza di rispetto del sistema di garanzie costituzionali proprie del giusto processo". Non si comprende, per il vero, il richiamo a tali garanzie una volta escluso, come fa lo Studio stesso in premessa, il riferimento alla giurisdizione e al processo per il "procedimento" notarile.

⁴³ Cfr. pg. 82, dove si sostiene la posizione che, oltre a implicare l'esito descritto immediatamente di seguito nel testo, smentisce l'affermazione di massima che gli Aa. dello Studio conducono reiteratamente, cioè che si è "inteso introdurre nel nostro ordinamento un canale autorizzatorio notarile, parallelo rispetto a quello giurisdizionale"; dove "parallelo" implica non

ammettere la legittimazione sostitutiva nella richiesta di autorizzazione, che invero finirebbe concessa dall'Organo di reclamo senza che la parte l'abbia mai chiesta all'A.G.

6. IRRIDUCIBILITÀ AD UNUM DELLE COMPETENZE IN AFFARI DI VOLONTARIA GIURISDIZIONE (ANCHE DAL PUNTO DI VISTA DEL RECLAMO)

Che l'alterità dell'autorizzazione notarile e giudiziale sia un precipitato della disciplina, e non una forzatura della ricostruzione qui proposta, si specchia nell'impossibilità di pensare entrambe come espressione di un unico potere, articolato bensì attraverso sedi distinte ma funzionalmente equipollenti. Soltanto il potere dell'A.G., difatti, è titolato di alcune caratteristiche, l'inesauribilità sopra ogni altra e l'indifferenza rispetto a qualunque procedimento in corso presso il notaio richiesto; nessuna delle quali potrebbe replicarsi a vantaggio della sede notarile.

Si pensi, anzitutto, al monopolio giudiziale di revoca e modifica dell'autorizzazione, che, invece, quando concessa da notaio, in quest'ultimo non lascia residuare attitudine alcuna al *contrarius actus*, ferma la finale disponibilità della stipula da parte sua, e magari l'indisponibilità motivata da sopravvenienze impedienti (le stesse, cioè, danti causa alla revocabilità). Del resto, l'effetto estintivo-modificativo del presupposto che si era venuto realizzando attraverso l'autorizzazione notarile garantisce, proprio per il monopolio presso l'A.G. di tale potere rimediale, che, in difetto di revoca o modifica, non possano essere dedotti i vizi dell'atto autorizzativo come causa di annullamento del negozio stipulato dal notaio che se ne sia procurato licenza (cfr. artt. 322, 1425 c.c.).

Sempre in termini di alterità dell'atto di notaio e del provvedimento del giudice, si pensi all'indifferenza di quest'ultimo finanche per l'autorizzazione già rilasciata dal primo, potendo l'A.G., nei venti giorni occorrenti per l'acquisto della relativa efficacia (senza ammissibili succedanei di rinuncia al termine né acquiescenza per abbreviare quel corso), provvedere al rilascio di quella propria, con clausola di efficacia immediata. Come dice la *Relazione*

interferente, sicché la richiesta di autorizzazione già avanzata al notaio non può mai valere quella da avanzarsi, ove del caso, all'A.G. (solo in un circolo unitario, del resto, si possono immaginare effetti riconducibili alla prima).

illustrativa, “non è consentito al notaio concedere la provvisoria esecutività del provvedimento (che potrà invece essere chiesta all’autorità giudiziaria)”.

Né il reclamo comune a entrambe le ipotesi di autorizzazione può risolversi nella loro ri(con)duzione a unità: il “reclamo” contro l’atto autorizzativo del notaio come si trattasse del “corrispondente provvedimento giudiziale” (*recte*: giudiziario) non è che lo strumento offerto *in itinere* per ri-attribuire, dopo il conato notarile, ogni potere in materia all’A.G., per eventualmente rinnovare lì interamente quanto originariamente l’esposizione del presupposto della stipula notarile alla cognizione autenticamente autoritativa e non semplicemente pubblica. Sicché, attraverso la c.d. “impugna[zione] innanzi all’autorità giudiziaria” in realtà, a parte differire l’eventuale efficacia fino al rigetto del mezzo, si promuove l’ablazione senz’altro dell’atto interno alla serie notarile *in itinere* (e la corrispondente situazione preliminare), senza tuttavia precluderne definitivamente la stipula, in nessun caso: non in caso di rigetto del reclamo, ovviamente; ma neppure in caso di accoglimento del mezzo, dato che, dovendo limitarsi alla fase rescindente, quel giudice rimane sprovvisto della competenza inderogabile sull’istanza autorizzativa e finanche di un’istanza *tout court* alla quale corrispondere, e quando questa fosse presentata nuovamente nessuna preclusione potrebbe autenticamente opporvisi.

Date le coordinate per la ri-lettura del microsistema dell’art. 21 D.lgs. n. 149/2022, può esserne utile adesso una disamina articolata intorno alle sue unità dispositive più elementari.

7. ANALISI DELL’ART. 21 D.LGS. N. 149/2022: LE PARTI

Si dicono “parti”, ai fini della richiesta di autorizzazione (e non dell’atto da rogare, le cui parti ben possono essere “terzi” ai fini della disciplina che occupa), quei soggetti che agiscono con l’incapace o per quest’ultimo ovvero, per i beni ereditari, che devono dotarsi di autorizzazione: di regola, si tratta di soggetti investiti di forme di rappresentanza per legge e non per atto dell’interessato, titolati personalmente alla richiesta di stipula esigente la previa autorizzazione ovvero, in alternativa, per il tramite di procuratore legale, in ogni caso con potere di richiesta che deriva dal solo statuto legale dell’agente senza alcuna esigenza di previsione espressa, ove pure – cioè – la preposizione rappresentativa si riconduca a un atto apposito.

Deve escludersi che per “procuratore legale” possa intendersi soggetto diverso da un iscritto all’ordine degli avvocati e però legalmente esercente

la funzione in senso oggettivo, che, in quanto tale, potrebbe invero essere assolta pure da (altro) notaio. Difatti, la legittimazione a domandare l'emissione del provvedimento concerne a norma dell'art. 1 L.N. i "ricorsi" veri e propri, ma è proprio il fine di evitare il ricorso ad altri ad aver determinato il legislatore a munire ciascun notaio della capacità di determinare *ex se* tutti i presupposti della stipula, sicché il pubblico ufficiale richiesto mantiene l'alternativa di ricorrere all'A.G. nell'interesse della parte ovvero di rilasciare alla stessa l'autorizzazione senz'altro, non anche di postulare per il rilascio di questa presso altro collega.

8. LA RICHIESTA

Diversamente da quanto ritenuto nello studio del CNN⁴⁴, l'atto di impulso (né istanza, né ricorso) rivela niente più che la disponibilità e trattabilità costanti dell'affidamento del complessivo mandato notarile, ma collocarne la natura e la funzione di là di giurisdizione e processo vale pure a escludere ogni utilità del richiamo agli atti di parte e alla loro disciplina che è nel c.p.c. (art. 125), ivi inclusa quella della patologia degli stessi (artt. 156 ss.). E, una volta esclusa (sia testualmente che sistematicamente) ogni comminazione di nullità per l'assenza di forma scritta (e di sottoscrizione, come meno nel più, fermo il principio da ultimo ribadito finanche per la firma del ricorso per cassazione secondo il quale "è possibile desumere *aliunde*, da elementi qualificanti, la paternità certa dell'atto processuale": Sezioni unite civili, Sentenza 12 marzo 2024, n. 6477), si fa pervia la strada che ne ammette in ogni momento l'integrazione anche successiva (stante il principio – invalso anche nel processo – di alternatività di nullità e correzione o integrazione), non essendo (insomma) determinante l'antiorità di un atto scritto contenente requisiti predeterminati ma bastando, ai fini del rapporto tra richiedente e richiesto, la risultanza scritta del conferimento dell'incarico inclusivo di ogni atto necessario al compimento della stipula quale termine ultimo di ogni consentita *relatio*, senza bisogno di attestazioni

⁴⁴ Secondo lo Studio in esame, "l'analogia funzionale con il ricorso dei procedimenti della volontaria giurisdizione ha indotto a chiedersi se sia possibile far riferimento, mutandis mutandis, all'art. 125 del codice di rito. Per quanto non ci troviamo di fronte ad un ricorso, avente natura giurisdizionale, rivolto all'autorità giudiziaria, il parallelo può essere comunque di ausilio al fine di individuare il contenuto necessario della richiesta di cui si discute; in coerenza, si specifica che "la richiesta scritta deve essere sottoscritta dalla parte" (pgg. 42 s.).

o altro. Al massimo, è la procura di cui si serve l'istante, quando sia diverso dalla parte personalmente, a risentire della forma necessitata per il principio di cui all'art. 1392 c.c.

In definitiva, la forma dell'istanza pertiene alla compiuta documentazione del rapporto tra parte e pubblico ufficiale (documentazione che, nei limiti dell'attestazione fidefaciente, può riguardare tutte le "dichiarazioni delle parti"), che nella prima trova il *trigger* dell'aumento della capacità rogante per il tramite dell'accertamento determinativo di presupposti che, diversamente, sarebbero somministrati *aliunde*; dunque, tale forma non è incompatibile con l'originaria manifestazione orale dell'istanza che venga poi riprodotta per iscritto⁴⁵ (implicando ciò altresì l'assenza di ogni esigenza di forma per l'eventuale ritiro della richiesta). Così, del resto, è finanche per la domanda giudiziale, proponibile ora *oralmente* (art. 316 cpv.) ora addirittura *realmente* (art. 825 c.p.c.: "propone istanza depositando [...]"). Con la conseguenza che, dato il provvedimento autorizzativo, questo rimane sempre autosufficiente, anche quando la richiesta non abbia rivestito la forma esigibile, come in genere deve dirsi per i vizi che risalgano – nella serie produttiva dell'atto – a quelli antecedenti, i quali appaiono inidonei a riflettersi sopra l'atto ultimo, che invero non è stabilmente concepito come esito di un procedimento, ma quale atto puntuale.

In breve, non c'è bisogno di evocare l'art. 43, 2° comma, c.c., secondo cui "nei casi urgenti la richiesta di un provvedimento [del giudice tutelare] può essere fatta al giudice anche verbalmente", e non soltanto perché la ricostruzione proposta consentirebbe il ricorso verbale sempre, ma soprattutto perché la richiesta scritta al notaio risulterebbe incoerente con l'urgenza dell'affare dato che soltanto la via dell'A.G. potrebbe garantire l'immediata efficacia dell'autorizzazione alla stipula e la massima brevità dell'intervallo richiesto prima di quest'ultima, almeno in teoria.

⁴⁵ Non si comprende, a questo proposito, perché mai lo Studio in commento – che pure muove dall'affidamento al notaio di una funzione di raccolta dell'istanza orale ("Non va comunque esclusa la possibilità che il notaio, richiesto di rogare un determinato atto, offra alla parte istante un supporto di natura consulenziale già in sede di predisposizione della relativa richiesta scritta di autorizzazione": pg. 41) – si affretti a escludere la vestizione della vicenda come verbalizzazione della richiesta orale per assertivamente concluderne "che rimane comunque, in tal caso, una richiesta di parte sottoscritta dal richiedente".

9. L'ISTRUZIONE

La fase di istruzione della richiesta rimanda caratteri evidenti quali l'informalità (testualmente prescritta: “senza formalità”), l'atipicità delle fonti informative (“consulenti” è sintomaticamente privo di ogni determinazione anche grammaticale), la de-strutturazione degli atti e la mancanza di regole pre-costituite per la documentazione, in uno al fattore esemplificativo che connota quelli atti esplicitamente censiti. Si vuol dire, in altri termini, che – proseguendo nella ideale linea di congiunzione degli esempi – altri atti si possono considerare ancora accessibili al notaio, che sempre l'assolvimento del relativo mandato dev'essere ostendibile nei confronti di terzi qualificati dallo svolgimento di quell'attività di cui il (prospettico) rogante sia stato richiesto, che l'intima carenza di coercibilità nella cooperazione di terzi siffatti (in difetto di norme generali qual è l'art. 68, 3° c., per il “giudice”, o particolari qual è l'art. 816-ter, 3° c., c.p.c. per gli “arbitri”) concorre a manifestare ancora il carattere dell'attività notarile siccome non sostitutiva dell'attribuzione dell'A.G., invece titolata “al corrispondente provvedimento giudiziale” in modi così diverso da escludere tratti men che doverosi nella collaborazione esigibile dai terzi.

La compiutezza della fase istruttoria è funzionale alla tenuta della motivazione esposta a conforto dell'autorizzazione, ma non ricorrono esigenze intime alla sequenza formativa degli esiti istruttori, a cominciare dall'osservanza del contraddittorio *con* le “parti”, dovendosi escludere ogni dovere comunicativo delle risultanze nei confronti del richiedente l'autorizzazione che ne debba precedere il rilascio. Del resto, nella relazione tra le parti è soltanto quest'ultimo a rilevare (l'intervenuto rilascio, appunto), al pari del diniego di autorizzazione che rimane confinato esso stesso tra parti e notaio. Se proprio si vuole descrivere per differenza l'andamento della fase istruttoria, ben potrebbe dirsi che essa – di là di ogni altro elemento di incomparabilità, cominciando dalla circostanza di essere concepita *sine die* – può rimanere segreta nei confronti del richiedente ancorché in un senso o nell'altro l'esito determinante può avere la sua manifestazione nell'atto o nel suo diniego (ove giustificato).

Al richiedente spetta bensì di disporre della richiesta in ogni tempo, ma la fase istruttoria rimane assolutamente officiosa, rivolta com'è all'accertamento dei presupposti della capacità dell'agente notarile, il quale non da altro potrebbe veder condizionata la determinazione degli elementi dai quali dipende la valida spendita della funzione pubblica che dalla sua propria

ricerca. L'investigazione del notaio è infatti funzionale all'acquisizione dei dati che dimostrano l'interesse del contraente protetto, tanto quanto quelli che massimamente esonerano il rogante dalla responsabilità della stipula, sicché la conduzione officiosa della fase istruttoria appare una componente logicamente coerente di tale ricostruzione dell'ordinamento.

In questo si ravvisa il tratto più autenticamente discrezionale tra le funzioni autorizzative rispettivamente svolta dal giudice nel procedimento in camera di consiglio e dal notaio nei modi qui indagati: il giudice assume sempre una posizione di terzietà rispetto all'interesse che deve essere salvaguardato, egli o ella non prende in capo a sé – come farebbe la parte – la tutela di quell'interesse, e però mantiene assolutamente una posizione di terzietà, che anche in ambito pubblico nessun altro titolare di funzioni sarebbe in grado di osservare. Si spiega così, con la perenne alienità dall'interesse salvaguardato e l'indifferenza verso ogni altro, che “quando l'esercizio è svolto dal giudice, ciò significa che la dotazione naturale dei suoi poteri, come definita nel Libro I del Codice, certamente non viene dismessa per il solo fatto che egli agisca in camera di consiglio e in ambito non contenzioso. Perciò, anche in quest'ultimo ambito il giudice può impiegare comunque l'insieme dei poteri riservati alla giurisdizione nella sua totalità, fino a quelli di coercizione e con impatto sulla libertà personale”⁴⁶.

Come può, di converso, il notaio pretendere allora cooperazione genuina, informazioni veritiere etc.? La disposizione che enumera “consulenti” e “informa[tor]i”, e tra questi – segnatamente – “coniuge, parenti entro il terzo grado e [...] affini entro il secondo” nonché “altri chiamati e i creditori risultanti dall'inventario”, tipizza altrettanti doveri di assistenza o di informazione che, quando inosservati, attentano alla posizione soggettiva che possa da ciò venire lesa, col conseguente obbligo di risarcimento del danno. Un po' come avviene per il teste non renitente, che tuttavia in arbitrato menta: non essendo sanzionabile penalmente, il dovere incoercibile di dire la verità non trova per la sua infrazione altra soluzione che l'assoggettamento dell'autore del mendacio all'obbligo risarcitorio nei confronti della parte danneggiata, *inter alia*.

⁴⁶ Mi ero già espresso così: Il rito camerale ex artt. 737 ss. c.p.c., in AA.VV., *Procedimenti di volontaria giurisdizione: prospettive per uno statuto condiviso di regole operative*, a cura di G. A. Chiesi, Biblioteca della Fondazione del Notariato, 2020, 205.

Altro accade per quegli informatori innominati: se trattasi di soggetti interpellabili dal notaio avvalendosi di poteri *uti singulus* o *uti civis*, nessuna questione può farsi per il notaio che manifesti un’istanza di accesso in dipendenza della stipula da autorizzare, vantando così una non inferiore pretesa di acquisizione dei dati che ricerca rispetto all’omologo accesso di altri parimenti qualificati verso un detentore pubblico (ovvero altro assoggettato a regime equivalente).

Non in termini esattamente di replica può invece porsi la questione della cooperazione richiesta a terzi innominati fuori dell’esercizio di capacità individuali di accesso pubblico o civico, e in ipotesi del genere sembra invalicabile il confine segnato dal principio di irrilevanza della convenzione tra richiedente e notaio (*ex art. 1372, 2° c., c.c.*) verso terzi, in specie privati che siano richiesti – invero facoltativamente – di cooperare, fermo che la volontaria adesione all’invito rivolto loro dal notaio li costringe(rebbe) comunque all’osservanza del principio di *neminem laedere*.

Per le spese della fase istruttoria, sembra scontato che dal notaio siano esigibili nei confronti della parte richiedente “i mezzi necessari per l’esecuzione del mandato” (art. 1719 c.c.), e che il rapporto col – in ipotesi, per es., di – consulente si instaura direttamente tra il notaio e l’assistente designato, di qui il conseguente diritto del primo di ripetere le spese necessarie per dotarsi di tale assistenza: assistenza il cui raggio operativo sembra ragionevolmente misurato su quello delle attività di cui all’art. 194 c.p.c., sebbene vada ribadito che nemmeno la consulenza tecnica disposta dal notaio assuma i tratti di un procedimento ma si risolva *uno actu*, al modo di un’acquisizione “*in private*”, come nella tradizione di qualche corte inglese⁴⁷.

10. L’AUDIZIONE DEL LEGATARIO

“Nell’ipotesi di cui all’articolo 747, quarto comma, del codice di procedura civile deve essere sentito il legatário”: questi appare dunque destinatario di un vero e proprio diritto procedimentale, venendosi a trovare in una posizione differenziata da tutti gli altri informatori siccome titolare di un

⁴⁷ Per raggugli, v., se vuoi, Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico, Padova, 2002, 23, dove si dice della figura che assiste il giudice nell’esame delle questioni tecniche, e che il Patent act del 1949 chiama anche independent scientific adviser, il quale risponde ai quesiti che gli sono sottoposti – appunto – in private.

interesse protetto ulteriore rispetto a quello della cui salvaguardia si pre-occupa l'autorizzazione alla stipula. Infatti, in ipotesi di "autorizzazione a vendere beni ereditari", "se l'istanza di autorizzazione a vendere riguarda l'oggetto d'un legato di specie, il ricorso deve essere notificato al legatário". Questi, dunque, si vuole titolato a interloquire siccome nell'interesse proprio possa somministrare elementi di fatto e di diritto rilevanti per l'autorizzazione del cui rilascio trattasi. Sicché, ove sia il notaio richiesto di accordarla, al legatario va assicurata la disponibilità a riceversi entro un termine ragionevolmente assegnabile al medesimo (secondo un potere implicitamente riconoscibile al notaio) gli elementi che, nell'interesse del soggetto che li apporta, debbano essere considerati per il rilascio dell'autorizzazione a vendere.

11. L'ATTO DI AUTORIZZAZIONE: FORMA, CONTENUTO, MOTIVAZIONE, EFFICACIA

L'atto scritto (ma non solenne) di autorizzazione non è essenzialmente motivato, non foss'altro per l'estraneità all'ambito (oltre che della giurisdizione, anche) di applicazione dell'art. 3 L. n. 241/1990 (Motivazione del provvedimento): nei confronti del notaio la posizione del richiedente la stipula conosce quest'ultima come unico terminale oggettivo della pretesa, sicché ove la stipula in presenza dell'accertamento determinativo della capacità notarile corrispondente abbia comunque luogo, l'atto di autorizzazione che sia privo di motivazione non manca di concorrere al compimento esatto della prestazione esigibile dal pubblico ufficiale. Sopra costui non grava obbligo di motivazione, ma eventualmente essa ne integra i doveri, doveri nei confronti dei terzi in genere e dell'A.G., in specie funzionale a dar conto dell'esonero in concreto del potere autorizzativo naturalmente spettante a quella.

La motivazione, se non è uno degli *essentialia actus*, di necessità è pure integrabile o correggibile, non potendosi immaginare alcuna consunzione entro la data della stipula, fermo il differimento dell'efficacia dell'autorizzazione testualmente modificata siccome soggetta a nuova comunicazione (con conseguente proroga del termine di reclamo).

12. LA DETERMINAZIONE PER IL REIMPIEGO DI CORRISPETTIVI

"Ove per effetto della stipula dell'atto debba essere riscosso un corrispettivo nell'interesse del minore o di un soggetto sottoposto a misura

di protezione, il notaio, nell’atto di autorizzazione, determina le cautele necessarie per il reimpiego del medesimo”: si tratta di previsione assonante con quelle omologhe che si riferiscono all’A.G., qual è sub art. 748 cpv. c.p.c. E però, nel dualismo dei registri entro i quali si conduce questo commento, anche al riguardo delle cautele per il reimpiego di corrispettivi deve porsi mente alla distonia tra la misura notarile e la corrispondente giudiziaria.

La prima, in sostanza, è priva di autonomia rispetto all’autorizzazione alla stipula, non soltanto nel senso di costituirne quest’ultima il contesto formale quanto necessario, ma anche nel senso di non esserne dissociabile sotto il profilo altresì sostanziale oltre che non essere postergabile all’autorizzazione medesima (un potere che somiglia, *mutatis mutandis*, a quello di imputazione, il quale spetta al debitore, ma rimane esercitabile unicamente “quando paga”: art. 1193 c.c.).

L’autorizzazione, e in particolare l’acquisita sua efficacia, esprime una determinazione del genere presente all’art. 372 c.c., creando così una regola di condotta che costituisce un modo di essere dell’autorizzazione alla stipula, integrandola *tout court*. In pratica, “le cautele necessarie per il reimpiego” rientrano nell’accertamento determinativo della medesima fattispecie e la motivazione dell’atto è lo strumento a disposizione del notaio per dare conto, anche in ragione di cautele specificamente stabilite, dell’aumento della sua capacità di stipulazione. Ché, poi, ove il “reimpiego” debba avvenire attraverso un ulteriore atto per ministero dell’unico notaio le cautele in parola appaiono meglio esigibili come misure interinali, ma non meno necessarie: in ogni caso, la tecnica propria del reclamo, che tende a presentarsi come devoluzione piena e automatica e comunque esclusivamente rescindente, non ammetterebbe acquiescenza parziale né sopravvivenza alcuna di una determinazione di reimpiego in carenza di autorizzazione o di questa senza quella. *Simul stabunt simul cadent*, si direbbe, proprio per la reciproca integrazione dell’accertamento determinativo della fattispecie e delle cautele per il reimpiego dei corrispettivi.

13. LA COMUNICAZIONE E NOTIFICAZIONE

L’autorizzazione è oggetto di “comunica[z]ione], a cura del notaio, [...] alla cancelleria del tribunale” e “al pubblico ministero presso il medesimo tribunale”. Per implicito, ne viene ammessa in entrambi i casi anche la “notificazion[e]” in senso proprio (contemplata in generale, e perciò anche con riferimento all’atto), ma invero non sembra doversi avere riguardo

particolare per la specie del procedimento partecipativo, se cioè comunicazione o notificazione. Quest'ultima, che rimane senz'altro disponibile anche a istanza del notaio, è tuttavia strumento che, nei procedimenti con più parti (art. 739 c.p.c.), può, senza più monopolio del notaio, servire alla ulteriore partecipazione dell'atto autorizzativo per quella delle parti col maggior interesse ad accelerare la maturazione dell'efficacia, e dunque all'iniziativa della notificazione nei confronti di tutti i legittimati al reclamo. Si coglie al riguardo la possibilità di replicare, per il tramite dell'istanza di notificazione a cura della parte, lo schema surrogatorio della comunicazione di ufficio (segnatamente, dell'ufficio notarile), frequente nel sistema delle impugnazioni (art. 669-terdecies c.p.c.: “[...] nel termine perentorio [...] dalla comunicazione o dalla notificazione se anteriore”).

Quanto alla c.d. comunicazione, la stessa è infungibilmente “a cura del notaio”, e dunque è altro dall'istituto disciplinato dal c.p.c. (art. 136). Ha senz'altro scopo notiziale quando rivolta alla “cancelleria del tribunale”, e la sua forma appare libera. In ogni caso, la mancanza di tale comunicazione, che pure è doverosa anche se non è stabilito un termine neanche acceleratorio per il relativo compimento, affetta la sola decorrenza del termine per l'efficacia, che difatti non potrebbe ritenersi generalmente acquisita senza tale comunicazione nei confronti di ogni altro soggetto legittimato al reclamo e non diversamente notiziato.

Nei confronti del P.M., invece, la situazione giuridica soggettiva del notaio appare diversamente delineata atteso che – senza la relativa comunicazione, che è a sé stante e non può andare confusa con l'altra per la differente destinazione di ciascuna (a dispetto della modalità suggerita dallo studio approvato dal CNN) – al notaio rimane preclusa la possibilità di far maturare l'efficacia dell'atto e, così, l'autorizzazione per la validità della stipula, essendone condizione minima indefettibile l'assenza di reclamo (almeno) del P.M. nei venti giorni successivi (la pur possibile rinuncia al reclamo o ai termini relativi nemmeno da parte del P.M. pare conferire la *chance* di abbreviazione di questo intervallo temporale, che è l'elemento di per sé costitutivo dell'efficacia dell'autorizzazione comunicata).

Il P.M. non realizza qui un'ipotesi di intervento *ex art. 70 n. 5) c.p.c.* perché la sua partecipazione al procedimento di reclamo non è necessaria, salvo che abbia promosso tale mezzo: mezzo che, tuttavia, non integra affatto “eserciz[io de-] l'azione civile” ma rimedio preventivo nei confronti dell'efficacia dell'atto espansivo della capacità rogante del pubblico ufficiale.

L'eventuale rescissione dell'atto riporterebbe l'autorizzazione alla stipula corrispondentemente nella situazione *qua antea*.

A beneficio della parte richiedente nessuna comunicazione è prevista in termini formali, e del resto la parte mantiene interesse soltanto alla stipulazione finale, del che l'intervenuta autorizzazione rappresenta una condizione che si avvera approssimando la realizzazione dell'interesse maggiore e assorbente. Né alla parte richiedente spetta, ai fini dell'eventuale impugnazione, una comunicazione parimenti formalizzata dell'ipotetico diniego (o della sua motivazione), ciò che non è contemplato e che, per la via del reclamo stabilito in materia di autorizzazione, nemmeno potrebbe condurre al rilascio dell'autorizzazione, la quale, se rifiutata dal notaio, competerebbe comunque al giudice tutelare, e non certo al tribunale del reclamo.

Anche il principio di tipicità dei mezzi di impugnazione esclude, insomma, di dare ingresso a rimedi non previsti, né altrimenti utili essendo la risorsa naturale del giudice tutelare continuamente e stabilmente a disposizione della parte non soddisfatta della richiesta scritta *olim* rivolta al notaio; ciò ancor più considerando che, diversamente dalla disciplina generale (art. 741 c.p.c.), oggi l'art. 473-ter c.p.c. vuole che “i decreti del giudice tutelare, ove non sia diversamente stabilito, [...] sono immediatamente esecutivi”.

14. L'IMPUGNAZIONE

“L'autorizzazione può essere impugnata innanzi all'autorità giudiziaria secondo le norme del codice di procedura civile applicabili al corrispondente provvedimento giudiziale”, cioè “propo[nendo] reclamo”, nella specie – a norma dell'art. 739 c.p.c. – “al tribunale [che sarebbe stato competente al rilascio della corrispondente autorizzazione giudiziale], che pronuncia in camera di consiglio in composizione monocrática”, “nel termine perentorio di dieci giorni dalla comunicazione [...], se è dat[a] in confronto di una sola parte, o dalla notificazione se è dat[a] in confronto di più parti”. Per il caso “dell'autorizzazione a vendere beni ereditari [che] appartengono a incapaci” la competenza spetta senz'altro alla Corte d'appello nel cui distretto è il tribunale del luogo in cui si è aperta la successione.

Sempre legittimato al reclamo è il P.M. presso il tribunale che sarebbe stato competente al rilascio della corrispondente autorizzazione giudiziale, organo che in base all'art. 21 in esame vede i casi ivi censiti come quelli in cui “deve essere sentito” (art. 738 c.p.c.), e però senza che la comunicazione

degli atti sia “previa”, bensì ugualmente necessaria ma differita all’emissione dell’autorizzazione notarile.

Avendo *retro* escluso la reclamabilità del diniego, nemmeno è il caso di ipotizzare l’evenienza che “può essere impugnata dagli istanti [...] l’autorizzazione [...] a condizioni diverse da quelle richieste”⁴⁸: la parte insoddisfatta rimane libera di ritrattare la richiesta di rogito e di accedere altrove per la ricerca dell’atto autorizzativo desiderato.

15. LA REVOCA E MODIFICA

Che le autorizzazioni per atto di notaio “possono essere in ogni tempo modificate o revocate dal giudice tutelare”, salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in forza di convenzioni anteriori, rimanda ancora una volta all’idea dell’immanenza all’ordine giudiziario di un deposito naturale di potere, inesauribile, che può costantemente svolgersi, fin-anche quando sia rimasta (precariamente) determinata *aliunde* una fattispecie dispensativa dell’esercizio del potere in questione. Così, l’A.G. può esercitarsi tanto in via originaria tanto in via secondaria, rimediale: col rimedio sospensivo dell’efficacia dell’atto notarile che è il reclamo, in pratica, si ristabilisce una situazione che prelude eventualmente a una forma di esercizio primaria di siffatto potere giudiziario, dato che, una volta revocato l’atto autorizzativo del notaio, per il governo della vicenda negoziale della persona bisognosa di protezione si consente la ripresa dell’iter autorizzativo (anche) presso il giudice competente.

Viceversa, con il rimedio sostanziato di revoca o modifica, proprio perché trattasi di esercizio garantito “in ogni tempo”, vale a dire anche quando siano “decorsi venti giorni dalle notificazioni e comunicazioni previste [...] senza che sia stato proposto reclamo”, e dunque l’atto è già efficace o addirittura una o più “convenzioni” siano state già stipulate grazie a quello, allora il tema fondamentale sembra risolversi nel coordinamento dei rimedi, il cui concorso – che riguarda soli atti di positivo rilascio dell’autorizzazione da parte del notaio, non mai di diniego, del quale all’estremo neppure sarebbe poi concepibile la revoca – peraltro insiste sopra uffici diversamente competenti.

⁴⁸ G. Santarcangelo, Volontaria giurisdizione: richiesta ed autorizzazione per vendita di bene ereditario, in *Notariato*, 2023, p. 104.

A mio avviso, il coordinamento si realizza utilizzando quale discrimine l'efficacia dell'autorizzazione, prima della quale il presidio spetta al mezzo del reclamo, che è *ad tempus datum*; dopo, invece, tutto il potere risiede nel solo giudice tutelare che lo esercita mediante revoca o modifica.

A margine delle osservazioni dedicate a detti esercizi secondari, vien fatto di ribadire che al notaio non spetta alcuna riserva di revocabilità o modificabilità sopra l'atto autorizzativo che avesse già elevato a oggetto ostendibile, trattandosi – quanto ai rimedi in genere – di monopolio dell'A.G., e però dovendosi ribadire che il ministero notarile potrebbe ancora essere ruscato in punto di stipula, al modo di un implicito ravvedimento in ordine alla capacità di rogare l'atto di cui il notaio fosse stato richiesto, con effetti della sua incoerente condotta probabilmente contenibili entro la relazione civilistica tra il richiedente il servizio e il professionista.

16. L'AMBITO DI ESCLUSIONE

“Restano riservate in via esclusiva all'autorità giudiziaria le autorizzazioni per promuovere, rinunciare, transigere o compromettere in arbitri giudizi, nonché per la continuazione dell'impresa commerciale”: si tratta di disposizione non veramente necessaria, a ben riflettere, dato che soltanto eventualmente “atti pubblici e scritture private autenticate” – vale a dire le attribuzioni finali del notaio rogante – costituiscono gli elementi terminativi della serie che principia in una delle “autorizzazioni” qui menzionate. Infatti, quando si tratta dell'iniziativa o della terminazione di “giudizi”, siccome rinunciati o transatti o traslati, non appare essenziale la redazione di atti notarili, e dunque l'autorizzazione per quegli altri invece occorrenti non potrebbe in via di principio spettare ad alcun “notaio rogant”. Per giunta, là dove – di contro – “atti pubblici e scritture private autenticate” dovessero rinvenirsi, in tale forma risultando stipulati (ancorché in-essenzialmente) rinunce, transazioni o convenzioni di arbitrato, allora qualche dubbio potrebbe sorgere con riferimento proprio a queste ultime, se riferite a clausola compromissoria⁴⁹ e non già compromesso. È noto infatti che, in base all'art.

⁴⁹ Sia consentito ancora dissentire anche dall'esemplificazione recata dal noto Studio del CNN, ove si fa cenno (pg. 25) al “contratto di mutuo avente nel contenuto negoziale la previsione di una clausola di deferimento all'arbitrato bancario finanziario”, ciò che non integra certo una clausola compromissoria in senso proprio.

808, 2° comma, c.p.c. “il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissória”, onde l’apposita “autorizzazion[e] per [...] compromettere in arbitri giudizi” si riferisce di necessità al solo compromesso, del quale il c.p.c. si limita a prescrivere che dev’essere “fatto per iscritto” (art. 807).

Pur non costituendo integrazione inseparabile della complessiva disciplina, non è dubbio che la disposizione qui specialmente in commento aiuti nel considerare giusta la tensione interpretativa sopra il resto della normativa in direzione espansiva, cioè idonea a enfatizzare, nei limiti della funzionalità dell’innovazione, la capacità autosufficiente del notaio rogante, che nella parte attributiva non conosce un censimento tanto analitico delle sue competenze mentre una tecnica di tal fatta ne caratterizza piuttosto le sottrazioni, denotando così la possibilità di intenderle in misura stretta e rigorosa.

Inviato il 01.10.2024.

Pubblicato il 20.05.2025.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Questo articolo è distribuito con Licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale 4.0 Internazionale.

A “NOVA COMPETÊNCIA” DOS NOTÁRIOS ITALIANOS EM ASSUNTOS DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Ferruccio Auletta^{50 51}

Sumário: 1. O Conselho Nacional dos Notários e o estudo que segue o critério “para tomar como parâmetro de referência da atividade que o tabelião deve executar o que a autoridade judicial tem realizado até o momento” - 2. Autorização notarial como ato administrativo, não provisório, produzido em ato formal, diverso da forma judiciário, sem potestividade - 3. Capacidade inerente à conclusão e poderes implícitos: a nomeação do curador especial como exemplo de implicação - 4. Dever de pronúncia da autoridade judiciária: faculdade de autorização do notário: decisão negativa da autoridade judiciária e ausência de simetria do ato notarial - 5. A coerente ausência de recurso ao livre exercício da atividade notarial: sem prejuízo de ulterior intervenção do Ministério Público - 6. Irredutibilidade das competências em assuntos de jurisdição voluntária (também do ponto de vista da reclamação) - 7. Análise do art. 21 do Decreto Legislativo n. 149/2022 - 7.1. As partes - 7.2. O pedido - 7.3. A instrução processual - 7.4. A oitiva do legatário - 7.5. O ato de autorização: forma, conteúdo, motivação e eficácia - 7.6. Determinação para reutilização dos emolumentos - 7.7. Comunicação e notificação - 7.8. A impugnação - 7.9. Revogação e modificação - 7.10. Âmbito de exclusão.

Palavras-chave: Competência dos notários italianos; jurisdição voluntária; Reforma Cartabia.

⁵⁰ Professor titular de Direito na Universidade Luiss Guido Carli em Roma. Membro do Conselho de Administração da Associação Italiana de Estudos sobre Processo Civil. Professor visitante na *Dickson Poon School of Law, King's College* de Londres. Magistrado, membro do Secretariado do Conselho Superior da Magistratura. Assistente de estudos do Tribunal Constitucional Italiano. Membro do Gabinete do Ministro da Justiça. Jornalista. E-mail: fauletta@luiss.it

⁵¹ Artigo originalmente apresentado em italiano, cuja versão é apresentada anteriormente nesta Revista. Livre tradução do Editor, a pedido do autor, revisada institucionalmente no âmbito da Procuradoria-Geral do Município de Joinville.

1. O CONSELHO NACIONAL DOS NOTÁRIOS E O ESTUDO QUE SEGUIE O CRITÉRIO “PARA TOMAR COMO PARÂMETRO DE REFERÊNCIA DA ATIVIDADE QUE O TABELIÃO DEVE EXECUTAR O QUE A AUTORIDADE JUDICIAL TEM REALIZADO ATÉ O MOMENTO

A Lei de 25 de novembro de 2021, n. 206, art. 1º, n. 13, previa no âmbito da “Delegação ao Governo para a eficiência do processo civil” que “os decretos legislativos ou decretos que contenham alterações ao regulamento dos processos em Câmara fossem adotados com observância dos seguintes princípios e critérios orientações: [...] b) prever intervenções destinadas a transferir [...] para notários [...] algumas das funções administrativas, na jurisdição voluntária, atualmente atribuídas ao juiz cível e ao juiz de menores, identificando também as áreas específicas e os limites desta transferência de funções”.

Foi, muito claramente, uma iniciativa cujos pré-requisitos consistiram, antes de mais nada, na maior capacidade do julgamento e do direito processual face à jurisdição prevista na Constituição Italiana (art. 111), embora não possa haver jurisdição sem julgamento, continua a ser muito possível que haja julgamento sem jurisdição. E o Código de Processo Civil Italiano recolhe (registra) acontecimentos de processos que não concretizam verdadeiramente a competência da atividade jurisdicional regulada por lei, mas sem que esteja implicada qualquer forma de proteção de direitos, como - precisamente - quando é atribuída ao juiz, ainda que facultativamente do ponto de vista do legislador, uma função alheia à garantia de direitos subjetivos e própria à gestão de meros interesses (jurisdição voluntária).

Na perspectiva reformista, o Governo tinha o poder de mudar esta função administrativa: isto é, atribuir a capacidade ao funcionário notarial em lugar da competência do juiz e do processo relacionado (ou seja, aquele tipo de processo com estrutura de interrogatório, em igualdade de condições, perante um terceiro imparcial). Transferir significa, na verdade, deslocar, levar para outro lugar.

Contudo, não se verificou qualquer transferência, mas sim - a abertura de uma via paralela, conjugando a “prestação judicial correspondente” (leia-se: jurisdicional ou proferida por órgão judicial) com a possibilidade de autorização do notário “para a estipulação de escrituras públicas autenticadas e de escrituras privadas que envolvam menor, interdito, incapaz ou beneficiário de medida de apoio à administração, ou relativas a bens

hereditários” (art. 21, Decreto Legislativo de 10 de outubro de 2022, n. 149). Tal como refere o relatório explicativo, foi criada uma “dupla via” para que o interessado possa alternativamente recorrer ao notário ou ao juiz.

Quando isso aconteceu, o Conselho Nacional do Notariado aprovou um estudo *ad hoc* caracterizado pelo critério enunciado “de tomar como parâmetro de referência a atividade que o notário terá de exercer àquela que a autoridade judiciária⁵² tem desempenhado até agora”, dando um rumo ao debate e à prática em formação caracterizada por dogmatismos que não são verdadeiramente justificados⁵³, simetrias forçadas ao limite da estabilidade conceitual, mas muito além da sustentabilidade mensurável na razoabilidade e na eficiência.

A tentativa de contribuir para uma aplicação que se adapte sensatamente à lógica das novas disposições leva-me a explicar como, já do ponto de vista do rigor científico, algumas soluções são completamente necessárias e, na verdade, intimamente falhas pela restrição dogmática do intérprete, um verdadeiro viés cultural. E é precisamente eliminando o preconceito existente no parâmetro de referência que o caminho de reforma pretendia seguir parece tornar-se, o sentido dela, verdadeiramente claro.

2. AUTORIZAÇÃO NOTARIAL COMO ATO ADMINISTRATIVO, NÃO PROVISÓRIO, PRODUZIDO EM ATO FORMAL, DIVERSO DA FORMA JUDICIÁRIA, SEM POTESTATIVIDADE

Com efeito, a primeira consideração é que, sem prejuízo da natureza pública do notário, a regulação do concurso de poderes e das formas correspondentes não pode derivar da competência jurisdicional, o que implica o

⁵² FABIANI, Ernesto; PICCOLO, Luisa. L'autorizzazione notariale nella rifor. In: FABIANI, Ernesto; GUGLIELMO, Rocco; PACE, Vito. **Riforma della volontaria giurisdizione e ruolo del notaio**. V. I. Gli Studi. Roma: Giuffrè Francis Lefbvre – Galli Edizioni. 2023. p. 13. O Estudo foi aprovado pelo Grupo de Trabalho sobre a reforma da jurisdição voluntária em 9 de fevereiro e pelo Conselho Nacional do Notariado em 13 de fevereiro de 2023, depois publicado na CNN News n. 31, de 17 de fevereiro de 2023.

⁵³ Basta ver como a própria doutrina notarial se conformava a ela: para todos, vejamos. NUCERA, Susanna. **La nuova volontaria giurisdizione: dopo la riforma cartabia**. Pisa: Pacini Giuridica, 2023, p. 81 e seguintes, no qual a autorização notarial é elevada à categoria de “provisão [...] oficial”, e é o resultado de um verdadeiro “processo”. Não menos é o ressentimento de algumas práticas já relatadas no Estudo n.80-2023/PC, aprovado pelo Grupo de Trabalho sobre a reforma da Jurisdição Voluntária em 18 de dezembro de 2023.

pertencimento dos diferentes sujeitos a uma ordem comum (dentro da qual cada um dos membros se reconhece peculiarmente no princípio da Kompetenz-Kompetenz) ou a mesma capacidade efetiva dos atos expressivos da função única (como é, por exemplo, na relação entre árbitros e a atividade jurisdicional). Em suma, se “as autorizações para a estipulação de escrituras públicas autenticadas e de escrituras privadas que envolvam menor, interdito, incapaz ou beneficiário de medida da administração de apoio, ou relativas a bens hereditários, possam ser emitidas [...] pelo notário”, a competência permanente e constante “do tribunal [...] para emitir a autorização judicial correspondente” não representa uma pluralidade de tribunais concorrentes em sentido eletivo, nem o governo desta pluralidade pode levar à litispendência [justamente por um problema de não jurisdição], muito menos uma suposta transitividade intersubjetiva do “pedido escrito” garante[ria] uma continuidade funcional inexistente.

A autorização notarial (digamos, em sentido declaratório ou de volitivo de estipulação entre as partes) e a autorização judicial, também pela circunstância desta última não ser transferida para aquela nem ser o juiz quem “confia” algo ao notário ou este quem atua “por delegação” daquela, continuam sendo atos igualmente inexpressivos de jurisdição (pelo menos no sentido constitucional). Remontando a atribuições diferentes, não semelhantes, o menor denominador comum das funções administrativas também exigidas do notário e às quais se deve agregar sua nova autorização (ato público ou autenticação de assinatura), não sugere outra coisa senão a sua natureza pública. Trata-se de um ato público de administração, não provisório, de forma documental de modo a tornar-se objeto de “comunicações”, “formalidades publicitárias” e “recursos”, mas diferente do judicial, embora correspondente.

Este último diferencia-se, antes de mais nada, pelo seu poder, ou seja, pela capacidade de modificar a situação jurídica dos destinatários relativamente ao autor, o que falta ao ato do notário que se autoautoriza, ato que contém a série peculiar dos seus efeitos na esfera pessoal do autor, ampliando a sua capacidade, mas sem modificação autônoma e estável do estatuto de terceiros; um ato relativamente ao qual os encargos reativos de terceiros (pense no recurso dentro do prazo dado para o efeito) ou deveres específicos de cumprimento (pense na parafernália publicitária das chancelarias) pertencem ao espectro normal da eficácia pública de um ato, na medida mínima de que geralmente também beneficiam terceiros.

Para se convencer da consistente alteridade dos fenômenos (que, aliás, do ponto de vista do notarial possui a natureza jurídica de ato), apenas ocasionalmente é qualificado como procedimento, perfectibilizando-se de forma instantânea e não necessariamente diacrônica, bem como tendendo a libertar-se da disciplina da Lei Italiana n. 241/1990, desde a ausência de qualquer prazo conclusivo), bastaria considerar a competência obrigatória nos termos do art. 28 do CPC italiano do juiz que não encontra essa paridade na capacidade geral inerente a qualquer notário, desde que execute por sua própria iniciativa (*motu próprio*) os pressupostos inerentes à autorização notarial no ato (escritura).

O notário, em outras palavras, vê a sua capacidade de determinar autonomamente um caso, que de outra forma exigiria integração por outro órgão a partir de fundamentos posteriormente apresentados, ampliada com base no critério de inerência ao ato a praticar. Nos casos – e sempre – que o notário já poderia “apresentar recursos relativos a matérias de jurisdição voluntária, relativamente às estipulações que as partes lhe confiarem” (art. 1º, da Legge Notarile n. 89/2013), para que exerça jurisdição resultado do procedimento regulado por lei, a parcela de poder que falta à concretização do ato é-lhe agora concedida para que possa realizar de forma conclusiva e determinativa a avaliação dos atos notariais (utilizo o adjetivo “determinativo” naquele sentido que, para o caso concreto, designa a função de “completar uma constituição já avançada com instrumentos que sejam, ao mesmo tempo, concretizadores de uma disciplina já estabelecida”, “que já estabeleça os critérios essenciais do como será realizada o ato, além da subordinação de um ou mais interesses de sujeitos para outro ou outros”⁵⁴). Tudo isso é exercido sem caracterizar em si a atividade notarial jurisdição: preservando-se de forma inalterada a atividade jurisdicional, sem qualquer regime alternativo ou efeito de exclusão que possa surgir da instauração de um ou de outro processo.

⁵⁴ MONTESANO, Luigi. La tutela giurisdizionale dei diritti. In: ROBINO, Domenico. **Trattato di diritto civile italiano fondato da Filippo Vassalli**. Tomo XIV, Torino: UTET, 1985. p. 135 e seguintes. Se fosse considerado um exemplo do art. 320, §3º, do Código Civil Italiano: “Os pais não podem alienar, hipotecar ou penhorar os bens recebidos pelo filho por qualquer motivo, ainda por morte, aceitar ou renunciar a heranças ou legados, aceitar doações, proceder à dissolução de comunhões, contrair hipotecas ou arrendamentos com duração superior a nove anos ou praticar outros atos que excedam a administração ordinária, nem promover, transigir ou transigir em sentenças arbitrais relativas a tais atos, salvo manifesta necessidade ou benefício do filho após autorização do juiz da tutela”.

Admitidas concessões, essa é uma situação logicamente semelhante à do árbitro após ser destituído do encargo, a partir da leitura do art. 819 do Código de Processo Civil italiano: “resolv[er] sem autoridade de coisa julgada todas as questões relevantes para a decisão do litígio, mesmo [...] sobre questões que não podem ser objeto de convenção de arbitragem”. Nessa disposição, antes da Reforma de Cartabia, o notário se encontrava “por lei” na posição de árbitro que, em questões semelhantes, sempre teve que esperar a “decisão” de outrem com força de coisa julgada para permitir a implementação. Hoje, “solicitado, eu o notário ...” é antes uma fórmula abreviada para uma expressão de maior capacidade geral para resolução de conflitos inerentes à intervenção do menor ou de outro sujeito (como nos casos de medida de proteção ou de bens hereditários), ainda que apenas para efeitos daquela estipulação para a qual recebeu o encargo.

A autorização íntegra sempre e em qualquer caso o equivalente a uma mera questão incidental na ordem da sequência notarial. Ela depende da circunstância normativamente unívoca pela qual a autorização nunca poderia ser pedida ao notário, isto é, na ausência de um “pedido” de estipulação da escritura ou de autenticação da escrita, que constituem antes o objeto em perspectiva do qual surge a questão incidental.

Por isso, começando pela ideia de acesso à justiça, e conseqüentemente à jurisdição, sendo o único lugar onde a autorização permanece sempre sujeita a um provimento jurisdicional, não há qualquer possibilidade de conflito, nem qualquer forma de inibição que impeça o pedido por si só e mesmo nenhuma garantia da eficácia da autorização notarial como um “ato” em si (e não um provimento com caráter decisório, que é um predicado de autoridade): pense-se na pluralidade de pedidos dirigidos a múltiplos notários⁵⁵ ou na morte ou extinção do cartório na sequência da comunicação da autorização, apesar de terem decorrido vinte dias “sem que tenha sido apresentada reclamação”; nem mesmo nesses casos – aliás – parece necessário admitir qualquer tipo de reflexão do primeiro sobre o ulterior

⁵⁵ O estudo da nota 1, aqui analisado, considera “oportuno que o requerente declare, no pedido escrito dirigido a determinado notário, que ainda não fez o mesmo pedido a outro notário ou à autoridade judiciária” (pág. 43). Essa declaração, sugere Susanna Nucera (**La nuova volontaria giurisdizione**: dopo la riforma cartabia. Pisa: Pacini Giuridica, 2023, p. 169), exigiria uma formalização específica, isso é, que no formulário apresentasse certificação de que faz a declaração “nos termos do Decreto Presidencial 445/2000” e “de que não há outros pedidos pendentes”.

pedido ou - no máximo - aquisição de uma vez por todas da legitimidade à estipulação notarial. A ampliação da capacidade de autodeterminação do notário em matéria de jurisdição voluntária, sobretudo à implementação da disposição de vontade dos interessados, nada mais é, para o particular, do que a revelação do dever de procurar posteriormente, na avaliação concreta do ato notarial, a concretização de um pré-requisito de sua própria estipulação. É apenas esta última (a estipulação) que marca o limite natural de desdobramento desta capacidade (notarial) acrescida.

3. CAPACIDADE INERENTE À CONCLUSÃO E PODERES IMPLÍCITOS: A NOMEAÇÃO DO CURADOR ESPECIAL COMO EXEMPLO DE IMPLICAÇÃO

Diferente do critério relacionado à capacidade para “lavrar escrituras públicas autenticadas e escrituras privadas em que esteja envolvido menor [etc.]” - a competência que hoje justifica a avaliação definitiva da “espécie de autorização” por meio de um ato autossuficiente, admissível apenas sob a forma de disposição exterior que encerra em si um processo efetivo - é o critério de validação da eficácia jurídica da capacidade notarial globalmente reconhecida.

Este critério distinto, que por lógica interna não pode ser explicado, parece ser invocado para confirmar na função notarial de uma estipulação também a designação autônoma do curador especial, quando for o caso (arts. 320 e seguintes do Código Civil italiano): quando se trata de um (outro) ato necessário ao cumprimento do mandato naturalmente incluído no “pedido escrito” de estipulação, a designação do curador especial parece razoável para qualificar como elemento de capacidade implicitamente aditiva (de acordo com o art. 1.708 do Código Civil italiano), não sem ter observado que já segundo o Código de Processo Civil italiano a “correspondente” “medida de nomeação” (art. 80) pertence indiferentemente ao agente público que exerce jurisdição prospectiva (“o órgão judicial perante o qual o caso se destina a ser apresentado”) ou jurisdição atual (“o juiz que prossegue”) em relação a assuntos específicos.

Em síntese, caso seja necessária a utilização de curadoria especial por meio de atividade notarial, parece que é a atribuição dessa maior capacidade (reconhecida na medida da escritura definitiva) que inclui a possibilidade de exercer um menor compartilhamento em caso de necessidade, como na resolução do “conflito de interesses” acidental detectável pelo caso solvido na

via notarial (que pode muito bem surgir na fase de instrução preliminar, na forma contemplada por exemplo pelo art. 410 do Código Civil italiano, com a consequente “provocação” da intervenção do órgão extraordinário, sendo o curador especial um órgão ordinário e estável como o é para o falecido, o incapaz, a herança não resolvida, dentre outros semelhantes).

Além disso, a título de exemplo, a lei já permite que o notário “seja assistido por consultores”, e se na lei se procura um critério discricionário também quanto à admissibilidade desta figura, não há dúvida de que o critério volta a ser o da necessidade (art. 61 CPC italiano: “quando for necessário, o juiz poderá ser assistido, para a prática de atos individuais [...], por consultor”). É evidente que também aqui existe uma diferença radical entre o resultado do aumento da capacidade do notário e o exercício do poder de nomeação do curador especial tipicamente jurisdicional; só neste último caso, de fato, é considerada a estabilidade (do ponto de vista da efetividade) da nomeação, independentemente de o notário ser responsável por ela.

O mesmo não acontece com a designação que se dá por meio do trabalho do notário, cuja capacidade individual só pode imunizar a anulabilidade da escritura pública ou da escritura privada celebrada com a sua assistência, e não (também) o negócio conexo celebrado (no entanto) por ato de terceiros.

Além disso, o curador designado pelo notário em questão obriga este último para com os primeiros e não para com as partes (contra as quais estaria diretamente relacionada a relação de quem foi nomeado pelo magistrado), sem prejuízo do direito do notário de recuperar das partes as despesas necessárias à estipulação que exigiu a intervenção do curador especial.

4. DEVER DE PRONÚNCIA DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA: FACULDADE DE AUTORIZAÇÃO DO NOTÁRIO: DECISÃO NEGATIVA DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA E AUSÊNCIA DE SIMETRIA DO ATO NOTARIAL

Na lógica da reconstrução que se oferece, na qual está o poder da autoridade judiciária (que, como se sabe, é regularmente uma situação subjetiva de dever: é decorrência do império da jurisdição) se justapõe uma faculdade do notário. Não se concebe qualquer relevância externa da eventual negação de sua utilização, a começar pela ausência de qualquer comunicação que parece postular pelo facto de o notário ter decidido omitir, ainda que solicitado, o que na realidade, sem exprimir um poder do qual é

feito depositário, cria uma opção pessoal do rogador, opção que em sentido negativo não encontra constrangimentos de simetria formal com a do sinal oposto, já por falta de necessidade pública de conhecer a motivação.

E se “a autorização pode ser impugnada perante a autoridade judiciária de acordo com as regras do código de processo civil aplicáveis à disposição judicial correspondente”, não importa que uma (a autorização) e outra (o indeferimento) sejam a mesma coisa; que o ato (ou seja, apenas a autorização emitida facultativamente na aceitação do pedido) e a disposição (que, por outro lado, emanada do juiz também pode ser negativa, mas em qualquer caso necessária e motivada) partilhem natureza e efeitos [distintos]. Nem uma vez o sistema jurídico atribui formas corretivas semelhantes contra objetos mutuamente diferentes (p. ex. art. 6º e seguintes do Decreto Legislativo de 1 de setembro de 2011, n. 150).

Além disso, compete ao legislador distribuir o poder de anular atos administrativos entre os foros jurisdicionais adequados, não excluindo o juiz natural ou a jurisdição ordinária inicialmente elegida pela legislação italiana aplicável. com base no art. 113, §2º⁵⁶, Constituição Italiana.

5. A COERENTE AUSÊNCIA DE RECURSO AO LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE NOTARIAL: SEM PREJUÍZO DE ULTERIOR INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O ordenamento jurídico italiano não tem de prever remédios contra a inércia do notário que decide não dar seguimento ao pedido de colmatação ou suprimento da emissão da autorização (embora a externalização dos motivos da recusa possa continuar a ocorrer naturalmente como tema de regulação das relações profissionais da atividade notarial).

A parte cuja expectativa de autorização notarial não é satisfeita permanece como está, sem prejuízo do acesso (não apenas a outro profissional,

⁵⁶ “Contra os atos da administração pública é sempre admitida a tutela jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos perante os órgãos de jurisdição ordinária ou administrativa. Essa tutela jurisdicional não pode ser excluída ou limitada a particulares meios de impugnação ou por determinadas categorias de atos. A lei determina quais os órgãos de jurisdição que podem anular os atos da administração pública nos casos e com os efeitos previstos pela própria lei”. ITALIA, Senado da República. **Constituição da República Italiana – Costituzione Italiana**. Traduzione in língua portuguesa. Roma: Senato della Repubblica, 2023. Disponível em: < https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/Costituzione_PORTOGHESE.pdf> Acesso em: 14 janeiro 2025.

mas) ao Poder Judiciário em si; e nenhuma analogia de situações pode permitir que surja um julgamento constitucional de censura sobre a não equivalência entre a possibilidade de reiterar o pedido à autoridade judicial.

A ausência de remédio para o livre exercício da atividade notarial (tomando emprestada, ao extremo, o conteúdo do julgamento no Tribunal Constitucional n. 253/1994) lhe garante essa característica: facultatividade sem opressão. Também não pode fazer sentido o hipotético (pelo estudo da CNN) “poder de recurso do Ministério Público, apesar da letra incompleta da norma, [...] mesmo em caso de recusa de autorização”. Caso contrário teria de ser admitida legitimidade substitutiva no pedido de autorização, o que na verdade acabaria por ser concedido ao órgão ministerial sem que a parte tivesse exercido essa pretensão ao juiz natural.⁵⁷

6. IRREDUTIBILIDADE DAS COMPETÊNCIAS EM ASSUNTOS DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA (TAMBÉM DO PONTO DE VISTA DA RECLAMAÇÃO)

A alteridade da autorização notarial e judicial é um pressuposto do tema debatido e não uma determinação inegociável da reconstrução aqui proposta. Essa ideia reflete-se na impossibilidade de pensar ambas as formas de exteriorização da jurisdição voluntária como expressão de um poder único, exercido em locais distintos, mas funcionalmente equivalentes. Só o poder autoridade judicial, de fato, faz *jus* a algumas características, inesgotabilidade acima de todas as outras e indiferença relativamente a qualquer processo em curso junto do notário requerido; nada disso poderia ser replicado em benefício da serventia extrajudicial.

Pense-se, em primeiro lugar, no monopólio judicial de revogação e modificação da autorização, que, no entanto, quando exercida por notário, não deixa neste último qualquer dever de ação em contrário, sem prejuízo

⁵⁷ Comentários do tradutor: Na visão do autor, nem mesmo o exercício do dever de fiscalização da atividade notarial por parte do Ministério Público, atribuição que na jurisdição brasileira é tributável às Corregedorias-Gerais de Justiça diante da característica delegatária da atividade notarial, poderia ser qualificado como verdadeiro direito de recurso ou de revisão da opção do notário. Haveria, portanto, uma insindicabilidade da opção do notário em optar ou não optar em realizar a jurisdição voluntária. Isso não significa dizer que procedimentalmente os notários possam ou não vir a ser compelidos a documentar a motivação dos atos de recusa, em procedimento formal, ao menos na Itália.

da disponibilidade desta faculdade pelo notário e talvez da indisponibilidade motivada do exercício da jurisdição voluntária por ele em razão de contingências impeditivas (as mesmas que dariam origem à revogabilidade). O efeito extintivo-modificativo da colmatação da vontade por meio do ato notarial não permite que eventual controle desse ato, não havendo impugnação quanto às razões em si da estipulação da vontade, possa irradiar efeitos à operação principal realizada em cartório, isso é, os vícios da autorização não podem ser deduzidos como causa de cancelamento da operação estipulada pelo notário (art. 322 e art. 1.425 do Código Civil italiano).

Ainda no que diz respeito ao caráter dúplice desse controle da estipulação, que por se tratar de jurisdição voluntária pode ser exercido diretamente pelo notário ou por autoridade jurisdicional togada, pode o juiz modificar a estipulação nos vinte dias sequenciais outorgados à concretização definitiva do ato, com a ressalva da impossibilidade de renúncia ao prazo ou aquiescência correspondente para abreviar esse procedimento. Diferentemente, a formulação de pedido de jurisdição voluntária diretamente ao juiz togado permitiria a implementação imediata da estipulação de vontade, justamente por ausente o prazo de controle. Como relata a CNN, “não é permitido ao notário conceder a executoriedade provisória da prestação (que pode ser requerida à autoridade judiciária)”.

Tampouco a reclamação comum a ambas as hipóteses de autorização pode ser resolvida em sua re(con)dução à unidade: a “reclamação” contra o ato de autorização do notário como se fosse a “previsão jurisdicional correspondente” (isso é, emitida por órgão judicial estatal) nada mais é do que o instrumento oferecido *in itinere* para reatribuir, após a tentativa do notário, todos os poderes na matéria à autoridade judicial, para possivelmente renovar ali por completo como originalmente deveria ter sido a exposição do pressuposto da estipulação notarial à cognição que é autenticidade da disposição de vontade não simplesmente a publicidade dessa declaração.

Assim, por meio da “impugnação perante a autoridade judiciária” na realidade, além de postergar a eventual eficácia da estipulação até a solução do instrumento de controle/recursal, promove-se certamente a ablação do ato notarial (escritura) em curso (e da correspondente situação preliminar que seria implementada pelo exercício da jurisdição voluntária), sem contudo excluir definitivamente a sua estipulação, em qualquer caso: não no caso de indeferimento da reclamação, obviamente; mas nem mesmo no caso de aceitação da petição, dado que, deve limitar-se à fase rescisória, aquele juiz fica desprovido da inderrogável competência sobre a autorização e também

de simples pedidos dela derivados (já que deve solver o procedimento relacionado aos limites do exercício da jurisdição por parte do notário, muito semelhantemente o que ocorre na arbitragem), e quando a competência fosse novamente exercida nenhuma preclusão poderia ser legitimidade oposta.

A partir dessas considerações que permitem reler as disposições normativas do microsistema do art. 21 do Decreto Legislativo n. 149/2022, um exame pormenorizado de seus artigos pode ser útil e é agora promovido.

7. ANÁLISE DO ART. 21 DO DECRETO LEGISLATIVO N. 149/2022

7.1. As partes

Para efeitos do pedido de autorização (e não da celebração da escritura, cujas partes podem muito bem ser “terceiros” para efeitos da disciplina em causa), são denominadas “partes” os sujeitos que atuam com o incapaz ou para o interesse deste ou, ainda, para os bens hereditários, atuação essa que deve ter autorização específica da autoridade jurisdicional ou, no caso em estudo, do notário, em jurisdição voluntária.

Em regra, são sujeitos investidos de formas de representação por lei e não por ato do interessado: não representam por afinidade ou escolha; são pessoalmente habilitados ao pedido de estipulação que exija autorização prévia ou, alternativamente, por intermédio de um procurador, em qualquer caso com poder de requerimento que decorra apenas da qualidade jurídica do agente, sem necessidade de previsão expressa, ainda que a função de preposto (ou de representação legal) possa ser atribuída a um ato específico.

Deve excluir-se dessa interpretação a ideia de que o procurador legal (isso é, a pessoa que possua esse mandato para falar em nome de) possa ser entendido como uma pessoa que não seja membro da ordem dos advogados e, portanto, exerça legalmente a função num sentido objetivo. Como tal, esta pessoa poderia efetivamente desempenhar o encargo por intermédio de outro ato legal de atribuição de validade ao mandato, isso é, por ato do notário.

A legitimidade para requerer a edição do dispositivo diz respeito ao disposto no art. 1º da lei notarial italiana, por próprios “recursos”, mas é precisamente o objetivo de evitar a utilização de outros meios que determinou o legislador a atribuir a cada notário a possibilidade de determinar se todas as condições da representação e do mandato estão presentes. Esse dever de fiscalização e averiguação dos fatos é necessário para que se mantenha

a faculdade (alternativa) de impugnar os atos diretamente à autoridade jurisdicional, no interesse da parte de conceder a autorização diretamente àquela pessoa que se apresenta como mandatária e, também, o interesse de postular a concessão desta para outra pessoa.

7.2. O pedido

Diferentemente do que se acreditava no estudo do Conselho Nacional dos Notários (CNN), o ato de impulso (nem pedido, nem recurso) nada mais revela do que a disponibilidade e retratabilidade da atribuição do encargo de exercício da jurisdição voluntária ao notário (uma espécie de mandato notarial). Esse encargo está situado, do ponto de vista de sua natureza e função, para além da jurisdição e do processo. Isso leva à exclusão de qualquer utilidade da referência aos documentos partidários e à sua regulamentação que consta do CPC italiano (art. 125), incluindo quanto a eventuais vícios (na forma do art. 156 e seguintes do Código de Processo Civil italiano).

Uma vez excluída (tanto textual como sistematicamente) qualquer nulidade por ausência de forma escrita (e de assinatura), a exemplo do que ocorre na interpretação processual dos recursos de cassação italianos, “é possível deduzir aliunde, a partir de elementos qualificativos, a quem é atribuído do ato processual” (Seções Conjuntas Cíveis, Sentença n. 6477, de 12 de março de 2024), permite-se a integração posterior da forma (atendendo-se ao princípio também vigente no processo civil italiano da instrumentalidade das formas), pois não é determinante a anterioridade de um documento escrito contendo requisitos pré-determinados. Para efeitos da relação entre as partes (interessado e mandatário) que comparecem ao notário basta o resultado escrito do encargo, incluindo todos os atos necessários à conclusão da estipulação, para lhe conferir efeitos jurídicos formais e definitivos, sem necessidade de certificações ou qualquer outra coisa. No máximo, é a procuração utilizada pelo requerente, quando diversa da pessoa que se apresenta fisicamente perante o notário, que fica afetada pela forma exigida pelo princípio a que se refere o art. 1392 do Código Civil italiano.

Em última análise, a forma do pedido diz respeito à documentação completa da relação entre a parte e o funcionário público (documentação que, nos limites do atestado de fidelidade, pode abranger todas as “declarações das partes”). Quanto ao notário, o aumento da capacidade rogatória por meio da verificação definitiva de condições que, de outra forma, seriam expostas posteriormente na escritura ou no ato notarial não exige forma

específica: pode ser colmatada posteriormente. Por isso, esse procedimento não é incompatível com a manifestação oral original do pedido que é depois reproduzida por escrito por parte do notário (ausente, nessa perspectiva, qualquer exigência formal para a eventual desistência do pedido). O mesmo, aliás, também se aplica ao pedido judicial, que ora pode ser proposto oralmente (art. 316 e parágrafos), ora efetivamente apresentado (art. 825 do Código de Processo Civil, “propõe pedido mediante interposição [...]”).

Dada a decisão que autorização encerra em si, esta permanece sempre autossuficiente, mesmo quando o pedido não tenha assumido a forma exigida.

Em suma, não há necessidade de invocar a aplicação do art. 43, n. 2, do Código Civil italiano, segundo o qual “nos casos urgentes o pedido de providência [do juiz da tutela] também pode ser feito verbalmente ao juiz”, e não só porque a reconstrução proposta permitiria sempre recurso verbal, mas sobretudo porque o pedido escrito ao notário seria incompatível com a urgência da matéria dado que só a forma exigida à exteriorização do ato à autoridade jurisdicional seria capaz de garantir a eficácia imediata da autorização e a máxima brevidade do intervalo exigido perante este último, pelo menos em teoria.

7.3. A instrução processual

A fase de instrução do pedido refere-se às características de produção e exteriorização do ato, tais como a informalidade (prescrita textualmente: “sem formalidade”), o caráter atípico das fontes de informação (“consultores” é sintomaticamente desprovido de qualquer determinação, inclusive gramatical), a desestruturação dos atos e a falta de regras pré-estabelecidas para documentação, além do fator ilustrativo que caracteriza aqueles documentos explicitamente registrados.

Isto significa, por outras palavras, que - continuando na linha ideal de conjunção dos exemplos - outros documentos podem ainda ser considerados acessíveis ao notário, que no cumprimento do respectivo mandato deve estar sempre disponível e acessível perante terceiros habilitados ao exercício da atividade para a qual o (potencial) rogador foi solicitado, cuja falta de cooperação desses terceiros (na ausência de regras gerais como o art. 68, §3º, para o “juiz”, ou particularidades como o art. 816, §3º, do CPC italiano para os “árbitros”) contribui para manifestar ainda mais o caráter da atividade notarial (atípica), pois não substitui os poderes do juiz natural; ao

contrário, traduz “prestação jurisdicional correspondente” em modalidade diversa que expressa esse menor dever de colaboração de terceiros.

A integralidade da fase de investigação preliminar é funcional à manutenção da motivação exposta em apoio da autorização, mas não existem exigências essenciais na sequência de formação dos resultados dessa investigação, a partir da observância do interrogatório com as “partes”, devendo excluir-se qualquer dever de comunicação das conclusões ao requerente da autorização que deve preceder a sua divulgação.

Além disso, na relação entre as partes, só estas tomam nota (da deliberação ocorrida), tal como a recusa de autorização que, por sua vez, permanece confinada entre as partes e o notário. Se quisermos realmente descrever por diferença o andamento da fase de investigação preliminar, poderíamos muito bem dizer que esta - para além de qualquer outro elemento de incomparabilidade, a partir da circunstância de ter sido concebida *sine die* - pode permanecer secreta para o requerente, ainda que num sentido ou em outro o resultado decisivo possa ter a sua manifestação no ato ou na sua negação (quando justificado).

O requerente tem o direito de decidir sobre o pedido a qualquer momento, mas a fase de instrução permanece absolutamente formal (no sentido de “oficiosa”), pois visa a apurar os pressupostos da capacidade do agente notarial, que poderá ver a determinação dos elementos dos quais depende o uso válido da função pública condicionada apenas a sua própria investigação. A investigação do notário é, de fato, funcional à aquisição de dados que demonstrem o interesse do contratante protegido, bem como aqueles que exonerem ao máximo o notário da responsabilidade da estipulação, de modo que a condução oficiosa da fase investigativa parece ser um componente logicamente coerente dessa reconstrução do sistema.

É aqui que se pode observar o traço mais autenticamente discreto entre as funções de autorização exercidas respectivamente pelo juiz no processo, colegiadamente, e pelo notário, nas formas aqui investigadas: o juiz assume sempre uma posição de terceiro em relação ao interesse que deve ser salvaguardado, não assume para si – como faria a parte – a proteção desse interesse e, no entanto, mantém absolutamente uma posição de terceiro, que mesmo na esfera pública nenhum outro titular de funções poderia observar.

A perene alienação do interesse salvaguardado e a indiferença para com qualquer outro, que “quando o exercício é efetuado pelo juiz, significa que a dotação natural dos seus poderes, tal como definidos no Livro I do Código, não é abandonada pelo simples fato de atuar colegiadamente e num

contexto não contencioso. Portanto, mesmo neste último domínio, o juiz pode utilizar todos os poderes reservados à jurisdição na sua totalidade, até os de coerção (*imperium*) e com incidência sobre a liberdade pessoal [e a esfera de individualidade] dos afetados”⁵⁸.

Como, inversamente, o notário pode esperar cooperação genuína, informações verdadeiras, etc.? O dispositivo que elenca “consultores” e “informantes”, e entre estes - em especial - “cônjuge, parentes até o terceiro grau e [...] parentes por afinidade até o segundo grau”, bem como “outros reclamantes e credores resultantes do inventário”, tipifica tantos deveres de assistência ou informação que, quando não observados, ameaçam a posição subjetiva das partes. O descumprimento desses deveres levaria à caracterização da lesão do direito e, conseqüentemente, à indenização do dano.

Um pouco como o que acontece com a testemunha não recalcitrante que, no entanto, mente na arbitragem: não sendo punível por lei, o dever inexecutível de dizer a verdade não encontra outra solução para a sua violação senão a sujeição do autor da mentira à obrigação de indenizar o lesado, entre outros.

Diferentemente acontece com os informantes não nomeados: se forem sujeitos que podem ser consultados pelo notário usando poderes de *uti singulus* ou *uti civis*, nenhuma questão [leia-se oposição] pode surgir para o notário que manifesta um pedido de acesso dependendo da estipulação a ser autorizada, reivindicando assim uma pretensão não inferior ao acesso equivalente de outras pessoas igualmente qualificadas a um titular com *múnus* público (ou outro sujeito a um regime equivalente).

A questão da cooperação solicitada a terceiros não nomeados fora do exercício de capacidades individuais de acesso público não pode ser colocada exatamente em termos de uma resposta. Em tais casos o limite marcado pelo princípio da irrelevância do acordo entre o requerente e o notário (conforme o art. 1372, parágrafo segundo, do Código Civil italiano) em relação a terceiros, especialmente indivíduos privados que são solicitados – de fato opcionalmente – a cooperar, parece intransponível, dado que a adesão voluntária ao convite que lhes é dirigido pelo notário os obrigaria, em

⁵⁸ Auletta já havia se manifestado previamente sobre a questão em outro texto: “O procedimento da câmara (do colegiado), conforme os artigos. 737 e seguintes, do Código de Processo Civil Italiano”. **Procedimenti di volontaria giurisdizione: prospettive per uno statuto condiviso di regole** operative, editorado por Gian Andrea Chiesi, Biblioteca della Fondazione del Notariato, 2020, 205.

qualquer caso, a observar o princípio *neminem laedere*. Haveria, portanto, um limite a ser observado.

No que se refere aos custos da fase de instrução, parece óbvio que o notário é responsável por pagar ao requerente “os meios necessários à execução do mandato” (art. 1719 do Código Civil italiano), e que a relação - no caso de, por exemplo, um consultor - se estabelece diretamente entre o notário e o assistente designado, daí o consequente direito do primeiro de recuperar os custos necessários para prestar-se tal assistência: assistência cujo âmbito operacional parece razoavelmente medido nas atividades referidas no art. 194 do Código de Processo Civil italiano, embora deva ser reiterado que nem mesmo a consultoria técnica ordenada pelo notário assume as características de um procedimento, mas se resolve em ato único, à maneira de uma aquisição “*in private*”, como na tradição de alguns tribunais ingleses⁵⁹.

7.4. A oitiva do legatário

“No caso a que se refere o artigo 747, parágrafo quarto, do Código de Processo Civil, o legatário deve ser ouvido”: ele aparece como titular de um verdadeiro direito processual, encontrando-se numa posição diversa de todos os demais informantes, é titular de um interesse protegido para além daquele cuja salvaguarda é objeto da autorização para estipular. Com efeito, no caso de “autorização para alienação de bens herdados”, “se o pedido de autorização para alienação disser respeito a objeto de legado específico, o recurso deverá ser notificado ao legatário”.

Este último, portanto, deseja ter o direito de intervir para que, no seu próprio interesse, possa fornecer elementos de fato e de direito relevantes para a autorização cuja emissão está em discussão. Quando o notário for obrigado a concedê-la, o legatário deve ter a garantia de estar disponível para receber, num prazo que lhe seja razoavelmente atribuível (segundo um poder implicitamente reconhecível pelo notário), os elementos que, no interesse de quem os fornece, devem ser considerados para a emissão da autorização de venda.

⁵⁹ Para maiores informações, veja, se desejar, o trabalho AULETTA, Ferruccio. **Il Procedimento di Istruzione Probatoria mediante consulente técnico**. Padova: CEDAM, 2002, p. 23. No referido trabalho se discute a figura que auxilia o juiz no exame de questões técnicas e que a Lei de Patentes de 1949 também chama de “consultor científico independente”, pessoa essa que responde às perguntas que lhe são submetidas – precisamente – em privado.

7.5. O ato de autorização: forma, conteúdo, motivação e eficácia

O ato escrito (mas não solene) de autorização não é essencialmente motivado, até porque está fora do âmbito (bem como da jurisdição) de aplicação do art. 3º da Lei n. 241/1990 (motivação do provimento jurídico): face ao notário, a posição do requerente reconhece este último como o único elemento objetivo da pretensão. Quando a estipulação perante o notário imputar o exercício do encargo, o ato de autorização desprovido de motivação não deixa de contribuir para a realização de jurisdição voluntária, essa exercida por parte do delegatário de serviço público.

Não existe obrigação de fundamentação deste último, mas integra possivelmente os seus deveres, deveres para com terceiros em geral e para com titular da atividade jurisdicional, em particular funcionais para dar conta da isenção concreta do poder de autorização que naturalmente lhe é devida.

A motivação, se não for um dos atos essenciais, também pode necessariamente ser integrada ou corrigida, uma vez que não se pode imaginar nenhuma consunção entre a data da estipulação, sem prejuízo do diferimento da eficácia da autorização literalmente modificada por estar sujeita a nova comunicação (com conseqüente prorrogação do prazo de reclamação).

7.6. A determinação para a reutilização dos emolumentos

Quando em consequência da lavratura de escritura haja cobrança de emolumentos no interesse de criança, adolescente ou incapaz, o notário, no ato de autorização, determina os cuidados necessários à reutilização dos valores: trata-se de disposição coerente com as regras aplicáveis à remuneração dos atos jurisdicionais *stricto sensu*, conforme o art. 748, parágrafo único, do Código de Processo Civil italiano. E ainda, no dualismo dos registos em que se conduz este comentário, também no que diz respeito aos cuidados para a reutilização dos emolumentos, deve-se atentar para a discrepância entre a medida notarial e a judicial.

A primeira, essencialmente, é desprovida de autonomia relativamente à autorização para estipular, não só no sentido de esta constituir o contexto formal e necessário, mas também no sentido de dela não ser dissociável do ponto de vista substancial, bem como de não estar subordinada à própria autorização (poder que se assemelha, *mutatis mutandis*, ao de atribuição, que pertence ao devedor, mas que só permanece exercível “quando este paga”: art. 1193 do Código Civil italiano).

A autorização, e em particular a sua eficácia adquirida, expressa uma determinação da espécie presente no art. 372 do Código Civil italiano, criando assim uma regra de conduta que constitui um modo de ser da estipulação, integrando-a pura e simplesmente. Na prática, “as precauções necessárias à reintegração” enquadram-se na apreciação definitiva do mesmo caso e a motivação da escritura é o instrumento de que dispõe o notário para prestar contas, também por precauções especificamente estabelecidas, do aumento da sua capacidade de estipulação. Nessa linha, a reutilização deve ocorrer por meio de um novo ato do notário, cujas precauções listadas parecem mais aplicáveis e servíveis como medidas provisórias, do que efetivamente como elementos necessários à validade do ato.

Em qualquer caso, o instrumento de impugnação por meio da “reclamação” garante que a reutilização dos emolumentos ocorra somente de forma expressa, não permitindo sequer a aquiescência parcial do interessado. Por meio dela se permite a devolução plena e automática dos valores, submetida, obviamente, à lógica da rescisão. *Simul stabunt simul cadent*, aplicando-se a mesma lógica determinista de uma para outra situação, poder-se-ia dizer que o manejo ou não da reclamação é o limite aplicável à reutilização ou não dos valores à título de emolumentos.

7.7. Comunicação e notificação

A autorização está sujeita a “comunicação”, pelo notário, [...] à secretaria do tribunal” e “ao Ministério Público do mesmo tribunal”. Por implicação, em ambos os casos também se admite a “notificação[ões]” no sentido próprio (considerada em geral e, portanto, também com referência ao ato), mas na verdade não parece necessário ter particular atenção ao tipo de procedimento participativo, ou seja, comunicação ou notificação. Este último, que certamente permanece disponível mesmo a pedido do notário, é, no entanto, um instrumento que, nos processos com múltiplas partes (art. 739 do CPC italiano), pode, sem o monopólio do notário, servir para a continuação da participação do título de autorização para as partes com maior interesse em acelerar a eficácia do ato. Neste sentido, aproveitamos a possibilidade de replicar, através do pedido de notificação da parte, o esquema substituído da comunicação oficial (nomeadamente, do cartório notarial), frequente no sistema de recursos (art. 669 do CPC, “[...] no prazo peremptório [...] da comunicação ou notificação, consoante o que ocorrer primeiro”).

Quanto à comunicação, ela é infungível e necessária “pelo notário”, sendo diferente da disposição do CPC italiano (art. 136). Certamente tem

finalidade noticiosa quando dirigida ao “escrivão”, e é realizada à título gratuito. Em qualquer caso, a falta dessa comunicação, que também é necessária mesmo que não seja estabelecido um prazo, nem mesmo célere, para o seu cumprimento, afeta apenas a data efetiva do prazo, que na verdade não poderia ser considerada geralmente adquirida sem tal comunicação a qualquer outra pessoa com direito à reclamação e não notificada de outra forma.

No que diz respeito ao Ministério Público, no entanto, a situação jurídica subjetiva do notário parece ser delineada de forma diferente. Sem a respectiva comunicação, que é autônoma e não se confunde com a outra devido ao destino diferente de cada uma (apesar do método sugerido pelo estudo aprovado pelo Conselho Nacional dos Notários) - o notário permanece impedido de tornar efetiva a escritura e, assim, a autorização para a validade da estipulação, sendo a ausência de reclamação (pelo menos), nos vinte dias seguintes da estipulação, uma condição mínima (a eventual renúncia à reclamação ou aos termos conexos nem mesmo por parte do Ministério Público parece conferir a possibilidade de encurtar este intervalo de tempo, que é o elemento constitutivo da eficácia do ato).

O Ministério Público não implementa aqui hipótese de intervenção nos termos do art. 70, n. 5, do CPC italiano. Isso porque a sua participação no procedimento de reclamação não é cogente. Em outras palavras: não é necessária a expressa manifestação ministerial para dar validade ao procedimento: fala-se em comunicação. A participação ministerial e a possibilidade de impugnação afiguram-se mais como um remédio preventivo no que diz respeito à eficácia do ato ampliando a capacidade de rogação do funcionário público [dá-lhe os contornos do ato público e da validade, do ponto de vista fiscalizatório]. A extinção da escritura (seja por autotutela, seja por procedimento jurisdicional) devolveria a autorização para estipular novamente o ato jurídico, devolvendo a questão ao *status quo ante*.

Em benefício do requerente não está prevista qualquer comunicação em termos formais. A parte mantém interesse apenas na estipulação final, sua autorização [volitiva] representa uma condição para que o ato se concretize. Também não tem o requerente direito, para efeitos de qualquer recurso, a uma comunicação igualmente formalizada do hipotético indeferimento (ou de sua motivação), o que não está contemplado. Não há direito subjetivo do interessado, em matéria de autorização, à emissão do ato. Nem mesmo poderia, se recusada pelo notário, submetê-la à autorização judicial. Todavia, na recusa do notário, caberá ao juiz do caso (juiz natural) exercer o ato para o qual se pretende a via da jurisdição voluntária (extrajudicial).

Em suma, o princípio da tipicidade recursal também exclui o acesso a recursos não previstos ou de outra forma úteis, uma vez que o recurso natural do juiz da causa está à disposição da parte caso não satisfeito o ato pelo notário. Ainda mais se considerarmos que, diferentemente do regulamento geral (art. 741 do CPC italiano) hoje o art. 473 do CPC italiano dispõe que “os decretos do juiz da tutela, salvo disposição em contrário, [...] são imediatamente executórios”.

7.8. A impugnação

“A autorização pode ser impugnada perante a autoridade judiciária de acordo com as regras do código de processo civil aplicáveis à medida judicial correspondente”, ou seja, por meio da “proposição de reclamação”, neste caso – nos termos do art. 739 do CPC italiano – “ao tribunal [que seria competente para emitir a correspondente autorização judicial], que se pronuncia em câmaras de composição monocrática”, “no prazo peremptório de dez dias a contar da comunicação [...], se for dada a uma só parte, ou da notificação se for dada a mais de uma parte”. Para o caso da “autorização de alienação de bens hereditários [que] pertençam a pessoas incapazes”, a competência cabe ao Tribunal de Recurso da comarca onde foi aberta a sucessão.

O Ministério Público tem sempre o direito de apresentar impugnação no tribunal que seria competente para expedir a autorização judicial correspondente. O art. 21 exige que o órgão ministerial “deve ser ouvido” (art. 738, do CPC italiano) e, portanto, a ausência prévia de comunicação dos documentos macula o procedimento. A autorização notarial exige a observância desse procedimento, que pode ser diferido.

Tendo previamente descartado a possibilidade de recurso do indeferimento, nem sequer é necessário levantar a hipótese de que “os requerentes possam contestar [...] a autorização [...] em condições diferentes das solicitadas”. De toda forma, a parte insatisfeita permanece livre para retratar o pedido de escritura e dirigir-se a outro local para procurar o documento de autorização pretendido.

7.9. Revogação e modificação

Que as autorizações por escritura notarial “podem ser modificadas ou revogadas a qualquer momento pelo juiz tutelar”, sem prejuízo dos direitos

adquiridos de boa-fé por terceiros nos termos de acordos anteriores, remete mais uma vez à ideia da imanência da ordem judicial de um depósito natural de poder, inesgotável, que pode desdobrar-se constantemente, mesmo quando um caso que dispensa o exercício do poder tenha permanecido (precaricamente) determinado aliunde. Assim, a atividade jurisdicional pode ser exercida tanto de forma originária quanto de forma secundária, reparadora: com o remédio suspendendo a eficácia do ato notarial que é a reclamação, na prática, restabelece-se uma situação que possivelmente antecede uma forma de exercício primário de tal poder judicial, dado que, uma vez revogado o título de autorização do notário, para a governança da negociação da pessoa necessitada de proteção é permitida (também) a retomada do processo de autorização perante o juiz competente.

Inversamente, com o recurso material de revogação ou modificação, precisamente porque é um exercício garantido “em todos os momentos”, ou seja, mesmo quando “decorridos vinte dias desde as notificações e comunicações exigidas [...] sem que tenha sido apresentada reclamação” e, portanto, o ato já esteja em vigor ou mesmo um ou mais “acordos” já tenham sido estipulados graças a ele, a questão fundamental parece resolver-se na coordenação dos recursos, cuja concordância - que diz respeito apenas a atos de concessão positiva da autorização por parte do notário, nunca de negação, cuja revogação ao extremo nem sequer seria concebível - além disso, insiste em organismos que de outra forma seriam competentes.

Na minha opinião, a coordenação consegue-se utilizando como critério a eficácia da autorização, antes do qual o controle cabe ao meio de reclamação, que é *ad tempus datum* (condição resolutorio futura); depois, porém, todo o poder cabe apenas ao juiz tutelar, que o exerce por revogação ou modificação.

À margem das observações dedicadas aos referidos exercícios secundários, vale reiterar que o notário não tem qualquer reserva de revogabilidade ou modificação quanto ao título de autorização que já elevou a objeto ostensivo, pois se trata - no que diz respeito aos remédios em geral - do monopólio do atividade jurisdicional e, portanto, deve-se reiterar que o *múnus* notarial ainda poderia ser recusado no ponto de estipulação, à maneira de um arrependimento implícito quanto à capacidade de assinar a escritura da qual o notário, estando os efeitos da sua conduta inconsistente provavelmente contidos na relação civil entre o requerente do serviço e o profissional.

7.10. Âmbito de exclusão

“As autorizações para promover, renunciar, comprometer ou comprometer sentenças arbitrais, bem como para a continuação do empreendimento comercial, permanecem exclusivamente reservadas à autoridade judiciária”: esta é uma disposição que não é realmente necessária, pensando bem, dado que apenas possivelmente “documentos públicos autenticados e escrituras privadas” – isto é, as atribuições finais do notário examinador – constituem os elementos finais da série que se inicia numa das “autorizações” aqui mencionadas. Com efeito, quando se trata de iniciar ou cessar “decisões”, desde que tenham sido renunciadas, liquidadas ou transferidas, a lavratura de escrituras notariais não se afigura essencial e, portanto, a autorização para as outras que sejam necessárias não poderia, em princípio, caber a qualquer “notário rotativo”.

Além disso, nas hipóteses em que fossem encontrados “documentos públicos autenticados e escritos privados”, resultando na estipulação de renúncias, transações ou acordos de arbitragem (mesmo que não essencialmente), algumas dúvidas poderiam surgir com referência a estes últimos se se referissem a uma cláusula compromissória e não a um compromisso. Com efeito, sabe-se, com base no art. 808, parágrafo 2º, do CPC italiano, que “o poder de estipular o contrato inclui o poder de pactuar a cláusula compromissória”, portanto, a específica “autorização[ões] para [...] transigir em sentenças arbitrais” refere-se necessariamente apenas ao compromisso, para o qual o Código de Processo se limita a prescrever que este deve ser “feito por escrito” (art. 807).

Embora não constitua uma integração indissociável da disciplina geral, não há dúvida de que o dispositivo aqui discutido ajuda a considerar a correta tensão interpretativa sobre o resto da legislação em uma direção expansiva, ou seja, adequada para enfatizar, dentro dos limites da funcionalidade da inovação, a capacidade autossuficiente do notário examinador, que na parte atributiva não conhece tal censo analítico de suas habilidades, enquanto uma técnica deste tipo caracteriza antes as subtrações, denotando assim a possibilidade de compreendê-las em uma medida estrita e rigorosa.

Essas são, em linhas gerais, as avaliações pragmáticas da “nova competência” dos notários italianos em procedimentos de jurisdição voluntária a partir da Reforma Cartabia, especificamente das alterações normativas propostas no Decreto Legislativo n. 149, de 10 de outubro de 2022, da Itália.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AULETTA, Ferruccio. **Il Procedimento di Istruzione Probatoria mediante consulente técnico.** Padova: CEDAM, 2002. 442p.

CHIESI, Gian Andrea. **Procedimenti di volontaria giurisdizione: prospettive per uno statuto condiviso di regole operative.** Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2021.

FABIANI, Ernesto; PICCOLO, Luisa. L'autorizzazione notariale nella rifor. In: FABIANI, Ernesto; GUGLIELMO, Rocco; PACE, Vito. **Riforma della volontaria giurisdizione e ruolo del notaio.** V. I. Gli Studi. Roma: Giuffrè Francis Lefebvre – Galli Edizioni. 2023. p. 9-112.

ITALIA, Senado da República. **Constituição da República Italiana – Costituzione Italiana.** Traduzione in língua portuguesa. Roma: Senato della Repubblica, 2023. Disponível em: <https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/Costituzione_PORTOGHESE.pdf> Acesso em: 14 janeiro 2025.

MONTESANO, Luigi. La tutela giurisdizionale dei diritti. In: ROBINO, Domenico. **Trattato di diritto civile italiano fondato da Filippo Vassalli.** Tomo XIV, Torino: UTET, 1985.

NUCERA, Susanna. **La nuova volontaria giurisdizione: dopo la riforma cartabia.** Pisa: Pacini Giuridica, 2023, 192p.

SANTARCANGELO, Giovanni. Volontaria giurisdizione: richiesta ed autorizzazione per vendita di bene ereditario, **Notariato: rassegna sistematica di diritto e tecniche contrattuali.** Milano: Ipsoa. 2023, n. 1, p. 101-104.

Como citar este artigo: AULETTA, Ferruccio. A “Nova Competência” dos Notários Italianos em Assuntos de Jurisdição Voluntária. Tradução: Felipe Cidral Sestrem. Revista da Procuradoria-Geral do Município de Joinville - RPMJ, Joinville, a. 2, n. 1, 2024, p. 72-95.

Enviado em 01.10.2024.

Traduzido em 12.01.2025.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

DOS BENS DOS AUSENTES

Guilherme Christen Möller⁶⁰

Resumo: O presente trabalho aborda o procedimento de arrecadação dos bens dos ausentes, conforme disposto nos artigos 744 e 745 do Código de Processo Civil. O estudo destaca a relevância desse procedimento na preservação dos direitos e interesses dos ausentes, seus herdeiros e credores. A pesquisa explora a distinção entre ausência e morte presumida, enfatizando as implicações jurídicas de cada instituto. Além disso, analisa os requisitos necessários para a proposição da medida, a figura do curador, e as etapas procedimentais, desde a arrecadação dos bens até a possível conversão da sucessão provisória em definitiva. O trabalho conclui que, apesar de lacunas na legislação atual, o procedimento de arrecadação dos bens dos ausentes é essencial para a proteção patrimonial no Direito Processual Civil, necessitando de uma interpretação cuidadosa dos dispositivos legais e uma eventual reforma legislativa.

Abstract: This paper addresses the procedure for the collection of assets of absentees, as provided for in Articles 744 and 745 of the Code of Civil Procedure. The study highlights the relevance of this procedure in preserving the rights and interests of absentees, their heirs, and creditors. The research explores the distinction between absence and presumed death, emphasizing the legal implications of each institute. Additionally, it analyzes the

⁶⁰ Dottore di Ricerca in Scienze Giuridiche pela Università degli Studi di Firenze (UniFi) e Doutor e Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP) e da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Advogado (OAB/SC n. 51.682 e OAB/RJ n. 259.139) no Coelho, Murgel e Atherino Advogados, com sede na Avenida Rio Branco, n. 138, 10º andar, sala 1002, Centro, Rio de Janeiro, RJ. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0168074867678392>. E-mail: contato@guilhermchristenmoller.com.br ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6237-3166>

requirements for initiating the procedure, the role of the curator, and the procedural steps, from the collection of assets to the possible conversion of provisional succession into definitive succession. The paper concludes that, despite gaps in current legislation, the procedure for the collection of absentees' assets is essential for patrimonial protection in Civil Procedural Law, requiring careful interpretation of legal provisions and potential legislative reform.

Palavras-chave: Arrecadação de bens; ausência; sucessão provisória; curador; morte presumida.

Keywords: Asset collection; absence; provisional succession; curator; presumed death.

Sumário: 1. Introdução; 2. Objeto (Imediato e Mediato) do Procedimento; 3. Etimologia Jurídica da Ausência, Pressupostos para a Declaração de Ausente e a Diferença entre a Ausência (Declaração de Ausência) da Morte Presumida (Justificação judicial da morte). 4. Pressupostos do procedimento e a desnecessidade de existência de bens de propriedade/posse do ausente para a proposição da medida; 5. Curador, Ordem para o Exercício do Cargo, Poderes e Deveres e Depositário; 6. Aspectos procedimentais e a primeira etapa da arrecadação dos bens do ausente; 7. Segunda etapa do procedimento: sucessão provisória; 8. Terceira etapa do procedimento: conversão da sucessão provisória em definitiva; 9. Retorno do ausente e transmutação da natureza jurídica do processo; 10. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho⁶¹ tem como objetivo explorar o procedimento especial de arrecadação dos bens dos ausentes, conforme estabelecido nos artigos 744 e 745 do Código de Processo Civil. Este tema, apesar de sua relevância no campo do Direito Processual Civil, é muitas vezes negligenciado pela doutrina, o que torna imprescindível uma análise detalhada de suas

⁶¹ Inicialmente, o título da pesquisa era “Comentários aos arts. 744 e 745 do Código de Processo Civil” e foi desenvolvida em forma de comentários aos Código de Processo Civil para obra coletiva descontinuada no ano de 2022. Este trabalho é uma adaptação do capítulo de livro “Delineamento do procedimento especial de arrecadação dos bens dos ausentes”, publicado em: MÖLLER, Guilherme Christen. Delineamento do procedimento especial de arrecadação dos bens dos ausentes. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; FRÖHLICH, Afonso Vinício Kirschner. (Orgs.). Teoria Crítica do Processo: terceira série. Belém: RFB Editora, 2023. p. 421-433.

nuances e implicações. A arrecadação dos bens dos ausentes é um procedimento de jurisdição voluntária que visa, primordialmente, a preservação dos bens daquele cujo paradeiro é desconhecido, resguardando seus direitos e os interesses de seus herdeiros ou credores.

O instituto da ausência tem raízes profundas na história do direito, remontando a épocas em que as comunicações eram limitadas e o desaparecimento de pessoas era um evento mais frequente. Contudo, apesar do avanço tecnológico e da globalização, situações de ausência ainda ocorrem, exigindo do sistema jurídico mecanismos, calcados em tutelas diferenciadas, eficazes para lidar com essas circunstâncias. Nesse sentido, a legislação brasileira estabelece um procedimento específico para a arrecadação dos bens dos ausentes, dividido em etapas que visam proteger tanto os bens do ausente quanto os interesses daqueles que possam vir a ter direitos sobre esses bens.

A escolha deste tema se justifica pela sua importância prática e teórica. No campo prático, a arrecadação dos bens dos ausentes é um procedimento que, embora não seja cotidiano, pode ter implicações significativas, especialmente em casos de futura discussão sobre herança e sucessão. Teoricamente, a análise do procedimento permite uma compreensão mais profunda dos princípios que regem a jurisdição voluntária e a proteção dos direitos patrimoniais. Além disso, a comparação entre a ausência e a morte presumida, ambas tratadas pelo direito brasileiro, oferece um rico campo de estudo para a compreensão das diferenças entre esses institutos e suas consequências jurídicas.

A pesquisa foi organizada de forma a proporcionar uma visão ampla e detalhada do tema, dividindo-se em oito tópicos principais. O primeiro tópico aborda o objeto do procedimento, tanto imediato quanto mediato, destacando a importância da preservação dos bens do ausente. Em seguida, a etimologia jurídica da ausência é explorada, diferenciando-se a ausência da morte presumida. O trabalho também analisa os pressupostos necessários para a proposição da medida, a figura do curador e suas responsabilidades, e os aspectos procedimentais da arrecadação dos bens. Por fim, são discutidas as etapas subsequentes do procedimento, desde a sucessão provisória até a conversão da sucessão provisória em definitiva e o possível retorno do ausente.

Este estudo pretende oferecer uma análise abrangente e crítica do procedimento de arrecadação dos bens dos ausentes, contribuindo para o entendimento deste importante instituto jurídico. Espera-se que, ao final da leitura, o leitor tenha uma compreensão clara das etapas, dos fundamentos

e das implicações jurídicas deste procedimento, bem como das lacunas existentes na legislação atual.

2. OBJETO (IMEDIATO E MEDIATO) DO PROCEDIMENTO

O procedimento especial de arrecadação dos bens do ausente é procedimento de jurisdição voluntária, no qual inexistente outro interesse que não a preservação dos bens do ausente, a declaração do estado de ausente e, posteriormente, o início do processo de sucessão (provisória e definitiva) dos bens deixados pelo ausente.

De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no REsp n. 1.016.023/DF (Rel. Ministra Nancy Andrihgi, J. 27/05/2008, DJe. 20/06/2008), esse procedimento especial constitui interesse social relevante, transcendendo a tutela dos direitos dos herdeiros do ausente, haja vista que aquilo que se espera, imediatamente, é resguardar os interesses do ausente para que, caso reapareça, possa retomar a sua vida. A sucessão é objetivo mediato desse procedimento e apenas ocorrerá na hipótese do não reaparecimento do ausente.

A arrecadação dos bens, a declaração de ausência, a sucessão provisória e definitiva (com a declaração de morte presumida) ocorrem em momentos distintos. A seção “dos bens dos ausentes” é sucinta, possuindo, apenas, dois artigos, entretanto, é complementada por outras disposições do Código Civil e do Código de Processo Civil, especialmente aquelas relacionadas à herança jacente.

3. ETIMOLOGIA JURÍDICA DA AUSÊNCIA, PRESSUPOSTOS PARA A DECLARAÇÃO DE AUSENTE E A DIFERENÇA ENTRE A AUSÊNCIA (DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA) DA MORTE PRESUMIDA (JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL DA MORTE)

Na etimologia jurídica, a ausência está relacionada com a pessoa; é um estado próprio dela e se configura quando desconhecido o seu paradeiro. Conforme os arts. 22 e 23 do Código Civil, será considerada ausente a pessoa que (1) desaparecer de seu domicílio sem deixar notícias, (2) se não houver deixado representante ou procurador para a administração dos seus bens, ou (3) se deixar mandatário que não queira ou não possa exercer (ou continuar) o mandato – ou se os seus poderes forem insuficientes.

A ausência não deve ser confundida com a morte presumida, visto que, no Direito Civil, são instituições distintas e que, por vezes, na prática, são erroneamente associadas. A existência da pessoa natural termina com a morte (*mors omnia solvit*), a qual se comprova mediante certidão que declara o seu óbito. No caso da morte presumida, há necessidade de produção de prova indireta para comprovação do óbito e suprir a carência dessa documentação.

Esse meio indireto não se confunde com a ausência, na qual se tem a certeza do desaparecimento sem a presunção da morte. Nos termos do art. 6º do Código Civil, o ausente apenas será considerado morto quando for aberta a sucessão definitiva dos seus bens, considerando como a data da sua morte, para fins legais, a data de publicação da sentença que declarou a ausência.

Ambos estados (ausência e morte presumida) devem ser declarados judicialmente, porém, cada qual de uma forma. Não existe ação de declaração de ausência por morte presumida. A demanda fundada em ação que se objetiva a declaração de ausente está embasada, como dito anteriormente, na certeza do desaparecimento da pessoa, o que não ocorre naquela que objetiva a declaração da morte presumida da pessoa (justificação judicial de morte), art. 88 da Lei n. 6.015/73; a certeza do desaparecimento é suprimida pela presunção da morte da pessoa – trata-se de uma imperícia que ocasiona na carência de pressuposto processual (interesse de agir).

4. PRESSUPOSTOS DO PROCEDIMENTO E A DESNECESSIDADE DE EXISTÊNCIA DE BENS DE PROPRIEDADE/POSSE DO AUSENTE PARA A PROPOSIÇÃO DA MEDIDA

A principal dúvida sobre a arrecadação dos bens do ausente está nos pressupostos específicos desse procedimento. Dependendo da interpretação sobre o objetivo do procedimento, poderá haver dois ou três. Inexiste desacordo de que (1) o desaparecimento da pessoa sem deixar notícias e (2) a inexistência de representante/procurador para a administração dos seus bens (o qual também é suprido no caso de o mandatário que não querer ou não poder exercer ou continuar o mandato, ou se os seus poderes forem insuficientes) são pressupostos para a proposição da medida.

O não preenchimento de um deles enseja em carência de interesse de agir, resultando na extinção do processo (art. 485, IV, do CPC). A partir do que se tratou no subtópico da “ausência”, ambos requisitos não são

surpresa ou ilógicos, afinal, qual seria a necessidade de promover a medida se a pessoa não desapareceu ou deixou mandatário (regular, interessado e capacitado) para o gerenciamento dos seus bens? Ambos são intrínsecos ao próprio instituto da ausência.

Questiona-se sobre o possível terceiro pressuposto: a existência de bens de propriedade/posse do ausente para ser arrecadados. A questão é: há necessidade de proposição da arrecadação se o ausente não deixou bens? O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre o assunto e é, até o momento, pacífico no sentido de que “se o ausente deixa interessados em condições de sucedê-lo, em direitos e obrigações, ainda que os bens por ele deixados sejam, a princípio, não arrecadáveis, há viabilidade de se utilizar o procedimento que objetiva a declaração de ausência”. Essa afirmação é extraída do mesmo julgamento que foi utilizado para elucidar os objetivos imediato e mediato da arrecadação dos bens do ausente (REsp n. 1.016.023/DF, Rel. Ministra Nancy Andriahi, J. 27/05/2008, DJe. 20/06/2008).

A posição da Corte é de que a comprovação da propriedade não é condição *sine qua non* para a declaração de ausência, alinhando-se coerentemente com o objetivo imediato do procedimento. Assim, mesmo o ausente não deixando bens arrecadáveis, é possível a proposição dessa medida para resguardar os interesses do ausente, visando, como dito anteriormente, retomar a sua vida no caso de reaparecimento.

5. CURADOR, ORDEM PARA O EXERCÍCIO DO CARGO, PODERES E DEVERES E DEPOSITÁRIO

O termo “curador” deriva do latim *curator*, de *curare*. Na etimologia jurídica, trata-se de pessoa que zela por outra ou de seus bens. É figura fundamental para o procedimento de arrecadação de bens do ausente. Normativas acerca do curador dos bens do ausente estão dispostas entre os arts. 22 e 25 do Código Civil, aplicando-se, também, as disposições sobre o procedimento da herança jacente.

Geralmente, tratando-se de ausente casado, não estando separado judicialmente ou de fato por mais de dois anos antes da declaração de ausência, o curador legítimo será o seu cônjuge. Caso o ausente for solteiro ou viúvo, o legítimo curador dos bens do ausente serão os seus pais ou os seus descendentes, nessa ordem, observando a inexistência de impedimento para o exercício do cargo. Na hipótese de a curadoria ser exercida por descendente,

será observado o grau do parentesco em relação ao ausente, precedendo, os mais próximos, aos mais remotos.

Inexistindo cõnjuge, ascendente e descendente, o cargo de curador deverá ser exercido por pessoa escolhida pelo juiz. A inexistência de indicação e designação de curador não obsta o trâmite do processo, vez que, nessa hipótese, será designado depositário e, após compromissado, lhe entregue os bens arrecadados, mediante simples termo nos autos (art. 740, § 2º, do CPC).

O curador possui poderes e deveres (aplicando-se, igualmente, ao depositário compromissado). Os seus deveres estão dispostos no art. 739 do Código de Processo Civil, sendo eles (1) representação dos bens do ausente em juízo ou fora dele, (2) ter em boa guarda e conservação os bens arrecadados e promover a arrecadação de outros porventura existentes, (3) executar as medidas conservatórias dos bens, sendo ressarcido posteriormente, (4) apresentar mensalmente ao juiz balancete da receita e da despesa, e (5) prestar contas ao final da sua gestão.

O exercício do cargo de curador percebe remuneração fixada, pelo juiz, de acordo com a situação dos bens, o tempo de serviço e as dificuldades para a sua execução (art. 160 do CPC). Em contrapartida, havendo causado prejuízo (por dolo ou culpa) aos bens sob sua responsabilidade, responderá por eles e perderá a sua remuneração, entretantes, sem prejuízo ao ressarcimento do despendido no exercício do encargo (art. 161 do CPC). Pode, ainda, o curador, ser responsabilizado na esfera penal pelo prejuízo causado e, inclusive, lhe imputado sanção por ato atentatório à dignidade da justiça (art. 161, parágrafo único, do CPC).

6. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS E A PRIMEIRA ETAPA DA ARRECAÇÃO DOS BENS DO AUSENTE

O procedimento de arrecadação dos bens dos ausentes possui três fases (ou estágios), sucedidos cronologicamente. A sua primeira fase consiste na arrecadação dos bens do ausente e na constituição de curador. Trata-se de procedimento que necessita de impulso oficial, por parte interessada, mediante petição endereçada ao último domicílio conhecido do ausente (art. 738 do CPC) ou, na carência dessa informação, subsidiariamente, no foro em que estejam os seus bens (art. 48, I, do CPC), a fim de comunicar a ausência (arts. 22 e 23 do CC). Diante da matéria do procedimento, será competente, geralmente, a unidade jurisdicional responsável pelo processamento de feitos familiares.

Na petição, deverão ser arrolados os bens (quando existirem), os quais poderão ser aditados a fim de ampliar o rol de bens do ausente no caso de descobrimento de algum bem abandonado que não se tinha conhecimento quando proposta a inicial (inexiste preclusão; apenas haverá a retificação do valor da causa para inclusão do valor estipulado desse bem), requerendo a arrecadação e a designação de curador para administrá-los.

Recebendo a petição inicial, considerando a afirmação de ausência feita pelo interessado-proponente, será nomeado curador e determinada a arrecadação dos bens arrolados. Feita a arrecadação, lavrado auto, será observado o comando de publicações de editais (igual ao da herança jacente) que dispõem o *caput* do artigo analisado, ou seja, determina-se a publicação de editais na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, ou, não havendo sítio, no órgão oficial e na imprensa da comarca, anunciando a arrecadação e chamando o ausente a entrar na posse de seus bens. Os editais serão publicados durante um ano, reproduzidos a cada dois meses.

A partir daqui, existem três possibilidades: (1) comparecer o ausente, cessando-se a curadoria e extinguindo o processo (a regra contida no § 4º, do art. 745, do CPC, apenas será aplicada após a primeira etapa); (2) sobrevier comprovação da sua morte, cessando-se a curadoria e terá início o procedimento de inventário e partilha; ou, por fim, (3) não ocorrer as hipóteses anteriores, podendo-se, qualquer interessado, após esse prazo de um ano, requerer a abertura da sucessão provisória (§ 1º, do art. 745, do CPC). Cá, adentra-se nas etapas subsequentes, a (2) declaração da ausência e abertura da sucessão provisória dos seus bens; e, a (3) declaração de morte presumida do ausente, convertendo-se a sucessão provisória em definitiva.

7. SEGUNDA ETAPA DO PROCEDIMENTO: SUCESSÃO PROVISÓRIA

Transcorrido o prazo do edital, sem que se saiba da pessoa, sem a constituição de procurador ou representante ou, uma outra hipótese, mesmo deixando representante ou procurador (nesse caso serão três anos, conforme art. 26 do CC), será pedida a declaração de sua da ausência (e a sentença deverá ser averbada, art. 94 da Lei n. 6.015/73 e art. 9º, IV, do CC), podendo-se, assim, requerer a abertura da segunda etapa deste procedimento: a sucessão provisória. Mesmo que siga as regras da sucessão mortis causa, ela poderá ser extinta a qualquer momento mediante o retorno do ausente.

Nos termos do art. 27 do Código Civil, consideram-se legitimados para requerer a abertura da sucessão provisória: (1) o cônjuge não separado judicialmente; (2) os herdeiros presumidos, legitimados e os testamentários; (3) os que tiverem sobre os bens do ausente direito subordinado à condição de morte; (4) os credores de obrigações vencidas e não pagas – existe, também, a previsão do requerimento poder ser formulado pelo Ministério Público (art. 28, § 1º, do CC) quando não o fizerem os interessados.

Na petição de abertura da sucessão provisória dos bens do ausente, será requerida a citação pessoal dos herdeiros presentes (residentes na comarca) e do curador, e, por edital, dos ausentes (incertos, que se acham em “lugar incerto e não sabido” ou que residam em outra comarca), a fim de se habilitarem.

Sobre a habilitação, que dispõe o § 2º, do art. 745, do Código de Processo Civil, deve-se observar a forma disposta entre os arts. 687 e 692 do CPC, ou seja, no prazo de cinco dias a contar da juntada do último mandado citatório (art. 690 do CPC) – ou do termo final do prazo do edital –, deverão, os herdeiros, provar sua qualidade e o seu direito.

Protocolada a habilitação, o juiz decidirá o requerimento imediatamente, salvo se este for impugnado e houver necessidade de dilação probatória diversa da documental, caso em que determinará que o pedido seja autuado em apartado e disporá sobre a instrução (art. 691 do CPC). Com o trânsito em julgado da sentença acerca da habilitação, a sucessão provisória retoma o seu rito (art. 692 do CPC).

A sucessão provisória inicia-se com a pronúncia de uma sentença que determina a sua abertura, no entanto, cujo efeito apenas surte após cento e oitenta dias depois de publicada. Vez que se transita em julgado a sentença, procede-se a abertura de testamento (se houver) e ao inventário e partilha dos bens.

No entanto, o prazo anteriormente mencionado é para fins da produção dos efeitos da sentença, não se devendo confundir com a possibilidade de arrecadação dos bens do ausente pelo procedimento de herança jacente no caso de não comparecimento de herdeiro ou interessado para requerer o inventário (§ 2º, do art. 28, do CC).

Supondo, agora, que o inventário foi requerido, os herdeiros deverão dar garantias da restituição para a imissão na posse dos bens do ausente, o que se faz mediante penhores ou hipotecas equivalentes ao valor do bem – no caso de não ser possível prestar caução, existem duas situações: (1) se o herdeiro for ascendente, descendente ou cônjuge, provada sua qualidade de

herdeiro, não depende de garantias para entrar na posse dos bens (art. 30, § 2º, do CC); (2) sendo pessoa que não se enquadre em uma das condições anteriores, deverá prestar garantia, sob pena de ser excluído e de os bens que lhe caibam continuarem ao encargo do curador que foi designado para administração dos bens do ausente, salvo se decidir, o juiz, que esse bem deverá ser administrado por outro herdeiro do ausente, mediante garantia (art. 30, § 1º, do CC). Todo aquele que for empossado nos bens do ausente, mesmo em sucessão provisória, será representante (ativo e passivo) do ausente, inclusive podendo, contra eles, correr as ações pendentes e as de futuro que forem movidas.

Por fim, reaparecendo ou provando a existência do ausente, se (1) antes do estabelecimento da posse provisória, a sucessão será extinta, ou, se (2) depois do estabelecimento da posse provisória, cessarão imediatamente as vantagens dos sucessores nela imitados (inclusive, ficando obrigados a adotar medidas assecuratórias até a entrega dos bens ao seu proprietário).

8. TERCEIRA ETAPA DO PROCEDIMENTO: CONVERSÃO DA SUCESSÃO PROVISÓRIA EM DEFINITIVA

A sucessão definitiva não é tão complexa em termos procedimentais como a provisória. Veja-se, após o prazo de dez anos (ou, conforme o art. 38 do CC, se o ausente contar com oitenta ou mais anos de idade, sem que se haja notícias por cinco anos) a contar do trânsito em julgado da sentença que determina a abertura da sucessão provisória, os interessados irão pedir a declaração da morte presumida do ausente e a sucessão definitiva, bem como o levantamento da caução prestada. Caso, ainda, nesse lapso temporal, tanto o ausente não regressar, quanto algum ascendente ou descendente não promover a sucessão definitiva, os bens arrecadados passarão ao domínio do Município, Estado, Distrito Federal ou União, conforme a sua localização (art. 39 do CC).

9. RETORNO DO AUSENTE E TRANSMUTAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO

Pode ocorrer, também, o retorno do ausente. Anteriormente, viu-se algumas hipóteses dos vieses que o processo deveria tomar se isso ocorrer em alguma de suas etapas. No caso da primeira fase, pedido para designação

de curador para que seja possível a arrecadação dos bens do ausente: se o ausente retornar ou constituir procurador ou representante, a curadoria será cessada e o processo será extinto. Após o lapso temporal para o pedido de declaração da ausência e abertura da sucessão provisória, retornando o ausente: os seus bens serão restituídos e, caso algum deles tenha gerado rendimentos ou frutos, se ficar provado que a ausência não foi involuntária e injustificada, terá direito a sua parte (art. 33, parágrafo único, do CC).

No caso do retorno (do ausente ou de algum de seus descendentes ou ascendentes) no prazo para a conversão da sucessão provisória em definitiva: haverá os bens existentes no estado em que se acharem (os sub-rogados em seu lugar, ou o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos bens alienados depois daquele tempo).

Tanto na segunda (sucessão provisória), quanto na terceira etapa (sucessão definitiva), se estará diante do que se denomina por transmutação jurídica do processo: a conversão da jurisdição voluntária em jurisdição contenciosa. Nesse caso, *vide* § 4º, do art. 745, do Código de Processo Civil, regressando o ausente ou algum de seus descendentes ou ascendentes, pedirá a entrega de bens, sendo citados para contestar o pedido os sucessores provisórios ou definitivos, o Ministério Público e o representante da Fazenda Pública e se seguirá conforme o procedimento comum (art. 318 do CPC). Por fim, cabe destacar que, de mesmo modo como ocorre quando declarada a ausência, o retorno do ausente também será averbado (art. 104 da Lei n. 6.015/73 e art. 9º, IV, do CC).

10. CONCLUSÃO

Após uma análise detalhada do procedimento especial de arrecadação dos bens dos ausentes, é possível concluir que este instituto jurídico desempenha um papel fundamental na preservação dos direitos e interesses, tanto do ausente quanto de seus possíveis herdeiros e credores. Através de suas diferentes etapas – desde a declaração de ausência até a eventual conversão da sucessão provisória em definitiva – o sistema jurídico busca assegurar que os bens do ausente sejam devidamente protegidos, evitando que sejam dilapidados ou que interesses legítimos sejam comprometidos.

A pesquisa revelou que, apesar de sua importância, o procedimento de arrecadação dos bens dos ausentes carece de maior detalhamento. As disposições atuais, embora suficientes para a execução do procedimento, apresentam lacunas que podem gerar dificuldades práticas na sua aplicação. Por exemplo, a questão da necessidade ou não de existência de bens para a

proposição da medida é um ponto que demonstra a complexidade do tema e a necessidade de uma interpretação cuidadosa dos dispositivos legais.

Além disso, a comparação entre os institutos da ausência e da morte presumida destacou a importância de diferenciar claramente essas situações, uma vez que cada uma possui implicações jurídicas distintas. Enquanto a ausência pressupõe a possibilidade de retorno do ausente, a morte presumida estabelece a presunção de que o desaparecimento da pessoa resultou em seu óbito, gerando consequências diferentes no âmbito patrimonial e sucessório.

Outro ponto relevante levantado pela pesquisa foi a figura do curador, cuja responsabilidade na administração dos bens do ausente é de extrema importância para o sucesso do procedimento. A nomeação adequada de um curador, bem como a definição clara de seus poderes e deveres, são essenciais para garantir a preservação dos bens do ausente e para evitar conflitos futuros, seja com herdeiros, seja com terceiros interessados.

Por fim, este trabalho destacou a importância do procedimento de arrecadação dos bens dos ausentes no contexto de um sistema jurídico que visa proteger os direitos patrimoniais e garantir a segurança jurídica. O estudo não apenas analisou as disposições legais aplicáveis, mas também buscou oferecer uma visão crítica sobre a forma como o procedimento é tratado pela legislação e pela jurisprudência. Espera-se que as reflexões aqui apresentadas contribuam para um melhor entendimento do tema e, eventualmente, para futuras reformas legislativas que venham a aprimorar o procedimento, tornando-o mais claro e eficiente.

Conclui-se que, apesar das lacunas e desafios, o procedimento de arrecadação dos bens dos ausentes é uma ferramenta essencial para a proteção dos interesses de todas as partes envolvidas. Seu estudo detalhado revela a complexidade e a importância desse instituto, que, embora muitas vezes subestimado, desempenha um papel crucial no Direito Processual Civil brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei Federal 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ decreto/d3678.htm Acesso em: 23 out. 2024.

BRASIL. Lei Federal 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 2 nov. 2024.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.016.023/DF**, rel. Ministra Nancy Andriahi, Terceira Turma, DJ 27/05/2008, DJe 20/06/2008.

Enviado em 19.08.2024.

Publicado em 20.05.2025.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

PRECEDENTES JUDICIAIS E SUA NORMATIVIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Weber Luiz de Oliveira⁶²

Resumo: O artigo expõe os precedentes judiciais e seus possíveis reflexos normativos na Administração Pública. Destacam-se as naturezas vinculantes das decisões judiciais no âmbito da Jurisdição e da Administração e a possibilidade jurídico-constitucional da aplicação obrigatória de determinados pronunciamentos judiciais na atividade administrativa. É estabelecida classificação entre Precedentes Diretamente Vinculantes e Indiretamente Vinculantes para a Administração Pública, a depender da força normativa que a Constituição Federal preceitua.

Abstract: The article exposes judicial precedents and their possible normative consequences in Public Administration. The binding nature of judicial decisions within the scope of Jurisdiction and Administration and the legal-constitutional possibility of mandatory application of certain judicial pronouncements in administrative activity stand out. Classification is established between Direct and Indirect Precedents for Public Administration, depending on the normative force that the Federal Constitution prescribes.

Palavras-Chave: Precedentes Judiciais. Administração Pública. Precedentes Diretamente e Indiretamente Vinculantes.

Keywords: Judicial Precedents. Public Administration. Direct and Indirect Precedents.

⁶² Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí/SC (UNIVALI). Mestre em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Coordenador e Colunista da Coluna “Advocacia Pública e outros temas jurídicos em debate”. Procurador do Estado de Santa Catarina. Advogado. E-mail: weberluizdeoliveira@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0265753096355749>

Sumário: 1. Introdução; 2. Decisões Judiciais; 2.1. Precedentes e precedentes vinculantes; 2.1.1. Disciplina na jurisdição brasileira atual; 2.1.1.1. Disciplina na jurisdição brasileira no Código de Processo Civil de 2015; 3. Administração Pública; 3.1. Princípios; 4. Aplicabilidade dos Precedentes na Administração Pública; 4.1. Lei e legislação; 4.2. Direito e jurisdição; 4.3. Precedentes Diretamente Vinculantes e Precedentes Indiretamente Vinculantes; 5. Conclusões; Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Contemporaneamente muito se escreve sobre os Precedentes Judiciais, sendo objeto de disciplinamento no Código de Processo Civil de se obrigar que juízes e Tribunais sigam os mesmos, disciplinando por lei na jurisdição brasileira o *stare decisis* (precedente obrigatório), com nítida inspiração na jurisdição do *common law*⁶³.

Segundo Michele Taruffo⁶⁴, a característica mais recente da evolução dos ordenamentos processuais, ao contrário do passado de mudanças verticais, “é o das ‘interferências horizontais’ entre sistemas distintos, ou – se se preferir – o da imitação de um sistema ou modelo por outros, ainda que derivados de experiências históricas e linhas evolutivas muito heterogêneas”.

Este artigo tem como objetivo examinar se os Precedentes Judiciais, na forma da disciplina do CPC, também vinculariam a atuação da Administração Pública brasileira ou se se faz necessário regramento normativo próprio pelos entes federativos, para que se respeitem, também no exercício das atividades administrativas, as decisões judiciais uniformemente sedimentadas.

Para tanto será necessário a análise do alcance e abrangência do princípio da legalidade, disposto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal,

⁶³ Georges Abboud afirma que parece existir uma “verdadeira fetichização por parcela de nossa doutrina em relação ao *common law*”, criticando que o “maior risco que essas reformas trazem é que, no afã de implantar o sistema de precedentes em nosso ordenamento – porque tal sistema supostamente geraria maior isonomia e celeridade processual –, estas reformas acabam por suprimir verdadeiros direitos e garantias fundamentais do cidadão, na medida em que ignoram a flexibilidade ínsita ao sistema de precedente do *common law*”. (Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – A ineficiência e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In, Direito jurisprudencial, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 493).

⁶⁴ Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*, In, Revista de Processo n. 110, abr. 2003, p. 148.

no sentido de ter este princípio como impeditivo da adoção dos Precedentes Vinculantes na Administração Pública, em uma Jurisdição de *civil law* (perspectiva *stricto sensu*), ou, diversamente, a ampliação do significado do princípio da legalidade, em consonância com outros princípios constitucionais, para o fim de possibilitar que os Precedentes firmados nos processos judiciais sejam também respeitados na atuação administrativa (perspectiva *lato sensu*), em razão da unidade e uniformidade do Direito, como também a forma para tal desiderato, em razão da interação entre as funções estatais do sistema jurídico.

Nesse cenário, relevante, de igual modo, perscrutar acerca da normatividade que emerge do texto constitucional a possibilitar a aplicação de determinados pronunciamentos judiciais na Administração Pública.

2. DECISÕES JUDICIAIS

Decisões judiciais existem para dar solução a conflito entre pessoas no âmbito do processo. A sentença alcançada na prestação jurisdicional “é o ato em que se expressa a norma jurídica concreta que há de disciplinar a situação submetida ao órgão jurisdicional”⁶⁵.

A decisão judicial é a concretização do exercício da Jurisdição, como ato de poder-dever⁶⁶, de impor obediência ao que foi decidido, pacificando e disciplinando as relações sociais⁶⁷. Hodiernamente, conquanto seja um ato soberano⁶⁸ desenvolvido no processo jurisdicional, possui ele “compromissos éticos fundamentais, decorrentes da função social que se atribui ao Estado Contemporâneo”⁶⁹.

⁶⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento, 19ª ed., 5ª tiragem, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 2).

⁶⁶ Pontes de Miranda assevera: “Desde o instante em que o Estado se fez monopolizador da Justiça, passou a dever justiça” (grifo no original). (Comentários ao Código de Processo Civil, tomo I, arts. 1º a 45, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 21).

⁶⁷ A verdadeira pacificação das relações sociais, a rigor, é melhor realizada nos chamados meios alternativos de composição de litígio, a autocomposição, como a mediação e a conciliação.

⁶⁸ Ovídio Araújo Baptista da Silva afirma que uma nota peculiar da jurisdição “é a circunstância de ser o seu exercício soberano e exclusivo, qualquer que seja o órgão jurisdicional a que a lei haja conferido competência, ainda que este se encontre em posição de rigorosa inferioridade na escala hierárquica em que se dividem os órgãos do Poder Judiciário”. (Curso de processo civil: processo de conhecimento, vol. 1, 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 50).

⁶⁹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. Teoria geral do processo, 3ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 8).

As decisões judiciais e os atos e procedimentos realizados no processo, dentro deste contexto de um processo judicial constitucionalizado pelos direitos fundamentais, devem ter sempre presente as diretrizes traçadas na Constituição⁷⁰. É o que a doutrina denomina de Direito Constitucional Processual, significando “o conjunto das normas de Direito Processual que se encontra na Constituição Federal”⁷¹.

A vinculação a decisão judicial, a depender da natureza do processo, se dá entre as suas partes, seja em tutela individual ou coletiva, e também para pessoas e instituições que não participaram da relação processual, em uma eficácia erga omnes, decorrendo daí uma nítida característica normativa abstrata da decisão judicial.

Esta normatividade abstrata da decisão judicial difere nos sistemas de common law e civil law⁷², como demonstrado na seção seguinte, em razão da doutrina dos precedentes sedimentado no primeiro.

⁷⁰ A exposição de motivos do Projeto do CPC/2015 relatou: “A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais...”. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojecto.pdf>. Acesso em 20 ago. 2024.

⁷¹ NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal, 8ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 26. Ivo Dantas adverte, outrossim, que não se deve confundir os termos direito constitucional processual e direito processual constitucional, sendo o primeiro relativo a jurisdição constitucional, os órgãos que a exercem (tribunal constitucional), as ações de controle de constitucionalidade e as tipicamente constitucionais (habeas corpus, mandado de segurança e de injunção, ação civil pública); o segundo, o direito processual constitucional, “volta-se para o estudo das garantias principiológicas do processo e do procedimento, ou seja, à análise do due process of law. (Teoria do processo constitucional: uma breve visão pessoal, In, Estudos de Direito Processual Constitucional: homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do Direito, Malheiros: São Paulo, 2009, p. 145).

⁷² Michele Taruffo (Op. cit., p. 141) adverte que a “análise comparatística dos sistemas de civil law e de common law suscita antes de tudo uma série de problemas de método”, descrevendo, em sequência, que estes problemas seriam: 1º a análise do comparatista jamais é passiva, neutra ou indiferente, mas sim “condicionada e orientada seja pela cultura própria do comparatista, seja pelos fins em vista dos quais realiza seu próprio trabalho”; 2º a comparação processual é realizada em um nível “micro”, seja pela leitura sintética e resumida do ordenamento comparado, seja “mediante o cotejo de normas técnicas relativas a pormenores”, de onde decorre uma comparação “terrivelmente maçante, senão também substancialmente inútil”. Sustenta, assim, que a comparação será mais frutífera e interessante se se adotar não a comparação de normas específicas, mas modelos processuais. É o que se tentará fazer neste trabalho.

2.1. Precedentes e Precedentes Vinculantes

O sistema de common law é assentado sobre os “precedentes”, que “é uma expressão frequentemente utilizada para designar o conjunto de decisões judiciais vinculantes”⁷³.

E. Allan Farnsworth⁷⁴, relativamente ao sistema jurídico dos Estados Unidos, se referindo às suas funções judiciais, no sentido de que a primeira, que de certo não é peculiar ao direito de tradição inglesa, é “definir e dirimir a controvérsia apresentada ao tribunal”, relata, no que concerne a segunda função:

A segunda função da decisão judicial, característica do direito de tradição inglesa (sic), é estabelecer um precedente, em face do qual um caso análogo a surgir no futuro será provavelmente decidido da mesma forma. Essa doutrina é frequentemente designada pelo seu nome latino, *stare decisis*, da frase *stare decisis et non quieta movere*, apoiar as decisões e não perturbar os pontos pacíficos. A confiança no precedente se desenvolveu primeiramente no direito inglês e foi adotada nos Estados Unidos como parte da tradição do direito inglês. Como tradição, não foi transformada em regra escrita e não é encontrada na Constituição e nas leis, e nem mesmo regra de ofício. A justificação comumente dada a essa doutrina pode ser resumida em quatro palavras: igualdade, previsibilidade, economia e respeito. O primeiro argumento é que a aplicação da mesma regra em casos análogos sucessivos resulta em igualdade de tratamento para todos que se apresentem à justiça. O segundo é que uma sucessão consistente de precedentes contribui para tornar possível a solução de futuros litígios. O terceiro é que o uso de um critério estabelecido para solução de novos casos poupa tempo e energia. O quarto é que a adesão a decisões anteriores mostra o devido respeito à sabedoria e experiência das gerações passadas de juízes. Por várias razões, a doutrina do precedente nunca desfrutou nos Estados Unidos da autoridade absoluta que se diz ter atingido na Inglaterra. O grande volume de decisões, com conflitos

⁷³ ANDREWS, Neil. O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra, trad. do autor [orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier], 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 97.

⁷⁴ Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos, trad. Antonio Carlos Diniz de Andrada, Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, [s/d], pp. 61/62.

de precedentes em diferentes jurisdições, reduziu a autoridade das decisões individuais. A rapidez do desenvolvimento enfraqueceu a aplicabilidade de precedentes e casos posteriores surgidos depois de as condições sociais e econômicas se terem alterado com a passagem dos anos. Não obstante, a doutrina do precedente, ainda que aplicada com menor rigor do que na Inglaterra, está firmemente estabelecida nos Estados Unidos.

Há, contudo, de se separar os conceitos de “precedentes” e “precedentes vinculantes”, para o fim de delimitar qual poderia, ou não, diante do ordenamento jurídico brasileiro, ser aplicado na Administração Pública.

Dessarte, o Precedente, sem o adjetivo obrigatório ou vinculante, é a decisão judicial utilizada como fundamento para outras decisões, não de forma impositiva, mas como forma de motivar a decisão demonstrando que a mesma tem consonância com o que já foi decidido⁷⁵.

A decisão judicial paradigma é proferida por um órgão hierárquico superior ao atual órgão prolator da decisão presente, como um argumento de autoridade⁷⁶, interpretativo, não obrigatório, sendo utilizada para justificar o porquê de se estar tomando a decisão em um determinado sentido. Tem-se, desta forma, uma eficácia vertical. Quando a decisão usada como fundamento é do próprio órgão prolator, tem-se uma eficácia horizontal dos precedentes⁷⁷.

A utilização do Precedente nos referidos termos na jurisdição brasileira tem um nítido caráter persuasivo, de convencimento e justificação.

Já o Precedente Obrigatório, adjetivado, portanto, com um poder de natureza semântica, é a decisão que vincula, que obriga e impõe que os órgãos estatais o sigam. Tem a carga antes referida de normatividade abstrata, erga omnes. A depender do modelo da jurisdição estatal, pode se ter uma força vinculante no âmbito judicial, como também em outras áreas das relações sociais.

⁷⁵ Na prática forense muito se vê que a utilização de uma decisão como precedente, principalmente ementas de acórdãos e enunciados de súmulas, é feita “com a simples transcrição do resumo de um julgado, em uma espécie de acoplamento do caso anterior ao caso presente” (SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões, In, Revista de Processo, vol. 226, 2013, p. 350).

⁷⁶ DEMO, Pedro. Argumento de autoridade x autoridade do argumento: interfaces da cidadania e da epistemologia, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pp. 116/118.

De acordo com Humberto Theodoro Júnior⁷⁸, a chamada força vinculante “é a que primariamente compete à norma legal, que obriga a todos, inclusive o próprio Estado, tanto nos atos da vida pública como privada, sejam negociais, administrativos ou jurisdicionais”.

Em relação ao modelo de common law, Charles D. Cole diz que “uma decisão da Corte que é precedente é ‘lei’ e vinculante em relação às Cortes subordinadas à Corte de última instância em questão até que tal precedente seja alterado”⁷⁹.

A vinculação dos precedentes no Brasil se dá em razão de regramento legal que assim dispõe, pela simples razão de que, sendo uma país de modelo de civil law, normativista e codificado, a principal fonte do direito é a legislação.

2.1.1. Disciplina na jurisdição brasileira no Código de Processo Civil de 2015

Na jurisdição brasileira, de modo geral e historicamente, os acórdãos e as súmulas são utilizados no sentido de Precedente Persuasivo.

Isto decorre da origem declaratória do sistema de justiça brasileiro. Primeiramente, uma origem na jurisdição romana, de oposição entre o *iurisdictio* e o *imperium*, que segundo Ovídio Baptista “é o verdadeiro paradigma que demarca e condiciona os demais conceitos e institutos com que a ciência processual moderna elabora suas categorias”⁸⁰.

Por segundo, a Revolução Francesa, com a ideologia da separação dos poderes, impôs que a criação do direito era competência tão-somente do Parlamento⁸¹, vedando ao juiz a interpretação da lei.

⁷⁸ Alguns reflexos da Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, sobre o processo civil, In, Revista de Processo, vol. 124, junho/2005, p. 38.

⁷⁹ *Stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do common law, In, Revista dos Tribunais, vol. 752, jun / 1998, p. 12.

⁸⁰ Jurisdição e execução na tradição romano-canônica, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 25.

⁸¹ Teresa Arruda Alvim Wambier acentua que o direito no civil law é fruto de dois momentos históricos. O primeiro, com a descoberta, no século XI, de textos jurídicos romanos conservados durante a Idade Média e objeto de intensivo estudo no norte da Itália, principalmente em Bologna, passando a considerar os textos “como paradigmáticos, parte de um Corpus”; o segundo, decorrente da Revolução Francesa e de seus ideais, que resultou “num sistema fortemente alicerçado em bases racionais lógico-sistemáticas, cujo objetivo era conter abusos”. (Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law, In, Revista dos Tribunais, vol. 893, mar/2010, pp. 35/36). No mesmo sentido, Marinoni (Op. cit, pp. 46/56).

Assim, tendo-se como premissa que a aplicação judicial do direito é pautada exclusivamente pela legislação, não havia espaço para encampar-se uma doutrina de precedentes.

A mudança deste dogma, parece autorizado dizer, se iniciou com a Constituição Federal de 1988⁸², dotada de princípios e regras de aplicabilidade imediata para concretização de inúmeros direitos fundamentais então constitucionalizados⁸³.

A aplicabilidade das normas constitucionais pelo Poder Judiciário, mesmo ante a inexistência de regulamentação infraconstitucional⁸⁴, passou a dar a esta função estatal não só a prerrogativa de declarar o direito, mas, por mais importante, o de efetivá-lo na vida das pessoas.

A evolução em relação ao processo é notória, passando-se de mero instrumento formal para um instrumento de concretização do direito material, permeado pelos princípios constitucionais.

A partir de então, paulatinamente, reformas na legislação foram realizadas para dotar a Jurisdição de instrumentos de efetivação dos direitos e de prestigiamento e respeito as decisões judiciais. Cita-se, exemplificadamente, os seguintes institutos: tutela coletiva, tutela antecipada, súmulas vinculante e impeditiva de recursos, julgamento antecipado da lide, julgamento por amostragem conforme sistemática dos recursos repetitivos, reclamação constitucional, repercussão geral do recurso extraordinário.

A vinculação da Administração Pública ao precedente se dá com as ações de controle concentrado de constitucionalidade, em que a “força vinculante emerge diretamente do julgamento do mérito da causa”⁸⁵ e com a súmula vinculante. A normatividade destas decisões decorre diretamente da Constituição Federal.

⁸² Eduardo de Avelar Lamy e Horácio Wanderlei Rodrigues descrevem: “No Brasil, percebe-se que a Guerra Fria, no contexto internacional, e, mais especificamente, a ditadura militar, no contexto interno, foram acontecimentos que atrasaram até 1988 o início da reestruturação de nosso sistema instrumental conforme a ótica constitucional” (Op. Cit., p. 55).

⁸³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constitucionalização do processo no direito brasileiro, In, Estudos de Direito Processual Constitucional: homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do Direito, Malheiros: São Paulo, 2009.

⁸⁴ “O intérprete deve buscar a aplicação do direito ao caso concreto, sempre tendo como pressuposto o exame da Constituição Federal”, conforme leciona Nelson Nery Júnior (Op. Cit., p. 25).

⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. Cit., p. 38.

2.1.1.1. Disciplina na jurisdição brasileira no Código de Processo Civil de 2015

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe importante inovação sobre a aplicação da doutrina dos Precedentes, impondo que juízes e tribunais sigam os precedentes relacionados no diploma legal em gestação.

De início, portanto, já se vê a diferença com o modelo de *common law*, porquanto neste, como visto, o Precedente é oriundo da cultura da formação jurídica dos países daquele modelo, inexistindo regulamentação legislativa a respeito. Esta diferença, todavia, é óbvia em razão do modelo da jurisdição brasileira, de *civil law*, em que a legislação é que rege as relações, sejam sociais, econômicas, jurídicas e judiciais.

Importante ressaltar que grande parcela da doutrina⁸⁶, corretamente, adverte sobre o cuidado na importação do sistema de precedentes do *common law* para o *civil law*, com o que este estudo, igualmente, apresenta uma visão crítica e jurídica-constitucional a respeito da incidência e aplicabilidade dos Precedentes Vinculantes na Administração Pública.

A Exposição de Motivos do Projeto do Código de Processo Civil bem expõe a ideologia doravante buscada:

Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranqüilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à

⁸⁶ Cita-se, sinteticamente: José Rogério Cruz e Tucci (Precedente Judicial como fonte do direito, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 304); Evaristo Aragão Santos (Em torno do conceito e da formação do precedente judicial, In, Direito jurisprudencial, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 137/140); Georges Abboud (Op. Cit., 2012, p. 493); Dierle Nunes (Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória, In, Revista de Processo, vol. 199, set/2011, p. 49).

luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize. Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema⁸⁷.

Neste cenário, de se buscar a uniformidade das decisões judiciais, com conseqüente estabilidade das relações sociais, segurança jurídica e diminuição da litigiosidade, é que se indaga se os Precedentes também seriam aplicáveis, vinculativamente ou não, para a Administração Pública.

A resposta a esta questão deve ser buscada, primordialmente, pela análise do princípio da legalidade e do regime de imposição de pronunciamentos judiciais preceituados na Constituição Federal, em consonância com os demais princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública é a atividade exercida, preponderantemente⁸⁸, pelo Poder Executivo.

De forma simples, tem como fundamento a concreção dos direitos dispostos nas Constituições, seja Federal ou Estadual, e na legislação que rege a vida das pessoas residentes em determinado território. Se dá, primordialmente, com a prestação de serviços públicos nas mais diversas áreas e, na lição de Leonardo José Carneiro da Cunha, é estruturada “para atingir o bem comum e assegurar um mínimo de direitos e garantias para o indivíduo”, tendo “a incumbência intrínseca de executar serviços que revestem o matiz da necessidade e comodidade públicas, voltando seus esforços para o incremento e desenvolvimento de atividades que lhe são impostas pela sociedade”⁸⁹.

Para realização destas obrigações impõe-se que se tenha uma infraestrutura organizada e dependente de pessoas para a sua realização, demandando, também, toda uma legislação específica para o cumprimento de seus misteres

⁸⁷ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em 20 ago. 2024.

⁸⁸ O Poder Judiciário, o Legislativo e o Ministério Público também exercem atividades administrativas como meio de realizarem suas atividades fins.

⁸⁹ A Fazenda Pública em juízo, 8ª ed., São Paulo: Dialética, 2010, p. 588.

3.1. Princípios

Os princípios que regem a Administração Pública estão, como é cediço, elencados na Constituição Federal. O art. 37, *caput*, dispõe que a “administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

No exercício, portanto, das atividades administrativas, estes princípios devem estar sempre presentes, impondo ao administrador a adoção de medidas concretas para tal desiderato. É dizer, não pode aplicar a lei de forma imoral, pessoal, ineficiente, às escuras; não pode aplicar um princípio moral sem lei; não pode querer, mesmo diante da lei e da presença da moralidade, dar aplicabilidade a norma por satisfação pessoal.

A doutrina publicística, diante da formação histórica e cultural brasileira, de personalismo e patrimonialismo oligárquico⁹⁰, e, para o fim de dar solução a este problema, paradoxalmente, deram maior ênfase ao princípio da legalidade.

Disse-se paradoxal porquanto, a rigor, o princípio da moralidade também deveria merecer tamanho empenho de estudo e aplicação, o que apenas tomou corpo com a promulgação da Constituição Federal. Autores

⁹⁰ As obras literárias de Sérgio Buarque de Holanda e Raimundo Faoro atestam esta assertiva. Para o primeiro: “As constituições feitas para não serem cumpridas, as leis existentes para serem violadas, tudo em proveito de indivíduos e oligarquias, são fenômeno corrente em toda a história da América do Sul. É vão que os políticos imaginam interessar-se mais pelos princípios do que pelos homens: seus próprios atos representam o desmentido flagrante dessa pretensão” (Raízes do Brasil, 26ª ed., 36ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 182). Para o segundo: “De Dom João I a Getúlio Vargas, numa viagem de seis séculos, uma estrutura político-social resistiu a todas as transformações fundamentais, aos desafios mais profundos, à travessia do oceano largo. O Capitalismo politicamente orientado – o capitalismo político, ou pré-capitalismo -, centro da aventura, da conquista e da colonização moldou a realidade estatal, sobrevivendo, e incorporando na sobrevivência o capitalismo moderno, de índole industrial, racional na técnica e fundado na liberdade do indivíduo – liberdade de negociar, de contratar, de gerir a propriedade sob a garantia das instituições. A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente. O súdito, a sociedade, se compreendem no âmbito de um aparelhamento a explorar, a manipular, a tosquiar nos casos extremos. Dessa realidade se projeta, em florescimento natural, a forma de poder, institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo, cuja legitimidade assenta no tradicionalismo – assim é porque sempre foi” (Os donos do poder, 5ª ed., São Paulo: Editora Globo, 2012, p. 819).

há, aliás, que escrevem que o “princípio da moralidade administrativa é o mais relevante princípio da Administração”⁹¹.

Nada obstante, é certo que a atuação administrativa, seja por seus administradores, seja por seus servidores, deve ser realizada mediante balizas de direcionamento, ou seja, há vinculação para exercício dos atos administrativos, o que se dá com a edição de leis e regulamentos para a concretização das comodidades públicas.

A própria Constituição Federal dá, ademais, grande poder de vinculação à lei, ao remeter a mesma, seja ordinária ou complementar, o disciplinamento das relações sociais. O art. 5º, caput, com efeito, diz que somos “iguais perante a lei”, trazendo ínsito em seu conteúdo o poder de controle dos atos estatais. O inciso II estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Daí que, por ter este regramento constitucional, o princípio da legalidade é caracterizado por um grau maior de visibilidade, porquanto faz concretizar em muitas áreas, quando inexistente aplicabilidade imediata das normas constitucionais, os direitos e deveres de uma sociedade. Esta influência decorre da adoção do Estado de Direito, em que se quer “o governo das leis não o governo dos homens”⁹².

⁹¹ O Princípio da Moralidade no Direito Tributário, coord. Ives Gandra da Silva Martins, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1998, p.17. Em continuação aduz o clássico autor: “O art. 37 da CF contém quatro princípios fundamentais a conformar o perfil de administrador público. São a saber: os princípios da legalidade, da moralidade, da publicidade e aquele da impessoalidade.

Um exame mais pormenorizado dos quatro princípios demonstra que, de rigor, todos terminam por desaguar na moralidade pública. O princípio da legalidade reveste todo o sistema jurídico do país. O art. 5º, inc. I da CF, elenca, como seu alicerce, a obediência à lei, que nos regimes democráticos, aprovada pelos representantes do povo, garante a ordem, oferta segurança e protege os cidadãos. Dizer, pois, que os administradores devem cumprir a lei é reiterar formulação essencial e postada no mais relevante artigo da Constituição Federal que é voltada ao cidadão mais do que àqueles que o devem servir. Por outro lado, determinar que o administrador público deve ser impessoal, pois está à disposição da sociedade, não podendo privilegiar amigos, parentes ou interesses em detrimento do bem servir, é afetar faceta da ética administrativa, sendo, pois, a impessoalidade dimensão parcial da moralidade. O mesmo se dá com o princípio da publicidade. Exceção feita às questões de segurança nacional, os atos administrativos devem ser transparentes, não se admitindo decisões escusas, resoluções de gaveta, visto que o administrado não pode desconhecer as regras da Administração. O princípio da moralidade administrativa, portanto, é princípio essencial. O mais relevante, aquele que se destaca de forma absoluta. Que torna a Administração confiável perante a sociedade e que faz do administrador público um ser diferenciado”.

⁹² BOBBIO, Norberto. Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política, trad., Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 95.

Inerente também a referida legalidade constitucional, ao Estado de Direito, tem-se o Estado Democrático de Direito, em que a função administrativa decorre de outorga de poder popular, que é exercido pelo Poder Legislativo. Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que os agentes do executivo “não podem senão cumprir, à fieldade, os escopos legais, tal como previstos pelo poder sobranceiro, comandante, que é o Legislativo”⁹³.

Além dos princípios expressos no art. 37, é curial não ficar apenas atrelado aos mesmos. A Administração Pública também, como não podia ser diferente, é jungida pelos demais princípios dispostos em todos o texto constitucional.

Dessarte, não se pode negar aplicação na esfera pública, por exemplo, ao princípio da igualdade, à dignidade da pessoa humana, à segurança, como também aos objetivos da República, tais como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos.

4. APLICABILIDADE DOS PRECEDENTES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A inovação almejada pelo CPC, alterando a historicidade da Jurisdição brasileira baseada na tradição romano-canônica⁹⁴, tem a pretensão de trazer ao sistema jurisdicional, aos jurisdicionados, maior segurança jurídica nas suas relações, sejam entre particulares ou com o Estado.

Dentro deste contexto, indaga-se se a Administração Pública tem o dever, ou apenas faculdade, de também seguir este novel disciplinamento da Jurisdição brasileira dos Precedentes Vinculantes.

A problematização está na permanência ou não do paradigma da atuação administrativa com base no princípio da legalidade, como limitativo ou possibilitador da aplicação dos precedentes vinculantes na Administração Pública e, se possível, o porquê de se adotá-los e quais critérios para tanto.

Ainda, impende pesquisar se além da legalidade, ínsita a atividade política do Poder Legislativo, também a interpretação do Direito pelo Poder Judiciário, no exercício de atividade também política, mas jurisdicional, pode

⁹³ Discricionariedade e controle jurisdicional, 2ª ed., 9ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 51.

⁹⁴ SILVA, Ovidio Baptista da. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

ser objeto de imputação dos atos do Poder Executivo e, em caso positivo, a forma de efetivação.

4.1. Lei e Legislação

O princípio da legalidade e a sua adoção absoluta é um limitador à aplicação dos Precedentes Vinculantes.

Como visto, a igualdade se dá perante a lei; a concretização dos direitos dispostos no texto constitucional é dependente de regulamentação legal; as pessoas podem fazer tudo o que a lei não proíbe e, a Administração Pública, somente o que a lei impõe.

O poder discricionário, mesmo quando admitido, só o é conforme as diretrizes legais, “porquanto não se admite atuação administrativa que não esteja previamente autorizada em lei”⁹⁵.

Desta forma, não se pode negar que o princípio da legalidade, em nosso ordenamento jurídico e em nossas relações sociais, tem importante força aplicativa e obrigatória, resultado, outrossim, da historicidade dos ideais da Revolução Francesa⁹⁶.

O não atendimento ao quanto estatuído em lei, aliás, dá ensejo à responsabilização do servidor no âmbito administrativo⁹⁷, civil⁹⁸ e também penal⁹⁹.

A doutrina do desvio de poder, a propósito, impõe que a atividade administrativa seja feita tão-somente em consonância com o que dispõe a lei,

⁹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op. cit., p. 13.

⁹⁶ A respeito, Eduardo Garcia de Enterría. *La lingua de los derechos: la formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial: Madri, 1994.

⁹⁷ Veja-se, por exemplo, o quanto estatui a Seção IX, do Capítulo I, do Título IV, da Constituição Federal, que trata da fiscalização contábil, financeira e orçamentária. No âmbito tributário, o Código Tributário Nacional é expresso: “Art. 141. O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta Lei, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias.” No mesmo diploma legal, o parágrafo único do art. 142 adverte: “A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional”.

⁹⁸ O § 6º do art. 37 da Constituição Federal impõe a responsabilidade por regresso de servidor que atuar com dolo ou culpa. Esta culpabilidade pode naturalmente decorrer do desatendimento deliberado à lei que dispõe sobre o seu ofício.

⁹⁹ Em tese, pode-se enquadrar o servidor no crime de prevaricação, estatuído no art. 319 do Código Penal: “Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”, com pena de detenção, de três meses a um ano, e multa.

sob pena de invalidade do ato. Note-se que se entende também como desvio de poder as “hipóteses em que, embora buscando um interesse público, o faz mediante ato cuja destinação legal é diversa”¹⁰⁰.

O regramento dos atos da Administração Pública, ademais, está primeiramente estipulado na Constituição Federal, nas respectivas constituições estaduais e, por fim, na legislação (leis, decretos, portarias, etc.).

Em razão disto, necessário que o não atendimento a todo este sistema normativo - constitucional e infraconstitucional -, se dê dentro dele próprio, como uma autopoiese¹⁰¹, com a inclusão de exceções ou regulamentações que possibilitem o seu afastamento ou maleabilidade¹⁰² ao caso em exame.

A necessidade de estabelecer por regulamentação legal a possibilidade de não aplicação da legislação em casos específicos dota o ente público de legitimidade para se submeter aos precedentes judiciais, sem que com isto possa se responsabilizar a Administração Pública e/ou os seus agentes.

Ainda, dá publicidade às pessoas que determinada legislação será, doravante, aplicada consoante o que está sedimentado em precedente judicial. Esta mudança de entendimento não pode ser feita, portanto, de inopino, sem cientificação da sociedade, pois, como dito, o particular pode fazer tudo o que lei não proíbe e, esta permissão está atrelada ao sentido da lei. O inciso II do art. 5º da Constituição Federal assim impõe. Se o sentido da lei era interpretado pela Administração de uma determinada forma, influenciando ou não as atividades privadas, a modificação da atuação estatal, em cumprimento ao princípio da moralidade, deve ser pública¹⁰³.

¹⁰⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op. Cit, p. 64.

¹⁰¹ O conceito de autopoiese é extraído de Niklas Luhmann. Referido autor, no estudo da sociedade, com base em Humberto Maturana, criou a sua teoria dos sistemas, sendo o sistema do direito apenas um dentre os demais sistemas sociais. Refere Luhmann que o “sistema autopoietico produz as operações necessárias para produzir mais operações, servindo-se da rede de suas próprias operações” (Introdução à Teoria dos Sistemas, trad. Ana Cristina Arantes Nasser, Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 120). Gunther Teubner trabalhou especificamente sobre o sistema autopoietico no Direito. Para ele, o “Direito constitui um sistema autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da sociedade, enquanto sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição auto-referencial dos seus próprios componentes sistêmicos e à articulação destes num hiperciclo” (O Direito como Sistema Autopoietico, trad. José Engrácia Antunes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 53).

¹⁰² O conceito de maleabilidade é extraído da obra de Gustavo Zagrebelsky. El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia, 9ª ed, Madrid: Editorial Trota, 2009.

¹⁰³ Celso Antonio Bandeira de Mello é oportuno: “Cumprido, no Estado de Direito, que os administrados estejam, de antemão, assegurados de que o proceder administrativo não lhes causará

Trata-se, também, de aplicação da chamada “doutrina dos atos próprios”, que “diz respeito à obrigação do sujeito titular de direitos ou prerrogativas públicas de respeitar a aparência criada por sua própria conduta anterior nas relações jurídicas subsequentes, ressaltando a confiança gerada em terceiros, regra fundamental para a estabilidade e segurança no tráfego jurídico”¹⁰⁴.

Por mais que se possa parecer uma submissão exacerbada a um positivismo jurídico, em que “se reconhece também que o ordenamento jurídico, além de regular o comportamento das pessoas, regula também o modo como devem ser produzidas as regras”¹⁰⁵, o princípio da segurança jurídica se coaduna com o que ora se defende. Ainda, a previsibilidade da ação estatal, resta garantida neste sentido.

4.2. Direito e Jurisdição

Necessário deixar claro, contudo, que é imperioso que o ordenamento jurídico e, por conseguinte, a Administração Pública, não fiquem adstritos aos limites impostos pela *literalidade* da lei.

Já que compete aos Tribunais Superiores dar a interpretação da Constituição Federal e das leis – competência esta contida dentro do ordenamento jurídico-constitucional -, a referida *literalidade* da lei é de ser entendida em ponderação com a interpretação judicial, cristalizada em Precedente Vinculante.

Esta abertura da literalidade legal, consentânea com os ideais dos precedentalistas do *common law*, no sentido de dar segurança jurídica, confiança, uniformidade e previsibilidade ao sistema, neste caso, administrativo, é um passo importante para se assentar que também a Administração Pública - como de resto não podia ser diferente, mas que até se chegar a maturidade institucional brasileira ainda não se tinha este entendimento -, pode se pautar consoante a interpretação uniforme dada pelos Tribunais.

surpresas. E não as causará tanto porque outros fins, que não os estabelecidos em lei, estão vedados ao administrador, quanto porque estes mesmos fins só podem ser alcançados pelas vias previstas na regra de Direito como as adequadas ao caso” (Op. cit., p. 60).

¹⁰⁴ MODESTO, Paulo. O controle jurídico do comportamento ético da Administração Pública”, In, Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado, n. 10, junho/julho/agosto 2007, Salvador.

¹⁰⁵ BOBBIO, Norberto. Teoria geral do Direito, tradução Denise Agostinetti, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 196.

Neste sentido, como ressalta Luís Roberto Barroso¹⁰⁶, “a energia despendida na construção de um muro de separação entre o direito e a política deve voltar-se agora para outra empreitada”, qual seja, a de “entender melhor os mecanismos dessa relação intensa e inevitável, com o propósito relevante de preservar no que é essencial, a especificidade e, sobretudo, a integridade do direito”¹⁰⁷.

A consciência exigida é que não deve o Poder Executivo atuar somente mediante os mandamentos do Poder Legislativo, em uma visão de estado liberal, contemporaneamente ultrapassado, mas também em consonância com os princípios constitucionais, notadamente de direitos fundamentais, e em decorrência dos mandamentos do Poder Judiciário neste sentido, feitos por intermédio dos Precedentes Vinculantes.

Trata-se de visualizar a evolução do Estado de Direito para um Estado Constitucional. Na concepção de Gustavo Zagrebelsky:

La ley, un tempo medida exclusiva de todas as cosas en el campo del derecho cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma em objeto de medición. Es destronada em favor de uma instancia más alta. Y esta instancia más alta assume ahora la importantísima función de mantener unidas y em paz sociedades enteras divididas em su interior y concurrenciales. Una función inexistente en outro tiempo, cuando la sociedad política estaba, y se suponía que era en sí misma, unida y pacífica. En la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad¹⁰⁸.

Reflexamente, esta mudança de mentalidade e sua implementação concreta, fará com que a litigiosidade, hoje frenética, seja, oxalá, reduzida. José Augusto Delgado¹⁰⁹, já em 1997 afirmava que a adoção “do Sistema

¹⁰⁶ Constitucionalização, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, In, As novas fases do ativismo judicial, orgs. André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Gotti de Paula, Marcelo Novelino, Salvador: JusPodivm, 2013, p. 254.

¹⁰⁷ François Rigaux ilustra: “Permitindo-nos extrair uma imagem da física dos corpos gasosos ou das partículas elementares, tanto o aparelho normativo quanto o poder jurisdicional são compostos de moléculas que sofrem atrações e repulsões recíprocas, capazes de modificar-lhes o seu próprio comportamento”. (A lei dos juízes, trad. Edmir Missio, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 322).

¹⁰⁸ Op. cit., p. 40.

¹⁰⁹ Súmula vinculante e a Administração Pública. Disponível em http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16164/S%C3%BAmula_Vinculante_Administra%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1. Acesso em 20 ago. 2024.

Vinculante das decisões judiciais, no âmbito do Poder Judiciário e da Administração, acarretará a diminuição dos litígios que envolvem o Poder Público, consagrando, repito, o direito integral do cidadão e aliviando a máquina do Poder Judiciário”.

Ainda, segundo José Augusto Delgado “*a não-adoção do Sistema Vinculante, no Brasil, prejudica unicamente - já disse - o cidadão, e favorece unicamente o Estado, provocando intenso desvio do princípio democrático*”.

Neste sentido, José Maria Rosa Tesheiner, a propósito da relação da coisa julgada e a isonomia, exemplifica situação corriqueira que calha a presente temática:

Em inúmeros casos, o respeito à coisa julgada fere profundamente a isonomia, que é, dos princípios constitucionais, o primeiro que ela consagra (art. 5.º). Assim, por exemplo, funcionários públicos, sofrendo a incidência da mesma lei, propõem ações individuais, que vão tendo cada qual a sua sorte. Em face das inevitáveis divergências jurisprudenciais sobre a exata interpretação deste ou daquele dispositivo legal, uns vencem, outros sucumbem. Trabalhando lado a lado, executando a mesma tarefa, submetidos à mesma lei, têm uns seus vencimentos majorados e outros não, situação que pode se estender por anos a fio, face à coisa julgada. O remédio da ação rescisória não cura, porque ela não cabe quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais (Súmula 343 do STF) ou por já haver decorrido o curto prazo de dois anos para sua propositura¹¹⁰.

O objetivo de se respeitar os Precedentes Obrigatórios não é apenas para aplicação no ambiente forense, nos milhares de processos judiciais existentes, quando se edita, por exemplo, portarias de dispensas de recursos para os Advogados Públicos ou orientações para o não ajuizamento de ações¹¹¹, mas, de forma ampla e geral, também e principalmente, de meio preventivo e de adoção de práticas administrativas para que novas ações não sejam intentadas, devido a recalcitrância na aplicação de legislação pela Administração Pública, de que se sabe não se coaduna com o entendimento massivo dos Tribunais.

¹¹⁰ Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil, São Paulo: RT, 2002, p. 170.

¹¹¹ LAMY, Eduardo de Avelar, SCHMITZ, Leonard Ziesemer. A Administração Pública federal e os precedentes do STF, In, Revista de Processo n. 214, dez/2012.

Utilizando-se do exemplo referido por Tesheiner, um servidor que opte por judicializar uma questão afeta aos seus vencimentos pode ter os mesmos majorados, em detrimento de outros que não intentaram ações semelhantes e, portanto, não tiveram os seus vencimentos majorados em virtude da aplicação irrestrita da lei pela Administração Pública. Esta problemática pode ter solução singela pela adoção dos Precedentes, desde que nitidamente vinculantes e dentro de balizas regulamentárias, pelo ente público envolvido.

O respeito aos Precedentes Vinculantes no exercício da atividade administrativa, desde que respaldada por legislação orientada neste sentido, é medida que concretiza o entendimento sedimentado pelos tribunais.

O Código de Processo Civil, conquanto vincule apenas juízes e tribunais, merece reflexão para que, diante da ideologia dos Precedentes Vinculantes (uniformidade, previsibilidade, certeza e segurança jurídicas, etc.), também seja aplicável pela Administração Pública.

Não pode o administrador público ficar obtuso a esta nova concepção e realidade institucional e jurisdicional, aguardando passivamente eventual alteração legislativa para exercer o seu múnus. Todavia, também não pode ter uma atitude ativa sem respaldo em legislação, já que, querendo ou não, o princípio da legalidade lhe é impositivo, sob pena, até mesmo, de cometimento de crime de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, I, da Lei Federal n. 8.429, de 2 de junho de 1992.

Isto não impede que, dialogicamente com a legislação e a Jurisdição¹¹², e em consonância com os demais princípios constitucionais, como o da igualdade, moralidade e eficiência, como também ciente da evolução do Estado Constitucional, não adote medidas, dentro do seu campo de atuação e competência, que dê cumprimento aos precedentes vinculantes, pois, conforme assevera Luiz Guilherme Marinoni, “uma vida conforme o direito e, por consequência, permeada pela responsabilidade, só é viável num Estado que resguarda a coerência da ordem jurídica”¹¹³.

Diante deste contexto, não pode a Administração Pública, sob pena de ofensa do princípio da igualdade, negar aplicação ao quanto

¹¹² SOUZA, Jorge Munhós de. Diálogo institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia, In, *As novas fases do ativismo judicial*, orgs. André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Gotti de Paula, Marcelo Novelino, Salvador: JusPodivm, 2013.

¹¹³ A ética dos precedentes, São Paulo: RT, 2014, p. 115.

decidido pelos Tribunais em última instância. No Estado Constitucional atual, não se consente com a emanação de duas interpretações, de dois entendimentos diversos acerca de uma dada norma jurídica. O Direito é uno e as funções político-estatais devem zelar pela sua integridade e uniformidade.

Esta aplicabilidade, contudo, deve ser realizada somente após a sedimentação do entendimento pelos Tribunais, mediante precedentes vinculantes, em que tenha ocorrido amplo debate pelas partes e, se possível, por terceiros, como a figura do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas¹¹⁴, dando-se um enfoque, mesmo que diminuto, de democraticidade ao precedente judicial.

Note-se que o papel político da Jurisdição brasileira, nos termos do princípio da inafastabilidade do controle judicial, é de defesa contra ameaça ou lesão a *direito*. Por *direito*, portanto, se entende, é cediço, não só a lei, mas também os princípios existentes no ordenamento jurídico nacional, além de outros encampados pela República Federativa do Brasil, definidores dos direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º, §§ 2º e 3º).

Diante deste cenário, o Direito descrito sedimentadamente pela Jurisdição, assentado em Precedente Obrigatório, deve ser considerado pela Administração Pública, que não pode, no contexto contemporâneo, ficar a mercê de legislações que não acompanham o desenvolvimento social e institucional. Com isto, tenta-se evitar o que Manuel Castells denominou de “crise de governança”, “relacionada a uma crise fundamental de legitimidade política, caracterizada pela distância cada vez maior entre os cidadãos e seus representantes”¹¹⁵.

O papel da atividade jurisdicional não é mais, de maneira notória, de simples intérprete da lei, de resolução e efeitos de julgamento tão-somente para as partes envolvidas no processo. As decisões judiciais, hodiernamente, transcendem o caso julgado, refletindo nos demais julgamentos do próprio órgão prolator, como dos demais órgãos integrantes da jurisdição. Em vista desta novel característica da Jurisdição e do constitucionalismo

¹¹⁴ MEDEIROS, Bernardo Abreu. Ativismo, delegação ou estratégia? A relação inter poderes e a judicialização no Brasil, In, *As novas fases do ativismo judicial*, orgs. André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Gotti de Paula, Marcelo Novelino, Salvador: JusPodivm, 2013, p. 536.

¹¹⁵ *A Crise da Democracia, Governança Global e a Emergência de uma Sociedade Civil Global*, In, *Por uma Governança Global Democrática* (vários autores), São Paulo, Instituto Fernando Henrique Cardoso, 2005, p. 96.

contemporâneo, muito já discutido na doutrina¹¹⁶, o isolamento da Administração Pública em um mundo legislado não cumpre os demais princípios constitucionais a ela vinculantes, notadamente o da eficiência, da moralidade e da igualdade.

Trata-se, a rigor, da adoção do que Marcelo Neves denomina de “racionalidade transversal”, que seria um *plus* ao acoplamento estrutural de Niklas Luhmann, no sentido de que este é bilateral e pode deixar os sistemas sem desenvolvimento e evolução, em razão da “atomização” e da “expansão imperialista”; e, na racionalidade transversal, o entrelaçamento se dá em mais de dois sistemas, como “pontes de transição” e, sem essas, diz o autor, “mesmo que superadas as corrupções sistêmicas no plano estrutural, permaneceremos em um constitucionalismo autista, provinciano, autossuficiente (perigo de atomização), ou caminharemos para um constitucionalismo imperial como ultima ratio do social”¹¹⁷.

Uma solução que se reputa adequada e salvaguardadora do exercício das atividades públicas e privadas, além de “legalizar” a atuação estatal, é a edição de uma norma autorizativa regulamentadora para aplicação de precedentes vinculantes pela Administração Pública. Esta lei seria um acoplamento estrutural entre os sistemas judiciais e legislativos, havendo, com a adoção pela Administração dos Precedentes em razão desta norma autorizativa, o exercício de uma racionalidade transversal (três sistemas entrelaçados – legislativo, judiciário e administrativo), pois, com base empírica do que foi definido nos Precedentes Vinculantes, pode ou não, adotá-los.

Ainda, aduz Neves que a consistência jurídica e a adequação social do direito dependem do princípio da igualdade¹¹⁸ e se não se oferecer em todos os sistemas igualdade de oportunidades, o princípio da igualdade torna-se inócuo¹¹⁹. A adoção dos precedentes pela Administração possibilita que entre os sistemas jurisdicional e legal, entre, portanto o jurídico e o político, se efetive o princípio da igualdade, no sentido de dar aos que não buscaram amparo na jurisdição, a mesma oportunidade daqueles que obtiveram em razão de terem sido agraciados com a interpretação do direito judicialmente.

¹¹⁶ A respeito das diversas posições doutrinárias, CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Hermenêutica e argumentação neoconstitucional*, São Paulo: Atlas, 2009.

¹¹⁷ *Transconstitucionalismo*, São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 51.

¹¹⁸ *Ibid*, p. 66.

¹¹⁹ *Ibid*, p. 68.

Isto porque, com “o princípio constitucional da isonomia como expressão da racionalidade jurídica no plano da coerência interna e adequação externa do direito, passa-se da igualdade como forma lógica para a igualdade como norma”.¹²⁰

4.3. Precedentes Diretamente Vinculantes e Precedentes Indiretamente Vinculantes

Necessário, por fim, diferenciar os Precedentes Vinculantes que podem ter uma aplicabilidade direta pela Administração Pública e aqueles pelos quais se faz imperativo uma lei autorizativa, a ponte de transição antes referida entre os sistemas jurisdicional e o político.

Com efeito, a classificação proposta, de acordo com a força normativa do Precedente que decorre do texto constitucional, é da existência de Precedentes que vinculam diretamente a Administração Pública e os que a vinculam indiretamente, precisando, para incidência na atividade administrativa, de lei autorizativa, mormente porque a legislação processual não tem competência constitucional para impingir condutas à Administração Pública.

Os Precedentes Diretamente Vinculantes têm aplicação direta desde que a “legislação autorizativa” advenha da Constituição Federal, como as súmulas vinculantes e as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. A força normativa de tais pronunciamentos judiciais tem natureza constitucional e, como tal, alcançam todos os Poderes estatais. Ora, é do texto de uma Constituição que se extrai a forma de vida de uma sociedade e de suas instituições, sendo imperativos seus comandos¹²¹.

Os precedentes indiretamente vinculantes à Administração Pública, aqueles em que a autorização de aplicação na Administração Pública advém de lei, são os demais elencados no art. 927 do Código e Processo Civil de 2015, quais sejam, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados das súmulas do Supremo

¹²⁰ Ibid, p. 69.

¹²¹ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1991.

Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial quais dos tribunais.

Os precedentes indiretamente vinculantes assim se denominam porque a sua normatividade ainda é limitada à Jurisdição. A adoção pela Administração Pública de tais Precedentes não é, por conseguinte, direta, automática, mas sim indireta, pois depende da propalada lei autorizativa, como ponte de transição entre os sistemas jurisdicional e administrativo.

À propósito, no Supremo Tribunal Federal já se enfrentou, de forma breve, a impossibilidade de uma decisão de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, em face de uma lei estadual, ser aplicável também para outros Entes da Federação de forma automática. É exemplo o julgamento do RE 851.108/SP (Tema 825)¹²² que, mesmo decidido pelo STF impôs a propositura de 24 ADI's pelo Procurador-Geral da República para afastar, perante as Administrações Públicas respectivas, as legislações que lhes eram impostas¹²³.

Parece adequado afirmar, ainda, que o art. 30 da LINDB¹²⁴, de certa forma, também encampou esse posicionamento de Precedentes Indiretamente Vinculantes à Administração Pública, disciplinando, de maneira inicial, mas não integral, o que se denomina de “lei autorizativa” de aplicação de Precedentes, porquanto impõe (o verbo utilizado é “devem”) uma atuação das autoridades públicas no sentido de dar aplicabilidade às normas. No cenário ora desenhado, Precedentes Vinculantes a serem respeitados administrativamente.

¹²² Foi fixada a seguinte tese: “É vedado aos estados e ao Distrito Federal instituir o ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal sem a intervenção da lei complementar exigida pelo referido dispositivo constitucional”.

¹²³ As ações diretas correspondem aos seguintes Estados: Pernambuco (ADI 6.817) ; Paraná (ADI 6.818); Pará (ADI 6.819); Tocantins (ADI 6.820); Maranhão (ADI 6.821); Paraíba (ADI 6.822); Santa Catarina (ADI 6.823); Rondônia (ADI 6.824); Rio Grande do Sul (ADI 6.825) ; Rio de Janeiro (ADI 6.826); Piauí (ADI 6.827); Alagoas (ADI 6.828); Acre (ADI 6.829); São Paulo (ADI 6.830); Goiás (ADI 6.831); Espírito Santo (ADI 6.832); Distrito Federal (ADI 6.833); Ceará (ADI 6.834); Bahia (ADI 6.835); Amazonas (ADI 6.836); Amapá (ADI 6.837); Mato Grosso (ADI 6.838); Minas Gerais (ADI 6.839); Mato Grosso do Sul (ADI 6.840).

¹²⁴ “Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão”.

5. CONCLUSÃO

A influência dos Precedentes, sejam obrigatórios ou não, sobre os órgãos do Poder Judiciário, é clara no sistema jurisdicional brasileiro. O CPC, com o fito de elastecer a aplicação de determinadas decisões judiciais na Jurisdição brasileira, fruto da experiência do sistema common law, impõe que juízes e tribunais acatem os precedentes obrigatórios em seus julgados. Baseia-se, para tanto, no princípio da isonomia.

A doutrina, além do princípio isonômico, refere ainda que haveria uniformidade e previsibilidade nos julgamentos, estabilidade das relações e segurança jurídica. Por isso, suscitou-se se os Precedentes Obrigatórios, ante as vantagens apresentadas, poderiam ser também aplicados pela Administração Pública.

O princípio da legalidade afigura-se, a priori, impeditivo, entretanto, em consonância com os princípios constitucionais, tanto afetos a Administração Pública, quanto de direitos fundamentais, constata-se que pode haver a adoção pelos administradores e agentes públicos do quanto definido como Precedente Obrigatório.

Esta encampação, contudo, não pode ser automática, sob pena de ilegalidade e responsabilização dos agentes envolvidos, que poderia se dar na esfera administrativa, civil e/ou criminal.

Por isto, deve-se respaldar a Administração Pública de instrumentos normativos que lhe possibilitem o afastamento da literalidade da lei para que, em conformidade com o entendimento cristalizado em precedente obrigatório, possa-se adotá-lo.

Esta possibilidade concretiza e uniformiza, nos Poderes de Estado, o entendimento do Direito e, por conseguinte, a igualdade institucional, individual e coletiva.

Dessarte, conquanto a Administração deva ser influenciada pelos Precedentes Vinculantes, ante a novel característica da Jurisdição nacional e do constitucionalismo contemporâneo, notadamente com as últimas reformas processuais e com a regulamentação do CPC/2015 a respeito, há de existir, para tanto, legislação neste sentido, sob pena de infração funcional do agente, como também incursão, em tese, no crime de responsabilidade.

Pondera-se sobre uma abertura pela legislação no sentido de atribuir ao Administrador maior campo de liberdade na adoção dos Precedentes Vinculantes, classificando-os em direta ou indiretamente vinculantes.

Os Precedentes Diretamente Vinculantes retiram sua normatividade da própria Constituição Federal, de modo a incidir, sem necessidade de outros atos legislativos ou regulamentares, na atividade administrativa. São as súmulas vinculantes e as decisões em controle concentrado de constitucionalidade.

De outra forma, os Precedentes Indiretamente Vinculantes são aqueles elencados no art. 927 do Código de Processo Civil e que sua aplicação na Administração Pública necessita de uma lei autorizativa, sem a qual sua incidência fica restrita à atividade jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante** – A ineficiência e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In, Direito jurisprudencial, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**, trad. do autor [orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier], 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law e common law*. In, **Revista dos Tribunais**, vol. 893, mar/2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, 2ª ed., 9ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2008.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**, vol. 1, 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**, 19ª ed., 5ª tiragem, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A constitucionalização do processo no direito brasileiro**, in, Estudos de Direito Processual Constitucional: homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do Direito, Malheiros: São Paulo, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Constitucionalização, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. In, **As novas fases do ativismo judicial**, FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Gotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.), Salvador: JusPodivm, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade:** para uma teoria geral da política, trad., Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito**, tradução Denise Agostinetti, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. **Raízes do Brasil**, 26ª ed., 36ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

CASTELLS, Manuel. A Crise da Democracia, Governança Global e a Emergência de uma Sociedade Civil Global. In, Por uma Governança Global Democrática (vários autores), São Paulo, Instituto Fernando Henrique Cardoso, 2005.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**, São Paulo: Atlas, 2009.

COLE, Charles D. *Stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do *common law*. In, **Revista dos Tribunais**, vol. 752, jun/1998.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como fonte do direito**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**, 8ª ed., São Paulo: Dialética, 2010.

DANTAS, Ivo. Teoria do processo constitucional: uma breve visão pessoal. In, **Estudos de Direito Processual Constitucional: homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do Direito**, Malheiros: São Paulo, 2009.

DELGADO, José Augusto. **Súmula vinculante e a Administração Pública**. Disponível em http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16164/S%C3%BAmula_Vinculante_Administra%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1. Acesso em 20 ago. 2024.

DEMO, Pedro. Argumento de autoridade x autoridade do argumento: interfaces da cidadania e da epistemologia, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. La língua de los derechos: la formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa, Alianza Editorial: Madri, 1994.

FAORO, Raimundo. Os donos do poder, 5ª ed., São Paulo: Editora Globo, 2012.

FARNSWORTH, E. Allan. Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos, trad. Antonio Carlos Diniz de Andrada, Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, [s/d].

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1991.

LAMY, Eduardo de Avelar, SCHMITZ, Leonard Ziesemer. A Administração Pública federal e os precedentes do STF. In, **Revista de Processo** n. 214, dez/2012.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**, trad. Ana Cristina Arantes Nasser, Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**, São Paulo: RT, 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O Princípio da Moralidade no Direito Tributário**, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais - Centro de Extensão Universitária, 1998.

MEDEIROS, Bernardo Abreu. Ativismo, delegação ou estratégia? A relação inter poderes e a judicialização no Brasil. In, **As novas fases do ativismo judicial**. FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Gotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.), Salvador: JusPodivm, 2013.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo I, arts. 1º a 45, Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**, 8ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2004.

NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. In, **Revista de Processo** n. 199, set/2011.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**, trad. Edmir Missio, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In, **Direito jurisprudencial**, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões, In, **Revista de Processo**, vol. 226, 2013.

SOUZA, Jorge Munhós de. Diálogo institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia. In, **As novas fases do ativismo judicial**, FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Gotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.), Salvador: JusPodivm, 2013.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. In, **Revista de Processo** n. 110, abr./2003.

TESHEINER, José Maria Rosa. Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil, São Paulo: RT, 2002.

TEUBNER, Gunther. O Direito como Sistema Autopoiético, trad. José Engrácia Antunes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Alguns reflexos da Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, sobre o processo civil. In, Revista de Processo n. 124, jun./2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia, 9ª ed, Madrid: Editorial Trota, 2009.

Enviado em 22.08.2024.

Publicado em 20.05.2025.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International Licence.

A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Patrícia Dornelles Schneider¹²⁵

Resumo: No presente artigo¹²⁶, fizemos uma breve análise da possibilidade de mediação na Administração Pública, registrando as transformações do Direito Administrativo ao longo da história, citando os textos normativos editados, como a Resolução no 125, de 2010, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a Lei de Mediação – Lei no 13.140/2015 e o Novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015, formando o chamado microsistema de mediação no Brasil. A partir da análise do conflito e do que se entende por acesso à justiça como forma de pacificá-lo, observamos que existem técnicas para tratá-lo, sendo o procedimento de mediação e conciliação uma forma possível de resolver conflitos envolvendo também os entes públicos. Conceituamos a figura e o papel do mediador de conflitos, e registramos a importância da sua capacitação e treinamento para atuar como facilitador de diálogo entre as partes, como verdadeiro agente capaz de proporcionar ao procedimento o suporte teórico e a segurança necessária na construção dos acordos. Por fim, uma vez aberta a possibilidade de os entes federados instituírem suas câmaras próprias de resolução de conflitos, conforme dispõe o art. 174 do CPC, cabe às Administrações Públicas a edição por lei da política pública de acesso à consensualidade, trazendo mais aproximação e transparência na relação do contribuinte e cidadão com o Poder Público.

¹²⁵ Procuradora do Município de Porto Alegre/RS. Especialista em Direito Municipal pela ESDM e Mediadora Extrajudicial certificada pela OAB/RS e CLIP. E-mail: pdschneider@portoalegre.rs.gov.br

¹²⁶ O presente artigo compôs a coletânea Consensualidade na Administração Pública, publicado originalmente pela Escola Superior de Direito Municipal da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, em 2018, editado por Elisa Eidt, Juliana Goulart, Patrícia Schneider e Rafael Ramos. A íntegra do trabalho está disponível no presente link: <<https://www.mediatum.com.br/2018/posts/E-book-Consensualidade-na-Administracao-Publica.pdf>>.

Abstract: In this article, we have made a brief analysis of the possibility of mediation in Public Administration, recording the transformations of Administrative Law throughout history, citing the normative texts issued, such as Resolution n. 125, of 2010, of the National Council of Justice – CNJ, the Mediation Law – Law n. 13.140/2015 and the New Code of Civil Procedure – Law n. 13.105/2015, forming the so-called mediation microsystem in Brazil. Based on the analysis of the conflict and what is understood by access to justice as a way to pacify it, we have observed that there are techniques to deal with it, with the mediation and conciliation procedure being a possible way to resolve conflicts also involving public entities. We have conceptualized the figure and role of the conflict mediator, and noted the importance of their qualification and training to act as a facilitator of dialogue between the parties, as a true agent capable of providing the procedure with the theoretical support and security necessary in the construction of agreements. Finally, once the possibility of federated entities establishing their own conflict resolution chambers has been opened, as provided for in art. 174 of the CPC, it is up to the Public Administrations to issue by law the public policy of access to consensus, bringing greater proximity and transparency in the relationship between taxpayers and citizens with the Public Authorities.

Palavras-Chave: Mediação e Conciliação. Administração Pública. Consensualidade. Conflitos. Acesso à justiça. Capacitação de mediadores. Facilitador do diálogo. Política Pública. Resolução no 125/2010 do CNJ. Lei 13.140/2015. Código de Processo Civil.

Keywords: Mediation and Conciliation. Public Administration. Consensuality. Conflicts. Access to Justice. Mediator Training. Dialogue Facilitator. Public Policy. Resolution 125/2010 of the CNJ. Law 13.140/2015. Code of Civil Procedure

Sumário: 1. Introdução 2. Mediação como meio autocompositivo de resolução de conflitos na Administração Pública; 3. Fundamentação teórica; 4. O conflito como inerente às relações humanas; 5. O papel do mediador extrajudicial de conflitos; 6. Conclusões; Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A mudança pela qual tem passado ao longo da história a dogmática do Direito Administrativo resulta em quebras de paradigmas que vem

ocorrendo de forma gradual na sociedade, alterando a relação entre o Estado e os cidadãos.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹²⁷, a mudança no cenário do direito administrativo deve-se a dois fatores: (i) sócio político: o surgimento da sociedade como indispensável protagonista de um novo e expandido diálogo democrático; e (ii) juspolítico: a afirmação do constitucionalismo como indispensável instrumento de um novo e expandido diálogo liberal.

Antigos dogmas afetos ao Direito Administrativo, que antes não autorizavam se falar em qualquer espécie de negociação na Administração Pública, vem sendo superados.

A indisponibilidade do interesse público, por exemplo, não pode significar a inegociabilidade do interesse público. Como nos ensinou Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹²⁸, não se negocia o interesse público, mas a melhor forma de alcançá-lo com mais eficiência.

Por isso, a Administração Pública e a advocacia pública devem estar atentas e direcionadas a esses novos caminhos de acesso à justiça e ao atingimento do interesse público, desenvolvendo um olhar sistêmico e colaborativo em relação à resolução dos conflitos.

A consensualidade seria um dos eixos da transformação do Direito Administrativo. O paradigma da imperatividade corresponde ao exercício das competências administrativas por meio de atos unilaterais e imperativos. Nesse viés, pensar em novas formas de olhar os conflitos envolvendo o Poder Público é pensar em possibilidades de consenso utilizando-se ferramentas e técnicas de diálogo entre as partes.

A Administração Pública dialógica passa por um espaço maior de participação do cidadão na atuação administrativa, tanto na busca pelo interesse próprio como na defesa do interesse coletivo. O interesse público pode ser aqui considerado como aquele interesse que melhor se amolda ao caso concreto e particular em discussão.

Princípios constitucionais da eficiência, legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade são norteadores da Administração Pública e encontram esteio nas práticas dialógicas e autocompositivas como a mediação.

¹²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de Direito Administrativo*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 12.

¹²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 154.

2. MEDIAÇÃO COMO MEIO AUTOCOMPOSITIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A possibilidade de adesão a outras formas de a Administração Pública tratar os seus conflitos que não unicamente a via da judicialização, é uma realidade presente e que depende da vontade dos gestores públicos e da necessária implementação da política pública.

Métodos autocompositivos como é o exemplo da mediação de conflitos podem e devem ser utilizados pelas Administrações Públicas, mantendo por base os princípios constitucionais a ela inerentes, e possibilitando segurança jurídica e satisfação aos envolvidos.

Como inerentes às relações humanas, os conflitos envolvendo os Poderes Públicos devem ser encarados sob novas perspectivas, abrindo caminhos para outras formas de resolução dos conflitos que não unicamente a via do embate ou do litígio.

A mediação de conflitos, como política pública instituída no seio das Administrações Públicas, além do investimento, formação e capacitação de mediadores extrajudiciais, é um dos caminhos possíveis em busca da consensualidade e de acesso à justiça, aproximando cidadão ou contribuinte e o Estado.

Segundo dados do CNJ, o Poder Público é, hoje, o maior usuário do Poder Judiciário, aparecendo como parte (autor ou réu) em 51% dos processos judiciais ativos no Brasil, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, restando claro que a taxa de congestionamento do Poder Judiciário ocorre por conta desse cliente.¹²⁹

No dizer de Karoline Busatto¹³⁰:

Além da questão orçamentária que evidencia o elevado custo de manutenção dos processos pelos cofres públicos, necessário também aceitar que temos de deixar de pensar o Poder Judiciário como responsável único pela solução das demandas, atribuindo às partes e outros atores maior poder de decisão e participação.

¹²⁹ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. 100 maiores litigantes. Justiça em Números. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2021.

¹³⁰ BUSATTO, Karoline, Considerações sobre a Lei de Mediação e a Administração Pública. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardini de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro (orgs.). Mediação e Arbitragem na Administração Pública. Curitiba: CRV, 2018, p.170.

Os métodos autocompositivos como a mediação e a conciliação, onde a construção do consenso é feita pelas próprias partes, sendo o mediador ou conciliador um terceiro que através de técnicas adequadas auxilia as partes a restabelecer a comunicação muitas vezes rompida pelo conflito, a construir caminhos para o acordo, surgem como formas alternativas ou adequadas de solucionar os conflitos, diversas daquelas onde o Poder Judiciário, por meio do Estado-Juiz, decide o conflito pela sentença.

Em se tratando de Administração Pública, a mediação aparece como forma de verdadeiro acesso à justiça e de possibilidade de aproximar o cidadão da Administração, em busca de uma gestão pública mais horizontal e menos impositiva.

A Administração Pública pode sim ser mais horizontal e dialógica, e a mediação é uma técnica que possibilita que as partes envolvidas no conflito se façam protagonistas do resultado dessa comunicação.

Os desafios em se tratando de uma cultura voltada essencialmente para o litígio, e as dificuldades inerentes ao setor público estão presentes, não como obstáculos que impeçam os avanços, mas como estímulos à implementação pelos gestores das políticas públicas voltadas à autocomposição.

3. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Para os que ainda encaram a mediação e a conciliação como modelo empírico de resolução de conflitos, antes, no curso ou fora do processo judicial, a importância da teoria

para o suporte e sustentação da prática demonstra a sua segurança e solidez na busca de consensos.

A preservação do diálogo e da relação social subjacente são objetivos habitualmente trabalhados por instrumentos advindos de teorias da negociação, como é o caso da mediação e da conciliação.

Podemos pensar que mediar e conciliar passa, em alguma medida, por negociar os interesses das partes que se apresentam em conflito, daí a importância de utilizar a ferramenta da negociação com base em uma teoria estruturada.

Vários suportes teóricos sustentam o procedimento de mediação e conciliação e trazem elementos objetivos e extremamente úteis aos mediadores, auxiliando as partes envolvidas no conflito a construir o melhor e o possível consenso para a questão posta em discussão.

O conceito de conflito e como se dá o acesso à justiça em seu sentido mais amplo são fundamentais para se entender o contexto histórico atual, a chamada crise do poder Judiciário e as alternativas de acesso aos meios autocompositivos de resolução de contritos.

No Brasil, a mediação e a conciliação envolvendo o Poder Público, como formas adequadas de solução de seus conflitos, foi inicialmente disciplinada pela Lei Federal n. 13.140, de 26/06/2015, marco regulatório do tema no País, com capítulo específico para a autocomposição envolvendo a Administração Pública (Capítulo II).

A Resolução no 125 do CNJ trouxe também uma preocupação com o acesso à justiça, por meio de menções expressas como “acesso ao sistema de justiça”, “responsabilidade social” e “direito constitucional ao acesso à justiça”.

Já o Código de Processo Civil de 16/03/2015, no seu art. 174, disciplinou que todos os entes públicos deverão criar câmaras de conciliação e mediação para solucionar administrativamente conflitos envolvendo a Administração Pública.

O art. 175, caput, do CPC, disciplinou que não são excluídas outras formas de mediação e conciliação extrajudiciais, que podem ser feitas por profissionais independentes, nos termos de lei específica, sendo tais disposições aplicáveis às Câmaras de Conciliação e Mediação, de acordo com o parágrafo único do mesmo dispositivo.

A Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, chamada de Lei Geral de Mediação, dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias, dispondo também, em capítulo específico, sobre autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

Ada Pellegrini Grinover¹³¹ afirma que se pode falar hoje de um minissistema brasileiro de métodos consensuais de solução judicial de conflitos, formado pela Resolução no 125/2010 do CNJ, pelo Novo CPC e pela Lei de Mediação, naquilo em que não conflitam.

No caso, reforça-se a mudança de cultura do embate e do litígio, chamada também “cultura da sentença” por Valéria Feriulli Lagrasta Luchiarì¹³²,

¹³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. In: O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1-2.

¹³² ALMEIDA, Tania. Caixa de Ferramentas em Mediação: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014, p. 18

nas apresentações da obra de Tania Almeida, para a cultura da pacificação social.

Ainda, Ada Pellegrini Grinover¹³³ refere ainda que “vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes.”

Podemos pensar que mediar e conciliar passa, em alguma medida, por negociar os interesses das partes que se apresentam em conflito, daí a importância de utilizar a ferramenta da negociação com base em uma teoria estruturada.

4. O CONFLITO INERENTE ÀS RELAÇÕES HUMANAS

Aristóteles considerava a sociedade essencial para vida do homem que, como ser político, não pode viver só tendo em vista sua necessidade natural de associar-se para atingir seus objetivos pela cooperação da vontade humana.

Segundo Moraes e Spengler (2019, p.47):

Em resumo o conflito é inevitável e salutar (especialmente se que-remos chamar a sociedade na qual se insere de democrática), o importante é encontrar meios autônomos de manejá-lo, fugindo da ideia de que seja um fenômeno patológico e encarando-o como um fato, um evento fisiológico importante, positivo ou negativo conforme os valores inseridos no contexto social analisado. Uma sociedade sem conflito é estática.

O Estado como atualmente conhecido, decorreu da repartição de funções com base nos ideais de Montesquieu em “L’Esprit dès Lois”, criando órgão independentes e separados. O Direito constituído visa então a disciplinar a convivência humana, ordenando a vida em sociedade.

Entretanto, o monopólio da função jurisdicional hoje afeta ao Poder Judiciário, não era historicamente exigido. Inicialmente, os conflitos eram decididos instintivamente pelas partes envolvidas, mediante negociação e ou imposição de força - a chamada Autotutela. Nestes casos, o poder da coação

¹³³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido. Teoria Geral do Processo. 15 ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 29-30.

era inegável. Sendo estas infrutíferas, buscava-se um terceiro, considerado sábio e imparcial para decidir a questão, sendo este o início da arbitragem voluntária. Em um segundo momento, a arbitragem tornou-se obrigatória com o auxílio do Estado para efetivação de suas decisões.

Somente com a sofisticação das relações sociais o Estado tomou para si tal função, o *jus punitivis*, garantindo-lhe o poder coercitivo para que pudesse instituir a solução obtida através de seu judiciário e fazendo com que no Estado Moderno liberal afastasse a chamada justiça privada, ou aquela que não advém do Estado

O governo então evoluiu buscando assumir funções fundamentais e tarefas ampliadas, através de estruturas burocráticas a fim de permitir o exercício da atividade proposta de forma eficiente. Deu-se, então a criação de regras norteadoras das decisões a serem proferidas e do procedimento para solução das disputas exercendo a Jurisdição.

A jurisdição, portanto, além da coercitividade, conta com garantias e princípios como o de que seu exercício dar-se-á somente por investidos na autoridade de Juiz (Princípio da Investidura), divisão demográfica e limitação ao território (Aderência ao Território), Indelegabilidade, Inevitabilidade (pois uma vez o conflito sujeito à soberania esta impõe-se), a garantia ao acesso ao Judiciário (Indeclinabilidade), entre outros.

Entretanto, tais garantias podem não ser o bastante para proporcionar aos cidadãos o acesso à justiça aqui considerada como o “dar a cada um o que é seu”.

A teoria de que a justiça sendo um direito natural protegeria os cidadãos e que bastava o governo permanecer passivo até que fosse requerido o reconhecimento do direito demonstrou ser ineficaz à medida que a sociedade cresceu em tamanho e complexidade. A partir do movimento visando a declaração de direitos nos séculos XVIII e XIX, e a proclamação destes na Constituição Francesa de 1791, deu-se início a uma nova fase no qual o Estado teria uma atitude mais ativa.

O Estado Moderno, tendo como início um caráter liberal, passou através do tempo a abandonar sua ideal associação ordenadora para atuar regulatoriamente, visando o controle do crescimento e desenvolvimento em progressão geométrica.

No Brasil, a adoção de um sistema civil e normativista, tradicionalmente pretendendo que o Código de Processo Civil regesse todas as soluções de disputas no âmbito procedimental demonstrou-se incabível. O sistema procedimental hoje existente não é flexível e veloz o bastante para

adequadamente cumprir com as garantias constitucionais existentes. Por outro lado, decisões absolutamente intocáveis repetidas vezes tornam-se inexecutáveis, impedindo a efetividade dos direitos reconhecidos.

Percebe-se, portanto, uma crise estrutural do sistema de Justiça hoje vigente. Daí a possibilidade de se abrirem novas portas de acesso à justiça, com a adoção de Tribunais multiportas e métodos autocompositivos e ou consensuais de solução de conflitos, cujo movimento teve origem no Brasil, no próprio seio do Poder Judiciário, com a edição da Resolução 125, do CNJ.

E em se tratando de Administração Pública é ainda mais presente a necessidade de buscar outras formas de se alcançar o interesse público ou a justiça, uma vez que a relação do Estado com os cidadãos e contribuintes é permanente, tornando necessária a inclusão de acesso democrático e horizontal de busca de diálogo e consensos em prol de toda a coletividade que é, ao final, para quem as políticas públicas se destinam.

5. O PAPEL DO MEDIADOR EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS

O mediador e o conciliador, neste processo, atuam como um terceiro imparcial que, através de técnicas adequadas, buscam construir a ponte perdida entre as partes, restabelecendo o diálogo, a fim de se chegar a um consenso.

O mediador não é aquele que decide, ele é o facilitador do diálogo entre as partes envolvidas no conflito, elas sim as verdadeiras protagonistas na construção dos acordos.

Conforme nos ensina Spengler¹³⁴, é necessário: “Uma adequada preparação profissional, que inclua não somente competências jurídicas, e também específico conhecimento das técnicas de mediação.”

Um novo olhar sobre os conflitos envolvendo a Administração Pública é possível, e passa prioritariamente pela implementação da política pública de autocomposição, com o investimento e capacitação de uma equipe de mediadores extrajudiciais aptos a atuar como facilitadores do diálogo entre as partes.

A mediação se mostra como um método estruturado de autocomposição e que tem na figura do mediador, a ponte para uma comunicação colaborativa entre as partes envolvidas no conflito.

¹³⁴ SPENGLER, Fabiana Marion. Da Jurisdição à Mediação: por uma outra cultura no tratamento dos conflitos. 2. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2016. p. 195.

Ninguém melhor do que os próprios envolvidos no conflito para definir, controlar, decidir e atuar na forma como melhor resolver a questão em conflito. O resultado será controlado, na medida em que foram as próprias partes que previram as conseqüências da sua vontade, foram elas que por meio do diálogo franco e estruturado e a partir do conhecimento da realidade e circunstâncias da outra parte, construíram pontos em comum e, portanto firmaram um acordo.

As partes em conflito chegam sempre no início de um procedimento de mediação, muito posicionadas e enxergando aquela situação conflituosa somente através de sua lente ou posição. Muito provavelmente as partes por si só não conseguirão sair das suas posições, por isso, o método da mediação é tão rico em possibilitar que essas partes, por meio da estrutura teórica e do aporte fundante da mediação, por seus princípios e estrutura, possam dialogar e, passo a passo, estabelecendo a confiança mútua, estabelecer uma postura cooperativa e construtiva.

Estimula-se a formalização de um termo de entendimento entre as partes, que preverá uma solução por elas mesmas constituída. Contudo, mesmo nos casos em que o termo de entendimento não é alcançado, há um estreitamento da relação, pois se permitiu ao contribuinte/cidadão dialogar e ser ouvido, e à Fazenda Pública defender seu entendimento e esclarecer os seus limites. Isso em um ambiente conduzido pelos mediadores, que atuam como verdadeiros fiscais do procedimento, a fim de lhes dar o devido suporte teórico e por conseqüência a segurança jurídica necessária na elaboração dos possíveis acordos.

O mediador, devidamente capacitado, não atua beneficiando um lado ou outro no conflito. O mediador é o elo de condução do procedimento, agindo como facilitador do diálogo entre as partes, trazendo e lembrando sempre as partes que estão em conflito, Administração Pública por seus representantes legitimados a participar do procedimento, e particular e seus representantes e/ou outros entes públicos por suas representações, a esclarecer as questões e construir alternativas de consenso, tudo dentro dos princípios norteadores que são de informalidade, oralidade, isonomia e voluntariedade das partes, próprios do procedimento de mediação.

6. CONCLUSÕES

O acesso à justiça em seu sentido mais amplo pode ser atingido pela prática dos meios autocompositivos de resolução de conflitos, como é a mediação e a conciliação, inclusive no âmbito da Administração Pública.

A chamada crise pela qual percorre a prestação jurisdicional em seu modelo clássico, com o acúmulo de demandas judiciais e a complexidade da sociedade contemporânea, que demanda uma prestação mais célere e eficaz, passa pela oferta de novas alternativas de acesso à justiça, como são os meios autocompositivos de resolução de conflitos.

Ao autorizar a criação de câmaras públicas de mediação pelos entes da federação, o art. 174 do CPC possibilitou a criação das Câmaras de Mediação e Conciliação por parte dos entes da federação

Os principais fundamentos jurídicos e constitucionais da adoção dos métodos consensuais pela Administração Pública, seja na esfera judicial ou extrajudicial, podem ser resumidos no acesso à justiça de forma mais ampla (resolução adequada dos conflitos), no princípio constitucional da eficiência e em uma Administração Pública mais dialógica e menos vertical.

A própria Lei no 13.655 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB), de 25 de abril de 2018, também prestigia a consensualidade administrativa, convidando a Administração Pública a dialogar com a sociedade em busca de alcançar a melhor solução para a questão conflituosa, dentre aquelas opções possíveis e legalmente autorizadas por lei para a Administração Pública.

Portanto, as soluções negociadas ganham força, especialmente em se entendendo o princípio da juridicidade que vincula as decisões não apenas à legalidade estrita, mas ao bloco geral da legalidade, onde estão presentes os princípios, objetivos e valores constitucionais.

A mediação pode atuar como instrumento de verdadeira pacificação social e também de prevenção de litígios, além de contribuir substancialmente para a qualidade das relações humanas, seja do ponto de vista econômico, social ou emocional.

Para a Administração Pública, é crucial que se mantenha um quadro permanente de mediadores devidamente capacitados, sedimentando a instituição da política pública.

A possibilidade de encarar os conflitos pelos quais as Administrações Públicas naturalmente enfrentam como um processo natural de relacionamento com seus cidadãos e contribuintes, abre espaço para a busca de outras formas de resolução de tais conflitos, buscando a mediação como método estruturado capaz de humanizar, transformar, e resolver os conflitos afetos aos entes públicos.

Utilizando-se de ferramentas de negociação, constroem-se caminhos democráticos de pacificação social, consolidando o acesso à justiça em seu

sentido mais amplo, resgatando e dando aos cidadãos e ao Poder Público o protagonismo para a resolução de seus conflitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Tania. **Caixa de Ferramentas em Mediação**: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014.

AZEVEDO, Andre Gomma de. O processo de negociação: uma breve apresentação de inovações epistemológicas em meios autocompositivos. **Revista dos Juizados Especiais**, TJDF – disponível em <https://bdjur.tjdft.jus.br>. Acesso em 09/04/2021.

BARBOSA, Ana Beatriz Nunes. **A Importância das técnicas de negociação e a escola de Harvard**. Disponível em: <www.dbb.com.br>. Acesso em: 09/04/2021.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes. Justiça em Números**. CNJ. Brasília: CNJ, 2021.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

VASCONCELLOS, M. Esteves. **Mediação de Conflitos: epistemologia, teoria e técnicas**. Monografia para Graduação e Direito. Brasília: UniCEUB, 2003.

FALECK, Diego. **Manual de Design de Sistema de Disputas**: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Introdução histórica e modelos de mediação**. Disponível em: <www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora>. Acesso: em 28/04/2021.

FERREIRA, Magda Hruza de Souza Alqueres. A negociação na mediação de conflitos. **Revista da Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas – ABRAT**. Belo Horizonte, a. 4, n. 4, jan/dez. 2016.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **O novo Código de Processo Civil**: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015.

LUCHIARI Valeria Ferioli Lagrasta. **Mediação judicial**: análise da realidade brasileira - origem e evolução até a Resolução n. 125, do Conselho Nacional de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Manual de Mediação Judicial**. 6ª ed. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2d4dbfec54.pdf>> Acesso em: 09/04/2021.

MARODIN, Marilene; MOLINARI, Fernanda (orgs.). **Mediação de Conflitos**: paradigmas contemporâneos e fundamentos para a prática. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2016.

- MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativa à jurisdição**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações de Direito Administrativo**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NEIVA, Geisa Rosignoli. **Conciliação e Mediação pela Administração Pública: parâmetros para a sua efetivação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Revista dos Juizados Especiais**. Disponível em: <<https://bdjur.tjdf.tjus.br>>. Acesso em: 09/04/2021.
- RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (orgs.). **Mediação e Arbitragem da Administração Pública**. Curitiba: CRV, 2018.
- ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação Não-Violenta**. São Paulo: Ágora, 2006.
- SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento dos conflitos**. 2. Ed. Ijuí: Unijuí, 2016.
- URY, William. **Como chegar ao sim com você mesmo**. Rio de Janeiro, RJ: Sextante, 2015.
- URY, William. **Supere o Não: como negociar com pessoas difíceis**. São Paulo: Benvirá, 2019.
- TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2015.
- WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo: A Mediação no Direito**. Florianópolis, SC: Modara, 2018.
- WEISS, Jeff. **Negociações eficazes**. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.

Enviado em 20.08.2024.

Publicado em 20.05.2025.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

