

POSSIBILIDADE DE FRACIONAMENTO DE HONORÁRIOS DE ADVOGADOS PÚBLICOS QUANDO ATINGIR O TETO CONSTITUCIONAL

Rafael Schreiber²⁴⁵

Thiago de Oliveira Vargas²⁴⁶

Resumo: O presente artigo visa analisar as implicações da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a possibilidade de fracionamento da repartição dos honorários sucumbenciais para meses subsequentes quando o teto constitucional for alcançado em determinado mês. Busca demonstrar o entendimento recente do TCE/SC acerca da matéria, bem como o posicionamento da OAB/SC. Aponta os benefícios dessa sistemática, cita as principais decisões judiciais e menciona casos semelhantes de outros entes federativos.²⁴⁷

Abstract: This article aims to analyze the implications of the jurisprudence of the Federal Supreme Court (STF) on the possibility of dividing the distribution of succumbence fees for subsequent months when the constitutional

²⁴⁵ Procurador do Município de Joinville/SC. Especialista em Direito Público pela pós-graduação da LFG, Especialista em Direito da Economia e da Empresa pela FGV e graduado em Direito na Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB. Advogado. E-mail: rafaschreiber@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3807521271256065>

²⁴⁶ Procurador do Município de Joinville/SC. Mestre em Ciência Jurídica (UNIVALI), Especialista em Direito Tributário (UNISUL). Advogado. E-mail: thiagovar@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9644844383085862>

²⁴⁷ **Nota ao leitor:** o artigo em questão foi submetido e aprovado como inédito, na data especificada abaixo do texto. Não obstante, antes da editoração os autores optaram por divulgá-lo na Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 30. 10 abr. 2025, por meio eletrônico, disponível no seguinte endereço: <<https://jus.com.br/artigos/113526/possibilidade-de-fracionamento-de-honorarios-sucumbenciais-de-advogados-publicos-quando-atingir-o-teto-constitucional>> Acesso em 14 abr. 2025. A validação da veiculação externa foi comunicada *a posteriori*, com posterior aprovação por parte do Editor-Chefe, *ad referendum* do Conselho.

ceiling is reached in a given period. It seeks to demonstrate TCE/SC's recent understanding of the matter, as well as the position of OAB/SC. It points out the benefits of this system, cites the main court decisions and mentions similar cases from other federative entities.

Palavras-Chave: Procuradores. Honorários Sucumbenciais. Fracionamento. Teto Constitucional. Isonomia. Eficiência.

Keywords: Attorneys. Casualty Fees. Fractionation. Constitutional Ceiling. Isonomy. Efficiency.

Sumário: 1. Introdução. 2. Situação legal no Município de Joinville. 3. O Inquérito Civil. 4. Processo no TCE e discussão quanto ao mérito. 5. Fracionamento como medida isonômica e de eficiência administrativa. 6. O entendimento da OAB/SC acerca do tema. 7. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa verificar se é possível a Administração Pública realizar o pagamento de saldos de honorários advocatícios existentes após respeitar o teto remuneratório constitucional (art. 37, inciso IX, da CF/88), em momento futuro, de forma fracionada, quando a remuneração ordinária dos procuradores municipais eventualmente não atinja o teto em determinado mês.

Em termos práticos, sabendo-se que a carreira de procurador do município (no caso, de Joinville) recebe, além do seu vencimento ordinário, prêmio de produtividade condizente com a percepção de honorários de sucumbência pagos pelas partes que são vencidas nos processos, pode ocorrer, por vezes, que os valores dessa premiação, somados ao vencimento ordinário, ultrapasse o teto constitucional de 90,25% do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal²⁴⁸.

²⁴⁸ No STF: “A expressão ‘Procuradores’, contida na parte final do inciso XI do art. 37 da Constituição da República, compreende os Procuradores Municipais, uma vez que estes se inserem nas funções essenciais à Justiça, estando, portanto, submetidos ao teto de noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal” (Tema 510, RE 663.696/RG, Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP&classeNumeroIncidente=RE%20663696>. Acesso 20 set. 2024).

Considerando se tratar de uma verba que não provém, em última análise, do orçamento público, mas da parte contrária sucumbente no processo, poderia o saldo ser acumulado para ser distribuído no futuro, em mês cuja remuneração ficasse abaixo do teto constitucional?

Essa é a proposta do presente estudo, no intuito de contribuir como subsídio a outras procuradorias municipais que eventualmente passem pela mesma situação.

2. CONCURSO PÚBLICO E AS MODALIDADES DE CONTRATAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1. Concurso Público

No caso do Município de Joinville, regula o recebimento de honorários advocatícios pelos procuradores municipais a Lei Municipal n. 3.737/98²⁴⁹. No que interessa ao presente estudo, cita-se o seguinte dispositivo:

Art. 1º Nos processos judiciais em que o Município seja parte, os honorários incluídos na condenação, por sucumbência, serão recebidos pelo Tesouro Municipal e rateados, em partes iguais, entre os Procuradores do Município em exercício na data de seu recebimento. [...].

§ 3º - Os valores referentes aos honorários por sucumbência a que se refere o caput do presente artigo serão recolhidos em conta própria do Tesouro Municipal, e na eventualidade de saldos ao final do exercício, permanecerão naquela conta para o exercício subsequente, assegurando-se-lhes a mesma destinação prevista nas disposições precedentes.

No TCE/SC: “Em conformidade com a parte final do inciso XI do art. 37 da Constituição Federal, o teto remuneratório dos procuradores e advogados autárquicos municipais é o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça” (Processo @CON-13/00702629, de 30/04/2014. Prejulgado 1665, Disponível em: <https://consulta.tce.sc.gov.br/cogNovo/asp/prejulgado.asp?nu_prejulgado=1665#:~:text=A%20remunera%C3%A7%C3%A3o%20dos%20servidores%20p%C3%BAblicos,%2C%20XI%2C%20da%20CRFB>. Acesso 20 set. 2024).

²⁴⁹ Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/sc/j/joinville/lei-ordinaria/1998/374/3737/lei-ordinaria-n-3737-1998-atribui-aos-procuradores-do-municipio-o-rateio-dos-honorarios-de-sucumbencia-recebidos>>. Acesso 20 set. 2024.

Denota-se que a verba ingressa nos cofres públicos e depois é rateada entre os procuradores municipais, em partes iguais, conforme autorização legal. Além disso, expressamente já é previsto, desde 1998, que na eventualidade de saldos, deveriam estes permanecer na conta própria do Tesouro Municipal, assegurada a mesma destinação aos procuradores municipais nos períodos subsequentes.

Assim, existe norma legal expressa determinando a forma de recolhimento e destino da verba sucumbencial.

Não há dúvida de que os honorários advocatícios incluídos na condenação, por sucumbência, em razão da vitória do ente estatal nas ações contra ele ou por ele ajuizadas, fruto do trabalho de representação judicial²⁵⁰ exercido, com exclusividade, pelos procuradores municipais (nesse sentido, por simetria, ADI 4.843/PB-MC-ED-Ref²⁵¹), lhes pertence, em partes iguais, considerados aqueles em exercício à data do recebimento.

²⁵⁰ Ou até mesmo de “apresentação”, seguindo a doutrina de Pontes de Miranda: o procurador não representa; ele apresenta o Estado. Assim, há dispensa da apresentação de procuração ou credencial dos advogados públicos, eis que estão automaticamente habilitados, por sua investidura em cargo público, para funcionar como órgão estatal de comunicação com o Poder Judiciário. No mesmo sentido já decidiu o STJ: “Os denominados advogados (ou procuradores) de Estado não são, em rigor, advogados (nem procuradores). Com efeito, eles não atuam em lugar do Estado, mas como um de seus órgãos. Assim como o juiz é o órgão pelo qual o Estado executa sua função jurisdicional, o procurador é o órgão de que o Estado se vale, para defender-se e atacar, em juízo” (RESP 401.390/PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, J. 17/10/2002).

²⁵¹ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL Nº 8.186/2007 (ALTERADA PELAS LEIS nºs 9.332/2011 e 9.350/2011) DO ESTADO DA PARAÍBA: ART. 3º, INCISO I, ALÍNEA “A” (“na elaboração de documentos jurídicos”) E ANEXO IV, ITENS NS. 2 A 21 (NAS PARTES QUE CONCERNEM A CARGOS E A FUNÇÕES DE CONSULTORIA E DE ASSESSORAMENTO JURÍDICOS) – CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO – FUNÇÕES INERENTES AO CARGO DE PROCURADOR DO ESTADO – APARENTE USURPAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES PRIVATIVAS RESERVADAS A PROCURADORES DO ESTADO E DO DISTRITO FEDERAL PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (ART. 132) – PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA PRETENSÃO CAUTELAR – MANIFESTAÇÕES FAVORÁVEIS DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO E DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA – DECISÃO CONCESSIVA DE SUSPENSÃO CAUTELAR DE EFICÁCIA DAS NORMAS IMPUGNADAS INTEIRAMENTE REFERENDADA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, PREJUDICADO O RECURSO INTERPOSTO. O SIGNIFICADO E O ALCANCE DA REGRA INSCRITA NO ART. 132 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: EXCLUSIVIDADE E INTRANSFERIBILIDADE, A PESSOAS ESTRANHAS AO QUADRO DA ADVOCACIA DE ESTADO, DAS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DE PROCURADOR DO ESTADO E DO DISTRITO FEDERAL. – É inconstitucional o diploma normativo editado pelo Estado-membro, ainda que se trate de emenda à Constituição estadual, que outorgue

O pagamento ocorre em relação a cada procurador em exercício, respeitado o rateio em partes iguais, mediante inclusão em folha de pagamento do mês subsequente ao recebimento pelo Tesouro Municipal.

No caso do Município de Joinville, verifica-se que o dispositivo alude ao vocábulo “saldos”, no plural, a significar que o acúmulo pode ocorrer em mais de um mês, e na eventualidade de persistirem valores não pagos em razão da observância do teto remuneratório, estes permanecerão na conta própria criada para o recebimento dos honorários advocatícios, para distribuição no exercício subsequente – e, portanto, durante os meses que o compõem –, assegurando-se-lhes a mesma destinação prevista nas disposições precedentes, vale dizer: rateio, em partes iguais, entre os procuradores municipais em exercício na data de seu recebimento.

E quando se alude a exercício, está-se a referir a exercício financeiro, o qual, segundo o art. 34 da Lei Federal nº 4.320/1964²⁵², coincide com o ano civil, àquele (ao exercício financeiro) pertencendo “as receitas nele arrecadadas” (art. 35, I²⁵³).

Já ano civil, de acordo com a Lei Federal nº 810, de 06/09/1949²⁵⁴, corresponde ao período de 12 (doze) meses, contado do dia do início ao dia e mês correspondentes do ano seguinte, que, em regra, compreende 1º/01 a 31/12.

Não há nenhum pronunciamento jurisdicional – quer em controle difuso, quer em controle concentrado – no sentido da eventual

a exercente de cargo em comissão ou de função de confiança, estranho aos quadros da Advocacia de Estado, o exercício, no âmbito do Poder Executivo local, de atribuições inerentes à representação judicial e ao desempenho da atividade de consultoria e de assessoramento jurídicos, pois tais encargos traduzem prerrogativa institucional outorgada, em caráter de exclusividade, aos Procuradores do Estado pela própria Constituição da República. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Magistério da doutrina. – A extrema relevância das funções constitucionalmente reservadas ao Procurador do Estado (e do Distrito Federal, também), notadamente no plano das atividades de consultoria jurídica e de exame e fiscalização da legalidade interna dos atos da Administração Estadual, impõe que tais atribuições sejam exercidas por agente público investido, em caráter efetivo, na forma estabelecida pelo art. 132 da Lei Fundamental da República, em ordem a que possa agir com independência e sem temor de ser exonerado “ad libitum” pelo Chefe do Poder Executivo local pelo fato de haver exercido, legitimamente e com inteira correção, os encargos irrenunciáveis inerentes às suas altas funções institucionais. (STF, ADI 4843 MC-ED-Ref, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 11/12/2014).

²⁵² Art. 34. O exercício financeiro coincidirá com o ano civil.

²⁵³ Art. 35. Pertencem ao exercício financeiro: I - as receitas nêle arrecadadas;

²⁵⁴ Art. 1º Considera-se ano o período de doze meses contado do dia do início ao dia e mês correspondentes do ano seguinte.

inconstitucionalidade da lei municipal joinvilense, razão pela qual sua aplicação é mandatória, dada a presunção de constitucionalidade ínsita à própria Lei nº 3.737/1998 (arts. 2º e 6º, da LINDB²⁵⁵).

Esta presunção de constitucionalidade da referida lei municipal decorre de algo singular, como nos ensina Paulo Brossard²⁵⁶, eis que elaborada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo, isto é, por dois dos três poderes, situados no mesmo plano que o Judiciário.

Mesmo assim, no ano de 2020, fruto de denúncia junto ao TCE, os Procuradores do Município de Joinville foram instados a responder (i) processo (TCE-20/00000201²⁵⁷) para eventual devolução de valores recebidos a título de honorários de sucumbência recebidos em alguns meses do ano de 2012, ao fundamento de que haveria “burla” ao teto remuneratório ao se permitir o fracionamento de valores remanescentes e (ii) inquérito civil (Notícia de fato n. 01.2020.00006568-0) junto ao Ministério Público de Santa Catarina (MP/SC), sob suposta prática de ato de improbidade administrativa decorrentes dos fatos apurados pelo TCE/SC, tudo conforme detalhado a seguir.

3. O INQUÉRITO CIVIL

Conforme aventado, o MP/SC recebeu denúncia de fato para apurar suposta prática de ato de improbidade administrativa pelo Procurador-Geral do Município de Joinville à época, decorrentes dos fatos apurados pelo TCE/SC.

O procedimento foi arquivado sob o fundamento de que o Supremo Tribunal Federal (STF) teria entendimento de que somente seria possível a responsabilidade pessoal do parecerista jurídico nas hipóteses de comprovação de dolo, erro grave inescusável ou culpa em sentido amplo, bem como que a diversidade de interpretações possíveis diante de um mesmo quadro fundamenta a inviolabilidade do advogado²⁵⁸.

²⁵⁵ Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

²⁵⁶ BROSSARD, Paulo. A constituição e as leis a ela anteriores. Arquivo Ministério da Justiça. Brasília, 45 (180), jul./dez. 1992. p. 139.

²⁵⁷ Disponível em: <https://consulta.tce.sc.gov.br/RelatoriosDecisao/ConsultaVotoNovo/2000000201_17295848.pdf>. Acesso 20 set. 2024.

²⁵⁸ STF, MS 35196 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, 1T, J 12/11/2019. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MS%20>>

Nessa linha, não vislumbrou a suficiente demonstração, no caso, da ocorrência de dolo, erro grave inescusável ou culpa em sentido amplo na elaboração do parecer 359/PGM/2012, que permitiu o fracionamento dos honorários sucumbenciais com base na legislação vigente, ainda que tenha prevalecido no TCE/SC entendimento em sentido contrário.

Também não vislumbrou o elemento subjetivo necessário para a configuração de ato de improbidade administrativa, na medida em que não demonstrados indicativos de que a orientação em referência teria sido firmada com dolo, mediante a finalidade específica de causar dano ao erário municipal.

Finalizou colacionando decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no sentido da impossibilidade de exigência da devolução de valores recebidos de boa-fé por servidor público, em decorrência de erro administrativo:

Quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público (Tema 531/STJ)²⁵⁹

Por isso, a instauração de inquérito civil ou procedimento preparatório foi indeferida e a denúncia de fato arquivada.

4. O PROCESSO NO TCE/SC E A DISCUSSÃO QUANTO AO MÉRITO

Historicamente cumpre mencionar que já vigorou entendimento no TCE/SC de que a percepção de honorários de sucumbência por advogados públicos era vedada²⁶⁰.

Não se pretende avançar sobre o acerto ou desacerto desse entendimento (mérito), mas apenas apontar que esse fato já existiu. Esse

35196%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso 20 set. 2024.

²⁵⁹ Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&num_processo_classe=1769306>. Acesso 20 set. 2024.

²⁶⁰ Vide prejudgados 1007, 1740 e 1982. Disponíveis em: <https://consulta.tce.sc.gov.br/RelatoriosDecisao/ConsultaPrejulgado/100157521_1007.pdf>. Acesso em 20 set. 2024; <https://consulta.tce.sc.gov.br/RelatoriosDecisao/ConsultaPrejulgado/503907839_1740.pdf>. Acesso em 20 set. 2024; e <https://consulta.tce.sc.gov.br/RelatoriosDecisao/ConsultaPrejulgado/209910372_1982.pdf>. Acesso em 20 set. 2024.

entendimento foi superado em 2013, quando do julgamento do Prejudicado 2135, já citado e posteriormente avalizado pelo STF no julgamento da ADI 6053/DF, em 2020:

POSSIBILIDADE DO RECEBIMENTO DE VERBA DE HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA POR ADVOGADOS PÚBLICOS CUMULADA COM SUBSÍDIO. NECESSIDADE DE ABSOLUTO RESPEITO AO TETO CONSTITUCIONAL DO FUNCIONALISMO PÚBLICO. 1. A natureza constitucional dos serviços prestados pelos advogados públicos possibilita o recebimento da verba de honorários sucumbenciais, nos termos da lei. A CORTE, recentemente, assentou que “o artigo 39, § 4º, da Constituição Federal, não constitui vedação absoluta de pagamento de outras verbas além do subsídio” (ADI 4.941, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Relator p/ acórdão, Min. LUIZ FUX, DJe de 7/2/2020). 2. Nada obstante compatível com o regime de subsídio, sobretudo quando estruturado como um modelo de remuneração por performance, com vistas à eficiência do serviço público, a possibilidade de advogados públicos perceberem verbas honorárias sucumbenciais não afasta a incidência do teto remuneratório estabelecido pelo art. 37, XI, da Constituição Federal. 3. AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE²⁶¹.

Verifica-se que o STF, exercendo a competência que lhe foi conferida pela Constituição Federal de seu guardião último, julgou – e vem julgando – bloco significativo de ações de controle concentrado e também de controle difuso, com afetação à Repercussão Geral, onde tem reiterado: (i) o direito ao recebimento de honorários advocatícios pelos procuradores federais, estaduais ou municipais; (ii) que o recebimento de honorários advocatícios é compatível com o regime de subsídios previsto no art. 39, § 4º, da Constituição Federal²⁶²; e, (iii) que a remuneração desta imprescindível categoria, alçada ao altiplano de carreira de Estado e função essencial

²⁶¹ STF, ADI 6053/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes. J 30/07/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur428560/false>>. Acesso 20 set. 2024.

²⁶² Art. 39, § 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

à justiça, está limitada ao teto previsto no art. 37, XI²⁶³, da Constituição Federal, qual seja: 90,25% do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal²⁶⁴.

Avançando na linha do tempo, permitida a percepção de honorários sucumbenciais por parte dos advogados públicos – até mesmo por força do art. 85, § 19, do CPC²⁶⁵ – bem como estabelecido qual o teto que deveria ser seguido, passou-se à discussão da possibilidade ou não de fracionamento da verba que ultrapassasse o teto para pagamento em períodos futuros.

No processo TCE-20/0000201 os procuradores do município de Joinville foram notificados a responder o feito porque os técnicos primeiramente entenderam que essa percepção fracionada seria vedada e, por isso, irregular.

Os procuradores do município de Joinville apresentaram sua defesa e, dentre seus argumentos, apontaram o entendimento do STF acerca do fracionamento de honorários sucumbenciais.

No contexto do julgamento da ADI 6.159/PI²⁶⁶, por meio do voto do relator Ministro Luis Roberto Barroso, consignou-se, sobre a forma de aplicação do teto remuneratório previsto no art. 37, XI, da Constituição Federal, presente o recebimento de honorários advocatícios pelos procuradores:

²⁶³ Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

²⁶⁴ Acerca do tema, indica-se: ADI 6.165/TO, ADI 6.178/RN, ADI 6.181/AL, ADI 6.197/RR, ADI 6.053/DF, ADI 6.159/PI, ADI 6.170/CE; ADPF 597/AM; ADPF 596/SP; RE 663.696/MG.

²⁶⁵ Declarado constitucional pelo STF na ADI 6053/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 22/06/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur428560/false>>. Acesso 20 set. 2024.

²⁶⁶ Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754470245>>. Acesso em 20 set. 2024.

Como se sabe, os honorários são verbas de natureza variável, que dependem do êxito do ente federado nas ações judiciais. Por esse motivo, embora seja possível que, em determinado mês, as parcelas remuneratórias somadas aos honorários superem aquele limite, também há a possibilidade de esse montante total, em outro mês, permanecer muito aquém do teto constitucional. 6. Para prevenir eventuais desequilíbrios e evitar injustiças, penso ser razoável permitir que, nos meses em que haja percepção de honorários acima do teto, o valor residual seja distribuído entre os advogados públicos nos meses seguintes, desde que se respeite mensalmente, como limite máximo, o subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Esse mecanismo permitiria um maior equilíbrio na distribuição dos honorários, buscando conciliar a correta aplicação do teto constitucional com o incentivo à atuação dos advogados públicos proporcionado pelos honorários sucumbenciais. Assim, a incidência do teto não prejudicaria o recebimento de uma justa retribuição pelo trabalho exercido pelos advogados públicos na defesa dos interesses da União, dos Estados e dos Municípios.

A mesma ressalva veio também reiterada no julgamento da ADPF 596/SP, bem como na ADPF 597/AM e nas ADIs 6.053/DF, 6.163/PE, 6.165/TO, 6.178/RN, 6.181/AL, 6.197/RR²⁶⁷.

Diante disso, houve reconsideração do corpo técnico do TCE/SC, que apontou pela regularidade da percepção fracionada de honorários sucumbenciais, mas destacou que não estava a permitir a liberação geral de fracionamentos na Administração Pública quando se tratar de teto remuneratório. Isso porque, caso contrário, tornaria inócua a própria razão de ser do limite remuneratório. Permitiu, apenas, o pagamento posterior exclusivamente de honorários de sucumbência, tendo em vista seu caráter *sui generis*.

Citou casos análogos, de outras instituições que têm a previsão de pagamento de valores residuais que porventura não tenham sido pagos anteriormente por causa do limite remuneratório previsto no art. 37, inciso XI, da CF/88, a exemplo da PGE-ES (Resolução CPGE 315/2020)²⁶⁸,

²⁶⁷ Vide STF, disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso 20 set. 2024.

²⁶⁸ Disponível em: <https://pge.es.gov.br/Media/pge/docs/Resolu%C3%A7%C3%B5es%20CPGE/2020/Resolu%C3%A7%C3%A3o_CPGE.315-2020_-_altera_resolucao_256.pdf>. Acesso 20 set. 2024.

PGE-SE (Resolução CDPGE/APESE 001/2020)²⁶⁹ e PGE-RS (Resolução 151/2019²⁷⁰).

Apontou, ainda, que a citada Resolução PGE-RS 151/2019 foi alvo de ação direta de inconstitucionalidade e o STF decidiu por atestar a constitucionalidade normativa, asseverando que os pagamentos devem respeitar o teto remuneratório, sem, no entanto, considerar que o pagamento fracionado posterior de verbas residuais fosse irregular:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 10.298/1994 DO RIO GRANDE DO SUL, DECRETOS ESTADUAIS NS. 45.685/2008 E 54.424/2018, E RESOLUÇÃO N. 151/2019 DA PROCURADORIA-GERAL DO RIO GRANDE DO SUL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA DEVIDOS A PROCURADORES ESTADUAIS. COMPATIBILIDADE COM O REGIME DE SUBSÍDIO. LIMITAÇÃO AO TETO REMUNERATÓRIO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME AOS DISPOSITIVOS FIXANDO QUE OS HONORÁRIOS E O DENOMINADO PRÊMIO DE PRODUTIVIDADE DOS PROCURADORES DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL SUBMETEM-SE E LIMITAM-SE PELO TETO REMUNERATÓRIO CONSTITUCIONALMENTE DEFINIDO (STF, ADI 6183/RS. Rel. Min. Cármen Lúcia. J. 04/11/2020²⁷¹).

Por fim, destacou que os honorários sucumbenciais são adimplidos pela parte vencida em processo judicial e são posteriormente pagos aos procuradores, ou seja, não advém de recursos públicos arrecadados por meio de tributos, *v.g.*

Esse tema entrou em pauta de discussão também porque junto com a percepção dos honorários sucumbenciais se discutiu a possibilidade ou não de pagamento acima do teto constitucional por médicos a título de plantão ou caso análogo:

²⁶⁹ Disponível em: <<https://www.pge.se.gov.br/wp-content/uploads/2021/03/Resolucao-Conjunta-CSPGE-APESE-no-001-2020.pdf>>. Acesso 20 set. 2024.

²⁷⁰ Disponível em: <<https://www.espacovital.com.br/noticias/a-integra-da-resolucao-no-151-da-pge-rs-16-04-2019>>. Acesso 20 set. 2024.

²⁷¹ Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754482396>>. Acesso 20 set. 2024.

Ademais, conforme se infere dos julgados analisados neste processo, há que se fazer distinção entre as verbas recebidas a título de honorários de sucumbência pelos Procuradores Municipais e aquelas recebidas pelos médicos a título de hora plantão ou caso análogo, tendo em vista que, mesmo se revestindo de caráter público, os valores relativos à sucumbência são adimplidos pela parte vencida em processo judicial, e são pagos diretamente aos Procuradores, ao contrário dos valores pagos aos médicos, que advém de recursos públicos arrecadados por meio de tributos (TCE/SC, Processo 20/00000201, Acórdão 113/2024, Rel. Con. Wilson Rogério Wan-Dall. J. 10/04/2024).

Sob essa perspectiva, abra-se, aqui, um rápido parêntese, para trazer o que contido na Nota SAJ nº 04/2019/AESP/SAJ-CC-PR, da Presidência da República:

Em resumo, os honorários advocatícios são considerados uma contraprestação meritória que não implica em qualquer ônus ao erário, pois paga pelas partes sucumbentes aos Advogados Públicos Federais em decorrência da atuação exitosa e efetiva destes profissionais em favor dos cofres públicos federais. Trata-se, portanto, de política de fomento ao princípio da eficiência (art. 37, caput, da CF), norma jurídica elevada ao status constitucional pela Emenda Constitucional nº 19, que incentiva o agente público a ser mais diligente e combativo, sem, contudo, exigir dispêndio por parte do poder público, porquanto tal parcela será paga pela parte vencida (Nota SAJ nº 04/2019/AESP/SAJ-CC-PR).

A constatação vale para os procuradores municipais que, com a percepção dos honorários advocatícios, atuam de maneira mais diligente e combativa, sem, todavia, onerar, por isso, o cofre municipal.

É dizer, não se retira um centavo sequer do orçamento público para custear esta parcela da remuneração dos procuradores municipais, eis que paga pela parte contrária, sucumbente, muito embora o cofre municipal e a sociedade, portanto, sejam absolutamente beneficiados com esta atuação diligente e combativa.

Há, portanto, um duplo benefício à Administração Pública.

Fechado esse rápido parêntese, o processo restou arquivado e atualmente a legislação municipal vem sendo cumprida, consoante entendimento do STF e TCE/SC acerca da possibilidade de fracionamento de honorários sucumbenciais que eventualmente venham a extrapolar o teto remuneratório

constitucional em um determinado mês, presente a remuneração dos procuradores municipais.

O recebimento de honorários advocatícios pelos procuradores federais, estaduais ou municipais constitui modalidade de remuneração por *performance*, diretamente ligada aos resultados dos trabalhos do órgão de representação jurídica, estando em tudo e por tudo alinhado ao princípio da eficiência, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal²⁷², conforme afirmado e enfatizado pelo STF em bloco significativo de ações de controle concentrado e também de controle difuso, com afetação à Repercussão Geral:

[...] a propósito, estabelece o referido art. 22 da Lei 8.906/1994, segundo o qual é ‘a prestação de serviço profissional’ que assegura aos profissionais inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil ‘o direito aos honorários [...] de sucumbência’; aplicável, integralmente, à Advocacia Pública. Destaque-se, ainda, como bem demonstrado pela Advocacia-Geral da União (doc. 158), que a Emenda Constitucional 19/98 não assentou qualquer objeção explícita à transposição dessa garantia profissional para o contexto da advocacia pública, cuja disciplina constitucional encontra-se junto com a advocacia privada no mesmo Título IV, Capítulo IV, da Constituição Federal, distinguindo-se somente em termos de Seção, respectivamente II e III. A possibilidade de aplicação do dispositivo legal que prevê como direito dos advogados os honorários de sucumbência também à advocacia pública está intimamente relacionada ao princípio da eficiência, consagrado constitucionalmente no artigo 37, pois dependente da natureza e qualidade dos serviços efetivamente prestados. No modelo de remuneração por *performance*, em que se baseia a sistemática dos honorários advocatícios (modelo este inclusive reconhecido como uma boa prática pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE), quanto mais exitosa a atuação dos advogados públicos, mais se beneficia a Fazenda Pública e, por consequência, toda a coletividade.

Os honorários decorrem do êxito na defesa dos interesses da Fazenda Pública em contraprestação de serviços realizados, vinculando-se, indissociavelmente, à própria natureza e qualidade dos serviços efetivamente

²⁷² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...].

prestados pelos profissionais da advocacia, estimulando, dessa forma, o constante aperfeiçoamento da atuação profissional e institucional.

Conforme levantamento realizado no âmbito da Advocacia Geral da União, a percepção de remuneração por performance estimulou um maior comprometimento com as atividades do órgão, diminuindo o índice de evasão, estimulando a condução de projetos de longo prazo, especialmente dos que demandam a concretização de ideias inovadoras, permitiu a geração de um ambiente propício à inovação e, como resultado, incrementou substancialmente a recuperação do crédito público²⁷³.

A primeira interpretação dada pelo TCE/SC ao notificar os procuradores do município de Joinville, no sentido de considerar irregular o recebimento de valores de honorários em meses posteriores ao fato gerador, além de ter ido contra ao entendimento do STF, violou norma expressa existente no município de Joinville ao desconsiderar, no primeiro momento, texto do § 3º, do art. 1º, da Lei Municipal n. 3.737/98²⁷⁴.

A interpretação do texto normativo, objetivando, assim, dele extrair a norma jurídica (ou as normas jurídicas), não pode ser feita de forma isolada, decotada, desprezando-se os demais dispositivos e a ambiência do contexto no qual inserido. A advertência há muito feita pelo ex Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau, em sede doutrinária, ainda hoje é atual:

Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe sempre ao intérprete, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Por isso, insisto em que um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum²⁷⁵.

²⁷³ Nota que analisa os efeitos da introdução da sistemática de remuneração por performance baseada em honorários advocatícios para a Advocacia Pública Federal disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/divida-ativa-da-uniao/estudos-sobre-a-dau/nota-sei-n-73-2019-pgdau-cda-coaged-pgdau-cda-pgdau-pgfn-mf-efeitos-da-introducao-da-remuneracao-por-performance.pdf> (Acesso em 29/09/2022).

²⁷⁴ *In verbis*: Art. 1º, § 3º: Os valores referentes aos honorários por sucumbência a que se refere o caput do presente artigo serão recolhidos em conta própria do Tesouro Municipal, e na eventualidade de saldos ao final do exercício, permanecerão naquela conta para o exercício subsequente, assegurando-se lhes a mesma destinação prevista nas disposições precedentes.

²⁷⁵ GRAU, Eros. Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 84. Obs.: trata-se da clássica obra Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, reformulada e renomeada pelo autor.

A interpretação sistemático-teleológica é aquela que melhor atende os objetivos pretendidos ao se interpretar um texto normativo ou mesmo e sobretudo a Constituição Federal.

5. FRACIONAMENTO COMO MEDIDA ISONÔMICA E DE EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

Verificou-se que a percepção de honorários sucumbenciais por parte de advogados públicos decorre de sua *performance*, de seu êxito e mérito na atuação processual.

Do mesmo modo é sabido que uma ação judicial pode levar anos para ser concluída, além de que a verba honorária (considerada uma verdadeira gratificação por produtividade) é uma das rubricas percebidas pelo procurador, que também conta com sua remuneração ordinária, como vencimento, adicional por tempo de serviço, férias, décimo terceiro etc.

Significa que questões individuais merecem ser consideradas e sopeadas no cálculo, eis que influenciam na conta final do teto remuneratório.

No Município de Joinville a verba honorária é dividida igualmente entre os seus procuradores. Significa que se existem 20 procuradores e houvesse ingresso de R\$ 100.000,00 em um determinado mês, de honorários, cada procurador receberia R\$ 5.000,00.

Ocorre que as questões individuais e o teto acabam por não permitir essa distribuição igualitária, caso inexistisse a possibilidade de fracionamento, o que violaria o próprio art. 1º, da Lei Municipal n. 3.737/98 que impõe essa distribuição igualitária.

É o caso, por exemplo, de um servidor procurador tirar férias em um determinado mês que os honorários ultrapassassem o teto e outro não. Um deles receberia o valor integral de R\$ 5.000,00 no exemplo dado e o outro menos, na ordem de R\$ 4.000,00, R\$ 3.000,00, enfim, a depender do quanto a mais das férias repercutiria em sua folha de pagamento.

Outro exemplo são os adicionais por tempo de serviço. Um procurador iniciante acabaria por receber mais honorários que um procurador de final de carreira, já que a distância para atingir o teto é maior do que aquele servidor que já conta com um adicional mais elevado.

Essa situação, além de trazer uma situação de ilegalidade, conforme já mencionado, seria desproporcional e não isonômica. Não seria justo e correto que ambos os procuradores tivessem atingido a mesma *performance*, mas apenas um deles receber mais honorários que o outro.

Por isso, o fracionamento da verba também visa corrigir essa possível desigualdade, fazendo com que os procuradores que eventualmente atingissem o teto em um determinado mês, possam receber tal verba em um mês subsequente ou quando da sua aposentadoria, a título indenizatório.

Como se sabe, os honorários são verbas de natureza variável, que dependem do êxito efetivo nas ações judiciais. Por esse motivo, embora seja possível que, em determinado mês, as parcelas remuneratórias somadas aos honorários superem aquele limite, também há a possibilidade de esse montante total, em outro mês, permanecer muito aquém do teto constitucional.

O fracionamento confere um maior equilíbrio na distribuição dos honorários, buscando conciliar a correta aplicação do teto constitucional com o incentivo à atuação dos advogados públicos proporcionado pelos honorários sucumbenciais. Assim, a incidência do teto não prejudicaria o recebimento de uma justa retribuição pelo trabalho exercido pelos advogados públicos na defesa dos interesses da União, dos Estados e dos Municípios.

Todos os procuradores merecem e devem receber a totalidade dos honorários advocatícios, rateados de forma igualitária, ainda que haja eventuais saldos apurados individualmente que sejam levados ao pagamento em meses ou exercícios subsequentes, razão pela qual o pagamento individual de eventuais saldos respeita e preserva a isonomia e equidade, consubstanciando, ainda, modalidade de remuneração por *performance*, diretamente ligada aos resultados dos trabalhos do órgão de representação jurídica, estando em tudo e por tudo alinhado ao princípio da eficiência administrativa.

6. O ENTENDIMENTO DA OAB/SC ACERCA DO TEMA

A OAB/SC participou do processo como *amicus curiae* e proferiu o Parecer Técnico-Jurídico nos autos n. 580/2023, destacando que os honorários advocatícios de sucumbência possuem um tratamento específico na legislação e na jurisprudência nacionais, em especial aqueles vinculados aos membros da Advocacia Pública.

Além de citar as decisões do STF em sede de controle concentrado também já destacadas no presente estudo e de fazer menção das PGEs citadas pelo TCE/SC em sua decisão, lembrou que o Município de Blumenau

já contava com dispositivo legal semelhante, que permite o fracionamento da verba honorária (Lei Complementar 1.235/19²⁷⁶):

Art. 58. Os honorários advocatícios de que trata o inciso I do art. 55 desta Lei Complementar serão rateados mensalmente entre os Procuradores do Município (ativos e inativos), em partes iguais.
[...]

§ 5º O valor mensal individual que exceder o teto constitucional a que se refere o § 2º deste artigo ficará reservado, na conta especial, ao respectivo Procurador do Município, sendo-lhe pago o excedente nos meses seguintes, de modo a assegurar a distribuição dos honorários em partes iguais, na forma desta Lei Complementar.

Mencionou que a lei estava vigente desde 2019 e que inexistia qualquer questionamento ou irregularidade relacionado ao pagamento das sobras ou saldos da verba honorária no Município de Blumenau.

De forma parecida ao que restou apontado no tópico anterior, destacou que a norma busca prevenir desigualdades e injustiça, contendo a seguinte regra jurídica: dever de distribuição dos saldos de honorários ao longo do período de apuração, assegurando a eles a mesma destinação, isso é, o pagamento em favor da pessoa física dos Procuradores Municipais.

E destacou que se não houvesse esse fracionamento haveria uma apropriação indevida pelos entes federados, já que a verba honorária se constitui em direito autônomo do advogado, seja ele público ou privado, nos termos da Súmula 8, da Comissão Nacional de Advocacia Pública do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil²⁷⁷.

A OAB/SC defendeu a legalidade e admissibilidade do pagamento parcelado ou fracionado de honorários de advogados para procuradores municipais à título de saldos de valores pagos com o limitador do teto constitucional de meses anteriores, principalmente ante a existência de previsão legal e em razão do atual panorama da jurisprudência constitucional brasileira.

²⁷⁶ Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/sc/b/blumenau/lei-complementar/2019/124/1235/lei-complementar-n-1235-2019-institui-a-lei-org-nica-da-procuradoria-geral-do-municipio-de-blumenau-pgm>>. Acesso 20 set. 2024.

²⁷⁷ Súmula 8 - Os honorários constituem direito autônomo do advogado, seja ele público ou privado. A apropriação dos valores pagos a título de honorários sucumbenciais como se fosse verba pública pelos Entes Federados configura apropriação indevida. Disponível em: <<https://anpm.com.br/noticias/comissao-nacional-da-advocacia-publica-do-conselho-federal-da-oab-realiza-simposio-reuniao-e-aprova-sumulas-da-advocacia-publica>>. Acesso 20 set. 2024.

7. CONCLUSÃO

Constatou-se do presente estudo a inexistência de irregularidades quanto ao fracionamento da verba honorária para pagamento em meses subsequentes que se ateu ao teto remuneratório (sobras), tendo em vista os princípios da eficiência (performance), legalidade e isonomia.

A distribuição dos honorários advocatícios em correspondência ao resultado dos trabalhos desenvolvidos pelos procuradores municipais é, portanto, prática de boa gestão administrativa conforme o princípio constitucional da eficiência por ser medida que propicia o constante aperfeiçoamento do exercício da Advocacia Pública na defesa do erário e dos interesses públicos, porquanto “[...] *quanto mais exitosa a atuação dos advogados públicos, mais se beneficia a Fazenda Pública e, por consequência, toda a coletividade*”, como consignado pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Por consequência, existem melhores resultados para a própria Administração Pública, que podem ser medidos de forma objetiva, uma vez que o incremento da remuneração decorre diretamente do êxito na atuação jurídica.

A repartição de saldos nos meses subsequentes preserva o princípio da isonomia e da justiça, na medida que a repartição dos honorários advocatícios recebidos em um determinado mês seria igualmente preservada entre todos os procuradores de forma equânime, sem distinções - o que não ocorre no caso de se entender pela impossibilidade de pagamento posterior.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLUMENAU. **Lei Complementar n. 1.235, de 06 de junho de 2019**. Institui a lei orgânica da Procuradoria-Geral do Município de Blumenau - PGM. Disponível em <<https://leismunicipais.com.br/a/sc/b/blumenau/lei-complementar/2019/124/1235/lei-complementar-n-1235-2019-institui-a-lei-org-nica-da-procuradoria-geral-do-municipio-de-blumenau-pgm>>. Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. **Lei n. 810, de 6 de setembro de 1949**. Define o ano civil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/l810-49.htm#:~:text=LEI%20>.

No%20810%2C% 20DE,m%C3%AAs%20 correspondentes%20do%20ano%20 seguinte.>. Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. **Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964.** Estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm>. Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. **Lei n. 13.105,** de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 set. 2024.

BROSSARD, Paulo. A constituição e as leis a ela anteriores. Arquivo Ministério da Justiça. Brasília, 45 (180), jul./dez. 1992.

GRAU, Eros. Por que tenho medo dos juizes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. São Paulo: Malheiros Editores, 2014

JOINVILLE. **Lei Municipal n. 3.737/1998.** Atribui aos procuradores do município o rateio dos honorários de sucumbência recebidos. Disponível em <<https://leismunicipais.com.br/a/sc/j/joinville/lei-ordinaria/1998/374/3737/lei-ordinaria-n-3737-1998-atribui-aos-procuradores-do-municipio-o-rateio-dos-honorarios-de-sucumbencia-recebidos>>. Acesso em: 20 set. 2024.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça (TJSC), Apelação Cível nº 5003178-28.2020.8.24.0000, Florianópolis, 2022. Disponível em: https://eprocwebcon.tjsc.jus.br/consulta2g/externo_controlador.php?acao=processo_consulta_publica&txtNumProcesso=5003178-28.2020.8.24.0000. Acesso em 5 nov. 2023.

Enviado em 23.09.2024.

Aprovado em 27.01.2025.



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.

TRIBUTAÇÃO DO TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS E IMPACTOS NO SETOR EMPRESARIAL BRASILEIRO

Grasiela Grosseli²⁷⁸

Marília S. Bezerra²⁷⁹

Resumo: Este artigo teve como objetivo analisar a incidência da contribuição previdenciária patronal sobre o terço constitucional de férias creditadas aos empregados, com foco na discussão sobre sua natureza, ou seja, se essa verba deve ser considerada indenizatória ou remuneratória. A metodologia aplicada envolveu pesquisas bibliográficas doutrinárias, legislação e jurisprudências. Neste contexto, como objetivos gerais e específicos verifica-se primeiramente a inexistência de incidência da Contribuição Previdenciária Patronal sobre verbas de caráter indenizatório, com ênfase no terço constitucional de férias, que foi o ponto central desta análise. Esse entendimento encontrou respaldo na doutrina e jurisprudência nacionais e foi objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal, no âmbito de Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida. No entanto, tal situação mudou em 2020 em novo entendimento da Corte Superior. Ao abordar esse tópico, espera-se contribuir no debate sobre a questão de não incidência de tributação sobre verbas indenizatórias. Tal iniciativa se torna relevante devido à persistente tentativa do Fisco de cobrar a contribuição previdenciária sobre todas as verbas pagas aos empregados e trabalhadores avulsos, mesmo quando estas têm natureza indenizatória. Concluiu-se que o novo entendimento da

²⁷⁸ Mestre em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC/PPGD, 2012). Pós-Graduada em Direito Eleitoral pela UNISUL. Especialista em Direito Processual Penal pela Escola do Ministério Público do Estado de Santa Catarina em convênio com a Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Advogada. Professora Universitária da UNISOCIESC. Assessora Especial Jurídica na Procuradoria-Geral da Câmara de Vereadores do Município de Joinville. E-mail: grasielagro@yahoo.com.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4616784240623009>

²⁷⁹ Acadêmica de Direito da UNISOCIESC. E-mail: contato.mbsmediacoes@gmail.com

Suprema Corte acabou por gerar insegurança jurídica, impondo um novo ônus aos empregadores, contrariando dispositivos da Constituição Federal e da Lei nº 8.212/1990, além de legislação correlata.²⁸⁰

Abstract: This article aimed to analyze the incidence of the employer's social security contribution on the constitutional third of vacation credited to employees, focusing on the discussion about its nature, that is, whether this amount should be considered compensatory or remunerative. The methodology applied involved bibliographical research on doctrinal, legislation and jurisprudence. In this context, as general and specific objectives, we first verify the non-existence of the incidence of the Employer's Social Security Contribution on compensation amounts, with emphasis on the constitutional third of vacation, which was the central point of this analysis. This understanding found support in national doctrine and jurisprudence and was the subject of discussion in the Federal Supreme Court, within the scope of an Extraordinary Appeal with recognized general repercussion. However, this situation changed in 2020 following a new understanding by the Superior Court. By addressing this topic, we hope to contribute to the debate on the issue of non-taxation on compensation funds. This initiative becomes relevant due to the Tax Authorities' persistent attempt to charge social security contributions on all amounts paid to employees and independent workers, even when they are compensatory in nature. It was concluded that the Supreme Court's new understanding ended up generating legal uncertainty, imposing a new burden on employers, contradicting provisions of the Federal Constitution and Law n. 8.212/1990, in addition to related legislation.

Palavras-Chave: Contribuição Previdenciária Patronal. Natureza Indenizatória. Terço Constitucional de Férias. Jurisprudência.

Keywords: Employer Social Security Contribution. Compensation Nature. Constitutional Third of Holidays. Jurisprudence.

Sumário: 1. Introdução; 2. O direito do trabalhador às férias e o terço constitucional; 3. A contribuição previdenciária patronal; 3.1. Verba remuneratória x verba indenizatória; 4. Da contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias; 5. Impactos da decisão do STF sobre as empresas e a modulação de efeitos; 6. Conclusão; Referências bibliográficas.

²⁸⁰ **Nota ao leitor:** o artigo em questão foi submetido na primeira edição da Revista da Procuradoria-Geral do Município de Joinville e nela aprovado. Por questões de gestão do quantitativo de trabalhos a serem publicados fisicamente, optou-se por remetê-lo à publicação na segunda edição.

1. INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho, desde sua origem, surge como uma resposta à desigualdade intrínseca nas relações laborais, com o propósito inequívoco de proteger os trabalhadores por meio da norma trabalhista. Desde os primórdios do Direito do Trabalho até a sua subsequente constitucionalização, evidencia-se uma constante preocupação com as condições laborais dos trabalhadores e os impactos que estas têm em sua saúde e dignidade.

Na atualidade, no Brasil, é notório o comprometimento do Estado em assegurar e resguardar ambientes de trabalho saudáveis. Isso se reflete de maneira expressiva no artigo 7º da Constituição Federal, que, de forma exemplar, estipula diversos direitos para trabalhadores urbanos e rurais. Entre essas disposições de interesse público, que servem como um reflexo genuíno do princípio da proteção, destaca-se o artigo 7º, inciso XVII, da Constituição Federal. Esse dispositivo garante aos trabalhadores o direito de desfrutar de férias anuais remuneradas, com uma remuneração pelo menos um terço superior ao salário normal.

Sendo assim, o trabalhador, cumpridos os requisitos estabelecidos pela legislação, tem direito às férias. Quando o trabalhador vai gozar o seu período de férias, ele passa a ter direito de receber um acréscimo correspondente a um terço de seu salário habitual. Esse acréscimo é chamado de terço constitucional de férias e corresponde a um benefício na proporção de 1/3 do valor das férias de forma adicional.

A questão que se apresenta no presente artigo envolve a incidência ou não da contribuição previdenciária sobre esse acréscimo de 1/3 do valor das férias, o chamado terço constitucional. O Supremo Tribunal Federal (STF) mantinha entendimento consolidado de que tal verba era considerada indenizatória e, portanto, livre da incidência da contribuição social. No entanto, uma decisão de 2020 passou a considerar tal verba como remuneratória e, com isso, devendo incidir contribuição social.

Desta forma, tal decisão abriu brecha para divergências doutrinárias quanto à possibilidade de efeitos retroativos da decisão, permitindo que Tribunais Estaduais passassem a considerar valores não pagos nos cinco anos anteriores como dívidas tributárias, gerando grande preocupação por parte das empresas.

A razão central do presente artigo é o estudo sobre o terço constitucional de férias e os impactos que a decisão do Supremo Tribunal Federal está causando no setor empresarial.

A pesquisa realizada neste artigo baseou-se em uma abordagem qualitativa, envolvendo análise de legislação, jurisprudência e doutrina pertinentes à matéria em quatro partes: Foram utilizadas fontes secundárias, como livros, artigos e decisões judiciais, para compreender o contexto e as implicações da decisão do STF. Além disso, foram consideradas as interpretações divergentes de juristas e especialistas.

O objetivo geral deste estudo está em analisar a incidência da contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias no Brasil e os impactos dessa decisão no setor empresarial, como objetivos específicos, no primeiro tópico examinar-se-á o contexto histórico no ramo do Direito do Trabalho, sobre o direito do trabalhador ao período de férias e o terço constitucional, em segundo, a evolução histórica da interpretação do terço constitucional de férias pela jurisprudência do STF. Na terceira parte, discutir os fundamentos jurídicos que levaram à decisão do STF em 2020 e por fim, concluindo-se a respeito das consequências da decisão do STF nas empresas, considerando possíveis efeitos retroativos, analisar a posição da doutrina e de juristas em relação à natureza do terço constitucional de férias e sua incidência previdenciária. Com esses objetivos, busca-se fornecer uma análise aprofundada da questão e contribuir para o entendimento dos impactos dessa decisão no cenário empresarial e na legislação trabalhista e previdenciária no Brasil.

2. O DIREITO DO TRABALHADOR ÀS FÉRIAS E O TERÇO CONSTITUCIONAL

O direito do trabalhador às férias e ao terço constitucional é um tema crucial no contexto do direito trabalhista brasileiro. Esses direitos não apenas garantem um período de descanso ao trabalhador, mas também têm implicações significativas na vida e na dignidade dos trabalhadores, refletindo diretamente nas questões de desigualdade social no país. Para entender melhor essa relação, é fundamental explorar como a legislação trabalhista brasileira aborda esses direitos e como eles impactam a qualidade de vida dos trabalhadores.

Bezerra Leite (2022) destaca a importância das férias como um direito fundamental do trabalhador. Ele argumenta que o direito às férias não deve ser encarado apenas como uma concessão do empregador, mas como um direito inalienável que visa preservar a saúde física e mental do trabalhador.

Essa perspectiva, alinhada com os princípios dos direitos humanos, ressalta que as férias são essenciais para o bem-estar do trabalhador e, por extensão, para a promoção da igualdade social.

A Constituição Federal de 1988 tem como seu principal enfoque o ser humano. Ela se destaca por priorizar os direitos humanos e os direitos relacionados ao trabalho. Essa peça legislativa fundamental no Brasil reforçou a importância do coletivo e do bem-estar social, resgatando a dignidade da pessoa humana, como expresso no seu artigo sétimo.

No artigo mencionado, encontra-se uma série de direitos específicos destinados a proteger os trabalhadores. Entre esses direitos, diversos merecem destaque devido à sua relevância. Estes incluem a redução da jornada de trabalho semanal de 48 para 44 horas, a universalização do regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), a garantia de indenização nos casos de demissão injustificada, o aumento do adicional para horas extras e o acréscimo de um terço à remuneração durante as férias.

Assim, a Constituição de 1988 não apenas reconhece a importância do trabalhador como peça fundamental na construção da sociedade, mas também estabelece uma base legal sólida para garantir seus direitos e contribuir para uma sociedade com maior justiça, igualdade e homogeneidade.

No inciso XVII, do artigo XX da Carta Magna, merece destaque especial o direito às férias, o qual é expressamente estabelecido da seguinte maneira: “gozo de férias anuais remunerados com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal”. (BRASIL, 1988)

Para melhor entender o tema, importante esclarecer o conceito atual de férias:

Férias é o período de descanso anual, que deve ser concedido ao empregado após o exercício de atividades por um ano, ou seja, por um período de 12 meses, período este denominado “aquisitivo”. As férias devem ser concedidas dentro dos 12 meses subsequentes à aquisição do direito, período este chamado de “concessivo”. (GUIA TRABALHISTA, online, 2017)

Veja-se que as férias consistem em um período de descanso do trabalhador, após o exercício de atividades por um ano. No mesmo sentido pode-se dizer que “as férias correspondem ao período do contrato de trabalho em que o empregado deixa de trabalhar, com o fim de restaurar suas energias, mas auferir remuneração do empregador, após ter adquirido direito a esse

descanso em decorrência da prestação de serviços durante o período de doze meses” (Paulo e Alexandrino, 2013, p. 193).

Mister salientar que, no Brasil, a legislação trabalhista era anteriormente fragmentada, sendo consolidada somente em maio de 1943 por meio do Decreto-Lei 5.452/1943, que estabeleceu a CLT - Consolidação das Leis do Trabalho, como mencionado anteriormente.

A CLT dedica um capítulo inteiro ao tema das férias. Dentro do quarto capítulo, intitulado “Das Férias Anuais,” encontra-se uma regulamentação minuciosa desse direito, dividida em várias seções, o que evidencia a sua significativa importância no contexto trabalhista.

É válido notar que o interesse pelo tema das férias é também refletido em acordos e tratados internacionais. Um exemplo notável é a Convenção 132 da Organização Internacional do Trabalho, na qual o direito às férias é abordado com destaque. O artigo terceiro dessa convenção, por exemplo, estabelece que “toda a pessoa a quem se aplique a presente Convenção terá direito às férias anuais remuneradas de duração mínima determinada”.

Quando o trabalhador goza de seu período de férias, ele tem o direito assegurado pela Constituição de receber um acréscimo correspondente a um terço de seu salário habitual.

Assim, antes de iniciar suas férias, o trabalhador deve receber seu salário normal, acrescido de um terço da remuneração total, considerando também eventuais horas extras e outros benefícios adicionais. É importante observar que o trabalhador tem a opção de solicitar ao empregador, no mês de janeiro de cada ano, o adiantamento da primeira parcela do 13º salário, que pode ser somada às férias.

No tocante a esse adicional ao empregado, Martins (2013, p. 576) aduz:

A Constituição inovou quanto à remuneração (art. 7º, XVII), afirmando que o empregado tem direito a um terço a mais do que o salário normal. O TST entende que o terço é devido não só quando as férias são gozadas, mas também quando são indenizadas, sejam integrais ou proporcionais (S. 328 do TST), pois, caso contrário, se estaria desvirtuando sua finalidade, que é proporcionar remuneração maior ao empregado.

Também cabe observar que a legislação estabelece um prazo específico para a concessão das férias, reconhecendo sua importância tanto para a saúde da empresa quanto para o bem-estar do trabalhador, além de ter impactos na sociedade em geral.

De acordo com a lei, o prazo para o pagamento das férias e do adicional de um terço deve ser cumprido até dois dias antes do início do período de férias. Isso implica na obrigação de fornecer ao empregado um recibo, devidamente assinado, que inclua as datas de início e término das férias, garantindo a quitação dos valores devidos.

Conforme previsto no artigo 137 da CLT “Sempre que as férias forem concedidas após o prazo de que trata o art. 134, o empregador pagará em dobro a respectiva remuneração” (BRASIL, 1943).

É importante ressaltar que a penalidade de pagamento em dobro das férias é aplicável em circunstâncias distintas, especificamente quando a concessão das férias ocorre após o prazo estabelecido por lei.

Além dos prazos fixados pela legislação, que o empregador deve estritamente obedecer, há outra responsabilidade relacionada à concessão das férias aos seus trabalhadores. De acordo com o artigo 7º da Constituição Federal, mais precisamente em seu inciso XVII, está determinado que além da remuneração devida para o período de férias, um acréscimo de 1/3 deve ser adicionado.

Dessa forma, o não cumprimento dos prazos legais para a concessão das férias pode resultar em penalizações financeiras para o empregador, como o pagamento em dobro, enquanto a Constituição Federal reforça a importância de incluir o terço adicional à remuneração durante esse período de descanso.

3. A CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL

Antes de conceituar a contribuição previdenciária patronal, ou também chamado INSS patronal, importante lembrar a definição de Seguridade Social que, segundo a Constituição Federal, é o conjunto de ações públicas e da sociedade, com o propósito de garantir os direitos das pessoas em relação à saúde, previdência e assistência social.

Conforme o disposto na Constituição, a Seguridade Social deve ser sustentada tanto por meios diretos quanto indiretos. A forma indireta de financiamento ocorre através dos recursos provenientes dos orçamentos dos diferentes níveis de governo. Enquanto isso, a modalidade direta de financiamento envolve, entre outras maneiras, as contribuições sociais recolhidas tanto pelo empregador quanto pelo trabalhador.– tanto que, na folha de pagamento, aparecem dois tipos de INSS, o INSS do colaborador

e o INSS patronal (que remete à palavra “patrão”, ou seja, empregador). (Furtado, 2020).

Dessa forma, a contribuição previdenciária patronal, é uma contribuição paga pelo empregador com o fim de financiar a Seguridade Social, e não somente os seus empregados e prestadores de serviço.

De acordo com a Lei de Seguridade Social – Lei nº 8.212/91, considera-se empresa a firma individual e a sociedade que assumem os riscos de uma atividade econômica, independentemente de finalidade lucrativa, assim como os órgãos e entidades da administração pública (Brasil, 1991).

Quanto à base de cálculo da contribuição previdenciária, duas são as possibilidades: a folha de pagamento e a receita bruta. A regra geral é a base de cálculo sobre a folha de pagamento, conforme previsão no art. 22, I, da Lei nº 8.212/91, que determina como contribuição a carga da empresa o valor correspondente ao percentual de

[...] 20% sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (Brasil, 1991).

Isso significa que não se trata apenas da folha de pagamento dos funcionários permanentes da organização, bem como de todos os colaboradores que tenham prestado serviços a ela. A fim de desonerar a folha de pagamento, em 2011 foi publicada a Lei nº 12.546/11 (alterada em 2015) que, entre outras previsões, substituiu a contribuição sobre a folha de pagamento pela contribuição sobre a receita bruta da empresa para alguns setores.

Assim, as empresas que atuam em um dos ramos previstos na Lei 12.546/11 poderá analisar sobre qual das bases de cálculo é mais interessante contribuir, se sobre a receita bruta ou se sobre a folha de pagamento.

3.1. Verba remuneratória x Verba indenizatória

Embora a Constituição (art. 195, I, a, CF) e a legislação (art. 22, Lei nº 8.212/91) prevejam a incidência da contribuição patronal sobre

“a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título,” é essencial compreender o alcance do termo “rendimento.”

Como discutido anteriormente, fica claro que “remuneração” é um termo mais amplo, com “salário” sendo uma de suas categorias. A remuneração engloba qualquer valor atribuído ao empregado em decorrência de seu trabalho.

Portanto, é crucial discernir e compreender a diferença entre esses termos, pois isso influencia diretamente a aplicação das contribuições patronais sobre a folha de pagamento e outros rendimentos decorrentes do trabalho.

Conforme evidenciado no texto constitucional e na legislação específica, os valores que integram a base de cálculo da contribuição previdenciária patronal devem estar vinculados ao “trabalho”. A legislação complementar, de forma ainda mais precisa, estipula que essas verbas devem ter como finalidade “retribuir o trabalho”, deixando clara a intenção do legislador e do constituinte de considerar como base de cálculo qualquer quantia devida ou paga, desde que tenha natureza remuneratória.

A própria Lei nº 8.212/1991, em seu artigo 29, parágrafo 8º, prevê explicitamente situações em que a tributação não é aplicável. Contudo, o ponto central da controvérsia reside nas verbas não expressamente excluídas pela legislação específica e que, embora sejam pagas ao trabalhador, não se enquadram na categoria remuneratória, uma vez que não representam uma contraprestação pelo trabalho realizado, possuindo, em vez disso, caráter indenizatório.

Existem várias obrigações trabalhistas de natureza não salarial. O título exemplificativo enumere-se, dentre as obrigações não salariais, indenizações, ressarcimento de gastos para exercício da atividade, diárias e ajuda de custos próprias, verbas de quilometragem e representação, participação nos lucros ou resultados desvinculada do salário, programas de alimentação e transporte, treinamento profissional, abono de férias não excedente de 20 dias, clubes de lazer [...] Com isso, resta evidente que os valores percebidos pelos empregados de natureza indenizatória, assim como os encargos sociais, não possuem natureza jurídica de salário/remuneração, logo, não constituem fato gerador da contribuição previdenciária patronal calculada sobre a folha de salários, tão pouco há que se falar na obrigação tributária

das empresas recolherem o aludido tributo sobre estas parcelas (Scaff e Arruda, 2012, p. 5).

Portanto, torna-se imperativo elucidar quais pagamentos efetuados pelo empregador, empresa ou entidades equiparadas não podem ser considerados no cálculo das contribuições previdenciárias patronais sobre a folha de pagamento.

É relevante destacar que, de acordo com a visão predominante na doutrina e jurisprudência, que inclui o entendimento do STF, somente as verbas de caráter remuneratório constantes nos contracheques, ou seja, aquelas destinadas a retribuir o trabalho, fazem parte do cálculo da contribuição previdenciária patronal. Isso implica que as verbas de natureza indenizatória, ou seja, aquelas que têm o propósito de reparar danos ou reembolsar valores descontados do empregado, não estão incluídas na base de cálculo.

Além das parcelas indenizatórias, as prestações previdenciárias, como o salário-família, também não fazem parte do cálculo da contribuição previdenciária. Ocorre que, o órgão fiscalizador, no âmbito de sua responsabilidade de arrecadação, tem defendido a inclusão de várias parcelas na base de cálculo deste tributo, resultando em autuações e multas para aqueles contribuintes que, por mera liberalidade, optam por contestar a base de cálculo do tributo.

Devido à importância desse assunto e ao volume considerável de processos que chegam aos tribunais superiores, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) atribuiu ao Recurso Especial nº 1.230.957-RS, sob a relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, a qualificação de “Recurso Repetitivo” em 23 de fevereiro de 2011. Tal designação estava regulamentada naquela época pela Lei nº 11.672/2008 e pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil - CPC de 1973 (atual artigo 1.036 e subsequente).

O mencionado Recurso Especial, que foi julgado em 26 de fevereiro de 2014, abordou diversas questões, incluindo o debate sobre a possibilidade de tributação previdenciária patronal sobre os seguintes itens: terço constitucional de férias, salário-maternidade, salário-paternidade, aviso prévio indenizado e valores pagos nos quinze dias que precedem a concessão do auxílio-doença.

Durante o julgamento, os Ministros concluíram que a contribuição previdenciária não é devida no caso do auxílio-doença, do aviso prévio indenizado e do terço constitucional de férias. Contudo, incidirá sobre os salários maternidade e paternidade.

4. DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE O TERÇO-CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS

Conforme explanado nos tópicos anteriores, o terço constitucional de férias é um direito trabalhista que corresponde a um benefício na proporção de 1/3 do valor das férias de forma adicional.

Há tempos que o Judiciário é provocado a se manifestar sobre a incidência ou não da contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias (adicional pago ao empregado, de 1/3 do seu salário, quando ele tira férias), ao argumento de que não se trata de verba destinada a remunerar o trabalho (ausente, portanto, o requisito da retributividade).

O Supremo Tribunal Federal (STF) historicamente atendeu aos pedidos dos contribuintes. Muitos foram os casos anteriores, sendo notável o posicionamento do Ministro Celso de Mello durante o julgamento do RE 571.941 AGR em 2008:

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – INCIDÊNCIA – ADICIONAL DE UM TERÇO (1/3) SOBRE FÉRIAS (CF, ARTIGO 7º, XVII) – IMPOSSIBILIDADE – DIRETRIZ JURISPRUDENCIAL FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – O Supremo Tribunal Federal, em sucessivos julgamentos, firmou entendimento no sentido da não incidência de contribuição social sobre o adicional de um terço (1/3), a que se refere o artigo 7º, XVII, da Constituição Federal. Precedentes.

Em 2009 firmou-se entendimento favorável aos contribuintes no Superior Tribunal de Justiça (STJ) (Pet 7.296/PE e 7.605/RJ), afastando-se a incidência da contribuição. Posteriormente, em fevereiro de 2014, o STJ julgou novamente a matéria de modo favorável aos contribuintes no REsp 1.230.9573 (mencionada no tópico anterior), Desta vez, sob a sistemática dos recursos repetitivos (Tema 479), o STF consolidou sua jurisprudência e estabeleceu diretrizes para as decisões dos tribunais regionais. Nessa decisão, a jurisprudência adotou o entendimento de que o terço constitucional de férias possui natureza indenizatória/compensatória e que não constitui ganho habitual do empregado. Desta forma, entendeu que não incide a contribuição previdenciária sobre o terço constitucional das férias gozadas.

Solicitado a se pronunciar em várias ocasiões sobre o assunto, o STF afirmou que a discussão sobre a incidência de tributos com base na natureza jurídica da verba é uma questão infraconstitucional. Isso foi ilustrado, por

exemplo, no ARE 954317 AGR, julgado em 28/06/2016, com a relatoria do Ministro Edson Fachin.

Tal entendimento foi ratificado quando o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que a matéria carece de repercussão geral ao analisar o RE 892.238, chegando à conclusão de que:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DO EMPREGADO. ADICIONAL DE FÉRIAS. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. DÉCIMO TERCEIRO PROPORCIONAL. AUXÍLIO-DOENÇA. HORAS EXTRAS. NATUREZA JURÍDICA DAS VERBAS. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. ENQUADRAMENTO. INTERPRETAÇÃO DA LEI 8.212/1991, DA LEI 8.213/1991 E DO DECRETO 3.038/1999. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. TEMA 908. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

A posição do STF resultou na publicação da nota PGFN/CRJ/981-17, que autorizou os procuradores da PGFN a não recorrerem de decisões que reconhecessem a não inclusão do terço constitucional de férias no cálculo da contribuição previdenciária.

Além disso, em um julgamento relacionado (Tema 163 de repercussão geral – RE 593.068) em 2019, o Pleno do STF estabeleceu que “Não incide contribuição previdenciária sobre verba não incorporável aos proventos de aposentadoria do servidor público, tais como ‘terço de férias’, ‘serviços extraordinários’, ‘adicional noturno’ e ‘adicional de insalubridade’”.

A jurisprudência estava consolidada, e os contribuintes tinham motivos para acreditar que a questão estava resolvida a seu favor. Muitos processos foram encerrados com decisões que excluíram definitivamente a contribuição para diversos contribuintes. No entanto, o STF, em agosto de 2020 (publicação do acórdão em outubro de 2020), julgou a matéria no RE 1.072.485, Tema 985 da Repercussão Geral²⁸¹, contrariamente aos interesses

²⁸¹ Tema 985 - Natureza jurídica do terço constitucional de férias, indenizadas ou gozadas, para fins de incidência da contribuição previdenciária patronal. Relator(a): MIN. ANDRÉ MENDONÇA. Leading Case: [RE 1072485](#). Descrição: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos Arts. 97, 103-A, 150, § 6º, 194, 195, inc. I, al. a e 201, caput e § 11, da Constituição da República, a natureza jurídica do terço constitucional de férias, indenizadas ou gozadas, para fins de incidência da contribuição previdenciária patronal. Tese: É legítima a incidência de contribuição social sobre o valor satisfeito a título de terço constitucional de férias. Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 985 da repercussão geral, deu parcial provimento

dos contribuintes, estabelecendo a tese de que “é legítima a incidência de contribuição social sobre o valor satisfeito a título de terço constitucional de férias”.

O entendimento na decisão compreende a natureza remuneratória da verba, por ser uma prestação de serviços de 12 meses e pelo ganho habitual da verba. Isso significa que a contribuição previdenciária patronal do INSS deve ser aplicada ao terço constitucional de férias pago juntamente com o período de férias do empregado.

No processo, o contribuinte e alguns amigos da corte apresentaram embargos de declaração querendo, além de que sejam sanadas omissões relevantíssimas. Esse desafio, por sua vez, pode resultar em alterações na decisão anterior e na modulação dos efeitos, garantindo que o novo entendimento seja aplicado somente daqui para frente, preservando as situações estabelecidas antes da mudança de interpretação. O recurso foi inicialmente julgado de forma virtual e, com a maioria dos votos a favor da modulação dos efeitos da decisão questionada, foi retirado da pauta virtual devido a um pedido de destaque, aguardando agora julgamento em uma sessão presencial.

5. IMPACTOS DA DECISÃO DO STF SOBRE AS EMPRESAS E A MODULAÇÃO DE EFEITOS

Consoante mencionado anteriormente, o STF alterou entendimento quanto à incidência da contribuição social patronal sobre o terço constitucional de férias. Ou seja, até 2020 o tema estava pacificado quanto a não incidência de contribuição previdenciária patronal sobre o terço constitucional de férias, eis que tal verba era considerada indenizatória.

No entanto, um novo entendimento em 2020 passou a considerar o terço constitucional de férias como verba remuneratória, o que permite a incidência da contribuição previdenciária.

ao recurso extraordinário interposto pela União, assentando a incidência de contribuição previdenciária sobre valores pagos pelo empregador a título de terço constitucional de férias gozadas, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Edson Fachin. Foi fixada a seguinte tese: “É legítima a incidência de contribuição social sobre o valor satisfeito a título de terço constitucional de férias”. Falaram: pela recorrente União, a Dra. Flávia Palmeira de Moura Coelho, Procuradora da Fazenda Nacional; e, pela interessada Associação Brasileira de Advocacia Tributária - ABAT, o Dr. Halley Henares Neto e o Dr. Nelson Mannrich. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello. Plenário, Sessão Virtual de 21.8.2020 a 28.8.2020.

Essa decisão acabou gerando um problema jurídico pois, mesmo sem a finalização daquele julgamento, os tribunais regionais passaram a julgar os processos, inclusive em sede de juízo de retratação, aplicando a tese estabelecida no Tema 985 da repercussão geral é aplicada retroativamente, inclusive para períodos anteriores ao julgamento do STF. Os recursos dos contribuintes têm sido rejeitados, resultando em várias decisões finais sem uma análise completa da questão.

Por isso, recentemente, em junho de 2023, o ministro André Mendonça, do Supremo Tribunal Federal (STF), determinou a suspensão nacional de todos os processos judiciais e administrativos fiscais que discutam a aplicação da contribuição previdenciária patronal sobre o terço constitucional de férias está temporariamente suspensa até que o Supremo Tribunal Federal (STF) esclareça os efeitos da decisão proferida no Recurso Extraordinário (RE) 1072485, de agosto de 2020, que reconheceu a legalidade da incidência desse tributo.

Veja-se que está configurada a celeuma jurídica no período de 2015 até 2020, pois, em razão da regra prescricional, o Fisco poderia cobrar o período de 5 anos retroativos, no entanto, o entendimento à época era outro, e isso acabaria por gerar insegurança jurídica. Diante disso, a necessidade de modulação dos efeitos da decisão do STF em relação ao período de aplicação dos seus efeitos. Já, após 2020 o recolhimento deve ser realizado, levando-se em consideração a decisão proferida pela Corte Superior.

O que se espera é que o STF resolva modular os efeitos da decisão proferida em 2020, estabelecendo efeitos a partir da decisão, impedindo que situações já consolidadas possam vir a ser discutidas novamente, o que pode gerar grande insegurança jurídica.

6. CONCLUSÃO

A Constituição Federal instituiu em seu artigo 7^a, que versa sobre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, que todo cidadão possui o direito às férias anuais remuneradas com o acréscimo de um terço a mais do seu salário.

Por sua vez, a Lei nº 8.212/1991 estabelece regras sobre a organização da seguridade social, em que se estabelece a necessidade de pagamento de contribuição previdenciária para que se possa manter seguridade, previdência e assistência.

Ocorre que a jurisprudência dos tribunais passou a considerar incidência de contribuição apenas sobre verbas remuneratórias, diante do seu caráter retributivo, afastando sobre as verbas de caráter indenizatório, servindo apenas para recompor determinado valor ao trabalhador.

Nesse sentido, tanto STJ quanto STF possuíam entendimento consolidado quanto a natureza indenizatória do terço constitucional de férias, o que acabava afastando a incidência da contribuição previdenciária patronal sobre tal verba.

No entanto, em 2020, o STF mudou o seu entendimento, passando a considerar que o terço constitucional de férias possui natureza remuneratória, sendo uma retribuição pelo trabalho desempenhado durante o período de 12 meses. Tal situação acabou ensejando a incidência da contribuição previdenciária patronal.

O julgamento ainda não foi finalizado, no entanto, diversos tribunais regionais passaram a seguir tal decisão julgando contrariamente ao contribuinte, inclusive em demandas ajuizadas com o fim de cobrar de forma retroativa valores não recolhidos antes do ano de 2020 (5 anos do prazo prescricional)

Tal situação acabou gerando insegurança jurídica, com possibilidade de decisões diferentes para situações semelhantes. Assim, em junho de 2023 em decisão proferida pelo Ministro André Marques, todos os processos foram suspensos enquanto não for finalizado o julgamento, com possibilidade de alteração do entendimento e modulação dos efeitos.

Entende-se, assim, que se mantida a decisão do STF, pela incidência da contribuição sobre o terço constitucional de férias, que sejam modulados os efeitos para que apenas sejam cobrados os valores após a publicação da decisão em 2020, mantendo-se as situações já julgadas e consolidadas sem alteração levando-se em consideração o princípio constitucional da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Karine Hadassa Ávila. Férias, **texto constitucional e o cabimento deste direito**. Out. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/335538/ferias--texto-constitucional-e-o-cabimento-deste-direito>>. Acesso em: 05 out. 2023.

LEITE, Carlos Henrique B. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553622944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622944/>. Acesso em: 08 out. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 20 mar. 2023.

BRASIL. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em, 06 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.356.978-SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, Diário de Justiça DJe de 17/09/2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24199711/recurso-especial-resp-1356978-sc-2012-0256419-9-stj/inteiro-teor-24199712?ref=juris-tabs>>. Acesso em 21 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1.072.485-PR, Rel. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 31/08/2020, DJe 01/10/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5255826>. Acesso em: 02 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Bibliografia, legislação e jurisprudência temática. repercussão geral 15 anos origens e perspectivas. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/Repercussao_geral_15_anos.pdf. Acesso em 04 out. 2023.

DÚVIDAS TRABALHISTAS. Seções Férias Anuais e Férias Coletivas. Disponível em: <http://www3.mte.gov.br/ouvidoria/duvidas_trabalhistas.asp>. Acesso em: 08 out. 2023.

FURTADO, Marcelo. INSS Patronal: você sabe o que é?. Disponível em: <<https://blog.convenia.com.br/inss-patronal/>>. Acesso em: 10 out. 2023.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito constitucional descomplicado. 2. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2008.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Manual de Direito do Trabalho. 17 ed. São Paulo: Método, 2013.

SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.59

SCAFF Fernando Facury. ARRUDA Edson Benassuly. A não incidência de contribuição previdenciária sobre verbas trabalhistas de natureza indenizatória e eventual. Atualidades Jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Belo Horizonte, ano 02, n. 02, jan/jun 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/Augusto/Downloads/Aula%2008%20Direito%20e%20Pr%C3%A1tica2Previdenci%C3%A1ria%20Leitura%2001.pdf>. Acesso em: 08 out. 2023.

SCAFF, Fernando Facury. A modulação das decisões do STF, as razões do Fisco e a irresponsabilidade fiscal. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr19/justica-tributaria-modulacao-stf-razoes-fisco-irresponsabilidade-fiscal>. Acesso em: 16 out. 2023.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Comentários à nova Lei de Férias. São Paulo: LTr, 1977.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22 ed. São Paulo: LTr, 2005. v. 2.

Enviado em 20.04.2024.

Aprovado em 04.07.2024.



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.

O NOVO CENÁRIO DAS APOSENTADORIAS EM IDADES CADA VEZ MAIS AVANÇADAS

Cristiane Vansuita²⁸²

Resumo: Com o aumento da expectativa de vida e a previsão de que até o ano de 2060 a população com idade igual ou superior a 65 anos corresponderá a mais de 25%, uma nova realidade social se instaura. Nesse cenário, consequentemente, as pessoas se aposentarão em idades cada vez mais avançadas. No caso do servidor público, o abono de permanência ainda representa um incentivo para que permaneça trabalhando até os 75 anos, idade esta que coincide com a expectativa de vida atual do brasileiro, conforme última pesquisa Censo realizada. Ora, se o momento da aposentadoria tem sido postergado para ocorrer em idades cada vez mais avançadas e se precisaremos nos manter saudáveis para estarmos na condição de “idosos na ativa”, os planos para “quando eu me aposentar” ainda fazem sentido? Metodologia: Tratou-se de uma pesquisa desenvolvida a partir do método dedutivo, utilizando-se como técnica de pesquisa a consulta bibliográfica. Conclusão: É certo que as aposentadorias se darão em idades cada vez mais avançadas. Contudo, “quando eu me aposentar” é uma questão que vai além do “eu” questionador. Poder público e sociedade devem também fazer o mesmo questionamento, voltado, no entanto, para a terceira pessoa: quando ele/ela se aposentar. Nesse sentido, é fundamental que os Entes Federativos e seus respectivos Institutos de Regimes Próprios de Previdência trabalhem em conjunto no processo de conscientização de seus servidores, eis que a educação previdenciária e financeira se torna elemento essencial, considerando que nossa sociedade futuramente será composta de

²⁸² Advogada pública, profissional certificada em nível avançado perante o Ministério da Previdência para Gestão de RPPS, MBA em Regime Próprio de Previdência, Especialista em Direito Civil e Processo Civil, Especialista em Direito Público com ênfase em Gestão Pública, Graduada em Direito e Gestão Pública, Membro da Comissão da Advocacia Pública da OAB Joinville, Conselheira da OAB Joinville, Gestão 2019-2021. E-mail: cristianeansuita.adv@hotmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1980887172575529>

percentual considerável de pessoas de terceira idade. Portanto, é de suma importância que essa parcela da população possua segurança financeira, já que uma população longeva com escassez desse tipo de recurso certamente representará um imenso desafio à cidade, ao estado, ao país. Do contrário, contribuirá e muito para o progresso social no qual está inserida.

Abstract: With the increase in life expectancy and the forecast that by the year 2060 the population aged 65 or over will account for more than 25%, a new social reality is emerging. In this scenario, people will consequently retire at increasingly advanced ages. In the case of civil servants, the permanence allowance still represents an incentive to keep working until the age of 75, an age that coincides with the current life expectancy of Brazilians, according to the latest Census survey. Now, if the moment of retirement has been postponed to occur at increasingly advanced ages and if we need to stay healthy in order to be “active seniors”, do plans for “when I retire” still make sense? **Methodology:** This was a qualitative study based on the deductive method, using bibliographic research as the research technique. **Conclusion:** It is true that retirements will take place at increasingly advanced ages. However, “when do I retire” is a question that goes beyond our questioning selves. Public authorities and society must also ask the same question, but with a third person in mind: when he/she retires. The answer to this question will affect society as a whole! Furthermore, it is during their working lives that civil servants need to become aware of the need to plan for the future. In this sense, it is essential that the Federative Entities and their respective Institutes of Private Pension Schemes work together to raise awareness among their civil servants, since pension and financial education has become an essential element, considering that in the future our society will be made up of a considerable percentage of senior citizens. It is therefore of the utmost importance that this section of the population has financial security, since a long-lived population with a shortage of this type of resource will certainly represent an immense challenge for the city, the state and the country. Otherwise, it will contribute greatly to the social progress in which it is inserted.

Palavras-Chave: Aposentadoria; Expectativa de Vida.

Keywords: Retirement; Life expectancy.

Sumário: 1. Introdução; 2. Expectativa de vida: novo cenário; 3. Algumas alterações para a aposentadoria do servidor público introduzidas pela Emenda Constitucional n. 103/2019; 4. A garantia da estabilidade no serviço público; 5. O abono de permanência como incentivo à permanência no cargo; 6. Os programas de preparação para a aposentadoria; 7. Conclusões; Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Em 2011 ingressei pela primeira vez no serviço público. Desde lá, reiteradamente tenho ouvido a frase “Quando eu me aposentar...”. “Quando eu me aposentar”, irei fazer o curso de idioma, as aulas de natação, morarei na praia, visitarei os parentes que moram longe, me permitirei os cafés no meio da semana, comprarei uma bicicleta e pedalarei quilômetros, ingressarei na faculdade para fazer aquele curso que sempre sonhei, etc....

Conforme Iten²⁸³ há a expectativa de que até o ano de 2060 a população com idade igual ou superior a 65 anos corresponderá a mais de 25%. E isso é ótimo, pois reflete a realidade de que as pessoas estão vivendo mais. No entanto, essa nova realidade que se apresenta nos remete a uma série de reflexões, seja sob o ponto de vista social, econômico, financeiro, legal e sem sombra de dúvidas, previdenciário.

De fato, o sistema previdenciário vem sendo amplamente debatido ensejando em algumas reformas ao longo do tempo a fim de que se mantenha sustentável. Referidas reformas ensejaram em aposentadorias com idades cada vez mais avançadas.

Em atendimento à Política Nacional do Idoso, que através da lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994, em seu art. 10, IV, alínea “c”, propõe a criação e a manutenção de programas de preparação para aposentadoria nos setores públicos com antecedência mínima de dois anos antes do afastamento, Institutos de Previdência frequentemente apresentam programas de pré e pós aposentadoria com a finalidade de oferecer aos servidores que estão próximos à aposentadoria ou até mesmo que já se aposentaram a oportunidade de “refletirem sobre a nova fase bem como planejarem o futuro”.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo analisar a atual expectativa de vida dos brasileiros, bem como as atuais regras de previdência introduzidas pela Emenda Constitucional 103/2019, propondo a reflexão acerca da necessidade de uma eventual reformulação de conceitos e paradigmas. Ora, se o momento da aposentadoria tem sido postergado para ocorrer em idades cada vez mais avançadas e se precisaremos nos manter saudáveis para estarmos na condição de “idosos na ativa”, os planos para “quando eu me aposentar” ainda fazem sentido?

²⁸³ ITEN, Cláudia Fernanda. Você está preparado para viver 100 anos? Longevidade: conquistas e desafios. Brasília, 2024. p. 37.

2. EXPECTATIVA DE VIDA: NOVO CENÁRIO

Brad Pitt, 60 anos. Tom Cruise, 62 anos. Demi Moore, 61 anos. Esses são exemplos de alguns “idosos” famosos da atualidade. Mas não se trata apenas de celebridades, tratam-se de figuras que se mantêm como ícones da beleza, disposição física, plena atividade profissional e sucesso. Por óbvio que nem todas as mulheres ou homens acima de 60 anos se mantêm com os mesmos atributos que as celebridades inicialmente mencionadas. Mas é certo que a expectativa de vida no Brasil teve aumento significativo.

Em matéria de autoria de Humberto Schwabe no Jornal Gazeta do Bairro, (SCHVABE, 2023), em 4 de agosto de 1960, o Jornal do Commercio fez uma matéria relatando que um ônibus havia entrado na casa de Maria Oliveira, na época com 42 anos. Olhando hoje para a matéria, o que mais impressiona é o seu título: “Ônibus entrou na casa humilde e foi apanhar a velhinha de 42 anos” Em 1960, portanto, pessoas com 42 anos de idade eram consideradas “velhinhas” para a sociedade brasileira.

Conforme notícia veiculada no site do instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE em 29/11/2023, a expectativa de vida no Brasil seria 75,5 anos.²⁸⁴

Segundo informações trazidas por Iten²⁸⁵ no ano de 1940, esperava-se que uma pessoa nascida no Brasil vivesse 45,5 anos. E a partir dessa informação, o título da notícia no “Jornal do Commercio” faz total sentido, pois de fato a Sra. Maria Oliveira, aos 42 anos em 1960, já poderia ser considerada uma anciã desfrutando dos poucos anos de vida previstos para ela. Ainda, em 1991, três anos antes da publicação da Lei 8.842, de 04 de janeiro de 1994, a qual dispôs sobre a política nacional do idoso, a expectativa de vida geral do brasileiro era de 66,9 anos de idade. O certo é que de 1940 a 2022, portanto, o aumento da expectativa de vida do brasileiro foi por volta de 30 anos. Esse aumento deu-se por diversos motivos a todo o tempo veiculados: desenvolvimento econômico, da medicina, sanitário, educação, etc.

Merece ser mencionado um recente estudo de coautoria de S.Jay Olshansky, epidemiologista da Universidade de Illinois em Chicago, que

²⁸⁴ Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9126-tabuas-completas-de-mortalidade.html>>. Acesso em: 23/09/2024.

²⁸⁵ ITEN, Cláudia Fernanda. Você está preparado para viver 100 anos? Longevidade: conquistas e desafios. Brasília, 2024. p. 14.

analisou dados de mortalidade de dez países ou regiões nas últimas décadas e concluiu que a expectativa de vida humana pode estar diminuindo, sugerindo que “que a sobrevivência até os 100 anos dificilmente excederá 15% para mulheres e 5% para homens.”:²⁸⁶

Mudanças em instituições existentes que dependem da estimativa da expectativa de vida, como planejamento de aposentadoria 37 e preços de seguro de vida construídos com uma suposição de expectativa de vida de 100 anos como base, provavelmente estão superestimando a sobrevivência por uma ampla margem para a maioria das pessoas 38 .

Seria otimista se 15% das mulheres e 5% dos homens em qualquer coorte de nascimentos humanos pudessem viver até os 100 anos na maioria dos países neste século (mesmo que qualquer uma das taxas de mortalidade de melhores práticas compostas recentemente estimadas fosse alcançada sob condições ótimas) — um limite que poderia teoricamente ser violado, mas apenas se fossem desenvolvidos geroterapias que retardassem o envelhecimento biológico. Mesmo assim, a sobrevivência até os 100 anos para a maioria das pessoas não é uma certeza.

O mesmo artigo pondera ainda que “As evidências apresentadas aqui indicam que a era de rápidos aumentos na expectativa de vida humana devido à primeira revolução da longevidade terminou.”

De todo modo, um bebê nascido em 2022 no Brasil, em situações normais, contará com 27.557 dias de vida para construir sua história, considerando áreas da vida, como por exemplo, sentimental, familiar, espiritual, financeira e carreira profissional.

3. ALGUMAS ALTERAÇÕES PARA A APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO INTRODUZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 103/2019

No Brasil temos três espécies de regimes previdenciários: o Regime Geral de Previdência (RGPS), os Regimes Próprios de Previdência Social dos Servidores Públicos (RPPS) e o Regime de Previdência Complementar.

²⁸⁶ <https://www.nature.com/articles/s43587-024-00702-3>

É importante contextualizar que desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 diversas foram as alterações no sistema previdenciário dos servidores públicos, sobretudo porque ela manteve o modelo já concebido de que a aposentadoria do servidor público representaria uma espécie de “prêmio” àquele que dedicou anos de trabalho à administração pública, não exigindo contribuição previdenciária como contrapartida.

Dessa maneira, a Emenda à Constituição 03/93 preocupou-se com o custeio; a 20/1998, com a reestruturação da previdência do servidor público titular de cargo efetivo; a 41/2003, com o cálculo e reajuste dos proventos; a 47/2005, tratou da aposentadoria especial do servidor titular de cargo efetivo; a 70/2012, alterou as regras da aposentadoria por invalidez; a 88/2015, disciplinou a aposentadoria compulsória e, atualmente, a 103/2019 que reestruturou novamente o regime próprio de previdência.

Até a EC n. 103/2019 tínhamos, como regra geral para o servidor público, que os homens poderiam se aposentar aos 60 anos de idade e 35 anos de tempo de contribuição e as mulheres aos 55 anos de idade e 30 anos de tempo de contribuição, além de, para ambos os sexos, 20 anos de tempo de serviço, 10 anos de carreira e 05 anos no cargo.

No entanto, a partir da citada emenda constitucional, significativas alterações na previdência social do servidor público foram realizadas. Destaco, inicialmente, a desconstitucionalização das regras de previdência, que representou a possibilidade de os entes federativos editarem as suas próprias regras quanto à idade e demais requisitos para a aposentadoria de seus servidores, bem como a forma de cálculo da pensão por morte a ser concedida aos respectivos dependentes deles.

Merece ainda destaque, considerando o tema do presente artigo, a inovação trazida pela Emenda Constitucional 103/2019 quanto ao disposto no inciso I, § 1º. Do art. 40 da Constituição Federal que trata da aposentadoria por incapacidade permanente para o trabalho em substituição à aposentadoria por invalidez. A nova nomenclatura já evidencia que para ter direito ao referido benefício previdenciário, é necessário que a doença, moléstia ou acidente inviabilize o servidor de realizar qualquer trabalho. No esclarecedor exemplo trazido por Martins²⁸⁷: “Em um exemplo de simples entendimento, um professor que não pode mais ministrar aula, mas ainda

²⁸⁷ MARTINS, Bruno Sá Freire. A Nova Previdência dos Servidores Públicos. Curitiba: Alteridade, 2021. p. 83.

tenha condições de atuar no comércio como vendedor, por exemplo, terá indeferida sua aposentadoria por incapacidade para o trabalho”.

Ainda, outro destaque que se traz aqui é quanto à nova modalidade de aposentadoria, qual seja, a aposentadoria voluntária, que se trata da unificação das até então aposentadorias por tempo de contribuição e idade e aposentadoria por idade:

Art. 40. [...]

III - no âmbito da União, aos 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, e aos 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na idade mínima estabelecida mediante emenda às respectivas Constituições e Leis Orgânicas, observados o tempo de contribuição e os demais requisitos estabelecidos em lei complementar do respectivo ente federativo.

Como se percebe, o requisito de idade para os servidores estaduais, distritais e municipais devem ser fixados através de emenda às respectivas constituições e leis orgânicas, e os demais requisitos através de lei complementar deles.

Vê-se, portanto, que como regra geral de aposentadoria, a depender do ente federativo, a previsão poderá ser a de que o respectivo servidor público, vinculado a regime próprio de previdência, se aposente com idades superiores ou inferiores a 62 anos (mulher) ou 65 anos (homem). Ou seja, no município “X” o servidor público se aposentará aos 62 anos (mulher) ou 65 (homens). E no município “Y”, o servidor se aposentará aos 55 anos, se mulher e aos 60 anos, se homem, por exemplo.

A despeito da liberdade de os entes federativos poderem legislar de maneira independente, é possível observar que, além dos demais requisitos, as idades para a aposentadoria correspondentes a 55 anos (mulheres) e 60 anos (homens), a partir da Emenda Constitucional 103/2019 foram elevadas (ao menos para o servidor público federal) para 62 anos (mulheres) e 65 anos (homens).

4. A GARANTIA DA ESTABILIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO

Conforme art. 37 da Constituição Federal de 1988, o acesso a cargo, emprego ou função pública são acessíveis a brasileiros e a estrangeiros, sendo que para que eles o usufruam para cargo ou emprego público precisarão submeter-se à realização de prévio concurso público de provas ou de provas e títulos.

Para Di Pietro, Motta e Ferraz²⁸⁸:

A realização de certame competitivo prévio ao acesso aos cargos e empregos públicos objetiva realizar os princípios consagrados em nosso sistema constitucional, notadamente aos princípios da democracia e isonomia, e efetiva-se por meio de procedimento administrativo. Utilizando-se desse mecanismo, atendem-se também as exigências do princípio da eficiência, nesse momento entendido como a necessidade de selecionar os mais aptos para ocupar as posições em disputa e proporcionar uma atuação estatal otimizada.

Portanto, o certame competitivo foi a maneira encontrada pelo legislador para proporcionar a todos, em igualdade de condições, a possibilidade de adentrar no serviço público, e ainda, selecionar aqueles mais bem preparados para tanto, a partir de critérios preestabelecidos.

Dessa maneira, em sendo aprovado, o candidato será investido no exercício do cargo ou emprego público, em ato denominado de Provimento.²⁸⁹ Cumpre observar, que para a hipótese de exercício de cargo dá-se o “Provimento Efetivo”.

Conforme Maria Sylvania Zanella Di Pietro, Fabrício Motta e Luciano de Araújo Ferraz²⁹⁰:

O provimento ainda pode ser classificado, quanto à sua durabilidade, em efetivo, vitalício e em comissão, classificação essa somente aplicável aos cargos. [...] Provimento efetivo é o que se faz em cargo público, mediante nomeação por concurso público, assegurando ao servidor, após três anos de exercício, o direito de permanência no cargo, do qual só pode ser destituído por sentença judicial, por processo administrativo em que seja assegurada ampla defesa ou por procedimento de avaliação periódica de desempenho, também assegurado o direito à ampla defesa.

²⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. *Servidores Públicos na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas S/A, 2011. p. 21.

²⁸⁹ Maria Sylvania Zanella Di Pietro, Fabrício Motta e Luciano de Araújo Ferraz (*Servidores Públicos na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas S/A, 2011, p. 59) conceituam Provimento como o ato pelo qual o servidor público é investido no exercício do cargo, emprego ou função.

²⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. *Servidores Públicos na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas S/A, 2011. p. 63.

De fato, é o que dispõe o art. 41 da Constituição Federal. Assim, uma vez aprovado em concurso público bem como no estágio probatório (auferido através de avaliação especial realizada por comissão designada), após três anos de efetivo exercício, o servidor público apenas perderá o cargo nas hipóteses previstas constitucionalmente acima elencadas.

Nos dizeres de Reinaldo Couto e Álvaro Capagio²⁹¹:

A estabilidade pode ser conceituada como garantia constitucional outorgada, de maneira personalíssima, aos titulares de cargos públicos efetivos- após o cumprimento de certas condições e do advento de termo- que impede o desligamento do serviço público sem a observância de requisitos estabelecidos na própria constituição.

É preciso destacar que a garantia da estabilidade para o detentor de cargo público tem uma razão de ser e se mostra fundamental. É ela que garante o livre exercício do cargo pelo servidor, sem receio ou medo de manifestar-se nos exatos ditames da lei por conta de futuras represálias.

Assim, uma vez adquirida a estabilidade e não ocorrendo as hipóteses para a perda do cargo elencadas no § 1º. Do art. 41 da Constituição Federal, o servidor público, detentor de cargo efetivo e vinculado a regime próprio de previdência poderá permanecer no cargo até a data em que completar 75 anos de idade, ocasião em que será aposentado compulsoriamente.²⁹²

5. O ABONO DE PERMANÊNCIA COMO INCENTIVO À PERMANÊNCIA NO CARGO

O § 19 do art. 40 da Constituição Federal trata do Abono de Permanência:

§ 19. Observados critérios a serem estabelecidos em lei do respectivo ente federativo, o servidor titular de cargo efetivo que tenha

²⁹¹ COUTO, Reinaldo; CAPAGIO, Álvaro. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 1218.

²⁹² Art. 40. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. [...]

II - compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar.

completado as exigências para a aposentadoria voluntária e que opte por permanecer em atividade poderá fazer jus a um abono de permanência equivalente, no máximo, ao valor da sua contribuição previdenciária, até completar a idade para aposentadoria compulsória. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

Ao conceituar o abono de permanência, Barroso Lima Brito de Campos²⁹³ o fez nos seguintes termos:

O denominado abono de permanência foi criado com a Emenda Constitucional 20/98 (...) como forma de incentivar o servidor que tivesse completado as exigências para a aposentadoria e continuar no serviço público mediante isenção da contribuição previdenciária, até que completasse os requisitos para a aposentadoria voluntária integral com base nas regras propostas no art. 40,§ 1o., III, “a” da Constituição de 1988.

O abono de permanência, portanto, na sistemática atual, consiste no recebimento de valor mensal equivalente a, no máximo, da contribuição previdenciária daquele servidor que permanecer trabalhando mesmo após a implementação dos requisitos para alguma regra de aposentadoria.

A primeira observação que se faz é que o abono de permanência teve sua criação com a EC n. 20/98, ocasião em que o servidor poderia se aposentar com proventos proporcionais aos 30 anos “de serviço” se homem e aos 25, se mulher e poderia, portanto, receber abono de permanência até completar 35 anos de serviço se homem e 30, se mulher, ocasião em que se aposentaria com proventos integrais e não mais poderia continuar recebendo o abono de permanência. Em um simples exercício mental e apenas a título de argumentação, se considerarmos um homem que ingressasse no mercado de trabalho aos 18 anos de idade, este contaria com 30 anos de tempo de serviço aos 48 anos e já teria direito ao recebimento de abono de permanência, podendo continuar com o recebimento até os 53 anos de idade, ocasião em que contaria com 35 anos de tempo de serviço e deveria sair aposentado.

A segunda observação, é que a partir da Emenda Constitucional 103/19, a data limite para o servidor permanecer em atividade recebendo

²⁹³ CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Previdência dos Servidores Públicos*. Curitiba: Juruá, 2022. p. 449.

abono de permanência deixou de ser a implementação dos requisitos para a aposentadoria voluntária integral e passou a ser a idade para a aposentadoria compulsória. Dessa maneira, no regramento atual, o servidor público poderá permanecer no serviço público, recebendo abono de permanência até completar 75 anos de idade.

6. OS PROGRAMAS DE PREPARAÇÃO PARA A APOSENTADORIA

A Lei 8.442, de 4 de janeiro de 1994, dispõe sobre a política nacional do idoso, estabelecendo em seu artigo 10, inciso IV, alínea “c”, que na área de trabalho e previdência social, na implementação da política nacional do idoso, deve-se ser criado e estimulado a manutenção de programas de preparação para aposentadoria nos setores público e privado com antecedência mínima de dois anos antes do afastamento.

Ao se pesquisar alguns programas de pré-aposentadoria, observa-se as seguintes descrições:

1) Programa de Preparação para a Aposentadoria do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina: “O Programa de Preparação para a Aposentadoria tem a finalidade de oportunizar aos servidores efetivos e comissionados que estão próximos da aposentadoria ou que já se aposentaram (há no máximo 2 anos), momentos de reflexão e planejamento em relação ao futuro. Para isso aborda temas como significado do trabalho e da aposentadoria, planejamento financeiro, aspectos legais para tomada de decisão, ciclo vital, autocuidado e saúde, expectativas, sonhos e perspectivas diante da aposentadoria”.

2) Programa de Preparação para Aposentadoria para o servidor público do município de Joinville: “Você já conhece o Nova Vida-PPA? É o Nova Vida - Preparação para Aposentadoria do Ipreville. Sabemos que a aposentadoria implica em muitas mudanças, além do afastamento do trabalho: novos hábitos cotidianos, dinâmica familiar e a reestruturação da identidade pessoal. Por isso, é importante uma preparação. E é isso o que o Nova Vida – PPA te ajuda a fazer!

Vê-se, portanto, que basicamente os programas vêm com a proposta de preparação para uma “a nova vida”, vida essa de muitas possibilidades a partir do afastamento do trabalho, inclusive com a possibilidade de um novo trabalho.

Em 1994, quando da edição da lei supramencionada, as regras vigentes para a aposentadoria do servidor público eram aquelas estabelecidas pela Constituição Federal de 1888. Na ocasião, conforme estabelecido na redação original do art. 40, o servidor poderia se aposentar voluntariamente aos trinta e cinco anos “de serviço”, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais. Ainda, aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo. E por fim, aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço. Portanto, em 1994, quando da edição da Lei 8.442/94, com uma expectativa de vida de 66,9 anos de idade (dados de 1993) se o servidor homem tivesse começado a trabalhar aos 18 anos de idade, por exemplo, aos 53 anos de idade poderia se aposentar, eis que já contaria com 35 anos de serviço e não lhe era exigido nenhuma outra condição. Grosso modo, considerando a expectativa de vida da ocasião, estaria se preparando para os seus “últimos” treze anos de vida.

Por outro lado, considerando as regras atuais, se esse mesmo servidor tivesse começado a trabalhar aos 18 anos de idade, precisaria trabalhar até os 65 anos de idade para se aposentar. Ou seja, teria trabalhado, no mínimo, por 47 anos. Considerando a expectativa de vida atual de 75,5 anos, estaria se preparando para os seus “derradeiros” dez anos de vida.

Sendo assim, dos exemplos acima e sempre considerando a expectativa de vida do brasileiro, duas situações merecem ser observadas: 1) No primeiro exemplo, o servidor trabalharia por 35 anos e, em eventual programa de pré- aposentadoria estaria se preparando para desfrutar de treze anos em sua “nova vida” de aposentado; 2) No segundo exemplo, o servidor teria trabalhado por 47 anos e, no mesmo programa, estaria se preparando para realizar planos para uma “nova vida” a serem vivenciados nos próximos dez anos.

De todo modo, hodiernamente, se os programas de preparação para a aposentadoria propõem reflexões para a “nova vida de aposentado” ao servidor já idoso e que a essa altura já laborou por no mínimo quarenta e cinco anos e está a dois de se aposentar, é necessário que se pondere também o incentivo a programas para o servidor que está em plena atividade, de maneira contínua, a fim de incentivá-lo a ações sustentáveis no que diz respeito ao planejamento financeiro, à saúde física e emocional, à qualidade de vida e, inclusive, à carreira. É preciso atentar-se para o fato de que, inevitavelmente, servidores e trabalhadores idosos se encontrarão no mercado

de trabalho, ativamente, antes de implementarem as condições necessárias para a aposentadoria.

Quanto à carreira profissional, Krznic²⁹⁴, pensador cultural fundador da The School of Life e um dos mais importantes pensadores sobre estilo de vida do Reino Unido, escreveu que:

Uma maneira útil de pensar sobre esta questão é que ficamos presos entre dois tipos de arrependimento. Por um lado, o arrependimento de abandonar a carreira para a qual dedicamos tanto tempo, energia e emoção. De outro, a possibilidade de olhar para trás quando envelhecemos e lamentar o fato de não termos abandonado um trabalho que não nos proporcionou o tão desejado sentimento de realização.

E, citando Dostoiévski, continua o citado autor: “O castigo mais terrível para qualquer ser humano, escreve Dostoiévski, seria a condenação a uma vida inteira de trabalho ‘absolutamente desprovido de utilidade e sentido’.”²⁹⁵

Ainda, conforme Iten²⁹⁶ em sua obra “Você está preparado para viver 100 anos?”, destacou que:

Além disso, o aumento da expectativa de vida levanta questões sobre a qualidade desse envelhecimento. Como garantir que os anos adicionais sejam vividos com saúde, dignidade e independência? Como o Brasil pode desenvolver políticas e programas que prolonguem a vida e, também, melhorem sua qualidade?

Sendo assim, percebe-se que preparação para aposentadoria diz muito mais respeito às ações individuais e programas coletivos no decorrer da vida ativa laboral e não apenas a dois anos da data de aposentadoria.

7. CONCLUSÃO

Estudo recente mencionado neste artigo, concluiu que “a sobrevivência até os 100 anos dificilmente excederá 15% para mulheres e 5% para

²⁹⁴ KRZNIC, Roman. Como encontrar o trabalho da sua vida. Tradução: Daniel Estill. Objetiva, 2012. p. 13.

²⁹⁵ KRZNIC, Roman. Como encontrar o trabalho da sua vida. Tradução: Daniel Estill. Objetiva, 2012. p. 51.

²⁹⁶ ITEN, Cláudia Fernanda. Você está preparado para viver 100 anos? Longevidade: conquistas e desafios. Brasília, 2024. p. 65.

homens”. Ainda, que em que pese a expectativa de vida humana ao nascer tenha aumentado nas nações de alta renda em aproximadamente 30 anos, a não ser que “os processos de envelhecimento biológico possam ser significativamente retardados, a extensão radical da vida humana é implausível neste século”.²⁹⁷

É certo que as aposentadorias se darão em idades cada vez mais avançadas. Com o aumento da expectativa de vida, os sistemas previdenciários precisaram se adequar à nova realidade a fim de se manterem sustentáveis atuarialmente.

Estamos agora testemunhando um número crescente de aposentados, apoiados por uma base de segurados contribuintes proporcionalmente menor – e cada vez menor. Isso representa um desafio significativo para a sustentabilidade financeira dos sistemas de previdência, que dependem da contribuição contínua de uma grande massa de segurados para financiar as aposentadorias atuais e formar reserva financeira para as futuras.²⁹⁸

Assim, é possível concluir que “quando eu me aposentar” é uma questão que vai além do “eu” questionador. Poder público e sociedade devem também fazer o mesmo questionamento, voltados, no entanto, para a terceira pessoa: quando ele/ela se aposentar. A resposta a essa pergunta apresentará reflexos para toda a sociedade.

Sem dúvida alguma, um dos maiores desafios para a população idosa é a situação financeira após a aposentadoria. No entanto, é durante a vida ativa do servidor que ele precisa tomar ciência da necessidade de se programar para o futuro. Nesse sentido, é fundamental que os Entes Federativos, juntamente a seus respectivos Institutos de Regimes Próprios de Previdência, trabalhem em conjunto nesse processo de conscientização, eis que a educação previdenciária e financeira se torna ação essencial. Ainda, considerando que nossa sociedade futuramente será composta de percentual considerável de pessoas de terceira idade, é de suma importância para o progresso social na qual está inserida, que essa parcela da população possua segurança financeira, já que

²⁹⁷ ADAM, D. Aumento da expectativa de vida em países ricos desacelera: por que a descoberta levou 30 anos para ser provada. *Nature*, 2024. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/d41586-024-03244-1>. Acesso em 11 out. 2024.

²⁹⁸ ITEN, Cláudia Fernanda. Você está preparado para viver 100 anos? Longevidade: conquistas e desafios. Brasília, 2024

uma população longeva com escassez de recursos financeiros certamente representará um imenso desafio às cidades, aos estados, ao país.

No entanto, outro aspecto ainda merece atenção: se é certo que as pessoas se aposentarão cada vez mais tarde, estando ainda em plena atividade durante fase da vida em que já serão idosos até que preencham o requisito etário para o alcance do benefício previdenciário de aposentadoria, o servidor público ainda tem o incentivo, através do abono de permanência, para que permaneça trabalhando até os 75 anos de idade, quando deverá ser aposentado compulsoriamente. Ou seja, considerando os dados do Censo realizado em 2022, que apontou uma expectativa de vida de 75,5 anos para o brasileiro, o servidor público se manteria em atividade até o “final da vida” esperada.

Portanto, a premissa “quando eu me aposentar” para que se procrastinem determinadas ações e realizações ao longo da vida não faz mais sentido no momento atual e muito menos fará em um futuro próximo. As reformas previdenciárias ocorridas até aqui e aquelas que ainda serão necessárias, evidenciam que é preciso uma reprogramação de mentalidade quanto à maneira de viver, sobretudo no que diz respeito à busca de realização de planos e sonhos, sem relacioná-los ou condicioná-los ao evento “aposentadoria”.

Uma sociedade feliz, próspera e saudável é composta de pessoas realizadas. Saúde física e emocional, em situações normais, ou seja, sem algum evento extraordinário, são conquistas advindas de ações contínuas e conscientes.

Portanto, os planos de fazer aquela viagem, mudar de casa, começar aquele curso, colocar em prática aquele projeto escondido na gaveta, visitar os parentes distantes, fazer atividade física, fazer o planejamento previdenciário, guardar recursos financeiros e tantos outros, devem ser colocados em prática imediatamente, inserindo-os naturalmente no decorrer do tempo, pois, conforme apresentou Krznic (2012, p.13), “a forma de arrependimento mais emocionalmente corrosiva ocorre quando deixamos de agir em relação a algo que é profundamente importante para nós”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAM, D. Aumento da expectativa de vida em países ricos desacelera: por que a descoberta levou 30 anos para ser provada. *Nature*, 2024. Disponível em: <<https://www.nature.com/articles/d41586-024-03244-1>>. Acesso em 11 out. 2024.

BRASIL, Portal da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 30 set. 2024.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Previdência dos Servidores Públicos*. Curitiba: Juruá, 2022.

COUTO, Reinaldo; CAPAGIO, Álvaro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. *Servidores Públicos na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas S/A, 2011.

IBGE. Em 2022 expectativa de vida era de 75,5 anos. Rio de Janeiro: IBGE, 2023. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/38455-em-2022-expectativa-de-vida-era-de-75-5-anos>. Acesso em: 16 de setembro de 2024.

ITEN, Cláudia Fernanda. *Você está preparado para viver 100 anos? Longevidade: conquistas e desafios*. Brasília, 2024.

JOINVILLE, Instituto de Previdência Social dos Servidores Públicos do Município de Joinville. Disponível em: <https://www.ipreville.sc.gov.br/>. Acesso em 07 out. 2024.

KRZNARIC, Roman. *Como encontrar o trabalho da sua vida*. Tradução: Daniel Estill. Objetiva, 2012.

MARTINS, Bruno Sá Freire. *A Nova Previdência dos Servidores Públicos*. Curitiba: Alteridade, 2021.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. *Programa de Preparação para a Aposentadoria - Servidor - Poder Judiciário de Santa Catarina*. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/servidor/programa-de-preparacao-para-a-aposentadoria>. Acesso em: 02 out. 2024.

SCHVABE, H. A. “Velhinha” de 42 anos. Disponível em: <https://gazetadobairro.com.br/velhinha-de-42-anos/>. Acesso em: 16 set. 2024.

Enviado em 15.10.2024.

Aprovado em 07.02.2025.



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.

NEGÓCIOS JURÍDICOS, FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL E PERSPECTIVAS PARA OS PROCESSOS ESTRUTURAIS

Leonardo Fortes Rocha Brizola²⁹⁹

Vitória Fischer Borges³⁰⁰

Resumo: O foco do artigo é a análise das potencialidades dos Negócios Jurídicos Processuais Atípicos, flexibilização procedimental e às inovações trazidas pelo anteprojeto de Lei dos Processos Estruturais. O trabalho foi elaborado segundo os métodos dedutivo e qualitativo de pesquisa. Isto é, desenvolveu-se a partir da consulta a livros, artigos científicos, teses e dissertações, bem como às disposições legais que hodiernamente são aplicadas aos processos coletivo-estruturais. Parte significativa do estudo fundamentou-se na análise do Anteprojeto de Lei dos Processos Estruturais. Outrossim, considerando as inovações por este trazidas, especialmente aquelas que viabilizam a criação de soluções consensuais e adaptáveis, o trabalho discute a aplicação do art. 190, CPC/15. Por fim, destacou-se o papel desempenhado por tal dispositivo na promoção do diálogo intraprocessual, bem como suas potencialidades.

Abstract: The focus of the article is an analysis of the potential of Atypical Procedural Legal Transactions, procedural flexibility and the innovations brought about by the draft Law on Structural Processes. This work was prepared using the deductive and qualitative research methods. In other words, it was developed by consulting books, scientific articles, theses and dissertations, as well as the legal provisions that are currently applied to

²⁹⁹ Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Pós-Graduando em Processo Civil pela Escola Paranaense de Direito. Membro das comissões de arbitragem e de precatórios da OAB/PR. E-mail: leonardorfortes@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1055382285823619>

³⁰⁰ Advogada. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Atualmente integra o Grupo de Estudos de Direito Processual Civil (GEDPC), vinculado à PUCPR. E-mail: vitoriafischerr@outlook.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3195325135697931>

collective-structural proceedings. A significant part of the study was based on an analysis of the Draft Law on Structural Proceedings. Furthermore, considering the innovations it brings, especially those that enable the creation of consensual and adaptable solutions, the work discusses the application of art. 190, CPC/15. Finally, it highlights the role played by this provision in promoting intra-procedural dialog, as well as its potential.

Palavras-Chave: Litígios Complexos. Negócios Jurídicos Processuais Atípicos. Consensualidade. Flexibilidade. Procedimento Comum.

Keywords: Complex disputes. Atypical Procedural Legal Transactions. Consensuality. Flexibility. Common Procedure.

Sumário: 1. Introdução. 2. Os novos rumos dos litígios complexos: a flexibilização procedimental proposta pelo Anteprojeto de Lei dos Processos Estruturais; 3. Notas sobre a flexibilização procedimental; 4. Negócios jurídicos processuais atípicos e litígios complexos 5. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Os processos estruturais são espécies de processos coletivos, e pretendem a reorganização de uma instituição ou arranjo burocrático (público ou privado) que, pela forma com que opera, viole (ou permita a violação) direitos³⁰¹. A solução para tais litígios, ditos policêntricos³⁰², não encontra alicerce no procedimento comum clássico.

Vitorelli³⁰³ é claro ao afirmar que problemas policêntricos são aqueles que incluem centros de interesse heterogêneos, mas juridicamente protegidos no mesmo conflito. O problema a ser remediado deve ser irradiado, ou seja, ter “[...] lugar no contexto de uma violação que atinge subgrupos sociais diversos, com intensidades e de formas diferentes, afetando os interesses desses subgrupos de modos distintos [...]”³⁰⁴.

³⁰¹ VITORELLI, Edilson. Levando conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*. v. 284, p. 333-369, out./2018.

³⁰² VIOLIN, Jordão. Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. Tese (Doutorado em Direito). Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart – Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2019.

³⁰³ VITORELLI, Edilson. Levando conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*. v. 284, p. 333-369, out./2018.

³⁰⁴ VITORELLI, Edilson. Levando conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*. v. 284, p. 333-369, out./2018. p. 340.

Tamanha complexidade demanda a tomada de providências prospectivas, graduais e duradouras. O que, sabe-se, alcançar-se-á com a adoção de novas técnicas processuais.

Aliás, autores como Abram Chayes³⁰⁵, há muito, apontam para a insuficiência do modelo processual tradicional, orientado para a resolução de lides bipolares³⁰⁶. Para o jurista, a litigância moderna compreende conflitos que não surgem apenas de disputas entre particulares acerca de interesses privados, mas, também, aqueles que decorrem de violação e/ou reivindicação por políticas públicas ou medidas constitucionais. Com efeito, Chayes já destacava a necessidade de se reconhecer o processo como meio de confecção de política.

Assim, ao julgador caberia a realização de análises consequencialistas, bem como a organização, gestão e facilitação do processo - verdadeiro policy planner and manager. Abram Chayes sugere, ademais, que a condução dos processos de litigância pública deveria ser dialógica e negociada, de modo a se conferir maior controle às partes³⁰⁷.

Owen Fiss foi além e defendeu que, o papel do magistrado é permitir a verdadeira construção de uma estrutura processual representativa e dialógica³⁰⁸.

Por consequência, o grande desafio que se apresenta é o escorreito, adequado e legítimo uso das técnicas processuais estruturantes, especialmente quando o processo é usado como forma de confecção de política pública. Neste contexto, a doutrina (e mais especificamente, os juristas que compõem a comissão responsável pela elaboração do Anteprojeto de Lei dos Processos Estruturais) aponta que o diálogo democrático e construtivo é a principal forma de se garantir a efetiva concretização dos fins dos processos estruturais - ou seja, a reorganização da estrutura desestruturada.

Feitas tais considerações, é preciso destacar, desde logo, que não há legislação (ao menos por hora) específica para tratar da tutela dos conflitos

³⁰⁵ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, [s.l.], v. 89, n. 7, p. 1281-1316, 1975-1976.

³⁰⁶ No mesmo sentido: FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, 1978. p. 398.

³⁰⁷ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, [s. l.], v. 89, n. 7, p. 1281-1316, 1975-1976.

³⁰⁸ FISS, Owen. The Supreme Court 1978 Term – Foreword: Forms of Justice. *Harvard Law Review*, v. 93, p. 1-58, 1979.

coletivo-estruturais em território brasileiro. Em verdade, verifica-se verdadeiro diálogo de fontes entre as Leis nº 4.717/65 (Ação Popular); 7.347/85 (Ação Civil Pública); 8.078/90 (CDC); 8.429/92 (LIA); 13.105 (CPC); dentre outras.

Contudo, é a interação entre o CDC e LACP que constituiu, essencialmente, o microsistema processual coletivo³⁰⁹. Trata-se, segundo Vitorelli, de um aglomerado de normas que versam sobre o processo coletivo e concedem ao operador algum grau de esclarecimento, sem que haja sistematização global³¹⁰.

Dessa forma, como pontua Gustavo Cavalcanti Lamêgo³¹¹, é a flexibilização e a adaptação do procedimento comum que permitem, em essência, a tutela dos litígios estruturais.

Para tanto, ostenta papel essencial o art. 190, do CPC/15, considerado “cláusula geral de flexibilização procedimental”³¹². Destarte, as partes podem estipular, em atenção aos postulados processuais e constitucionais, alterações (ou melhor, adequações) no procedimento³¹³.

A plasticidade procedimental é condição intrínseca à efetividade dos processos estruturais³¹⁴. Partindo, pois, de tal premissa, o objetivo do presente

³⁰⁹ VITORELLI, Edilson. Processo coletivo em países de civil law: quarenta anos de experiência e a superação dos conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. In: Sistema brasileiro de precedentes: propostas e reflexões para seu aprimoramento - XV Jornadas de Direito Processual. coord. Cassio Scarpinella Bueno (et al.). p. 1261-1282. Londrina: Thoth, 2024.

³¹⁰ VITORELLI, Edilson. Processo coletivo em países de civil law: quarenta anos de experiência e a superação dos conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. In: Sistema brasileiro de precedentes: propostas e reflexões para seu aprimoramento - XV Jornadas de Direito Processual. coord. Cassio Scarpinella Bueno (et al.). p. 1261-1282. Londrina: Thoth, 2024. p. 1263.

³¹¹ LAMÊGO, Gustavo Cavalcanti. Técnicas de cooperação judiciária aplicadas a processos estruturais. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso de graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2019, p. 62.

³¹² LAMÊGO, Gustavo Cavalcanti. Técnicas de cooperação judiciária aplicadas a processos estruturais. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso de graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2019, p. 35.

³¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil Comentado. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2014.

³¹⁴ VIANA, Thaís Costa Teixeira. Os processos estruturais entre a máxima do interesse público e o paradigma de flexibilidade processual: reflexões sobre o contrastante à luz do regime de estabilidades processuais. In: ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. JOBIM, Marco Félix. Curso de Processo Estrutural. São Paulo: Ed. RT, 2021.

trabalho é analisar as potencialidades e relevância dos negócios jurídicos processuais atípicos, no âmbito dos litígios complexos³¹⁵.

Com efeito, o presente artigo foi elaborado segundo os métodos dedutivo e qualitativo de pesquisa. Isto é, desenvolveu-se a partir da consulta a livros, artigos científicos, teses e dissertações, bem como às disposições legais que hodiernamente são aplicadas aos processos coletivo-estruturais. Nesta toada, é relevante pontuar que, parte significativa da vertente estudo fundamentou-se na análise do Anteprojeto de Lei dos Processos Estruturais³¹⁶, ainda em processo de aprimoramento.

2. OS NOVOS RUMOS DOS LITÍGIOS COMPLEXOS: A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL PROPOSTA PELO ANTEPROJETO DE LEI DOS PROCESSOS ESTRUTURAIIS

Sob relatoria de Edilson Vitorelli, a comissão de juristas apresentou, no dia 16 de setembro de 2024, o relatório preliminar do anteprojeto de lei sobre o processo estrutural no Brasil. Logo em seu artigo 1º, a minuta define o objeto do processo estrutural: conflito coletivo de significativa abrangência social, cuja solução adequada demanda providências prospectivas, graduais e duradouras.

Tal tríade conceitual indica a necessidade de um procedimento flexível, que possibilite a adoção de técnicas dúcteis³¹⁷, aptas a harmonização da intervenção judicial na concretização de direitos fundamentais³¹⁸.

É notável, aliás, que a conceituação acima referenciada é deveras sucinta, minimalista e clara. Trata-se de abordagem que evita distorções teóricas, que poderiam advir de concepções abrangentes e sem rigor técnico.

³¹⁵ Classificação proposta por Edilson Vitorelli.

³¹⁶ COORDENAÇÃO DE COMISSÕES ESPECIAIS, TEMPORÁRIAS E PARLAMENTARES DE INQUÉRITO. Anteprojeto de Lei. 16 set. 2024. Disponível em: https://portal.jota.info/wp-content/uploads/2024/09/relatorio-preliminar-cjprestr.pdf?_gl=1*gtic3c*_gcl_au*MTIyNzA3MTQ0My4xNzI2NTMwMTk5*_ga*MTUwODE4Mzc4NC4xNzI2NTMwMTk5*_ga_L4XEVW3ZK0*MTczMDI0NjY4MC41LjAuMTczMDI0NjY4MC42MC4wLjA.. Acesso em: 29.10.2024.

³¹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Desmistificando os processos estruturais – “processos estruturais” e “separação de poderes”. Revista de processo. Vol. 331. 2022.

³¹⁸ SOUZA JUNIOR, Joaquim Ribeiro de. LOPES, Marco Túlio Rodrigues. O PROCESSO ESTRUTURAL COMO INSTRUMENTO DE HARMONIZAÇÃO DA INTERVENÇÃO JUDICIAL NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS COM A REALIDADE SOCIOECONÔMICA. Facit Business and Technology Journal. vol. 29, 2021.

Em recentíssima obra³¹⁹ Edilson Vitorelli também destacou a importância da correta conceituação e classificação dos litígios coletivos. Segundo o jurista, e relator da minuta do anteprojeto, a adequação conceitual³²⁰ permite o design de normas processuais pensadas especialmente para os casos concretos³²¹, o que potencializa a tutela jurisdicional. Aludidas normas diferenciadas poderiam versar, por exemplo, sobre ônus probatório, adequação da representação, competência, dentre outros assuntos.

Ademais, Sérgio Cruz Arenhart³²² sustenta que os processos estruturais objetivam (ou deveriam objetivar) a alteração substancial, com vistas para o futuro, de determinada prática ou instituição³²³. O doutrinador também chama atenção para a essencialidade das decisões/soluções consensuais, bem como para a necessidade de priorização de soluções tecnicamente factíveis.

Como consequência disso, ao propor a positivação do microsistema flexível dos processos estruturais, o anteprojeto, além de reforçar princípios caros ao Código de Processo Civil de 2015, também firma a ideia de cooperação entre as partes (ou centros de interesse³²⁴), prevendo a prevalência da resolução consensual e integral dos processos.

É importante pontuar, tal como faz a exposição de motivos, que os processos estruturais não se confundem com instrumentos de intervenção em políticas públicas. Muito pelo contrário. O objetivo, aqui, é a construção consensual e gradual de condições para que a solução de determinado conflito complexo seja sustentável, progressiva e duradoura.

O próprio conceito de processo estrutural afasta a violação da esfera de ingerência nos Poderes Executivo e Legislativo. Isso porque as técnicas

³¹⁹ VITORELLI, Edilson. Processo coletivo em países de civil law: quarenta anos de experiência e a superação dos conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. In: Sistema brasileiro de precedentes: propostas e reflexões para seu aprimoramento - XV Jornadas de Direito Processual. coord. Cassio Scarpinella Bueno (et al.). p. 1261-1282. Londrina: Thoth, 2024.

³²⁰ Edilson Vitorelli apresentou, na ocasião, oito benefícios, que poderiam ser percebidos se realizada a devida categorização e conceituação dos litígios coletivos.

³²¹ Ou seja, considerando as particularidades dos litígios.

³²² Ao exemplo do que defendeu Vitorelli.

³²³ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Revista de Processo Comparado: RPC, v. 1, n. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015.

³²⁴ Nomenclatura utilizada para designar as partes integrantes de processos estruturais, considerando a inadequação noção dicotômica dos polos processuais tradicionais.

empregadas em tais litígios visam a correção de desconformidades e a concretização de direitos fundamentais.

Segundo Sérgio Arenhart e Gustavo Osna, não é a técnica estrutural que autoriza ou desautoriza, viabiliza ou inviabiliza a participação do Judiciário. Na verdade, tal discussão é pretérita. Quando o problema complexo se apresenta, cabe ao órgão adjudicador a utilização das melhores técnicas de resolução possíveis³²⁵.

As técnicas estruturantes, portanto, integram aos elementos do processo civil ordinário mecanismos de flexibilização procedimental. Abordagem que é evidenciada no artigo 6º, que reafirma os princípios orientadores do Processo Civil e confirma a necessidade de promoção de eficiência, adaptabilidade e efetividade na resolução de litígios policêntricos.

Sobre isso, é essencial destacar que, embora o anteprojeto institua uma série de mecanismos de flexibilização do procedimento, resguarda o horizonte de conclusão, caracterizado como o objetivo final do processo³²⁶.

O anteprojeto visou, portanto, solucionar a questão da inadequação do procedimento comum na gestão de problemas complexos - ou, em última análise, apresentou/sugeriu os instrumentos para tanto. Por consequência, ao invés de definir, exaustiva e detalhadamente, o procedimento, privilegiou a adaptabilidade/plasticidade.

Ademais, destaca-se que a instrumentalidade do processo, em casos de grande complexidade, só se concretiza quando sustentada por mecanismos de consensualidade e publicidade, que conferem legitimidade às decisões tomadas. Não é possível garantir o contraditório sem a implementação de mecanismos de publicização e simplificação procedimental.

Tais elementos são fundamentais para assegurar a transparência e a equidade no processo, permitindo que todos os participantes tenham acesso às informações relevantes e a oportunidade de se manifestar de maneira efetiva.

Em conclusão, o anteprojeto, ao introduzir técnicas de flexibilização procedimental, viabiliza a criação de planos de ação adaptáveis. Mas não

³²⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Desmistificando os processos estruturais – “processos estruturais” e “separação de poderes”. Revista de processo. vol. 331, 2022.

³²⁶ Previsão do art. 7º, VII, que fixa requisitos essenciais à validade do plano estrutural - VII - prazos, parâmetros ou indicadores que definirão o encerramento do processo;

é só. Ao adotar abordagem minimalista, contribui para a consolidação do microsistema de processo estrutural, reforçando princípios e ferramentas essenciais para a gestão de demandas complexas

3. NOTAS SOBRE A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL

Robson Renault Godinho³²⁷, desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, apontava para a necessidade de se compreender o processo como “coisa com partes”, ou seja, a essencialidade de promover o equilíbrio entre o publicismo e o privatismo (autorregramento da vontade das partes).

Trata-se de promover o diálogo e fomentar a cooperação entre as partes integrantes da lide, a fim de que seja possível obter, em prazo razoável, a solução integral e efetiva da questão³²⁸. É evidente que a celeridade do processo, assim como a adequação e efetividade da cognição exauriente estão intimamente relacionadas a ajustabilidade do processo (e procedimento, mais especificamente) às necessidades concretas das partes³²⁹.

Aliás, como bem pontua Roberta Corrêa de Araujo³³⁰, a dogmática constitucional também legitima a flexibilização procedimental, ao passo que a adequação dos procedimentos perpassa, sob perspectiva lógico-jurídica, a elasticidade. A jurista ainda defende que, aludidos acordos fomentam a construção de um ambiente dialógico, facilitando a interação entre as partes e o magistrado - ou seja, permite a consecução do *modelo cooperativo de processo*³³¹.

³²⁷ GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de Negócios Jurídicos Processuais Atípicos em Matéria Probatória. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro. n. 56, p. 191-199, abr./jun. 2015.

³²⁸ Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. [...] Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

³²⁹ FORTES, Leonardo. Inovação ou estagnação? O dilema dos negócios jurídicos processuais no Brasil. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-abr-19/inovacao-ou-estagnacao-o-dilema-dos-negocios-juridicos-processuais-no-brasil/>. Acesso em: 09 out. 2024.

³³⁰ ARAUJO, Roberta Corrêa. Flexibilização Procedimental e Efetividade Processual. Revista do TST. vol. 86. n° 3, p. 223-240, jul./set., 2020.

³³¹ ARAUJO, Roberta Corrêa. Flexibilização Procedimental e Efetividade Processual. Revista do TST. vol. 86. n° 3, p. 223-240, jul./set., 2020, p. 230

Com efeito, o negócio jurídico processual é uma das formas (e aquela que será objeto de análise) pelas quais se pode alcançar tão almejada efetividade na prestação da tutela jurisdicional.

Para a definição de negócio jurídico processual, faz-se alusão àquilo que concluiu Pedro Henrique Nogueira³³², isto é, de que tratar-se-ia de fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático, nos termos da norma processual respectiva, confira ao interessado “[...] o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais”.

Vale destacar que, os negócios jurídicos processuais podem ser (i) típicos, ou seja, aqueles definidos pela própria legislação (como é o caso, por exemplo, das cláusulas de eleição de foro); ou (ii) atípicos, isto é, pactuados pelos sujeitos integrantes da lide, conforme convivência e oportunidade, autorregramento³³³.

Inconteste a importância da disposição do art. 190, do CPC/15. Inclusive, para Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, a previsão supramencionada, é que permite pactuação em relação aos ônus, poderes, deveres e faculdades processuais.

No entanto, os autores ressaltam que, tais acordos não podem ter por objeto poderes do magistrado, tampouco violar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou envolver a integralidade de direitos, sob pena de restarem nulos³³⁴.

Não se pode olvidar que, cabe ao julgador a gestão/controle da validade dos negócios jurídicos processuais. Isso, especialmente porque, a inexistência de violação do disposto no parágrafo primeiro, do artigo supramencionado - isto é, às normas estruturantes do justo, simétrico e devido processo³³⁵ - é condição de validade do pacto

³³² NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Negócios Jurídicos Processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais. Tese (Doutorado em Direito). Orientador: Prof. Dr. Fredie Didier Jr. – Universidade Federal da Bahia. Salvador: 2011.

³³³ ARAUJO, Roberta Corrêa. Flexibilização Procedimental e Efetividade Processual. Revista do TST. vol. 86. nº 3, p. 223-240, jul./set., 2020. p. 230

³³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil Comentado. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2014.

³³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil Comentado. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2014, p. 327.

4. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS E LITÍGIOS COMPLEXOS

Os processos estruturais possuem lastro em normas esparsas dentro do ordenamento jurídico. Isso, porque, hodiernamente, sustentam-se por princípios decorrentes da instrumentalidade do processo e pelo microsistema de ações coletivas. Diante de tal cenário, é imprescindível que se despendam esforços para evitar equívocos técnicos - especialmente porque a natureza irradiada dos litígios estruturantes transcende as demandas coletivas, podendo subsistir dentro de tutelas individuais³³⁶.

Ocorre que, assim como qualquer procedimento, os litígios estruturantes necessitam da implementação de instrumentos que garantam a eficácia do texto legislativo a ser positivado. Tais ferramentas são fundamentais para assegurar não apenas o exercício pleno do contraditório, mas também a promoção da consensualidade e a operacionalização de outros institutos relevantes no contexto dos litígios estruturais.

Logo de início, tem-se que a análise dos espaços e dos limites das convenções processuais atípicas refletem o estágio de democratização do ordenamento jurídico processual. Isto ocorre, porque a maior participação das partes na conformação do procedimento tende a ser diretamente proporcional à eficácia da tutela do direito material - objetivo principal do processo estrutural³³⁷.

No contexto atual, também é fundamental ressaltar que a flexibilização dos procedimentos é um pressuposto essencial dos processos estruturais. Assim, os Negócios Jurídicos Processuais Atípicos (NJPA) destacam-se como o principal instrumento no ambiente propício criado pelo anteprojeto do processo estrutural. Verdadeiras alternativas plurais e adequadas para a resolução de conflitos de alta complexidade.

Além disso, embora a adoção de novas ferramentas de gestão dos litígios seja relevante, é igualmente necessário reconhecer a importância dos instrumentos já consolidados no ordenamento jurídico brasileiro, que possuem grau de maturidade “superior” nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

³³⁶ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*. vol. 284. n. 28. 2018.

³³⁷ THEODORO JR., Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. *NOVO CPC - Fundamentos e Sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 217.

A autocomposição, que recebe reiterada proteção no texto do anteprojeto, só é viabilizada quando o procedimento se alinha às vontades dos litigantes, sejam estes agentes públicos ou sujeitos particulares de direito. Nesse sentido, a cláusula geral prevista no art. 190 do CPC possibilita a adequação casuística, promovendo uma resolução mais adequada e personalizada dos conflitos³³⁸.

É importante mencionar que, embora a flexibilização procedimental voluntária³³⁹ tenha sido amplamente aceita pelos tribunais nacionais, sua relação com os poderes instrutórios dos magistrados gerou uma série de discussões no Superior Tribunal de Justiça³⁴⁰.

Nesse contexto, relevante abordar uma das questões mais debatidas em relação à aplicabilidade dos Negócios Jurídicos Processuais Atípicos: a vinculação do juiz às convenções processuais³⁴¹, principalmente nos conflitos complexos, em que a participação ativa do magistrado é crucial.

Essa dinâmica suscita reflexões sobre o equilíbrio entre a autonomia das partes e o papel do órgão julgante na gestão do procedimento,

Sobre isso, é necessário esclarecer que o julgador é diretamente vinculado às convenções processuais, devendo atuar somente no controle de legalidade das disposições contidas no negócio celebrado. Nas palavras de Marco Félix Jobim, o tempo e o custo do processo não podem ser obstáculos ao alcance de uma tutela jurisdicional justa e adequada³⁴².

Nessa perspectiva, tem-se que, se, quando aplicados ao procedimento comum (dotado de rigidez procedimental) os Negócios Jurídicos Processuais Atípicos (NJPA) não devem sofrer interferência direta do órgão julgante, é esperado que essa limitação seja ainda menor em litígios estruturais - caracterizados pela flexibilidade procedimental.

Além disso, a participação ativa dos litigantes no processo decisório não só fortalece a autonomia das partes, mas também enriquece o diálogo

³³⁸ DIDIER JR, Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Jus Navigandi*. Teresina, v. 6, 2001.

³³⁹ GAJARDONI, Fernando. *Flexibilização Procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 215.

³⁴⁰ Julgamento do Recurso Especial nº 1810444 SP, no qual os ministros condicionaram a liberdade negocial à rigorosa análise das disposições constitucionais pertinentes à atividade do magistrado.

³⁴¹ FONSECA, Carlos Medeiros. Poderes instrutórios do juiz e negócio jurídico processual: uma breve análise à luz do novo código de processo civil brasileiro. *Revista Jurídica Luso Brasileira*. Ano 2, p. 297-316, 2016.

³⁴² JOBIM, Marco Felix. *As funções da Eficiência no Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 156.

e a colaboração, elementos sabidamente essenciais para a construção de soluções sustentáveis e eficazes. Assim, o juiz torna-se mais um facilitador do acordo entre as partes, do que interventor, reforçando a ideia de que os NJPA são instrumentos valiosos para a macrogestão de litígios complexos.

5. CONCLUSÃO

Além da evidente necessidade de positivação do atual microsistema dos processos estruturais, em atenção àquilo que preconiza o anteprojeto de lei, é igualmente fundamental que se promova a adequação dos ritos processuais tradicionais (comuns e estáticos). Somente assim se poderá contemplar a complexidade dos litígios policêntricos.

Contudo, uma ressalva é necessária. Uma excessiva normatização/regulamentação dos processos estruturais não parece adequada. Se está a buscar solução sistêmica, isonômica e transparente, que guarde pertinência com a, constantemente mutável, realidade fática em que está inserido o conflito. Uma lógica formal, estanque e rígida, portanto, não faz sentido.

Os negócios jurídicos processuais atípicos, justamente por fomentar a conformidade dos procedimentos com os interesses e necessidades concretas (mutáveis) das partes (centros de interesse), são ferramentas que guardam grande potencial. Tais técnicas, aplicadas corretamente, facilitam a gestão processual por parte do magistrado e, por consequência, permitem a confecção de decisões mais eficazes e factíveis.

Não há dúvidas de que, diante de tamanha complexidade social, é necessário bem delinear as técnicas processuais voltadas à consensualidade. Somente assim se poderá tutelar os litígios complexos e efetivamente resolvê-los.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Roberta Corrêa. Flexibilização Procedimental e Efetividade Processual. Revista do TST. vol. 86. n.3, p. 223-240, jul./set., 2020.

ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Desmistificando os processos estruturais – “processos estruturais” e “separação de poderes”. Revista de processo. vol. 331, 2022.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Revista de Processo Comparado: RPC, vol. 1, n.2, p. 211-229, jul./dez. 2015.

COORDENAÇÃO DE COMISSÕES ESPECIAIS, TEMPORÁRIAS E PARLAMENTARES DE INQUÉRITO. Anteprojeto de Lei. 16 set. 2024. Disponível em: https://portal.jota.info/wp-content/uploads/2024/09/relatorio-preliminar-cjprestr.pdf?_gl=1*gtic3c*_gcl_au*MTIyNzA3MTQ0My4xNzI2NTMwMTk5*_ga*MTUwODE4Mzc4NC4xNzI2NTMwMTk5*_ga_L4XEVW3ZK0*MTczMDI0NjY4MC41LjAuMTczMDI0NjY4MC42MC4wLjA.. Acesso em: 29.10.2024.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, [s. l.], vol. 89, n. 7, p. 1281-1316, 1975-1976.

DIDIER JR, Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Jus Navigandi*. Teresina, v. 6, 2001.

FISS, Owen. The Supreme Court 1978 Term – Foreword: Forms of Justice. *Harvard Law Review*, v. 93, p. 1-58, 1979.

FONSECA, Carlos Medeiros. Poderes instrutórios do juiz e negócio jurídico processual: uma breve análise à luz do novo código de processo civil brasileiro. *Revista Jurídica Luso Brasileira*. ano 2, p. 297-316, 2016.

FORTES, Leonardo. Inovação ou estagnação? O dilema dos negócios jurídicos processuais no Brasil. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-abr-19/inovacao-ou-estagnacao-o-dilema-dos-negocios-juridicos-processuais-no-brasil/>. Acesso em: 09 out. 2024.

FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, 1978.

GAJARDONI, Fernando. *Flexibilização Procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008.

GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de Negócios Jurídicos Processuais Atípicos em Matéria Probatória. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. n. 56, p. 191-199, abr./jun. 2015.

JOBIM, Marco Felix. *As funções da Eficiência no Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

LAMÊGO, Gustavo Cavalcanti. *Técnicas de cooperação judiciária aplicadas a processos estruturais*. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso de graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2014.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. Tese (Doutorado em Direito). Orientador: Prof. Dr. Fredie Didier Jr. – Universidade Federal da Bahia. Salvador: 2011.

SOUZA JUNIOR, Joaquim Ribeiro de. LOPES, Marco Túlio Rodrigues. *O processo estrutural como instrumento de harmonização da intervenção judicial na*

concretização de direitos fundamentais com a regalidade socioeconômica. *Facit Business and Technology Journal*. v.29, 2021.

THEODORO JR., Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. *NOVO CPC - Fundamentos e Sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VIANA, Thaís Costa Teixeira. Os processos estruturais entre a máxima do interesse público e o paradigma de flexibilidade processual: reflexões sobre o contrastante à luz do regime de estabilidades processuais. In: ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. JOBIM, Marco Félix. *Curso de Processo Estrutural*. São Paulo: Ed. RT, 2021.

VIOLIN, Jordão. *Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos*. Tese (Doutorado em Direito). Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart – Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2019.

VITORELLI, Edilson. Levando conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*. vol. 284, p. 333-369, out./2018.

VITORELLI, Edilson. Processo coletivo em países de civil law: quarenta anos de experiência e a superação dos conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. In: BUENO, Cassio Scarpinella (et al). **Sistema brasileiro de precedentes: propostas e reflexões para seu aprimoramento - XV Jornadas de Direito Processual**. p. 1261-1282. Londrina: Thoth, 2024.

Enviado em 30.10.2024.

Aprovado em 10.02.2025.



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.

PRORROGAÇÃO DE ATAS DE REGISTRO DE PREÇOS: POSSIBILIDADE DE RENOVAÇÃO DOS QUANTITATIVOS REGISTRADOS

Francieli Cristini Schultz³⁴³
Paula Padilha Penteado Klein³⁴⁴

Resumo: O presente estudo tem por objetivo examinar a possibilidade de renovação dos quantitativos registrados originalmente no caso de prorrogação do prazo de vigência das atas de registro de preço, nos termos do art. 84, caput, da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Para tal, inicialmente os conceitos gerais e as inovações trazidas pela Nova Lei Geral de Licitações e Contratos foram abordados, a fim de apresentar a divergência de interpretação acerca do tema. Em seguida, foram expostas as principais três vertentes defendidas pela doutrina e órgãos de controle. Por fim, analisou-se a corrente intermediária, que admite a renovação dos quantitativos dos itens registrados originalmente em caso de prorrogação do prazo de vigência da ata de registro de preços, desde que a possibilidade tenha sido tratada na fase de planejamento da licitação e expressamente prevista no edital ou na ata de registro de preços.

Abstract: The present study aims to examine the possibility of renewing the originally registered quantities in the event of an extension of the validity period of price registration records, according to Article 84, caput, of Law 14.133/2021. General concepts and the innovations brought by the Law

³⁴³ Procuradora do Município de Joinville. Pós-graduada em Direito Público Aplicado e Direito Tributário pela UNIDERP. Defensora da Fazenda Pública e representante da Procuradoria-Geral do Município na Junta de Recursos Administrativos-Tributários do Município de Joinville – JURAT. E-mail: francielic@joinville.sc.gov.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7006237799461443>

³⁴⁴ Procuradora do Município de Joinville. Pós-graduada em Direito Processual Civil e em Direito Ambiental pela UNINTER. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. E-mail: paula.penteado@joinville.sc.gov.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0117479812237345>

14.133/2021 were initially discussed to present the divergence of interpretation on the topic. Then, the three main perspectives defended by doctrine and control bodies were presented. Finally, the intermediate position was analyzed, which defends the renewal of the quantities of the items originally registered in the event of an extension of the validity period of the price registration records, as long as this possibility has been foreseen during the planning phase of the bidding process and expressly stated in the bidding notice.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Licitações e Contratos Administrativos. Atas de Registros de Preços. Prorrogação. Renovação dos quantitativos.

Keywords: Administrative Law. Bidding and Administrative Contracts. Price Registration Records. Extension. Renewing the originally registered quantities.

Sumário: 1. Introdução. 2. O regime jurídico das Licitações e Contratos administrativos no Brasil – a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 14.133/2021. 3. O Sistema de Registro de Preços como procedimento auxiliar previsto na Lei nº 14.133/2021, regulamentado pelo Decreto nº 11.462/2023. 4. A possibilidade de prorrogação das Atas de Registro de Preços. 5. A possibilidade de renovação dos quantitativos registrados em caso de prorrogação das Atas de Registro de Preços. 6. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo a avaliação da possibilidade de prorrogação das Atas de Registro de Preços, a partir da edição da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

O estudo avançará avaliando o impacto das prorrogações das Atas de Registro de Preços nos quantitativos dos itens originalmente licitados, à luz da doutrina e de manifestações de órgãos consultivos sobre o tema.

A discussão acerca do tema é recente e vem sendo motivada especialmente pelos entes da Administração Pública direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que, na prática, pretendem garantir maior eficiência aos procedimentos licitatórios deflagrados para o atendimento das suas necessidades.

Ocorre que, por se tratar de inovação legislativa trazida pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, as interpretações ainda carecem de estudos mais aprofundados e, muito especialmente, de posicionamentos mais assertivos e conclusivos dos Tribunais de Contas dos Estados e da União.

O desenvolvimento do tema inicia com o breve análise da nova Lei de Licitações e segue para a avaliação da possibilidade de prorrogação das Atas de Registro de Preços, avançando para a questão atualmente mais polêmica acerca do tema: a possibilidade de renovação dos quantitativos licitados.

A pesquisa será desenvolvida a partir do estudo da doutrina, colacionando os precedentes dos Tribunais de Contas dos Estados e da União relacionados à matéria, até então localizados, permitindo o conhecimento da atual conjuntura acerca do tema.

2. O REGIME JURÍDICO DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO BRASIL – A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A LEI N° 14.133, DE 1° DE ABRIL DE 2021

A Constituição Federal de 1988, Lei fundamental do Estado Brasileiro, instituiu o sistema constitucional das licitações e contratos administrativos no Brasil e delimitou a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para os entes da Administração Pública direta, autárquica e fundacional da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, que assim determina:

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

(...)

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

Assim é que, em razão desta competência e assegurada a realização de licitação como regra geral para as contratações com o Poder Público, visando garantir maior vantagem à Administração Pública e a isonomia entre os participantes, foi editada a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, também

conhecida como a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que regulamentou o regime jurídico das licitações e contratos administrativos no Brasil.

A Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, representa um marco significativo na evolução do ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com a doutrina especializada:

A Lei 14.133/2021 reconhece formalmente a existência de um processo licitatório. Supera a concepção puramente procedimentalista das leis anteriores. Isso significa incorporar o conjunto de garantias inerentes ao devido processo legal, exigindo o respeito ao contraditório, à ampla defesa, à segregação de funções e ao impedimento à atuação em conflito de interesses. (JUSTEN FILHO, 2021).

O novo regulamento trouxe uma série de inovações e modernizações para o processo de contratação pública, com o objetivo de promover maior eficiência, transparência e competitividade nas relações entre o poder público e os particulares.

Como bem adverte Joel de Menezes Niebuhr (2013), “A eficiência em licitação pública gira em torno de três aspectos fundamentais: preço, qualidade e celeridade”.

Assim sendo, não basta a condução de um procedimento licitatório que atenda aos ditames legais, observando as formalidades exigidas, mas que deixe de promover a contratação que mais atenda ao interesse público.

Neste contexto, a nosso sentir, mesmo não atendendo todas as expectativas dos estudiosos sobre o tema, a Lei nº 14.133/2021 representou um avanço significativo na área de licitações e contratos administrativos no Brasil.

Ao modernizar os procedimentos, a nova lei contribui para a melhoria da gestão pública, a promoção da eficiência e a garantia da lisura nos processos de contratação.

3. O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS COMO PROCEDIMENTO AUXILIAR PREVISTO NA LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021, REGULAMENTADO PELO DECRETO Nº 11.462, DE 31 DE MARÇO DE 2023.

Versando sobre o Sistema de Registro de Preços e a Ata de Registro de Preços, ensina o eminente professor Marçal Justen Filho (2021):

O sistema de registro de preços – SRP pode ser definido como um contrato normativo, que estabelece regras vinculantes para a Administração Pública e um particular relativamente a contratações futuras, antecedido de um procedimento específico e segundo condições predeterminadas. (...).

As condições das obrigações das obrigações assumidas pelas partes devem ser formalizadas em um instrumento escrito, que é denominado de “ata de registro de preços” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 1158).

O procedimento, já muito utilizado antes mesmo da edição da Lei nº 14.133/2021, emergiu classificado como instrumento auxiliar das licitações e contratações, senão vejamos:

Art. 78. São procedimentos auxiliares das licitações e das contratações regidas por esta Lei:

(...)

IV - sistema de registro de preços;

Definindo o Sistema de Registro de Preços e a Ata de Registro de Preços, os incisos XLV e XLVI do art. 6º, da Lei nº 14.133/2021 dispõem:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

(...)

XLV - sistema de registro de preços: conjunto de procedimentos para realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos a prestação de serviços, a obras e a aquisição e locação de bens para contratações futuras;

XLVI - ata de registro de preços: documento vinculativo e obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, no qual são registrados o objeto, os preços, os fornecedores, os órgãos participantes e as condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no edital da licitação, no aviso ou instrumento de contratação direta e nas propostas apresentadas;

Desse modo, o sistema de registro de preços traduz-se em uma alternativa que visa conferir maior celeridade e eficiência às compras públicas, na medida em que poderá a Administração Pública dispor de um registro formal de preços relativos a prestação de serviços, obras e aquisição e locação de bens para contratações futuras.

Tal registro, portanto, estará formalizado em documento de natureza vinculativa e obrigacional, chamado de Ata de Registro de Preços, que formaliza o acordo de vontades entre as partes, estabelecendo direitos e obrigações recíprocos, nos exatos termos e limites do Edital que lhe deu origem.

Sobre a importância do Sistema de Registro de Preços, extrai-se do Parecer n. 00166/2022/DICAD/PFFNDE/PGF/AGU da Advocacia-Geral da União:

Neste contexto, o sistema de registro de preços, utilizado para aquisições corriqueiras de bens padronizados e até mesmo serviços, possibilita ao Poder Público contornar os custos indiretos da realização de uma licitação individualizada para contratações frequentes, as restrições orçamentárias e os inconvenientes de procedimentos de urgência. Se ganha em celeridade, por ser desnecessário orçamento prévio para utilização do SRP, já que a Administração pode licitar e aguardar a liberação de recursos, também se ganha em economia, que decorre da realização de um único certame para aquisições reiteradas de produtos semelhantes (Parecer n. 00166/2022/DICAD/PFFNDE/PGF/AGU da Advocacia-Geral da União, 2022, p. 03).

Mas não é só. O Sistema de Registro de Preços ganhou regulamento específico, previsto nos artigos 82 a 86 da Lei nº 14.133/2021, que define, dentre outras regras, o conteúdo mínimo do edital que o instituir.

Além disso, foi editado o Decreto nº 11.462, de 31 de março de 2023, que regulamenta os artigos 82 a 86 da Lei nº 14.133/2021, para dispor sobre o sistema de registro de preços - SRP para a contratação de bens e serviços, inclusive obras e serviços de engenharia, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

Tal Decreto, muito embora se aplique de forma cogente tão somente à Administração Pública federal, vem sendo adotado como parâmetro para atuação de outros entes e/ou órgãos da Administração por todo o país.

4. A POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO DAS ATAS DE REGISTRO DE PREÇOS.

A Lei nº 14.133/2021 inovou ao expressamente admitir possibilidade de prorrogação das Atas de Registros de Preços, desde que comprovada a vantajosidade dos preços registrados, senão vejamos:

Art. 84. O prazo de vigência da ata de registro de preços será de 1 (um) ano e poderá ser prorrogado, por igual período, desde que comprovado o preço vantajoso.

Na mesma esteira, o Decreto nº 11.462/2023, que regulamenta os art. 82 a art. 86 da Lei nº 14.133/2021, e dispõe sobre o sistema de registro de preços para a contratação de bens e serviços, inclusive obras e serviços de engenharia, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, prevê:

Art. 15. O edital de licitação para registro de preços observará as regras gerais estabelecidas na Lei nº 14.133, de 2021, e disporá sobre:

(...)

IX - o prazo de vigência da ata de registro de preços, que será de um ano e poderá ser prorrogado por igual período, desde que comprovado o preço vantajoso;

(...)

Art. 22. O prazo de vigência da ata de registro de preços será de um ano, contado do primeiro dia útil subsequente à data de divulgação no PNCP, e poderá ser prorrogado por igual período, desde que comprovado que o preço é vantajoso.

Comentando a novel autorização de prorrogação das Atas de Registros de Preços, o professor Marçal Justen Filho (2021) registrou:

Admite-se a prorrogação por mais um ano, desde que evidenciadas as condições vantajosas - mesmo depois de aplicado o reajuste ou a repactuação de preços. (JUSTEN FILHO, 2021, p. 1175)

Versando sobre o tema, o Parecer n. 00453/2024/CGAQ/SCGP/CGU/AGU, da Advocacia-Geral da União, assentou a seguinte orientação:

É de se observar que a Lei nº 14.133/2021 inovou em relação à Lei n 8.666/1993, ao dispor categoricamente que o prazo de vigência da ata deve ser de um ano, bem como ao prever a possibilidade de prorrogação por igual período, desde que comprovado o preço vantajoso. (Parecer n. 00453/2024/CGAQ/SCGP/CGU/AGU da Advocacia-Geral da União, 2024, p. 02)

O mesmo entendimento foi assentado pelo Pleno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, ao apreciar a Consulta nº 1128010, em 11 de outubro de 2023, senão vejamos:

Dentre as inovações trazidas pela Lei nº 14.133/21, sublinha-se a norma contida no art. 84, segundo a qual o prazo de vigência da ARP é de 1 (um) ano, permitida a sua prorrogação por igual período, desde que comprovada a vantajosidade do preço. (Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Consulta nº 1128010, 2023, p. 6)

Portanto, diante das novas disposições trazidas tanto pela Lei nº 14.133/2021 quanto pelo Decreto nº 11.462/2023, não há dúvidas quanto à efetiva possibilidade de prorrogação das Atas de Registro de Preços, por igual período, desde que comprovada a vantajosidade dos preços registrados.

5. A POSSIBILIDADE DE RENOVAÇÃO DOS QUANTITATIVOS REGISTRADOS EM CASO DE PRORROGAÇÃO DAS ATAS DE REGISTRO DE PREÇOS.

A autorização legal que permite a prorrogação das Atas de Registro de Preços, por igual período, desde que comprovada a vantajosidade dos preços registrados, contudo, acendeu a dúvida ao silenciar quanto à possibilidade de renovação dos quantitativos originalmente registrados.

A dúvida remanesce porque, findo o prazo de vigência de um ano inicialmente fixado para determinada Ata de Registro de Preços, e exauridos os quantitativos dos itens originalmente registrados, qual seria a utilidade da prorrogação prevista no art. 84 da Lei nº 14.133/2021 e no art. 22 do Decreto nº 11.462/2023?

Na doutrina especializada, eclodiram manifestações no sentido de admitir a renovação dos quantitativos inicialmente registrados, senão vejamos:

Nessa linha de entendimento, a decisão administrativa de prorrogação da ata de registro de preços, que apenas deverá ocorrer quando o preço for vantajoso, permitirá a renovação do referido instrumento por mais um ano, admitindo a renovação de seus quantitativos. Exemplificando: se o planejamento da pretensão contratual identificou uma necessidade anual de 10.000 unidades, após o final da vigência ordinária de 01 ano, o instrumento poderia ser prorrogado por mais um ano, com a renovação do quantitativo, admitindo que no segundo ciclo de vigência (renovação) mais 10.000 unidades fossem contratadas pelo gerenciador e eventuais participantes. (CHARLES, 2023, p. 7)

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o Instituto Nacional da Contratação Pública (INCP), em reunião técnica, aprovou o Enunciado de número 17, com a seguinte redação:

ENUNCIADO 17. A prorrogação da Ata de Registro de Preços admite a renovação das quantidades registradas, independentemente de previsão no edital ou na ata. (Aprovado por maioria qualificada). (REIS, 2024, p. 4)

Note-se que, para esta corrente, em caso de prorrogação, a renovação dos quantitativos dos itens registrados independe de previsão editalícia, tampouco na Ata de Registro de Preços.

Outra vertente, contudo, que defende a impossibilidade absoluta de reestabelecimento dos quantitativos inicialmente registrados, foi adotada pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, quando do julgamento da Consulta nº 1128010, por seu Tribunal Pleno, em 11 de outubro de 2023, que proferiu a seguinte Decisão/Parecer:

CONSULTA. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS REGIDOS PELAS NORMAS ANTERIORES À LEI Nº 14.133/21. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VIGÊNCIA. POSSIBILIDADE. ATA DE REGISTRO DE PREÇOS. CONSIDERA-SE O SALDO REMANESCENTE DO QUANTITATIVO NA PRORROGAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUOS. RENOVAÇÃO DE TODAS AS CLÁUSULAS CONTRATUAIS, NAS MESMAS CONDIÇÕES ANTERIORMENTE PACTUADAS.

1. Os contratos vigentes, regidos pela Lei nº 8.666/93, pela Lei nº 10.520/02 e pela Lei nº 12.462/11, poderão ser prorrogados ou modificados, devendo ser observadas as normas nelas previstas.

2. No caso de prorrogação do prazo de vigência da ata de registro de preços, nos termos do art. 84 da Lei nº 14.133/21, não se restabelecem os quantitativos inicialmente fixados na licitação, devendo ser considerado apenas o saldo remanescente.

3. A prorrogação prevista no art. 107 da Lei Federal nº 14.133/2021 representa uma hipótese de renovação contratual, em que é atribuído ao contratado novo prazo. Ao se renovar o prazo, o objeto e os valores contratados também se renovam, razão pela qual não se confunde com a hipótese de prorrogação a que alude o art. 84 da referida lei. (Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Consulta nº 1128010, 2023, p. 1)

Do corpo da Decisão exarada pela Corte de Contas nos autos da Consulta formulada, extraem-se os seguintes fundamentos:

Da leitura das normas citadas, depreende-se que a prorrogação de prazo de que trata o art. 84 da NLL possibilita ampliar a vigência da ata, mantendo-se as demais condições nela registradas, inclusive o quantitativo. Trata-se, portanto, de prorrogação de prazo em sentido estrito, quando as condições pactuadas permanecem, sendo cabível o reajuste ou a repactuação dos preços, conforme o caso, para manter o equilíbrio econômico-financeiro da avença, diante de possível variação ordinária de custos.

Logo, em se tratando de contratações fundamentadas na NLL, a ata poderá ter seu prazo de vigência prorrogado por tempo superior a um ano, desde que comprovadamente vantajosa à Administração. Tal medida é benéfica no sentido de que, na ocorrência de situação proveitosa ao interesse público, o saldo remanescente do quantitativo inicial pode ser consumido, sem a necessidade de realizar nova licitação ou contratação direta.

Ressalta-se que admitir a prorrogação do prazo da ARP, com o restabelecimento dos quantitativos iniciais, significaria o mesmo que alterar o objeto da licitação após o procedimento licitatório ter sido realizado, o que não encontra amparo legal.

Neste diapasão, cita-se, como exemplo do posicionamento majoritário anterior à vigência da NLL, o Acórdão no 991/20093 do Tribunal de Contas da União, segundo o qual:

No caso de eventual prorrogação da ata de registro de preços, dentro do prazo de vigência não superior a um ano, não se restabelecem os quantitativos inicialmente fixados na licitação, sob pena de se infringirem os princípios que regem o procedimento licitatório, indicados no art. 3º da Lei nº 8.666/1993.

Assim, respondendo à segunda indagação formulada, no sentido de que, no caso de prorrogação do prazo de vigência da ata de registro de preços, nos termos do art. 84 da Lei nº 14.133/21, não se restabelecem os quantitativos inicialmente fixados na licitação, devendo ser considerado apenas o saldo remanescente. (Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Consulta nº 1128010, 2023, p. 1)

Todavia, uma corrente intermediária vem ganhando maior força no cenário jurídico, no sentido de admitir a renovação dos quantitativos

registrados, desde que tal previsão esteja estampada tanto no edital quanto nos documentos que devem compor a fase de planejamento do certame.

Dentre os enunciados aprovados no II Simpósio de Licitações e Contratos da Justiça Federal, realizado entre os dias 14 a 16 de agosto de 2023, destacamos o Enunciado de número 42, que traz a seguinte redação:

Enunciado 42 No caso de prorrogação do prazo de vigência da ata de registro de preços, atendidas as condições previstas no art. 84 da Lei n. 14.133/2021, as quantidades registradas poderão ser renovadas, devendo o tema ser tratado na fase de planejamento da contratação e previsto no ato convocatório. (II Simpósio de Licitações e Contratos da Justiça Federal, 2023, p. 7)

Esta também foi a interpretação adotada pela Advocacia-Geral da União quando da edição do Parecer n. 00453/2024/CGAQ/SCGP/CGU/AGU, de 23 de setembro de 2024, que assim prescreveu:

EMENTA:

I- Consulta, apresentada pelo Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome, a respeito da possibilidade de renovação do quantitativo inicialmente registrado em caso de prorrogação de vigência da ata de registro de preços.

II- Fixação da interpretação do art. 84, da Lei nº 14.133/2021 (NLLC), e dos arts. 22 e 23, do Decreto nº 11.462, de 2023.

III- Conclusão pela possibilidade de renovação do quantitativo inicialmente registrado em caso de prorrogação de vigência da ata de registro de preços, desde que: a) seja comprovado o preço vantajoso; b) haja previsão expressa no edital e na ata de registro de preços; c) o tema tenha sido tratado no planejamento da contratação; d) a prorrogação da ata de registro de preços ocorra dentro do prazo de sua vigência.

(...). 9. É de se observar que a Lei nº 14.133/2021 inovou em relação à Lei n 8.666/1993, ao dispor categoricamente que o prazo de vigência da ata deve ser de um ano, bem como ao prever a possibilidade de prorrogação por igual período, desde que comprovado o preço vantajoso.

(...). **14. Nesse sentido, se o legislador autorizou a prorrogação por igual período, autorizou também a duplicação do quantitativo inicialmente previsto. Em outras palavras, permitiu estabelecer**

para o segundo ano igual quantitativo estabelecido para o primeiro ano. Logo, na presente situação concreta, a prorrogação das atas permitirá a aquisição, no ano seguinte, do quantitativo duplicado. A estimativa inicial, portanto, não pode se referir à prorrogação, mas tão somente ao que se pretende contratar no ano de vigência da ata. Em suma, a estimativa é anual. Se houver prorrogação da ata, ocorre a replicação da estimativa para o ano seguinte.

15. Este também é o posicionamento de Ronny Charles[3]. Argumenta o autor que se extrai da própria Lei nº 14.133/2021 a anualidade do planejamento. O plano de contratações deverá ser anual (§ 1º, art. 12) e o próprio planejamento das compras deve considerar a expectativa de consumo anual (art. 40), do que resulta que a expectativa de consumo para a ARP deve respeitar também a anualidade. (...). 17. Por essa linha, a vedação do art. 23 do Decreto nº 11.462, de 2023, não é óbice à renovação dos quantitativos da ata de registro de preços no momento da renovação para um novo período de vigência de um ano. Assim, da mesma forma como ocorre nos contratos de serviços contínuos, a renovação da relação firmada entre as partes não ocasiona acréscimo quantitativo ao objeto contratado, trata-se de uma “repetição” da relação original.

(...). **20. Por fim, é importante destacar a necessidade de previsão expressa no edital e na ata de registro de preços para que seja possível a prorrogação da ata de registro de preços e a respectiva renovação dos quantitativos. Conforme defendem Antonio Cecílio Moreira Pires e Aniello Parziale[4], em caso de silêncio no ato convocatório, não será possível a dilação do prazo de vigência do compromisso. Ressaltam também os autores que a prorrogação da ata de registro de preços deverá ocorrer dentro do prazo de sua vigência, não sendo possível que ocorra após a expiração do lapso de vigência. Logo, é necessário que a possibilidade de renovação dos quantitativos na prorrogação da ata de registro de preços seja tratada no planejamento da contratação.**

(...) III - CONCLUSÃO

22. Diante do acima exposto, em resposta à consulta apresentada pela Coordenação-Geral de Aquisição e Distribuição de Alimentos, do Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome, conclui-se pela possibilidade de renovação do quantitativo inicialmente registrado em caso de prorrogação de

vigência da ata de registro de preços, desde que: **a) seja comprovado o preço vantajoso; b) haja previsão expressa no edital e na ata de registro de preços; c) o tema tenha sido tratado no planejamento da contratação; d) a prorrogação da ata de registro de preços ocorra dentro do prazo de sua vigência.** (Parecer n. 00453/2024/CGAQ/SCGP/CGU/AGU da Advocacia-Geral da União, 2024)

Na mesma linha, o recente Enunciado de número 6 da Consultoria Zênite, especialista em Licitações e Contratos, publicado em outubro de 2024, assim registrou:

É possível a prorrogação da vigência da ata, com a renovação dos quantitativos inicialmente previstos, mantidas as condições, desde que expressamente previsto no edital. No caso de haver saldo de quantitativos do período anterior, esse saldo não pode ser somado aos quantitativos renovados.

Por um lado, é certo que a Nova Lei Geral de Licitações e Contratos visa promover os princípios da eficiência e da celeridade, e os gestores públicos devem proceder ao planejamento adequado de modo a evitar, sempre que possível, a realização de sucessivas licitações com o mesmo objeto. Neste sentido, a previsão constante do art. 84, caput, da Lei nº 14.133/2021 permite a prorrogação do prazo de vigência da ata de registro de preços, desde que comprovada a sua vantajosidade, evitando o dispêndio de recursos públicos e a morosidade inerentes à burocracia estatal.

No entanto, é forçoso reiterar que a lei, ao prever a possibilidade de prorrogação do prazo de vigência da ata, nada dispôs acerca da renovação dos quantitativos registrados. Com efeito, a interpretação extensiva, ao procurar permitir uma atuação célere e simplificada da administração, não pode afrontar aos princípios da transparência, da competitividade e da economicidade.

Em um primeiro momento, já na fase preparatória da licitação, a Administração Pública deve detalhar a sua real necessidade e estimar, ainda que com certa margem, os quantitativos que pretende contratar. Essa estimativa, ao ser divulgada – seja por meio de publicação do Estudo Técnico Preliminar ou do Termo de Referência anexo ao Edital – certamente criará uma expectativa nos potenciais fornecedores, que poderão aderir ou deixar de aderir ao certame, levando em conta sua possibilidade e seu interesse em contratar com o ente público, naquelas exatas condições e medidas

divulgadas pelo poder público. Isso porque os licitantes estarão, a todo momento, sabidamente vinculados ao instrumento convocatório, inclusive aos quantitativos lá descritos.

A falta de transparência em relação à intenção de renovação ou não da ata de registro de preços pode afastar potenciais fornecedores que não demonstram interesse em participar do certame em razão dos quantitativos originalmente previstos, violando a competitividade da licitação.

Ainda, sem que haja disposição expressa neste sentido, os licitantes tendem a elaborar suas propostas considerando os quantitativos inicialmente previstos, sem levar em conta a renovação da ata de registro de preços, o que certamente influenciará nos preços ofertados. Noutros termos, ao prever tão somente os quantitativos originais sem informar ao mercado a pretensão de renová-los, a Administração Pública deixa de obter a vantagem econômica decorrente da economia de escala. Neste cenário, até mesmo a comprovação do preço vantajoso, indispensável à prorrogação do prazo de vigência da ata, poderia restar prejudicada: o preço registrado é mesmo o melhor ofertado pelo mercado, ainda que considerados o prazo total da ata e a renovação dos quantitativos?

O debate não é meramente teórico. As atas de registros de preços são utilizadas para aquisição de itens corriqueiros, mas de suma necessidade para a Administração, muitas vezes em quantidades e valores vultuosos, a exemplo de medicamentos, itens escolares, materiais de expedientes etc. Neste sentido, mesmo pequenas diferenças nos preços ofertados, tendo em vista o interesse ou não da Administração em renovar os quantitativos originalmente previstos e a potencial economia de escala, podem expressar considerável economia – ou desperdício – de recursos públicos.

Por fim, inafastável o dever de a Administração Pública proceder ao adequado planejamento da contratação, um dos principais fundamentos da Nova Lei Geral de Licitações e Contratos. Cabe ao órgão licitante, de forma transparente, definir desde os primeiros documentos que irão instruir a contratação, o seu exato objeto e seus quantitativos. Expor, com clareza e publicidade, se os licitantes devem ou não considerar a possibilidade de renovação dos quantitativos em caso de prorrogação da ata, é garantir o melhor cumprimento do art. 5º da novel legislação, quanto ao respeito ao princípio do planejamento e da segurança jurídica no universo das contratações públicas.

Diante de tal contexto, e muito especialmente considerando os diminutos posicionamentos conclusivos das Cortes de Contas e órgãos de

Controle acerca da matéria, parece-nos mais segura a adoção de posicionamento intermediário, no sentido de, em caso de prorrogação, permitir-se a renovação dos quantitativos inicialmente registrados, desde que seja comprovado o preço vantajoso, haja previsão expressa no edital e na ata de registro de preços e o tema tenha sido tratado nos documentos que instruem a fase de planejamento da contratação.

6. CONCLUSÃO

Diante de tudo que fora exposto, conclui-se que a Nova Lei Geral de Licitações e Contratos previu expressamente, no art. 84, *caput*, a possibilidade de prorrogação, pelo mesmo período originalmente firmado, do prazo de vigência das atas de registro de preços, desde que haja comprovação da vantajosidade do preço. No entanto, a novel legislação silenciou acerca da possibilidade de renovação dos quantitativos registrados, no caso de prorrogação, o que tem provocado um ambiente de incertezas e insegurança jurídica.

De um lado, parte da doutrina especializada admite que, em caso de prorrogação, a renovação dos quantitativos dos itens registrados independe de previsão editalícia, tampouco na Ata de Registro de Preços. Outra vertente, contudo, defende a impossibilidade absoluta de reestabelecimento dos quantitativos inicialmente registrados, nos termos que entende o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Há, ainda, uma corrente intermediária, que considera viável a renovação dos quantitativos dos itens registrados originalmente em caso de prorrogação do prazo de vigência da ata de registro de preços, desde que a possibilidade tenha sido tratada na fase de planejamento da licitação e expressamente prevista no edital ou na ata de registro de preços.

O posicionamento intermediário não desconhece a necessidade de atuação célere e simplificada da administração, mas respeita os princípios da transparência, da competitividade e da economicidade.

Neste sentido, cabe à Administração, já na fase preparatória da licitação, detalhar a sua real necessidade e estimar, ainda que com certa margem, os quantitativos que pretende contratar, prevendo a possibilidade ou não de renová-los em caso de prorrogação da ata de registro de preços. Estas informações devem ser publicizadas, pois criação uma expectativa nos potenciais fornecedores, que poderão aderir ou deixar de aderir ao certame, levando em conta sua possibilidade e seu interesse em contratar com o ente

público, naquelas exatas condições e medidas divulgadas pelo poder público, promovendo a competitividade da licitação.

Ainda, é notório que quando a Administração informa o mercado que tem intenção de renovar os quantitativos em caso de prorrogação da vigência da ata de registro de preços, a tendência é que os licitantes apresentem suas propostas levando em conta o total a ser contratado. A medida, portanto, tende a atrair preços mais vantajosos, fomentando a economia de escala e representando, em muitos casos, considerável economia de recursos públicos.

Por fim, proceder ao adequado planejamento da licitação e dispor sobre a possibilidade ou não de renovar os quantitativos registrados é garantir o melhor cumprimento do art. 5º da novel legislação, quanto ao respeito ao princípio do planejamento e da segurança jurídica no universo das contratações públicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2023. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2024.

BRASIL, **Lei nº. 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Senado Federal, 2021. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm>. Acesso em: 10 out. 2024.

BRASIL, **Decreto nº. 11.462, de 31 de março de 2023**. Regulamenta os art. 82 a art. 86 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre o sistema de registro de preços para a contratação de bens e serviços, inclusive obras e serviços de engenharia, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília: Presidência da República, 2023. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/d11462.htm>. Acesso em: 10 out. 2024.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Parecer n. 00166/2022/DICAD/PFFNDE/PGF/AGU, de 22 de dezembro de 2022**. Autor: Carlos Rivaben Albers. Disponível em: <https://www.fn.de.gov.br/phocadownload/compras_governamentais/compras_nacionais/pregoes_eletronicos/2022/PE_RPN_02_2022_ORE/parecer_0166_2022.pdf>. Acesso em: 10 out. 2024.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Parecer n. 00453/2024CGAQ/SCGP/AGU, de 22 de dezembro de 2022**. Autora: Lilian Barros de Oliveira Almeida. Disponível em: <<https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2024/09/Parecer-453-e-despacho-00514-2024.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2024.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 42**. II Simpósio de Licitações e Contratos da Justiça Federal (2.: 2023 : Brasília, DF) – Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. **Consulta nº 1128010, Belo Horizonte, MG, 11 de outubro de 2023**. Disponível em: < <https://tcnotas.tce.mg.gov.br/tcjuris/Nota/BuscarArquivo/3376823>>. Acesso em: 10 out. 2024.

CHARLES, Ronny. **Prorrogação da Ata e Renovação dos Quantitativos Fixados na Licitação**. Mai. 2023. Disponível em: <<https://ronnycharles.com.br/prorroga-cao-da-ata-e-renovacao-dos-quantitativos-fixados-na-licitacao/>>. Acesso em: 10 out. 2024.

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

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

REIS, Luciano Elias. **Enunciados aprovados pelo Instituto Nacional da Contratação Pública (INCP)**. 2024. Disponível em: < https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2024/03/informativo_enunciados.pdf>. Acesso em: 10 out. 2024.

ZÊNITE. **Entendimentos Zênite (Set/2024)**. Disponível em: <https://zenite.blog.br/wp-content/uploads/2024/10/entendimentos-znt-set-2024.pdf>. Acesso em: 30 out. 2024.

Enviado em 30.10.2024.

Aprovado em 11.02.2025.



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.

A LICENÇA-PRÊMIO POR ASSIDUIDADE E SEUS EMBATES JURÍDICOS NO MUNICÍPIO DE JOINVILLE

Franciano Beltramini³⁴⁵

Resumo: Empregando o método dedutivo, o presente artigo objetiva analisar o instituto jurídico da licença prêmio por assiduidade e apresentar alguns embates jurídicos vivenciados no Município de Joinville que se relacionam a esse direito. Para tanto, os objetivos propostos são: i) apresentar breves considerações sobre a licença-prêmio prevista no Estatuto do Servidor Público do Município de Joinville; ii) analisar qual é a natureza jurídica da conversão em pecúnia (indenização) da licença-prêmio; iii) discorrer sobre os principais embates jurídicos vivenciados pelo Município de Joinville no que se refere a licença prêmio de seus servidores.

Sommario: Utilizzando il metodo deduttivo, questo articolo si propone di analizzare l'istituto giuridico della licenza premio di frequenza e di presentare alcune controversie legali vissute nel Comune di Joinville che sono legate a questo diritto. A tal fine gli obiettivi proposti sono: i) presentare brevi considerazioni sulla licenza premio prevista dallo Statuto dei dipendenti pubblici del Comune di Joinville; ii) effettuare un'analisi sulla natura giuridica della conversione in moneta di tale istituto giuridico; iii) discutere i principali conflitti legali vissuti dal Comune di Joinville in merito alla licenza premium dei suoi dipendenti.

Palavras-Chave: Licença-Prêmio; Natureza Jurídica; Embates jurídicos.

³⁴⁵ Doutorando e mestre em Direito Empresarial e Cidadania junto à UNICURITIBA (2022). Possui duas especializações: uma em Direito do Trabalho e Previdência Social, obtido na Universidade Católica de Santa Catarina (2016); outra em Direito e Processo do Trabalho, junto à Universidade da Região de Joinville UNIVILLE (2007). Graduou-se em Direito na Universidade do Vale do Itajaí UNIVALI (2005), tendo realizado parte da sua graduação na Università degli Studi di Perugia (Itália). Procurador do Município de Joinville. E-mail: franciano.beltramini@joinville.sc.gov.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/428890583100149>

Parole chiave: licença Premium; Natura giuridica; Controversie legali.

Sumário: 1. Introdução; 2. O instituto da licença-prêmio, previsto no Estatuto dos servidores públicos do Município de Joinville; 3. Principais embates jurídicos envolvendo a licença prêmio por assiduidade; 3.1. Percentual da licença prêmio indenizada; 3.2. Base de cálculo da licença prêmio indenizada; 4. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva realizar breves considerações sobre o instituto da licença-prêmio, previsto no Estatuto do servidor público do Município de Joinville. Para tanto, o artigo irá analisar termos conceituais e operacionais deste direito de natureza trabalhista, previsto na Lei Complementar Municipal (LCM) n. 266/2008³⁴⁶.

Com base na referida Lei, buscar-se-á responder às seguintes perguntas no presente artigo: O que é a licença-prêmio por assiduidade? Quais os requisitos para adquirir e/ou retardar a aquisição deste direito? Quais as formas estabelecidas na lei para o usufruto deste direito? Qual a natureza jurídica da conversão em pecúnia da licença-prêmio por assiduidade? Quais os principais debates jurídicos envolvendo a licença-prêmio no Município de Joinville?

O trabalho está dividido em duas partes, além da introdução e conclusão. Na primeira parte, será feita breve análise dos dispositivos legais do Regime Jurídico dos servidores do Município sobre a licença-prêmio por assiduidade. Na segunda parte, serão apresentados os principais embates jurídicos ocorridos no Município em relação a este direito. A conclusão sumariza os principais resultados do trabalho.

O método científico empregado é dedutivo, mediante o qual se estabelecem grandes formulações dogmáticas, como, por exemplo, licença-prêmio por assiduidade, para posteriormente buscar a estratificação destes temas ao objetivo central desta pesquisa, que é buscar entender a natureza jurídica

³⁴⁶ JOINVILLE. Lei Complementar Municipal n. 266 de05 de abril de 2008. Joinville, 2008. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sc/j/joinville/lei-complementar/2008/27/266/lei-complementar-n-266-2008-dispoe-sobre-o-regime-juridico-dos-servidores-publicos-do-municipio-de-joinville-das-autarquias-e-das-fundacoes-publicas-municipais>. Acesso em 06 out. 2024

deste direito e os embates jurídicos vivenciados pelo Município de Joinville que se relacionam a este instituto.

Ainda, acerca da questão metodológica, registra-se a utilização da técnica de pesquisa bibliográfica e documental, posto que as respostas aos objetivos traçados neste artigo serão buscadas a partir de referências teóricas já publicadas em livros especializados, em artigos científicos, na legislação brasileira e na jurisprudência.

2. O INSTITUTO DA LICENÇA-PRÊMIO, PREVISTO NO ESTATUTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE

Impende inicialmente consignar que os servidores públicos efetivos do Município de Joinville possuem um Regime Jurídico próprio, que é regulamentado pela Lei Complementar Municipal (LCM) n. 266/2008.

Assinala-se, contudo, que além do servidor de carreira, aprovado em concurso público e regido pela LCM 266/2008, há outras formas de ingresso no serviço público no Município de Joinville, sendo elas as seguintes: i) servidor temporário - aprovado em processo seletivo para contrato de trabalho com prazo determinado que é regido pela LCM n. 230/2007; ii) servidor comissionado - contratado através de livre nomeação e exoneração e com direitos estabelecidos na LCM 266/2008; iii) Estagiário - aprovado em processo seletivo de estagiário, conforme prescreve o Decreto n. 15.530/2009.

A ambientação às formas de ingresso no serviço público no Município de Joinville é elemento essencial para analisar o instituto da licença-prêmio por assiduidade, uma vez que de acordo com o art. 108 da LCM, esse direito é restrito ao “servidor do quadro permanente”, ou seja, ao servidor de carreira, que ingressou no serviço público após a prévia aprovação em concurso público.

Referido direito de natureza trabalhista/estatutária está regulamentado nos artigos 108 a 113 do Estatuto do Servidor Público do Município de Joinville (LCM 266/2008), apresentando uma série de características e condicionantes que se passará a apresentar.

Nesta linha de ideias, o artigo 108 do Regime Jurídico do servidor joinvilense apresenta o conceito do instituto jurídico que nada mais é que uma licença remunerada pelo período de três meses concedida ao servidor efetivo a título de prêmio por assiduidade ao trabalho.

Para adquirir esse direito o servidor deve trabalhar de forma efetiva e ininterrupta por cinco anos. Os parágrafos 1º e 2º do art. 108 estabelecem duas hipóteses que retardam o período aquisitivo da licença, quais sejam: i) a falta injustificada que protraí a aquisição da licença na proporção de um mês para cada falta; ii) a penalidade disciplinar da suspensão que difere o direito na proporção de dois anos para cada penalidade aplicada.

O artigo 109 do Regimento Municipal estabelece três hipóteses que suspendem a contagem do tempo para efeito da aquisição do direito à licença prêmio, são eles: i) licença sem remuneração para tratar de interesses particulares; ii) a condenação por sentença privativa de liberdade, por sentença definitiva; iii) a licença sem remuneração por motivo de doença em pessoa da família.

Sobre esta licença para cuidar de pessoa da família, observa-se que o Estatuto Municipal estabelece os seus condicionamentos nos art. 134 e 135, havendo a possibilidade desse afastamento ocorrer com remuneração ou sem. Recordar-se que a hipótese de suspensão da contagem do tempo para aquisição do direito à licença, prevista no artigo 109, ocorre somente quando o servidor estiver licenciado sem remuneração.

Conforme visto anteriormente essa licença remunerada é um prêmio ao servidor assíduo que trabalhou de forma efetiva e ininterrupta pelo período de cinco anos, sendo que após cumprida essa exigência o servidor passa a ter direito a usufruir desse benefício.

O parágrafo 4º do art. 108 informa o valor a ser pago no caso do gozo da licença “corresponderá ao vencimento e auxílios devidos ao quadro permanente”, cabendo o destaque de que o parágrafo 3º, do art. 108 estabelece que quando servidor estiver lotado em cargo em comissão ou função de confiança, será exonerado do mesmo antes do início do usufruto da licença, e, assim, de acordo com a lei, a remuneração relativa ao cargo comissionado e a gratificação da função de confiança não deve entrar na base de cálculo da licença. Assinala-se que em sessão posterior se voltará ao tema do valor da remuneração da licença, tendo em conta que se trata de um dos embates jurídicos vivenciados pelo Município.

O art. 110 do Estatuto Municipal estabelece que, após adquirida a licença, o servidor poderá gozá-la a qualquer tempo, mas para tanto deverá apresentar requerimento que será analisado observando prioristicamente o interesse público.

A cabeça e os parágrafos deste mesmo artigo apresentam algumas indicações do que vem a ser o interesse público a ser observado: i) a manutenção

e continuidade dos serviços públicos, quando estabelece que não pode haver o gozo simultâneo de mais de 1/5 dos servidores lotados em uma respectiva unidade administrativa; ii) a possibilidade de fragmentação da licença em até três períodos, desde que haja requerimento do servidor com antecedência de 45 dias e ressalvado o interesse público; iii) e a sugestão de que o usufruto da licença ocorra antes da aposentadoria do servidor.

Ao se refletir sobre as indicações que a lei apresenta para à prevalência do interesse público emerge a recordação o princípio da continuidade do serviço público, previsto no art. 175 da Constituição da República Federativa do Brasil³⁴⁷ (CRFB/88), que estabelece que os serviços públicos devem ser prestados de forma contínua e constante, com o objetivo de cumprir a sua função no atendimento das necessidades dos cidadãos.

Sobre esse dispositivo, hoje constante na nossa Carta Maior, a professora Maria Silvia Zanella de Pietro³⁴⁸ informa que esse princípio surgiu na França e colaciona fragmento do doutrinador francês Gilles J. Guglielmi, que, ratifica a importância capital deste vetor que é alçado no país europeu, a categoria de princípio geral do direito, senão vejamos:

O princípio da continuidade dos serviços públicos é a versão administrativa do princípio da continuidade do Estado. Para a teoria do serviço público que não considerava o Estado senão como um feixe de serviços público, o valor deste princípio é fundamental. Hoje, o princípio da continuidade dos serviços públicos é um princípio com valor constitucional. O Conselho de Estado igualmente sublinhou sua importância qualificando-o como ‘princípio fundamental, o que significa, certamente, que se trata de um princípio geral do direito.

Assim como na França, aqui no Brasil o princípio da continuidade do serviço público tem papel essencial na análise do interesse público, para a concessão de licença remunerada aos servidores, tendo em conta o aumento vertiginoso das demandas pública sem o necessário aumento da estrutura

³⁴⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: <https://normas.leg.br/?urn=urn:lex:br:federal:constituicao:1988-10-05;1988> . Acesso em: 05 out. 2024.

³⁴⁸ GUGLIEMI, Gilles. Introduction au droit des services publics, pp. 45-46 apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. pp. 346-347.

estatal, fato este que em muitos casos impede o usufruto da licença para o servidor que a requer.

Ante a essa situação, de eventual impossibilidade de usufruir a licença prêmio por assiduidade, o Regimento Municipal estabelece três situações em que o direito à licença-prêmio pode ser convertido em pecúnia, são elas:

- 1) no caso de falecimento do servidor, que adquiriu o direito à licença, mas não a usufruiu. Neste caso, apesar de o artigo não fazer menção, trata-se de indenização de ofício, sendo que o valor correspondente será pago à família, conforme dispõe o art. 111 da LCM n. 266/2008;
- 2) quando o servidor requerer a conversão da licença em pecúnia. Nesta hipótese, a Administração Pública tem a prerrogativa de analisar se há interesse público na compra da licença, e, acaso entenda que não, pode indeferir o requerimento, desde que o ato seja devidamente motivado, ex vi, o art. 112 do Estatuto;
- 3) por ocasião da aposentadoria do servidor, que não gozou ou vendeu a licença. Nesta hipótese, o Art. 113 da lei em análise determina a indenização de ofício pela administração.

Assinala-se que o parágrafo único do art. 112 do Estatuto estabelece que no caso conversão da licença em pecúnia, a requerimento do servidor, a indenização irá corresponder a 85% (oitenta e cinco por cento) da remuneração a título de licença-prêmio por assiduidade. O art. 113 do Estatuto, estabelece que esse mesmo percentual deverá ser pago no caso de indenização por ocasião da aposentadoria. Registra-se que esse tema do percentual da indenização será analisado com maior detenção em seção posterior deste artigo.

Essas são as hipóteses previstas na lei de conversão da licença prêmio em pecúnia e na sequência se passará à análise das principais contendas jurídicas envolvendo esse direito.

3. PRINCIPAIS EMBATES JURÍDICOS ENVOLVENDO A LICENÇA PRÊMIO POR ASSIDUIDADE

O tema deste artigo é fruto da experiência profissional do Procurador do Município que subscreve o presente, que atualmente está alocado no Núcleo de Relações Laborais da Procuradoria Geral do Município de Joinville (PGM).

A PGM, na atualidade, é dividida em cinco núcleos de competência e o Núcleo de Relações Laborais tem como atribuição precípua analisar e responder demandas contenciosas e consultivas do Município que se relacionam ao vínculo jurídico administrativo com seus servidores, a questões trabalhistas relativas aos serviços que são terceirizados pelo Município e a desdobramentos previdenciários, sem prejuízo da atuação residual em execuções fiscais, atribuída a todos os Procuradores nos termos da IN n. 01/22

Ressalta-se que nos últimos anos a licença-prêmio por assiduidade é a questão com o maior número de demandas contenciosas na realidade do referido Núcleo, com milhares de ações que debatem diferentes pontos deste direito e na sequência irá se apresentar os temas com maior recorrência.

3.1. Percentual de licença-prêmio indenizada

Conforme explicitado a pouco, o parágrafo único do artigo 112 do Estatuto prevê a possibilidade de o servidor, vender a licença prêmio ao Município, no valor de 85% (oitenta e cinco por cento) da remuneração da licença.

Esse dispositivo legal foi responsável pela interposição de milhares de ações individuais que buscavam a condenação da diferença de 15% (quinze por cento – recebeu 85% e pleiteia 100%) da indenização da licença-prêmio por assiduidade. O fundamento destas demandas era o de que o referido dispositivo viola o princípio da irredutibilidade salarial estabelecido no art. 37, XV, da Constituição Federal.

Tanto o Juízo da Vara da Fazenda Pública de Joinville, quanto às Turmas Recursais vinculadas ao Juizado da Fazenda Pública firmaram inicialmente posição no sentido de julgar procedentes³⁴⁹ estas demandas e

³⁴⁹ SERVIDOR DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE. LICENÇA-PRÊMIO NÃO USUFRUÍDA. CONVERSÃO EM PECÚNIA. (...). PLEITO INICIAL DE PAGAMENTO DA LICENÇA-PRÊMIO COM A INCLUSÃO DE TODAS AS VERBAS REMUNERATÓRIAS. MÉRITO. PAGAMENTO CORRESPONDENTE A 85% (OITENTA E CINCO POR CENTO) DA REMUNERAÇÃO. DESCABIMENTO. VERBA DE CARÁTER REMUNERATÓRIO. ART. 108, §4º DA LCM 266/2008 QUE DETERMINA O ADIMPLEMENTO COM BASE NA REMUNERAÇÃO INTEGRAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 112, § ÚNICO DA REFERIDA LEI. PRECEDENTE DAS TURMAS RECURSAIS DE SANTA CATARINA. SENTENÇA MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. ART. 46 DA LEI 9.099/95. RECURSO INOMINADO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC – 1ª Turma Recursal. RECURSO CÍVEL Nº 0305745-95.2018.8.24.0038/SC RELATOR: JUIZ DE DIREITO PAULO

assim condenavam o Município ao pagamento do deságio de 15% (quinze por cento) da indenização da licença.

Este posicionamento jurisprudencial firmado no âmbito das Turmas do Juizado Especial, instava a busca de outros meios para se debater a questão jurídica de fundo, tendo em conta que a Procuradoria do Município, possuía entendimento diverso ao que foi inicialmente adotado pela jurisprudência.

Em essência, a PGM sempre entendeu que a conversão da licença prêmio em pecúnia tem natureza jurídica indenizatória – e não remuneratória – e por isso defendia de forma reiterada que era inadequado aplicar o princípio da irredutibilidade de vencimentos, para afastar o art. 112 do Estatuto e condenar o Município ao pagamento da diferença de 15% (quinze por cento) da indenização da licença-prêmio. Esse raciocínio jurídico foi construído a partir de uma série de elementos, cabendo o destaque a disposição expressa da lei e ao entendimento cristalizado na antiga Súmula 136³⁵⁰ do e. STJ.

Ocorre que, em 05/05/2022 a Mesa Diretora da Câmara de Vereadores de Joinville apresentou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5024951-61.2022.8.24.0000 com o propósito de declarar a inconstitucionalidade do art. 112, da LCM n. 266 2008, por suposta violação ao artigo 4º, caput, da Constituição do Estado de Santa Catarina e artigos 3º, inciso I, e 37, inciso XV e § 6º, da Constituição da República.

Apresentada a manifestação³⁵¹ pela improcedência da ação, a Procuradoria realizou movimento de entrega de Memoriais aos vinte e cinco desembargadores que compõe o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de

MARCOS DE FARIAS RECORRENTE: MUNICÍPIO DE JOINVILLE (RÉU) RECORRIDO: ZALI GONCALVES MEIER (AUTOR). Julgado em 23/04/2021)

³⁵⁰ Súmula 136 do STJ: “O pagamento de licença-prêmio não gozada por necessidade do serviço não está sujeito ao imposto de renda. (SÚMULA 136, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/05/1995, DJ 16/05/1995, p. 13549)”. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%27136%27.num.&O=JT>. Ac. em 10 out. 24.

³⁵¹ Nota explicativa: além dos fundamentos técnicos que defendiam a improcedência da ação, a defesa apresentada pela Procuradoria do Município trouxe o seguinte argumento de ordem econômica, com o intuito de apresentar a relevância da ação para o Erário Público Municipal: “Interessante destacar que de acordo com estimativas realizadas pela Secretaria da Fazenda do Município de Joinville, que levam em conta o valor pago nos últimos cinco anos e o valor pendente de pagamento, caso a presente ação seja julgada procedente ocasionará um impacto estimado ao Erário Público do Município da ordem de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais)”.

Santa Catarina. Ao todo foram mais de dez idas à Capital do Estado para a realização deste trabalho de esclarecimento e debate jurídico, além do acompanhamento perante três sessões de julgamento.

Registra-se que a posição do desembargador relator³⁵² era pela procedência da ação, com a consequente declaração de inconstitucionalidade do art. 112 da LCM 266/2008, mas, após a sustentação oral realizada perante o Órgão Especial do e. TJSC, foi solicitada por um dos desembargadores vista do caso para análise mais detida. Na sessão de julgamento que culminou o julgamento, ocorrida em 07/12/2022, o desembargador Jaime Ramos apresentou sua proposta de decisão, abrindo a divergência³⁵³ tendo este voto se sagrado vencedor, conforme se observa na ata³⁵⁴ da sessão de julgamento.

Referida decisão³⁵⁵, recebeu a seguinte ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 112 DA LEI COMPLEMENTAR N. 266/2008, DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE. INDENIZAÇÃO DE LICENÇA-PRÊMIO POR ASSIDUIDADE, A PEDIDO DO SERVIDOR, NO VALOR CORRESPONDENTE A 85% DA REMUNERAÇÃO. VERBA DE NATUREZA INDENIZATÓRIA. INAPLICABILIDADE

³⁵² Proposta de Decisão do Relator da ADI n. 5024951-61.2022.8.24.0000, proferido pelo Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA. Disponível em: https://eprocwebcon.tjsc.jus.br/consulta2g/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=321671053557136398592669366384&evento=321671053557136398592669384332&key=88dc6978503a4867d-9c2a39256a4f63e1b4cf5a15bca94b3fa2f36fbc705c58d&hash=9bb226b06f71cbb5d979740f7e-1bb2fa. Acesso em 06 out 24.

³⁵³ Voto divergente, que se sagrou vencedor no julgamento da ADI n. 5024951-61.2022.8.24.0000, proferido pelo Desembargador JAIME RAMOS. Disponível em: https://eprocwebcon.tjsc.jus.br/consulta2g/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=321671125781053987220245689067&evento=321671125781053987220247133859&key=2745610986012cbe-200134fcd6d27c21ab49264dc135acdbc31b46836eb1ca4e&hash=13a794a6d3e847bff9fa87e9e-ba90298. Acesso em 06 out de 24

³⁵⁴ Ata da sessão de julgamento de 07/12/2022 da ADI n. 5024951-61.2022.8.24.0000, que por maioria de votos julgou improcedente a ADI. Disponível em: https://eprocwebcon.tjsc.jus.br/consulta2g/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=321670411323874094259004774993&evento=321670411323874094259004788039&key=289c4cc-693c31b8fa791f0bf9f1e741682d4764eaf1d96a607327771cb1ddb97&hash=7483c907e2a051ff-4fa2b3d4c7c4a9f8. Acesso em 06 out. de 24.

³⁵⁵ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (TJSC). ADI n 5024951-61.2022.8.24.0000. Florianópolis. 2022. Disponível em: https://eprocwebcon.tjsc.jus.br/consulta2g/externo_controlador.php?acao=processo_seleciona_publica&num_processo=50249516120228240000&eventos=true&num_chave=&num_chave_documento=&hash=664af274e893442852cdeb23a3b100ef. Acesso em 06 out. 2024.

DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS (ART. 4º, DA CE; ART. 37, INCISO XV, DA CF). AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. Quando, a pedido do servidor e observado o interesse da Administração, a licença-prêmio é convertida em pecúnia, a verba paga a tal título tem caráter indenizatório e não remuneratório, motivo pelo qual, nessa hipótese, o princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos não é aplicável ao caso. Quando o servidor público requer a conversão da licença-prêmio em pecúnia, aceitando o pagamento da indenização reduzido para 85% da remuneração, o faz por livre e espontânea vontade ao celebrar um negócio jurídico (acordo de vontades) com a administração, sobretudo porque o art. 112, parágrafo único, da Lei Complementar Municipal n. 266/2008, não é uma norma cogente, ou seja, o servidor não está obrigado a requerer a conversão da licença-prêmio em pecúnia, nem o Município é obrigado a efetuar o pagamento da indenização, já que a aceitação do pedido do servidor está condicionada ao interesse público, e, por isso, não se pode falar em enriquecimento sem causa da Administração (TJSC, ADI n. 5024951-61.2022.8.24.0000/SC RELATOR: Desembargador Jorge Luiz de Borba Autor: Mesa Diretora da Câmara de Vereadores de Joinville. Réu.: Prefeito do Município de Joinville. Advogado: Franciano Beltramini (OAB/SC 21.345) Julgado em 07/12/2022).

Da ementa acima colacionada, extrai-se que o Órgão Especial do e. TJSC julgou improcedente a ação com o fundamento de que a indenização da licença-prêmio por assiduidade é verba de caráter indenizatório, não havendo, portanto, ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos. Outro fundamento relevante constante na decisão se relaciona ao negócio jurídico firmado entre o servidor e a Comuna. De acordo com a decisão, esse acordo de vontades é entabulado de forma livre e espontânea entre as partes, uma vez que o servidor não está obrigado a requerer a conversão em pecúnia da licença, nem a Comuna obrigada a efetuar o pagamento, não havendo que se falar, portanto, em enriquecimento sem causa da Administração.

Falando de outro modo, o Órgão Especial do e. TJSC reconheceu a constitucionalidade do art. 112 da LC n. 266/08 que prevê que se o servidor ativo solicitar a indenização, essa pode ocorrer com um deságio de 15% do valor que seria recebido.

Sobre o fundamento que se relaciona ao acordo de vontades celebrado de forma espontânea pelas partes envolvidas, consigna-se que o voto

vencedor, apresentou uma importante distinção, conforme se extrai do seguinte fragmento:

Por outro lado, na medida em que o recebimento da indenização da licença-prêmio não gozada, pelo servidor ainda em atividade, por sua livre e espontânea vontade, em decorrência de um negócio jurídico, sem desconto de contribuição previdenciária e imposto de renda, não se pode falar em enriquecimento ilícito da administração, questão que, doutra parte, embora alegada pela parte autora, não se insere na possibilidade de sindicância de (in)constitucionalidade, na medida em que se se trata de matéria infraconstitucional. **Situação distinta seria a do servidor que se aposentou e não havia gozado a licença-prêmio já conquistada. Nesse caso, a jurisprudência deste Tribunal tem orientado no sentido da indenização da totalidade do respectivo valor. Por isso, seria questionável a constitucionalidade da regra contida no art. 113 da Lei Complementar Municipal n. 266/2008. Mas a declaração de (in)constitucionalidade de tal dispositivo não é objeto da presente ação.** Por fim, diante desta proposta de decisão no sentido da improcedência do pedido inicial, é necessário deferir o pedido formulado pelo Município no sentido de se determinar a suspensão do andamento das ações judiciais propostas por servidores contra a municipalidade, tanto nos Juízos quanto nas Turmas Recursais, até o trânsito em julgado. Voto no sentido de julgar improcedente o pedido deduzido nesta ação direta de inconstitucionalidade e deferir o pedido de suspensão da tramitação das ações em andamento nos Juízos e nas Turmas Recursais até o trânsito em julgado do presente acórdão, nos termos da fundamentação acima.

Do trecho da decisão acima transcrito, se extrai que o julgador consignou a distinção entre o ente o servidor ativo que requer a indenização e o servidor aposentado, que não gozou a licença conquistada enquanto estava em atividade. Nesse último caso, a jurisprudência do e. TJSC é no sentido de que o pagamento da conversão em pecúnia da licença-prêmio, mantém sua natureza indenizatória, contudo deve ocorrer de forma integral, tendo em conta que nesta hipótese não há opção de fruição da licença, e, assim, o posicionamento do Tribunal é no sentido que o servidor aposentado deve receber 100% da remuneração da licença.

Recorda-se que o art. 113 da LCM 266/2008, estabelece que no caso de indenização da licença prêmio por ocasião da aposentadoria do servidor,

o pagamento ocorrerá observando o disposto no parágrafo único do art. 112 da LCM 266/2008, ou seja, no percentual de 85% da remuneração da licença. Contudo, como na ADI n. 5024951-61.2022.8.24.0000 não foi solicitada a declaração de inconstitucionalidade do art. 113 da LCM 266/2008, o julgador não apresentou veredito sobre este artigo da lei, pelo fato de não ser objeto da ação.

Quanto à questão envolvendo o servidor aposentado e o disposto no art. 113 da LCM 266/2008, assim que a decisão foi publicada, foi noticiada a necessidade de alteração do dispositivo, que para a sua modificação, necessita de aprovação de Lei Complementar perante a Câmara de Vereadores.

Enquanto a referida legislação não é aprovada, a Procuradoria do Município de Joinville, utilizando de um dos seus instrumentos internos para padronização de entendimentos jurídicos, aprovou a Súmula Administrativa n. 01³⁵⁶ que contempla a questão aqui em análise, conforme se observa a seguir:

Súmula Administrativa n. 1 - No ato de aposentadoria do servidor municipal, assim como no caso de falecimento, deve-se interpretar o parágrafo único do art. 112 da Lei Complementar Municipal nº 266/2008 no sentido de considerar devida a indenização pecuniária da licença-prêmio não gozada ou não usufruída no percentual de 100% dos vencimentos do servidor.

A partir da aprovação da referida Súmula, nas hipóteses de demandas em que o servidor recebeu a conversão de licença-prêmio no momento de sua aposentadoria, no percentual de 85% da remuneração da licença, a Procuradoria do Município reconhece o pedido da demanda da diferença de percentual, realizando a análise tão somente ao valor devido.

3.2. Base de cálculo de licença-prêmio indenizada

Outra questão que contou com outras milhares de ações, se relaciona à base de cálculo da indenização de licença-prêmio por assiduidade. Conforme explicitado anteriormente, o parágrafo 4º, do art. 108 informa o valor

³⁵⁶ JOINVILLE. Súmula Administrativa 01. Joinville, 2023. Disponível em: https://sei.joinville.sc.gov.br/sei/publicacoes/controlador_publicacoes.php?acao=publicacao_visualizar&id_documento=10000017662758&id_orgao_publicacao=0. Acesso em 09 out. 2024

a ser pago no caso do gozo da licença que “corresponderá ao vencimento e auxílios devidos ao quadro permanente”, cabendo o destaque de que o parágrafo 3º do art. 108 estabelece que quando servidor estiver lotado em cargo em comissão ou função de confiança, será exonerado do mesmo antes do início da licença, e, assim, de acordo com a lei, a remuneração relativa ao cargo comissionado e a gratificação da função de confiança não deve entrar na base de cálculo da licença.

Assim sendo, milhares de ações individuais foram interpostas buscando integrar as mais diferentes verbas na base de cálculo da indenização da licença-prêmio. A maior recorrência de ações buscava adicionar ao cálculo, o 13º salário e o abono de férias.

Assim como no caso do percentual da licença, tanto o Juízo da Vara da Fazenda Pública de Joinville, quanto as Câmaras de Direito Público e as Turmas Recursais vinculadas ao Juizado da Fazenda Pública firmaram inicialmente posição no sentido de julgar procedentes³⁵⁷ estas demandas, ao fundamento de que se a lei não restringiu, não pode o intérprete fazê-lo, e, assim, condenavam o Município a incluir na base de cálculo da conversão em pecúnia de licença-prêmio tanto a gratificação natalina, como terço constitucional de férias.

³⁵⁷ “[...] A questão trazida à apreciação do Poder Judiciário cinge-se à alegada incorreção do valor pago, pois, no entender da autora, a base de cálculo deveria incluir parcelas referentes a gratificação natalina, abono de férias, abono da Lei n. 3.45/1979 e função gratificada, o que foi reconhecido no primeiro grau de jurisdição e é mantido, porquanto não se dá guarida ao ataque recursal.

Como bem salientou o magistrado sentenciante, extrai-se do art. 108, § 4º, da Lei Complementar n. 266/2008, do Município de Joinville, que ‘a remuneração do servidor para conversão em pecúnia da licença-prêmio não gozada corresponde o vencimento base, as vantagens e auxílios. Referidos dispositivos não faz distinção entre as espécies de vantagens que compõem a base de cálculo da licença-prêmio. Quaisquer vantagens, sejam elas individuais ou gerais, devem ser compreendidas no cálculo da indenização, porquanto não estabelecidos critérios limitativos pelo legislador’ (fl. 84).

[...] “Portanto, não realizada pela lei qualquer restrição a respeito das parcelas passíveis de serem excluídas para fins de cálculo do valor devido a título de indenização por licença-prêmio não gozada, é certo que não pode haver a desconsideração.

“Na espécie, não se pode olvidar que a indenização é decorrente do fato de que o servidor poderia não ter trabalhado durante determinados meses, gozando da licença prevista em lei. Todavia, como assim não fez, mas optou pelo ressarcimento pecuniário, não existem razões para que haja modificação nos valores que habitualmente recebe como remuneração”

(Apelação Cível nº 2012.075633-1, de Joinville, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. em 1º.07.2014; no mesmo sentido: Apelação Cível nº 2012.045648-6, de Joinville, Primeira Câmara de Direito Público, unânime, rel. Des. Gaspar Rubick, j. em 18.09.2013).

A Procuradoria do Município defendia de forma reiterada que esse posicionamento era inadequado e apresentava duplo fundamento para defender o seu entendimento, no sentido de excluir da base de cálculo da licença-prêmio a gratificação natalina e o terço constitucional de férias, quais sejam: i) tratam-se de são verbas remuneratórias anuais - ou seja, de caráter transitório, aleatório e/ou não permanentes mensalmente - e por isso não devem compor a base de cálculo da indenização da licença-prêmio, que deve ser composta de verbas remuneratórias pagas mensalmente; ii) a inclusão destas verbas na indenização da licença-prêmio caracterizaria bis in idem (duas vezes o mesmo), uma vez que na época própria - no final do ano ou antes das férias - o servidor receberia as aludidas verbas integralmente, sendo que a inclusão destas na base de cálculo importaria o pagamento duplicado.

Após sucessivas entregas de Memoriais e Sustentações Oraís, iniciou-se um acalorado debate jurídico sobre este ponto. Alguns magistrados iniciaram a modificar o seu posicionamento sobre essa questão, conforme se comprova com a ementa abaixo:

RECURSO INOMINADO. JUIZADO DA FAZENDA PÚBLICA. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA E INDENIZADA. BASE DE CÁLCULO. VENCIMENTOS, VANTAGENS E AUXÍLIOS SEM DISTINÇÃO DE CUNHO GERAL OU INDIVIDUAL (ART. 108, §4º, DA LCM 266/08). MUDANÇA DE POSICIONAMENTO DESTE MAGISTRADO. GRATIFICAÇÃO NATALINA E FÉRIAS. EXCLUSÃO SOB PENA DE BIS IN IDEM, POIS SÃO VERBAS ANUAIS. RECURSO DA PARTE RÉ PROVIDO. 'ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL - LICENÇA-PRÊMIO - CONVERSÃO EM PECÚNIA - POSSIBILIDADE EM FACE DA PERMISSÃO LEGAL - INDENIZAÇÃO COM BASE NA REMUNERAÇÃO - INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO 13º SALÁRIO E DO ABONO DE FÉRIAS - IMPOSSIBILIDADE - VERBAS PAGAS INDEPENDENTEMENTE DO GOZO OU DA CONVERSÃO EM PECÚNIA DA LICENÇA-PRÊMIO - VEDAÇÃO AO 'BIS IN IDEM' - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Nos termos da legislação respectiva, a conversão de licença-prêmio em pecúnia, quando autorizada, deve corresponder à remuneração que o servidor receberia em atividade ou em gozo da referida licença, não cabendo adicionar frações proporcionais do décimo terceiro salário (ou gratificação natalina) ou do terço constitucional do abono

de férias, sob pena de ‘bis in idem’, uma vez que tais vantagens são pagas integralmente nas épocas próprias’. (TJSC, Apelação Cível n. 2012.056299-2, de Joinville, rel. Des. Jaime Ramos, j. 10-10-2013). (TJSC, Recurso Inominado n. 0311677-06.2014.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Gustavo Marcos de Farias, Quinta Turma de Recursos - Joinville, j. 16-08-2017).

Da ementa acima extrai-se que os argumentos defendidos pela Procuradoria do Município foram considerados para fundamentar novo posicionamento judicial. Referido entendimento – que exclui da base de cálculo da indenização de licença-prêmio da gratificação natalina e o terço constitucional férias - que no ano de 2017 era isolado de alguns poucos magistrados, foi se consolidando na atualidade é a posição pacífica em todas as três Turmas Recursais do e. TJSC.

Neste sentido, colaciona-se abaixo ementa da decisão proferida em data mais recente, pela 2ª Turma Recursal que ratifica a consolidação do posicionamento perante esta Turma julgadora:

RECURSO INOMINADO. DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. BASE DE CÁLCULO PARA O PAGAMENTO DE LICENÇA-PRÊMIO NÃO USUFRUÍDA. REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE. LEI COMPLEMENTAR N. 266/2008. INDENIZAÇÃO QUE DEVE SE EMBASAR NA REMUNERAÇÃO INTEGRAL DO SERVIDOR. REQUERIDO O PAGAMENTO DA DIFERENÇA ENTRE O VALOR PAGO E O DEVIDO A ESTE TÍTULO INCLUINDO NO CÁLCULO O TERÇO DE FÉRIAS E A GRATIFICAÇÃO NATALINA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. VERBAS DE NATUREZA ANUAL QUE NÃO PODEM INTEGRAR TAL APURAÇÃO, SOB PENA DE BIS IN IDEM. CONVERSÃO DO DIREITO EM PECÚNIA QUE DEVE OBSERVAR APENAS O VENCIMENTO, VANTAGENS E AUXÍLIOS DEVIDOS AO SERVIDOR. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO POR ESTA TURMA RECURSAL. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA PARA EXCLUIR OS REFLEXOS DO DÉCIMO TERCEIRO E DAS FÉRIAS NA INDENIZAÇÃO DEVIDA PELA MUNICIPALIDADE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Recurso Inominado n. 0300073- 77.2016.8.24.0038, de Joinville, rel. Marco Aurélio Ghisi Machado, Segunda Turma Recursal, j. 29-09-2020).

Os casos apresentados, são uma pequena amostra do árduo trabalho técnico realizado pela Procuradoria do Município de Joinville para defender e consolidar seus posicionamentos jurídicos perante o Poder Judiciário, na defesa do Município e do Erário Público. Nesta linha de ideias, recorda-se do jurista florentino Piero Calamandrei que no primeiro capítulo do seu maior clássico, orienta aos advogados a se colocar ao trabalho de forma ardente e tendo fé na Justiça, pois *“para encontrar a Justiça, é necessário ser-lhe fiel. Ela, como todas as divindades, só se manifesta a quem nela crê”*³⁵⁸

Conclui-se essa seção do presente artigo citando a Procuradora Municipal de Curitiba – Dra. Majoly Aline dos Anjos Hardy³⁵⁹ - que defende que as Procuradorias Municipais são carreiras exclusivas do Estado que fazem parte do Núcleo Estratégico Básico do Município. Assim sendo, é necessário e indispensável a existência de Procuradorias fortes, bem estruturadas, com divisão de competências estabelecida em estatuto próprio, que delinieie dentre outros aspectos: os objetivos institucionais a serem alcançados; as atribuições de cada setor; os deveres, obrigações, prerrogativas e funções da carreira de Procurador do Município.

4. CONCLUSÃO

O presente artigo apresentou breves considerações jurídicas sobre o instituto da licença-prêmio por assiduidade, previsto na Lei Complementar Municipal n. 266/2008, que é conhecido como Regime Jurídico dos servidores públicos de Joinville.

Trata-se de uma licença remunerada pelo período de três meses, que é concedida ao servidor efetivo, a título de prêmio por assiduidade ao trabalho. Para adquirir esse direito o servidor deve trabalhar de forma efetiva e ininterrupta por cinco anos, sendo que a lei estabelece hipóteses que retardam e suspendem a contagem do tempo para efeito de adquirir o direito a este benefício.

O Estatuto do servidor municipal estabelece que esse direito pode ser usufruído através do gozo da licença, que pode ser dividido em até três vezes.

³⁵⁸ CALAMANDREI, Piero. Eles os juízes, vistos por um advogado. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015, p. 03

³⁵⁹ HARDY, Majoly Aline dos Anjos. Procurador de Município – Carreira Exclusiva de Estado. Revista da Procuradoria Geral do Município de Curitiba. Volume 1. Número 1. 2003. pp. 14-15

Outra hipótese prevista na legislação municipal é a da conversão da licença em pecúnia. Neste caso, a legislação municipal estabelece que o servidor (ativo ou aposentado) recebe em forma de indenização o percentual de 85% (oitenta e cinco por cento) da remuneração da licença.

Após serem trazidos os principais condicionamentos previstos na lei, foram apresentados dois embates jurídicos de maior recorrência no Núcleo de Relações Laborais da Procuradoria de Geral do Município, hipóteses com milhares de ações interpostas, que tem como plano de fundo a conversão da licença prêmio em pecúnia.

O primeiro se relaciona ao percentual da indenização de licença-prêmio e o segundo a base de cálculo desta mesma indenização. Em ambos os casos, o posicionamento judicial inicial foi desfavorável à Fazenda Pública.

Não obstante a isto, a Procuradoria-Geral do Município realizou contundente trabalho técnico perante o Tribunal de Justiça e as Turmas Recursais e conseguiu modificar a jurisprudência para dar aos casos a melhor interpretação jurídica, que, além disso, trouxe expressiva economia ao Erário Público Municipal.

Os casos apresentados demonstram a importância de os gestores públicos investirem de forma adequada em seus quadros profissionais, em especial nas carreiras de exclusivas de Estado, como o é a de Procurador Municipal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <https://normas.leg.br/?urn=urn:lex:br:federal:constituicao:1988-10-05;1988> . Acesso em: 05 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Súmula n. 136**. Brasília 1995. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%27136%27.num.&O=JT> . Acesso em 06 out. 2024.

CALAMANDREI, Piero. **Eles os juízes, vistos por um advogado**. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 10. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

HARDY, Majoly Aline dos Anjos. **Procurador de Município – Carreira Exclusiva de Estado**. Revista da Procuradoria Geral do Município de Curitiba. Volume 1. Número 1. 2003.

JOINVILLE. **Lei Complementar Municipal n. 266 de 05 de abril de 2008.** Joinville, 2008. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sc/j/joinville/lei-complementar/2008/27/266/lei-complementar-n-266-2008-dispoe-sobre-o-regime-juridico-dos-servidores-publicos-do-municipio-de-joinville-das-autarquias-e-das-fundacoes-publicas-municipais> . Acesso em 06 out. 2024.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (TJSC). **ADI n 5024951-61.2022.8.24.0000.** Florianópolis. 2022. Disponível em: https://eprocwebcon.tjsc.jus.br/consulta2g/externo_controlador.php?acao=processo_seleciona_publica&num_processo=50249516120228240000&eventos=true&num_chave=&num_chave_documento=&hash=664af274e893442852cdeb23a3b100ef . Acesso em 06 out. 2024.

Enviado em 23.10.2024.

Aprovado em 10.02.2025.



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.

RESPONSABILIDADE CRIMINAL DOS FUNCIONÁRIOS DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL EM CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Eduardo Teddy Carneiro Nóbrega³⁶⁰

Héryta Ramos de Araújo³⁶¹

Resumo: Por meio de revisão bibliográfica, o presente artigo busca compreender a responsabilidade de funcionários das organizações das sociedades civis por crimes contra a Administração Pública. Para tanto, buscou-se entender como a classificação extensiva feita pela doutrina de direito penal e administrativo sobre os conceitos de “funcionário público” e de “entidade paraestatal” amplia a possibilidade de tipificação de condutas ilícitas praticadas por trabalhadores vinculados às organizações da sociedade civil segundo o art. 327 do Código Penal, interpretação elástica, que fere o princípio de legalidade, pois não há crime sem lei anterior que o defina.

Abstract: By reviewing literature and documents, this article examines the criminal implications of a much larger interpretation of whether a non-profitable organization is a government-third sector organization, meaning its members can account for official misconduct, according to Article 327 of the Criminal Brazilian Code. However, there was no proper legislative alteration to include them in this category, which harms the criminal law principle that there is no crime without law.

Palavras-Chave: Crime. Administração Pública. Terceiro setor.

Keywords: Public Administration. Third sector.

³⁶⁰ Mestrando em Direito na Universidade Católica de Brasília. Servidor do Ministério Público Federal no Estado de Tocantins. E-mail: eduardoteddy@mpf.mp.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4605980886324025>

³⁶¹ Mestranda em Direito na Universidade Católica de Brasília. Servidora do Ministério Público Federal no Estado de Tocantins. E-mail: herytaaraujo@mpf.mp.br

Sumário: 1. Introdução. 2. Sistemas Normativos e Princípios Penais. 3. Interpretação da Lei Penal e Subversão Sistêmica. 4. Da Organização Administrativa e Entidades Paraestatais. 4.1. Das Paraestatais. 5. Das Entidades do Terceiro Setor. 5.1. A Evolução da Percepção Sobre o Terceiro Setor. 5.2. Marcos Regulatórios. 6. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Em 1940, ao delinear o conceito de funcionário público, o Código Penal brasileiro incluiu equiparação legal que abrange os empregados de entidades paraestatais, conforme se verifica do art. 327:

Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. Parágrafo único. Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal.³⁶²

Na época, a doutrina penal conferia ao termo “entidade paraestatal” um sentido semelhante ao que atualmente os administrativistas classificam como “órgãos da administração indireta”.

Observe-se Nelson Hungria, revisor do anteprojeto do código:

[...] funcionário público não é apenas o que serve à administração direta do Estado, senão também o empregado de entidades paraestatais (autarquias que gravitam na órbita da União, Estados-membros ou municípios), não passando estas, em última análise, de desdobramentos ou descentralizações [sic] da administração pública ou estatal.³⁶³

Em 1980, a Lei 6.799/1980 acrescentou ao art. 327 o parágrafo segundo, recrudescendo a norma ao criar uma causa de aumento de pena para as hipóteses em que os autores de crimes funcionais ocupassem cargo em comissão, função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

³⁶² BRASIL. Decreto-Lei 2848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. acesso em: 08/12/2023.

³⁶³ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958.v IX. p. 400.

Note-se que o legislador optou por qualificar a conduta daqueles funcionários ocupantes de cargos de livre nomeação/exoneração a fim de tratar com isonomia o sancionamento entre funcionários públicos estatutários da administração direta e, com maior razão, também aqueles com vínculos mais precários da administração indireta, abrigando-os sob o termo paraestatal. Com efeito, reforçou-se a opção do legislador por adotar uma identidade entre os sentidos conferidos aos termos “paraestatal” e “entidades da administração pública indireta”.

Mais tarde, o mesmo dispositivo foi modificado pela Lei n. 9.983/2000, lançando-se nova visão sobre a equiparação funcional: “§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”.

Desse modo, a visão tradicional, antes fundada na identidade de sentidos conferidos ao termo “paraestatal” e aos “órgãos da administração pública indireta”, sofreu modificações por influência das diferentes noções a respeito dos institutos do direito administrativo, tais como os atos de delegação de serviços públicos (concessionários e permissionárias de serviços públicos), atos de colaboração com a administração e os serviços sociais autônomos.

Nesse contexto, o conceito de “funcionários públicos” foi ampliado pela equiparação do aludido parágrafo e, como consequência, ampliou-se o grupo pessoas sujeitas aos crimes funcionais, por meio da alteração de sentido sobre o termo paraestatal.

Todavia, em uma análise mais detalhada, pode-se dizer que a maioria da doutrina penalista tradicional manteve a visão sobre o significado do termo “paraestatal”. Nesse sentido, segue a análise de Damásio de Jesus:

[...] entidade paraestatal, no sentido da norma penal, é a Pessoa Jurídica de Direito Privado, criada por lei ou de criação autorizada por lei, constituída por patrimônio público ou misto (público e particular), com o fim de concretização de atividades, obras ou serviços de interesse social, sob disciplina e controle do Estado.³⁶⁴

No lado mais contemporâneo, Fernando Capez³⁶⁵ observa que as entidades do terceiro setor estão compreendidas no termo paraestatais, pois

³⁶⁴ JESUS, D. D. Direito Penal 4. 18. ed. São Paulo: SARAIVA, 2015. E-book. P. 194.

³⁶⁵ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Especial, arts. 213 a 359-T. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. e-book. v. 3. p. 776.

foram expressamente posicionadas fora da administração pública indireta, como é o caso dos serviços sociais autônomos, das entidades de apoio e das organizações não governamentais.

Para Cezar Roberto Bittencourt³⁶⁶, as entidades paraestatais desempenham atividades que, embora não sejam típicas do Poder Público, são fomentadas por ele, gerando serviços de utilidade pública [voltadas ao interesse da coletividade].

Diante dessas novas perspectivas, diversos institutos do direito administrativo projetaram-se, de maneira implícita e alheia a qualquer autorização legal, sobre os empregados dessas entidades privadas, tornando-os potenciais agentes de crimes funcionais.

Assim, a noção tradicional de entidade paraestatal como órgãos da administração indireta começou a ser semanticamente desconstruída no direito penal por influência da controvertida doutrina de direito administrativo, acabando por abarcar grupos até então alheio ao grupo de criminalização.

Na prática, ao encampar uma interpretação elástica sobre quem pode ser equiparado a funcionário público, o direito penal permite que empregados ocupantes de cargos em entidades do terceiro setor ou mesmo em sindicatos, empresas e associações de direito privado que desempenhem atividades de interesse público não estatal respondam por crimes funcionais, nos termos do § 1º, do art. 327.

O presente trabalho visa delinear perante o direito penal os conceitos alusivos a paraestatais, tomando por referência o direito administrativo, bem como avaliar se a ampliação de sentido para abranger os empregados das organizações da sociedade civil guarda validade perante o sistema penal brasileiro e seus princípios basilares.

2. SISTEMAS NORMATIVOS E PRINCÍPIOS PENAIS

A partir da teoria do direito de Bulygin e Alchourrón³⁶⁷ extrai-se que a existência de enunciados normativos válidos pressupõe que estejam inseridos em sistemas, ou seja, uma norma será válida perante um determinado sistema quando houver pelo menos uma norma que dele decorra.

³⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. e-book. v. 5, p. 458.

³⁶⁷ ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. Sobre la existencia de las normas jurídicas. Ciudad de México: fontamara, 1979. p. 57

Além disso, os sistemas normativos costumam ser dinâmicos, sendo assim, enunciados e seus sentidos estão sujeitos às mudanças no tempo.

Em uma perspectiva dedutiva, a metodologia moderna entende que todo o conjunto de enunciados contém consequências lógicas. Quando se chega a um subconjunto finito de enunciados, forma-se o que os autores chamam de “axiomas”, dos quais decorrem todos os demais enunciados do sistema e deles se extraem suas consequências.

Quando, entre esses sistemas axiomáticos, há pelo menos uma norma, podemos caracterizá-la como sistema normativo. Disso se extrai que um sistema axiomático normativo pode abrigar enunciados, definições, conceitos e não somente proibições e mandamentos.

Desse modo, um sistema normativo é um conjunto de enunciados gerais que contém pelo menos um subconjunto finito de enunciados normativos dos quais decorrem consequências logicamente vinculadas a ele.

Neste ponto, releva diferenciar axioma e teorema. O primeiro é um subconjunto finito de enunciados dos quais derivam todas as consequências do sistema. Observe-se, por exemplo, que a noção de Estado Democrático de Direito impõe uma limitação de poderes do Estado frente aos cidadãos. Desse axioma decorrem os mais diversos teoremas identificados no sistema penal brasileiro tais como o conjunto de direitos e garantias individuais, os princípios da legalidade estrita, da anterioridade da Lei penal e *do non bis in idem*.

A relação entre axioma e teorema podem ser refletidas no sistema normativo entre as normas formuladas e normas derivadas. Segundo os autores, “Se uma norma ou conjunto de normas pertencem ao sistema, então toda norma que seja sua consequência lógica também pertencerá ao sistema”³⁶⁸.

Alchourrón e Bulygin ensinam que dentre as normas formuladas há um conjunto de normas tidas por supremas que definem, direcionam e condicionam todo o sistema, são as chamadas normas supremas do sistema.

Releva ressaltar que esses autores tratam os sistemas jurídicos a partir de sua natureza dinâmica, considerando-se a possibilidade da alteração das normas que nele são válidas, na medida em que ocorram os fenômenos da promulgação e derrogação das normas, momentos temporais de alteração de um sistema.

O sistema dinâmico é uma sequência de conjuntos de normas. Em cada momento temporal, um bloco de normas que pertence ao sistema pode

³⁶⁸ ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. Sobre la existencia de las normas jurídicas. Ciudad de México: fontamara, 1979. p. 59

ser por ele acolhido ou rechaçado inclusive por incompatibilidade lógica com normas supremas/fundamentais³⁶⁹.

Nesse ambiente, embora o sistema seja dinâmico, flexível e fluido perante as modificações temporais e adequações de sentidos, o critério de identificação do sistema é invariável, por conseguinte, modificando-se esse critério haverá a modificação do próprio sistema.

No caso em análise, o art. 327, § 1º, vem sofrendo uma mudança grave em seu critério de identificação, perdendo, pois, sua pertinência sistêmica.

Nesse contexto, a interpretação e aplicação da norma referente aos crimes funcionais devem ser validadas pelo sistema jurídico penal brasileiro, pautando-se, necessariamente, pelos princípios constitucionais penais.

O Estado Democrático de Direito brasileiro deve prezar pela intervenção penal como última alternativa da política social e pela prisão como última da última alternativa³⁷⁰, promovendo medidas sancionatórias fora da esfera penal.

O sistema normativo penal brasileiro rejeita punições fundadas em modificações de sentidos implícitos. Devendo-se, pois, evitar que o legislador crie novos crimes, sob a falsa argumentação de proteção de um bem jurídico, principalmente, quando esse conceito tem sofrido deturpações, servindo para a legitimação científica de qualquer nova criminalização³⁷¹.

Para Nilo Batista³⁷², os princípios da reserva legal, da intervenção mínima em seu duplo aspecto (fragmentariedade e subsidiariedade), da lesividade, da humanidade e da culpabilidade formam o conjunto de princípios do sistema penal brasileiro.

Todavia, Zaffaroni³⁷³ adverte que são frequentes as violações ao princípio da legalidade, por meio da ocultação do núcleo do tipo penal, o uso

³⁶⁹ ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. Sobre la existencia de las normas jurídicas. Ciudad de México: fontamara, 1979. p. 45.

³⁷⁰ QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito Penal: Parte Geral, 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 591-612

³⁷¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore. O Rendimento da Teoria do Bem Jurídico no Direito Penal Atual. Disponível em: https://ibccrim.org.br/noticias/exibir/7214/#_ftnref. Acesso em: 24 maio 2023

³⁷² BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Revan. 2007. p. 64.

³⁷³ ZAFFARONI, Eugênio Raul. Sistemas penales y derechos humanos en américa latina. Buenos Aires: Depalma. 1986. p. 17-18

de elementos sem precisão semântica e tipificações abertas e exemplificativas. Porquanto o princípio da reserva legal exige a minimização das margens interpretativas nos tipos penais e seus conceitos, sob pena flagrante inconstitucionalidade.

Nesta altura cumpre divisar os conceitos de analogia, interpretação analógica e interpretação extensiva, a fim de explorar as limitações que o próprio sistema de direito penal impõe a sua aplicação.

3. INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL E SUBVERSÃO SISTÊMICA

É sabido que ampliar elementares dos tipos penais por meio de técnicas de interpretação é defeso por força do princípio da legalidade, sejam elas de caráter extensivo, analógico ou integrativo.

Segundo Juarez Cirino, a lei penal entende a “interpretação” e a “analogia” como fenômenos idênticos do ponto de vista lógico, no contexto do processo de conhecimento e da aplicação do direito. Isso porque, tanto a interpretação quanto a analogia têm por objeto identificar grupos de casos previstos e também aqueles não previstos pela lei penal, sendo que a “interpretação” busca identificar os grupos de casos previstos pela lei penal e a analogia identifica os grupos de casos não previstos mas semelhantes aos casos previstos.³⁷⁴

Todavia, ressalva o autor, esta igualdade lógica incide sobre objetos distintos, definindo os limites da interpretação permitida e os lindes da analogia proibida. Com efeito, defluem duas grandes teorias que diferenciam e normatizam a interpretação da lei penal e a utilização da analogia: a teoria do sentido da lei penal e a teoria da literalidade da lei penal³⁷⁵.

Para a teoria do sentido da lei penal, sustentada também por Roxin, o que está conforme o sentido da lei penal constitui interpretação permitida, o que não está, denota analogia proibida.

Cirino defende que a teoria da literalidade da lei penal seria mais adequada porque “resolve o dilema entre interpretação restritiva e extensiva da lei penal”, pois o princípio da legalidade proíbe qualquer interpretação

³⁷⁴ SANTOS, Juarez Cirino. Direito penal: parte geral. 8ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 63

³⁷⁵ SANTOS, Juarez Cirino. Direito penal: parte geral. 8ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.64

extensiva da lei penal, resolvendo todos os casos de dúvida por meio de sua interpretação restritiva, a única compatível com o princípio *in dubio pro reo*³⁷⁶.

Nesse cenário, a incriminação de empregados do terceiro setor, fundada na equiparação legal do art. 327, § 1º do Código Penal, dependerá da identidade conceitual e semântica entre o primeiro setor e o terceiro, no particular, entre entidade paraestatal ou empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para execução de atividade típica da Administração Pública, caso contrário, a incriminação padecerá de coerência lógica sistêmica.

Dessa forma, passa-se a analisar a estrutura da organização administrativa brasileira a fim de, posteriormente, se identificar a natureza das OSCs no quadro administrativo nacional.

4. ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E ENTIDADES PARAESTATAIS

A Administração Pública estrutura-se a partir de órgãos despessoalizados e entidades autônomas dotadas de personalidade jurídica para dar efetividade às suas competências administrativas, respectivamente chamados pelo Dec-Lei nº 200/67 de Administração direta e indireta.³⁷⁷

Adotando-se a enumeração legal como parâmetro mínimo classificatório, são entidades da administração pública indireta as autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista e fundações públicas. Ocorre que, erroneamente, a doutrina penal tradicional vem classificando as entidades da Administração Pública Indireta como entidades paraestatais. Nesse sentido, releva delinear o real sentido prestado ao instituto das paraestatais pela atual doutrina do Direito administrativo.

Hely Lopes Meireles conceitua paraestatais como “Pessoas Jurídicas de Direito Privado que, por lei, são autorizadas a prestar serviços ou realizar atividades de interesse coletivo ou público, mas não exclusivo do Estado”³⁷⁸.

³⁷⁶ SANTOS, Juarez Cirino. Direito penal: parte geral. 8ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p.65

³⁷⁷ SANTOS, Juarez Cirino. Direito penal: parte geral. 8ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 65.

³⁷⁸ MEIRELES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado [colaborador]. Direito administrativo brasileiro. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 71.

Em que pese a noção clássica do direito administrativo ao abordar o tema paraestatais como fenômeno de descentralização estatal e, portanto, conferir interpretação como estruturas paralelas à administração pública direta, a origem do nome “entidades paraestatais” transmite a ideia de entidades ou estruturas que atuam ao lado do Estado, com ele não se confundindo ou guardando vinculação.

Essa amplitude do termo acaba por reproduzir uma área cinza no processo de classificação dessas entidades dentro do direito administrativo, não havendo consenso a respeito da categorização e da natureza jurídica dessas “estruturas” que ora são denominadas como paraestatais, ora como terceiro setor, ou mesmo como entes de cooperação, de colaboração, em regimes de parcerias etc.

Advirta-se, nesse ponto, que não se trata somente de uma questão de nomenclatura, pois trata-se de entidades diversas classificadas como se tivessem a mesma natureza, com a agravante de que, a depender do entendimento, as condutas podem resultar em consequências penais para uns e para outros não.

Nesse sentido, Odete Medauar, classifica as entidades do terceiro setor como “entes com situação peculiar”, pontuando a dificuldade em se categorizar os entes privados que desempenham atividades de interesse coletivo. Isso porque uns desempenham algumas atribuições típicas do poder público, outros recebem recursos públicos, outros desempenham atividades de interesse público³⁷⁹.

Na mesma linha, José dos Santos Carvalho Filho constata a imprecisão da categorização para o fenômeno e, deixando a categoria de “paraestatais” reservada às entidades da administração indireta, rotula as entidades do terceiro setor sob a alcunha de “entidades em regime de parceria” ou organizações colaboradoras³⁸⁰.

Alexandre Mazza, a seu turno, compilou sete posicionamentos doutrinários de diferentes estudiosos clássicos do direito administrativo sobre os entes que estariam abrigados ontologicamente na noção de paraestatal.³⁸¹

³⁷⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 23ª ed. Belo horizonte: Forum, 2023. p. 97

³⁸⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. p.792

³⁸¹ MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book. p. 477.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, igualmente, assevera: “Os doutrinadores brasileiros adotaram a mesma expressão entidade paraestatal do direito italiano e herdaram a mesma indefinição quanto ao seu objeto”³⁸². Vale ressaltar que a autora também critica em sua obra a equiparação de funcionário público por meio do parâmetro “paraestatal”.³⁸³

Celso Antônio Bandeira de Melo, ao abordar a referida questão, pontua que “há, apenas, ao que parece, uma concordância doutrinária de que se trata de pessoas de direito público”. Porém critica o conceito clássico proposto por Hely Lopes Meireles, afirmando que o autor teria ampliado a noção de paraestatal para além das categorias dos serviços autônomos (entidades do sistema S), a fim de abrigar também a sociedade de economia mista e empresas públicas³⁸⁴.

Dessa forma, verifica-se que a doutrina administrativista majoritariamente diferencia paraestatais de entidades do terceiro setor, conferindo à primeira vinculação por meio de Lei ao Estado, como no caso das entidades que pertencem ao sistema “S”. De outro lado, concebem as entidades do terceiro setor como entidades de colaboração com o Estado, desvinculadas da estrutura estatal, conquanto possam desempenhar atividades não exclusivas de Estado, por meio de fomento da administração pública.

5. ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR

Com a promulgação da Constituição de 1988, o Estado brasileiro passou a ser responsável por gerar crescimento econômico, promover o bem-estar social, assegurar a proteção do meio ambiente, entre outras atividades. É essa atuação estatal direta que se denomina por Primeiro Setor, ao qual cabe, conforme explica Elisabete Ferrarezi³⁸⁵, administrar os bens e o interesse público, garantir a governabilidade e praticar atos dos três poderes.

³⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício. Tratado de direito administrativo. 2ª ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2019. v. 2. Ebook. p. 296.

³⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício. Tratado de direito administrativo. 2ª ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2019. v. 2. Ebook. p. 683

³⁸⁴ MELO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 162.

³⁸⁵ FERRAREZI, Elisabete e REZENDE, Valéria. OSCIP: saiba o que são organizações da sociedade civil de interesse público. Brasília: AED, 2002.

Por outro lado, a produção de bens e serviços privados cabe ao mercado, composto pelas sociedades empresárias, sob a denominação de Segundo Setor, cujo objetivo é gerar lucro para os empresários³⁸⁶.

Esses setores eram tradicionalmente distintos um do outro em termos de características jurídicas e socioeconômicas, muitas vezes opostos e até conflitantes.

Nesse sentido, segundo Ferrarezi, o terceiro setor é formado por organizações privadas, sem fins lucrativos, que atuam em áreas como a assistência social, a educação, a saúde e a defesa dos direitos humanos (colocando-o entre o setor público e o privado.)

A ausência de fins lucrativos prejudica o real dimensionamento econômico desse setor para a sociedade. No entanto, estudo publicado pelo Ipea oferece números capazes de auxiliar nessa tarefa.

Veja-se que mais de 4,27% do valor adicionado ao PIB brasileiro advém do terceiro setor, o que equivale a mais de R\$220 bilhões, riqueza gerada por mais de 4,7 milhões de postos de trabalhos. Se atualizado em valores de 2022, esse montante corresponderia a R\$ 423 bilhões³⁸⁷.

No entanto, números não são suficientes para entender a relevância socioeconômica do terceiro setor para a realidade brasileira, na medida em que são incapazes de demonstrar a plenitude do movimento social de ocupação dos espaços públicos, dimensão mais importante do terceiro setor.

Pereira Junior e Dotti (2009)³⁸⁸ explicam que, a partir da Constituição de 1988, por meio do exercício compartilhado de atividades entre o Estado e aquelas entidades denominadas do terceiro setor, operou-se um fenômeno de reaproximação do Estado e da sociedade.

³⁸⁶ FERRAREZI, Elisabete e REZENDE, Valéria. OSCIP: saiba o que são organizações da sociedade civil de interesse público. Brasília: AED, 2002.

³⁸⁷ FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS. A importância do terceiro setor para o PIB no Brasil e em suas regiões. Brasília: Fipe. 2023. Disponível em: <https://mapaosci.ipea.gov.br/arquivos/posts/9775-mioloterceirosetor-completo.pdf>. Acesso em: 15/12/2023.

³⁸⁸ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Gestão e probidade na parceria entre Estado, OS e OSCIP: apontamentos sob a perspectiva dos princípios e normas regentes das licitações e contratações administrativas. Fórum de Contratação e Gestão Pública [recurso eletrônico], Belo Horizonte, v. 8, n. 91, jul. 2009. Disponível em <<http://bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=58544>> Acesso em: 15/12/2023

Para Carmen Gonçalves³⁸⁹, foi o início dos processos de democratização política em quase todos os países da América Latina que ensejou uma mudança significativa nas percepções sobre o terceiro setor.

No entanto, como exposto, a interpretação elástica sobre conceitos como “funcionário público” e “entidade paraestatal” podem desencorajar esse movimento social, na medida em que os reflexos penais de determinada conduta podem superar os ganhos, considerando que a voluntariedade é uma das fortes características de quem atua nessa área.

Em outras palavras, ao conjugar perdas e ganhos, a possibilidade de responsabilização penal pode repelir, por exemplo, o capital intelectual voluntário que atua no terceiro setor.

5.1. A evolução da percepção sobre o terceiro setor

Mesmo como o afã da redemocratização, os anos 90 impunham cenário hostil ao desenvolvimento político e socioeconômico da sociedade brasileira.

A dificuldade em separar o público do privado, as disfunções de um sistema arraigada na burocracia, a ineficiência e falta de flexibilidade eram as grandes ameaças ao processo de modernização que o país precisava para enfrentar os desafios da globalização econômica³⁹⁰.

Para equacionar a questão, buscou-se reduzir o tamanho do Estado, investindo-se em eficiência e transparência.

De modo que, em 1995, o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso lançou o Plano Diretor da Reforma do Estado (PDRAE), uma reforma gerencial com o objetivo de modernizar o Estado brasileiro, idealizada por Luiz Carlos Bresser Pereira, para quem o Estado necessitava “renovar sua própria institucionalidade para poder servir melhor ao deslanche da sociedade e, em última instância, ao desenvolvimento socioeconômico”³⁹¹.

³⁸⁹ GONÇALVES, Carmen Sílvia Mendes Alves Pereira. O terceiro setor como consecutor de políticas públicas sociais. Londrina: Centro de Estudos Sociais Aplicados, 2006. p. 150.

³⁹⁰ BRASIL. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. Plano diretor da reforma do Estado. 1995.

³⁹¹ PEREIRA, Luis Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (org.). O público não estatal na reforma do Estado. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 8

Com escopo mais amplo, o PDRAE visa a promover uma mudança estrutural do Estado. No entanto, outros planos também compunham/ (a reforma): o Programa Nacional de Desestatização - PND -, de 1997, e o Programa de Qualidade no Serviço Público - PQSP -, de 1999.

Coube ao Programa Nacional de Desestatização estabelecer as diretrizes e procedimentos para a descentralização de serviços públicos, visando a redução da participação do Estado na economia e a transferência da prestação de serviços públicos para o setor privado, aumentando, assim, a eficiência da gestão pública frente às limitações dos recursos³⁹².

As principais medidas do PND foram a transferência de responsabilidades do governo federal para os governos estaduais e municipais, bem como a privatização de empresas públicas, a alienação de participações societárias do Estado em empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como a realização de concessões e privatizações de ativos públicos.

Em última instância, a privatização de empresas públicas e a descentralização de serviços públicos oportunizaram que as entidades do terceiro setor também assumissem a prestação de serviços anteriormente prestados pelas empresas públicas.

Como forma de promover a melhora na qualidade dos serviços que permaneceram sob a responsabilidade direta do Estado, a reforma gerencial previu a qualificação dos servidores públicos, adotando princípios de gestão por resultados.

Por sua vez, coube ao Programa de Qualidade no Serviço Público - PQSP - estabelecer as diferenças entre as metas de qualidade adotadas pelo primeiro e segundo setor. Neste, as metas [focam na] “competitividade no sentido da obtenção, manutenção e expansão de mercado; enquanto no setor público, a meta é a busca da excelência no atendimento a todos os cidadãos, ao menor custo possível possível”³⁹³.

Segundo Rosane Schikmann, a reforma vem ao encontro das demandas da sociedade, principalmente, em uma perspectiva de um cidadão usuário-cliente dos serviços públicos:

³⁹² BRASIL. Lei N° 9.491, de 9 De Setembro De 1997. Programa Nacional de Desestatização Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19491.htm. Acesso em: 08/12/2023.

³⁹³ BRASIL. Programa da qualidade e participação na administração pública. Brasília: 1997. p. 59. Disponível em: https://bibliotecadigital.economia.gov.br/bitstream/777/636/1/Programa_da_Qualidade_e_Participacao_Admin_Publica.pdf. Acesso em 13 de dezembro de 2023.

A sociedade vem exigindo do poder público uma atuação cada vez mais voltada para o alcance de resultados, isto é, além da eficiência tão perseguida pelas organizações nos últimos tempos, atualmente a eficácia e a efetividade da ação governamental são as palavras de ordem. Não basta atuar de forma a obter a melhor relação custo-benefício, se os resultados almejados não forem alcançados e se não atenderem às necessidades legítimas³⁹⁴.

À medida que o contexto político-econômico se altera, também se transformam as instituições e a forma como a sociedade as percebe.

Com efeito, emerge a confusão em torno de um terceiro setor composto, predominantemente, por dois blocos de instituições, que passam a ser percebidas sob uma ótica funcional em detrimento da política-ideológica.

O primeiro bloco é histórico, tradicional e conservador, composto por organizações de caridade e beneficência, voltadas para o serviço social. O segundo, é formado pelas novas ONGs, guiadas por uma lógica política alternativa, opositora, moderna e voltada para o desenvolvimento social sustentável. Juntos, formam “aquilo que não é público nem privado” conforme célebre definição de José Eduardo Sabo Paes, conforme se destaca:

[...] o terceiro setor é aquele que não é público e nem privado, no sentido convencional desses termos; porém, guarda uma relação simbiótica com ambos. Ou seja, o terceiro setor é composto por organizações de natureza “privada” (sem o objetivo do lucro) dedicadas à consecução de objetivos sociais ou públicos, embora não seja integrante do governo (Administração Estatal)³⁹⁵.

Ressalte-se que são frequentes os questionamentos sobre a necessidade/validade/legitimidade de a sociedade civil organizada empregar esforços para a consecução de interesses sociais, quando, por força constitucional, cabe ao Estado promover o bem-estar e o interesse público.

³⁹⁴ SCHIKMANN, Rosane. Gestão Estratégica de Pessoas: Bases para a Concepção do Curso de Especialização em Gestão de Pessoas no Serviço Público. In PANTOJA, CAMÕES & BERGUE (ORG); Gestão de pessoas: bases teóricas e experiências no setor público. – Brasília: ENAP, 2010. p. 12.

³⁹⁵ PAES, José Eduardo Sabo. Fundações e Entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários. 4. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 88.

Como já exposto, a capacidade de atuação do Estado é limitada tanto por questões financeiro-orçamentárias quanto burocráticas. Por outro lado, a sociedade civil organizada consegue operar sem as limitações do Estado e sem as ambições do Mercado, contando, ainda, com mão de obra numerosa e capital intelectual diversificado, essenciais para sua capacidade de atingir clientes difíceis.

A favor dessa conclusão, militam a confiança, a dedicação e a solidariedade da sociedade civil organizada, que por meio de uma experiência especializada consegue chegar a uma parcela da população que estaria total ou insuficientemente assistida pelo Estado, passando a contar, por exemplo, com o oferecimento de serviços de educação e saúde³⁹⁶.

Para Bresser, o reconhecimento da relevância do setor público-estatal não se deve, necessariamente, em razão do terceiro setor ser mais eficiente na prestação de serviços do que outras entidades, mas porque permite desenvolver papéis que nem o Estado nem o mercado podem cumprir³⁹⁷.

Assim, a sociedade civil organizada viabiliza, de maneira descentralizada, a consecução dos objetivos sociais de um Estado Democrático de Direito.

5.2. Marcos regulatórios

A partir da abertura do Estado para uma atuação conjunta com o terceiro setor, foram criadas normas que contribuíram para o fortalecimento desse setor, criando um ambiente mais favorável à sua atuação, ampliando o acesso a recursos financeiros e proporcionando segurança jurídica.

Se por um lado esse setor substitui o Estado na prestação de serviços à sociedade, interferindo nos interesses envolvidos, movimentando o mercado de trabalho e crescendo ao PIB nacional, por outro, ele assume os problemas do poder público, devendo oferecer resultado igual ou melhor do que o que se teria com os recursos e meios diretos da Administração Pública³⁹⁸.

³⁹⁶ PEREIRA, Luis Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (org.). O público não estatal na reforma do Estado. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 8.

³⁹⁷ PEREIRA, Luis Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (org.). O público não estatal na reforma do Estado. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 8.

³⁹⁸ TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Terceiro setor: guia de orientação aos membros do conselho municipal de saúde. São Paulo, 2022. Disponível em <https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/Manual%20do%20Terceiro%20Setor%20-%202022.pdf> acesso em: 15/12/2023.

Desse modo, releva delinear a forma que essas entidades podem assumir no ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com o Código Civil, artigos 53 a 61 e 2031³⁹⁹, as associações constituem-se juridicamente pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

No Brasil, as entidades sem fins lucrativos assumem a forma de Fundações, Organizações Religiosas e Associações. Estas podem se dividir em Entidades Associativas e Recreativas ou Organizações Não Governamentais, mais conhecidas pela sigla ONG.

As ONGs atuam em diversas áreas, como assistência social, educação, saúde e meio ambiente, ao seu turno, podem assumir a identidade de Entidades Beneficentes, Organização Social - OS, nos termos da Lei nº 9.637/98, ou de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, - OSCIP, conforme a Lei nº 9.790/99.

Carmen Gonçalves⁴⁰⁰ explica que, no caso das OSCIPs, a Lei nº 9.790/99 estabelece regras para o registro e o funcionamento das OSCIPs, bem como benefícios fiscais e de isenção de tributos, além de permitir que se relacionem com o poder público por meio de parcerias, que são instrumentos jurídicos que permitem a cooperação entre as partes para a execução de atividades de interesse público e a possibilidade de transferência de recursos humanos e financeiros, no âmbito de todos os entes federativos.

Os repasses realizados pelo poder público estão, por força dos princípios administrativos, submetidos ao crivo dos órgão de fiscalização de contas públicas, como os tribunais de contas dos Estados e da União, que julgam a prestação de contas das OS e OSCIPs segundo os corolários da transparência, da eficiência, da legalidade, impessoalidade, moralidade, além da responsabilidade pública (*accountability*) e do respeito às normas legais e regulamentares, às políticas e às diretrizes estabelecidas (*compliance*), mesmo tratando-se de atividade sem finalidade lucrativa e, em geral, voluntária.

Conforme o artigo 8º da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, cabe ao órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada a fiscalização da execução do contrato de gestão. Isso significa

³⁹⁹ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Institui o código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 15/12/2023.

⁴⁰⁰ GONÇALVES, Carmen Sílvia Mendes Alves Pereira. O terceiro setor como consecutor de políticas públicas sociais. Londrina: Centro de Estudos Sociais Aplicados, 2006.

que o mesmo órgão governamental que qualificou a entidade como Organização Social e a contratou será responsável por fiscalizar a sua atuação⁴⁰¹.

Em caso de irregularidades, a lei estabelece que o órgão fiscalizador deve comunicar os fatos ao Tribunal de Contas da União e, dependendo da gravidade, pode representar junto ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da própria entidade fiscalizadora. Essas medidas têm como objetivo garantir a transparência e boa utilização dos recursos públicos nas atividades realizadas pelas Organizações Sociais⁴⁰².

Uma vez identificada a irregularidade, os responsáveis devem comunicar às autoridades, que, no caso de indício de práticas ilegais, iniciam a persecução penal dos possíveis infratores, sejam eles funcionários públicos ou funcionários das entidades nas quais identificou-se o possível crime.

É nessa altura da interação entre o Primeiro e o terceiro setor que a celeuma sobre a equiparação de empregados privados a funcionários públicos nasce, objeto da análise deste trabalho.

Em resumo, conforme ficou demonstrado, em que pese o aguerrido trabalho dos tribunais para garantir que os recursos públicos sejam empregados com a prudência devida, a interpretação analógica utilizada para ampliar o conceito do sujeito infrator nos casos do art. 327, caput e §1º do Código Penal Brasileiro não tem guarida no ordenamento jurídico brasileiro, tampouco na sistemática de aplicação do conjunto de normas vigente, pois claro está que essa categoria não se identifica com a noção de paraestatal guardando natureza própria com valores e princípios próprios.

Vale ressaltar que não se defende a irresponsabilidade penal total dos funcionários do terceiro setor, na medida em que se compreende que uma dada conduta criminosa com reflexos para a administração pública deve ser adequadamente imputada aos responsáveis, contudo, procurou-se demonstrar que o princípio da legalidade veda a ampliação da qualificação de funcionário público ou equiparado por meio de interpretação, em razão de ausência de expressa tipificação legal.

Desse modo, em um eventual desvio ocorrido no seio da administração, esses funcionários devem responder não pelo peculato, mas sim pela

⁴⁰¹ GONÇALVES, Carmen Silvia Mendes Alves Pereira. O terceiro setor como consecutor de políticas públicas sociais. Londrina: Centro de Estudos Sociais Aplicados, 2006

⁴⁰² GONÇALVES, Carmen Silvia Mendes Alves Pereira. O terceiro setor como consecutor de políticas públicas sociais. Londrina: Centro de Estudos Sociais Aplicados, 2006.

apropriação indébita, além de se reportarem aos seus respectivos controladores definidos nos instrumentos de gestão.

6. CONCLUSÃO

Após a revisão bibliográfica e a realização de uma análise crítica entre as visões da doutrina penal e aquelas oriundas do direito administrativo sobre a equiparação penal entre os funcionários do terceiro setor aos funcionários públicos, a partir da identidade conceitual entre entidades paraestatais e entidades do terceiro setor, entende-se que esse processo de equiparação representa grave incompatibilidade sistêmica com as premissas supremas do direito penal. Isso porque, não há qualquer consenso no direito administrativo sobre a natureza jurídica daquilo que estaria contido nos sentidos do termo paraestatal.

Essa vagueza amplia a possibilidade de imputação de crimes funcionais a esse grupo de trabalhadores privados que não ostentam a elementar essencial do tipo trazido no art. 327 do Código Penal, ainda que se tenha inserido o § 1º com a pretensão de resolver a equiparação, subvertem-se as premissas do próprio sistema penal.

Para isso, tanto a doutrina penal quanto a jurisprudência atual vêm utilizando-se de métodos de interpretação e colmatação normativa alheias às diretrizes hermenêuticas basilares do direito penal, como a analogia *in malam partem*, sob a aparência de uma regular interpretação extensiva.

A equiparação de empregados do terceiro setor a funcionários públicos, sem que haja a devida alteração legislativa, implica em uma violação ao princípio da legalidade estrita, que exige que os crimes sejam previstos em lei anterior, com precisão e clareza. Nessa linha, a equiparação implicaria uma alteração ilegal do conceito de funcionário público, que é definido pelo Código Penal.

Há violação direta, ainda, do princípio da intervenção mínima do direito penal. Isso porque, as hipóteses de incriminação dirigidas a este grupo de empregados já se localizam nos mais diversos crimes comuns do código penal. Quisesse o legislador alcançar essa classe de agentes, o teria feito expressamente na Lei.

Ora, para que a conduta seja sancionada pelo direito penal se faz minimamente necessário que o ramo do direito administrativo defina e delimite o fenômeno, o que ainda não ocorreu. Se nem mesmo o ramo do direito que densifica o sentido do fenômeno jurídico o compreende com

clareza, com maior razão não poderá o direito penal lançar reprovação nessa seara de incerteza, sob pena, enfatizamos, de subverter o caráter fragmentário do direito penal.

Ademais, a criminalização das atividades do terceiro setor implica prejuízo na expansão das riquezas produzidas por esse segmento, podendo desestimular a participação de pessoas físicas e jurídicas na criação e manutenção de entidades do terceiro setor, limitando a atuação das entidades da sociedade civil organizada, na medida em que restringe o acesso aos recursos financeiros públicos disponíveis e pode resultar em sanção penal tão gravosa quanto se funcionários públicos fossem.

Assim, há premente necessidade de se harmonizar o texto penal com a realidade social que se impõe nesse segmento, em franca expansão, mas que ainda se insere num ambiente de incerteza jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. **Sobre la existencia de las normas jurídicas**. Ciudad de México: fontamara, 1979.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Revan. 2007.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore. **O Rendimento da Teoria do Bem Jurídico no Direito Penal Atual**. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/noticias/exibir/7214/#_ftnref> Acesso em: 24 maio 2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. e-book. v. 5.

BRASIL. **Decreto-Lei 2848 de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. acesso em: 08/12/2023.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 15/12/2023.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. **Plano diretor da reforma do Estado**. 1995. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>> . Acesso em 10 de dezembro de 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.491, de 9 De Setembro De 1997**. Programa Nacional de Desestatização. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9491.htm. Acesso em: 08/12/2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 15/12/2023.

BRASIL. **Programa da qualidade e participação na administração pública**. Brasília: 1997. p. 59. Disponível em: https://bibliotecadigital.economia.gov.br/bitstream/777/636/1/Programa_da_Qualidade_e_Participacao_Admin_Publica.pdf. Acesso em 13 de dezembro de 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 11/12/2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**, arts. 213 a 359-T. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. e-book. v. 3.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício. **Tratado de direito administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2019. v. 2. Ebook.

ESTEFAM, André; JESUS, Damásio. **Parte Geral**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

FERRAREZI, Elisabete; REZENDE, Valéria. **OSCIP: saiba o que são organizações da sociedade civil de interesse público**. Brasília: AED, 2002.

FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS. **A importância do terceiro setor para o PIB no Brasil e em suas regiões**. Brasília: Fipe. 2023. Disponível em: <<https://mapaosc.ipea.gov.br/arquivos/posts/9775-mioloterceiro-setor-completo.pdf>>. Acesso em: 15/12/2023.

GONÇALVES, Carmen Sílvia Mendes Alves Pereira. **O terceiro setor como consecutor de políticas públicas sociais**. Londrina: Centro de Estudos Sociais Aplicados, 2006.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958.v IX. p. 400.

JESUS, D. D. **Direito Penal**. v. 4. 18. ed. São Paulo: SARAIVA, 2015. E-book.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 23ª ed. Belo horizonte: Forum, 2023.

MEIRELES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado [colaborador]. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações e Entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários**. 4. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

PEREIRA, Luis Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (org.). **O público não estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Gestão e probidade na parceria entre Estado, OS e OSCIP**: apontamentos sob a perspectiva dos princípios e normas regentes das licitações e contratações administrativas. Fórum de Contratação e Gestão Pública [recurso eletrônico], Belo Horizonte, n. 91, jul. 2009. v.8 Disponível em <<http://bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=58544>> Acesso em: 15/12/2023.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal**: Parte Geral. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal**: parte geral. 8ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

SEMER, Marcelo. **Princípios penais no estado democrático de direito**. 2ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. E-book.

SCHIKMANN, Rosane. Gestão Estratégica de Pessoas: Bases para a Concepção do Curso de Especialização em Gestão de Pessoas no Serviço Público In PANTOJA, CAMÕES & BERGUE (org); **Gestão de pessoas**: bases teóricas e experiências no setor público. – Brasília: ENAP, 2010

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. **O terceiro setor**: guia de orientação aos membros do conselho municipal de saúde. São Paulo, 2022. Disponível em <<https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/Manual%20do%20Terceiro%20Setor%20-%202022.pdf>> Acesso em: 15/12/2023.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Sistemas penales y derechos humanos en américa latina**. Buenos Aires: Depalma. 1986.

Enviado em 16.09.2024.

Aprovado em 25.02.2025.



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..

Nesta segunda edição da **Revista da Procuradoria-Geral do Município – RPGMJ** – é estruturada em quatro blocos. Dois relacionados à prática da Procuradoria-Geral e outros dois englobando artigos e comentários à jurisprudência, são dezessete trabalhos ao todo, nas mais variadas temáticas do Direito e da Administração Pública.

A Revista mantém-se como um espaço plural de debate, com enfoque na atividade jurídica exercida nos Municípios e na práxis desenvolvida nas Procuradorias-Gerais.

Convidamos os leitores ao estudo das diferentes perspectivas reunidas nessa obra, a partir dos textos de Professores, Advogados, Magistrados, Membros do Ministério Público, Procuradores do Município e Servidores Públicos.

AUTORES

Alessandra Skrypec	Marília S. Bezerra
Cristiane Vansuita	Patrícia Dornelles Schneider
Ferruccio Auletta	Paula Padilha Penteado Klein
Eduardo Teddy Carneiro Nóbrega	Pedro Guimarães
Eduardo Felipe Heinemann	Pedro Niebuhr
Gassenferth	Rafael Schreiber
Felipe Cidral Sestrem	Raquel Santos
Franciano Beltramini	Sahmara Liz Botemberger
Francieli Cristini Schultz	Samuel Gouveia
Grasiela Grosselli	Thiago Felipe de Amorim
Guilherme Chrysten Möller	Thiago de Oliveira Vargas
Héryta Ramos de Araújo	Vitória Fischer Borges
Leonardo Fortes Rocha Brizola	Weber Luiz de Oliveira



Prefeitura de
Joinville

PROCURADORIA-GERAL
DO MUNICÍPIO

