
DIREITO DO ESTADO EM DEBATE

REVISTA JURÍDICA
DA PROCURADORIA-GERAL
DO ESTADO DO PARANÁ

2022

Conselho Editorial

Adriane Reis de Araujo
Aldacy Rachid Coutinho
Carlos Frederico Marés de Souza Filho
Celso Luiz Ludwig
Érica de Oliveira Hartmann
Eros Belin de Moura Cordeiro
Eroulths Cortiano Junior
Fernando Borges Mânica
Fernando Campos Scaff
Guilherme Roman Borges
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Jair Lima Gevaerd Filho
Joe Tennyson Velo
Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho
José Anacleto Abduch Santos
José Antonio Peres Gediel
Jozélia Nogueira
Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Luiz Osório Moraes Panza
Manoel Caetano Ferreira Filho
Marcia Carla Pereira Ribeiro
Miguel Gualano de Godoy
Paulo Ricardo Schier
Ricardo Saavedra Hurtado
Rodrigo Luís Kanayama
Rodrigo Xavier Leonardo
Roland Hasson
Safira Orçatto Meirelles do Prado
Sandro Marcelo Kozikoski
Sérgio Cruz Arenhart

Conselheiros Convidados

Dayana de Carvalho Uhdre
Hamilton Bonatto

Comissão Editorial

Leila Cuéllar (Presidente)
Audrey Silva Kyt
Claudia Picolo
Cristina Bichels Leitão
Guilherme Hamada

Coordenadoria de Estudos Jurídicos da PGE-PR

Leila Cuéllar

DIREITO DO ESTADO EM DEBATE

REVISTA JURÍDICA

DA PROCURADORIA-GERAL
DO ESTADO DO PARANÁ

Edição nº 13 – 2022

REVISTA JURÍDICA DA PROCURADORIA-GERAL DO
ESTADO DO PARANÁ DIREITO DO ESTADO EM DEBATE /
PGE/PR ; Curitiba: NCA – Comunicação e Editora LTDA.
Editor: Maria Isabel M. Ritzmann – (Bebel Ritzman), 2022.
384 p. : n.13 ; 16 x 23 cm.
Anual

ISSN 2316-3070

1. Direito . 2. Periódico I. Procuradoria-Geral do Estado
do Paraná. II. Título

CDD 340
CDU 342

As opiniões e os entendimentos externados nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores, não se confundindo com os adotados pelo Conselho Editorial, pela Comissão Editorial ou pela Instituição Procuradoria-Geral do Estado do Paraná.

comissaoeditorial@pge.pr.gov.br

Editor:

Maria Isabel M. Ritzmann (Bebel Ritzmann)

Selo editorial



Produção: NCA - COMUNICAÇÃO E EDITORA LTDA.

CNPJ: 13.226.606/0001-91

Conheça nossa editora: www.livroslegais.com.br

Projeto Gráfico e Edição: Roberto Costa Guiraud – Designer

Diagramação: Equipe Edição por Demanda

Revisão: André Braga



Sumário

APRESENTAÇÃO.....	7
-------------------	---

Licitações e contratos administrativos

A CONCESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E SEU CABIMENTO PARA HOSPITAIS Fernando Borges Mânica	11
--	----

UM OLHAR SOBRE O REGIME DE FORNECIMENTO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ASSOCIADOS Hamilton Bonatto.....	31
---	----

RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – A PERSPECTIVA DA LEI Nº 14.133/21 José Anacleto Abduch Santos.....	57
---	----

O PAPEL DA ASSESSORIA JURÍDICA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (LEI Nº 14.133/2021) Anderson Sant’Ana Pedra; Ronny Charles Lopes de Torres.....	89
--	----

AFASTAMENTO DAS REGRAS NACIONAIS DE LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Renato Andrade Kersten.....	137
--	-----

Outros temas

A VIOLÊNCIA E O ASSÉDIO SEGUNDO A CONVENÇÃO 190 DA OIT Adriane Reis de Araujo	165
--	-----

O ‘MERCADO’ DAS SOLUÇÕES DE LITÍGIOS COM O PODER PÚBLICO: ANÁLISE DO PONTO DE VISTA DO DIREITO E ECONOMIA Guilherme Freire de Melo Barros.....	185
---	-----

DESENVOLVIMENTO HUMANO, ACESSO À JUSTIÇA E PROCESSO COLETIVO-ESTRUTURAL Claudia Beatriz Matos Machado	211
--	-----

CONSOLIDANDO O PACTO FEDERATIVO E O PROTAGONISMO DA UNIÃO NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: O RECONHECIMENTO DA OBRIGATORIEDADE DA PRESENÇA DO ENTE FEDERAL NAS AÇÕES QUE BUSCAM O FORNECIMENTO DE TRATAMENTOS NÃO INCORPORADOS AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE	
Fernando Alcantara Castelo	251
O CONTROLE <i>OPE JUDICIS</i> DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA DAS ASSOCIAÇÕES CIVIS	
Luisa Doria de Oliveira Franco	269
INSTRUMENTOS DE COLETIVIZAÇÃO DA DECISÃO E A TUTELA EFICIENTE DOS INTERESSES FAZENDÁRIOS	
Thiago Simões Pessoa	295
Produção jurídica da PGE	
PARECER Nº 20/2020	
Edivaldo Aparecido de Jesus	321
PARECER Nº 28/2020	
Antonio Sérgio Bione Pinheiro	345

Apresentação

A Procuradoria-Geral do Estado do Paraná lança a 13ª edição da sua Revista Jurídica “Direito do Estado em Debate”, com diversos temas contemporâneos que certamente serão objeto de pesquisa e consulta para o aprimoramento de todos os operadores do direito.

Para melhor visualização desta edição, a Revista foi dividida em três partes, a saber: Licitações e Contratos Administrativos, Outros Temas e Produções da Procuradoria-Geral do Estado.

Destaco os artigos elaborados acerca da Lei nº 14.133, editada em 1º de abril de 2021, que tratam das alterações e das inovações da nova Lei de Licitações, cuja aplicação obrigatória inicia-se em abril de 2023 e será um grande desafio para a Administração Pública.

Os demais artigos e pareceres trazem diferentes perspectivas sobre diversos temas do direito.

Não poderia deixar de agradecer aos autores por compartilhar conosco o seu conhecimento, consubstanciado nos artigos desta Revista, bem como aos integrantes da Comissão e do Conselho Editoriais pela inestimável dedicação.

Não tenho dúvida que a Revista trará para os nossos leitores um incremento ainda maior nos seus respectivos acervos bibliográficos.

Uma boa leitura a todos.

Curitiba, 2022.

Leticia Ferreira da Silva
Procuradora-Geral do Estado

LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

2022

A concessão de uso de bem público na Nova Lei de Licitações e seu cabimento para hospitais

The concession for use of public property in the New Bidding Law and its application for hospitals

Fernando Borges Mânica¹

RESUMO: O presente artigo trata da natureza e finalidade da concessão de uso de bem público, com análise de sua regulamentação anterior e investigação quanto a eventuais mudanças trazidas pela Nova Lei de Licitações. A partir dessa análise, o trabalho avalia a adequação e os critérios a serem observados para a concessão de uso de unidades hospitalares.

PALAVRAS-CHAVE: Concessão de uso de bem público; Nova Lei de Licitações; Hospitais.

ABSTRACT: This article deals with the nature and purpose of concession for use of public property, analyzing its previous regulation and investigating possible changes brought by the New Bidding Law. Based on this analysis, the work assesses the suitability and criteria to be observed for the concession for use of hospital units.

1 Doutor em Direito pela USP. Mestre em Direito pela UFPR. Pós-Graduado em Terceiro Setor pela FGV-SP. Fundador do “Portal das OS”. Coordenador da 3COMPLY – Consultoria e Treinamento em Conformidade no Terceiro Setor. Professor do mestrado profissional da Universidade Positivo. Membro da Asociación Internacional de Derecho Administrativo (AINDA). Certificado em Gestão de Projetos na Saúde pelo Hospital Albert Einstein. Certificado em Análise de Custos e Benefícios na Saúde pela Harvard School of Public Health. Advogado e Procurador do Estado do Paraná.

KEYWORDS: Concession for the use of public goods; New bidding law; Hospitals.

1. INTRODUÇÃO

Além de racionalizar e sistematizar os diversos diplomas normativos sobre licitações e contratos administrativos, a Nova Lei de Licitações – Lei nº 14.133/21 – trouxe uma série de inovações, as quais se encontram em processo de assimilação pela doutrina e de regulamentação pelos entes federativos. Uma das novidades refere-se à previsão expressa de incidência dos ditames na nova lei sobre os contratos de concessão de uso de bem público, tal qual prevê seu artigo 2º, inciso IV.²

O objetivo deste estudo consiste em aquilatar a importância de tal inovação, bem como avaliar a compatibilidade da concessão de uso de bem público para o trespasse de hospitais à exploração pela iniciativa privada. O estudo justifica-se pela escassez de estudos sobre o tema das concessões de uso, aliada à demanda social pela oferta e modernização da infraestrutura hospitalar de atendimento ao SUS, muitas vezes abandonada ou subaproveitada, em especial em municípios de pequeno e médio portes.

Adotou-se o método lógico-dedutivo, baseando-se na construção doutrinária, legislativa e contratual sobre o tema. A pesquisa normativa deu-se no âmbito de leis estaduais, nos sítios eletrônicos de todos os Estados da Federação e respectivos portais da transparência. A busca ocorreu pelos termos “concessão de uso”, “concessões de uso”, “concessão de uso de bem público” e “concessões de uso de bem público”, bem como na legislação específica estadual sobre licitações e contratos administrativos. A pesquisa por experiências de concessão de uso de hospitais deu-se por consulta a editais e contratos publicados nos portais da transparência de Estados e Municípios da Região Sul e Sudeste.

2 “Art. 2º Esta Lei aplica-se a: (...) IV - concessão (...) de uso de bens públicos;”.

Para alcançar o desiderato proposto, o presente estudo traz o estado da arte sobre o tema, com aportes doutrinários que demonstram a dupla finalidade da concessão de uso de bem público e a consequente autonomia federativa e contratual e para a definição de seu regramento. Na sequência, analisa-se a regulamentação dada pela Lei nº 8.666/93 e a legislação dos Estados membros sobre o tema. Em seguida são mensurados os principais impactos da nova legislação na fixação de parâmetros voltados à definição do regime licitatório, finalidade, prazo e remuneração dos contratantes. Adiante, é avaliada a compatibilidade da concessão de uso de bem público a particulares para exploração de atividades de saúde hospitalares, bem como da possibilidade de obtenção de receitas acessórias pelo particular, decorrentes do atendimento à saúde suplementar e medicina privada. Por fim, são tecidas considerações finais.

2. CONCESSÃO DE USO DE BENS PÚBLICOS NA DOCTRINA

A concessão de uso de bem público é instrumentalizada por um contrato administrativo por meio do qual é possibilitado a um particular o uso de um bem público por prazo determinado, mediante o cumprimento de requisitos pré-estabelecidos.³ Configura, portanto, a hipótese de outorga de uso que confere maior segurança jurídica ao particular e à Administração Pública contratante, dada sua natureza contratual.⁴ Dentre as hipóteses de outorga do uso de bens públicos aos particulares, a concessão de uso é a que confere maior estabilidade ao uso privativo de bem público pelo concessionário, à medida que possui natureza contratual, conferindo

3 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 70.

4 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 347.

ao privado concessionário uma intensa e duradoura relação jurídica que tem como objeto o bem concedido.⁵

No que toca à finalidade a ser dada ao bem objeto de concessão de uso, duas são as hipóteses acolhidas pela doutrina. De um lado, pode servir como instrumento de implementação e disponibilização de uma utilidade de interesse geral, por meio do concurso do particular para alcançar este fim de interesse coletivo. De outro lado, a concessão de uso pode meramente servir de instrumento para dar uso a bens do acervo patrimonial do Estado não utilizados, visando a gerar receitas com a remuneração dada pelo particular pelo direito de explorar o bem em seu próprio interesse.⁶

No segundo caso, conforme Floriano Marques Neto, a utilização do bem público concedido deve envolver, em alguma medida, a satisfação, ainda que secundária, do interesse público. Assim sendo, mesmo quando a concessão de uso envolver a exploração privada em interesse próprio, deverá estar presente alguma finalidade de interesse geral, podendo ele ser o interesse do Poder Público de dar emprego ao bem ou obter rendas.⁷

É dizer: o agente privado deve explorar o bem público conforme sua finalidade e em prol do interesse público; ou, então, deve explorar o bem público conforme seu interesse, mas com atendimento secundário de alguma finalidade de interesse público.

A diferença decorre da finalidade originária do bem concedido. Neste ponto, útil é a distinção entre o bem destinado à satisfação direta de um interesse público (bem público em sentido estrito) e o bem pertencente às

5 Tal condição é tratada de modo corrente nos manuais de Direito Administrativo, que diferenciam as diversas modalidades de uso privativo de bens públicos, explicando que a concessão de uso de bem público possui maior estabilidade e oferece maior segurança jurídica do que a autorização de uso e a permissão de uso de bem público.

6 MARQUES NETO, 2009, p. 352.

7 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 269.

peças jurídicas de direito público ou privado instituídas pelo Estado, mas não vinculados a uma finalidade coletiva.⁸

No caso de bens públicos em sentido estrito, classificados pelo artigo 99 do Código Civil como de bens de uso comum e bens de uso especial, incide a exigência de exploração privada conforme o interesse público. Esse é o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem a concessão de uso consiste na modalidade mais adequada para os usos normais, exercidos em consonância com a finalidade precípua a que o bem está afetado.⁹ Já no que toca aos bens não afetados a uma finalidade pública, classificados pela legislação privada como bens dominicais, a concessão de seu uso implica a exploração privada do bem, com benefício público secundário.

Com esse raciocínio, é possível consignar que o contrato de concessão de uso de bem público assemelha-se, em um caso, ao contrato de concessão de serviço público precedido de obra pública; e, em outro caso, ao contrato de locação.¹⁰ Mas há diferenças evidentes.

A concessão de uso de bem público difere da concessão de serviço público precedida de obra pública porque nesta não há exigência de construção ou reforma do bem pelo agente privado, bem como a atividade econômica a ser explorada nem sempre é qualificada como serviço público. Já em relação ao contrato de locação, a concessão de uso diferencia-se justamente pela exigência incidente sobre o agente privado

8 MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. **Teoria jurídica da privatização: fundamentos, limites e técnicas de interação público-privada no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 21 e 106. Disponível em: <http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2017/08/Teoria-juridica-da-privatizacao.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2022.

9 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A gestão jurídica do patrimônio imobiliário do poder público. **Cadernos da FUNDAP**, São Paulo, ano 9, n. 17, 1989, p. 63.

10 A comparação, clássica na doutrina, foi retomada por Rafael Carvalho Rezende OLIVEIRA em recente obra sobre a nova lei de licitações. Sobre o tema, conferir: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Nova lei de licitações e contratos administrativos: comparada e comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 14.

de cumprir, ainda que secundariamente, alguma finalidade de interesse público. Portanto, ainda que a comparação seja útil como exercício para a compreensão do tema, não é suficiente para a definição dos dois regimes jurídicos da concessão de uso de bem público.

Por conseguinte, é possível reconhecer a natureza constitutiva da concessão de uso de bem público, à medida que, por seu intermédio, o concedente outorga ao concessionário poderes e deveres distintos daqueles que lhe incumbe exercer. Daí que o caráter contratual da concessão de uso de bem público permite, mediante acordo de vontades, a fixação das condições em que o uso se exercerá, entre as quais a finalidade, prazo e regime remuneratório.¹¹

Nesse cenário, a definição das diretrizes de cada contrato de concessão de uso de bem público depende das nuances do caso concreto, sendo que o tema deve ser disciplinado por cada ente federativo, no exercício de sua autonomia política e capacidade de auto-organização, representadas no caso pela competência para gerenciar seus próprios bens e serviços de interesse público.¹²

3. CONCESSÃO DE USO DE BENS PÚBLICOS NA LEI

Alinhada à compreensão acima descrita, a ainda vigente Lei nº 8.666/93 não disciplina os contratos de concessão de uso de bem público. Tal ato normativo delimita, já no artigo 1º, o âmbito de sua aplicação aos contratos de obras, serviços, compras, alienações e locações.

A referência às concessões na Lei nº 8.666/93 encontra-se traçada apenas em seu artigo 2º, que relaciona todos os objetos acima mencionados

11 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Uso Privativo de Bem Público por Particular**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 109 e 111.

12 MARQUES NETO, 2009, p. 351.

e inclui as concessões (em sentido amplo, sem especificação da espécie), ocasião em que fixa a exigência de prévio processo licitatório quando de tal contratação com terceiros.

Tal previsão é relevante, já que o texto constitucional não traz exigência expressa de licitação nas concessões de uso de bem público. Isso porque tal modalidade contratual não se encontra relacionada nos dois dispositivos constitucionais que tratam do tema. O artigo 37, inciso XXI da Constituição exige licitação prévia à celebração de contratos de obras, serviços, compras e alienações, enquanto o artigo 175 da Constituição exige processo licitatório para a celebração de contratos de concessão ou permissão de serviços públicos.

Não obstante, conforme Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, a possibilidade de contratos de concessão de uso gerarem receita ou vantagens indiretas aos contratantes viabiliza a competição entre interessados e exige a promoção de licitação para uso do bem.¹³ Nessa linha, justifica-se a previsão da Lei nº 8.666/93, ao exigir a realização de prévio processo licitatório.

No que toca ao ordenamento jurídico dos Estados membros, o panorama não é muito diferente. As leis estaduais de licitações e contratos que fazem referência à concessão de uso de bem público o fazem de modo parcial. Tratam, sobretudo, da exigência de licitação, mas não disciplinam outros temas como finalidade do ajuste, prazo máximo e forma de remuneração dos contratantes. A análise da legislação estadual que trata do tema, conforme metodologia acima exposta, demonstra tal cenário.

No Estado da Bahia, o artigo 45 da Lei Estadual nº 9.433, de 01 de março de 2005, disciplina de forma específica a concessão de uso de bem público, estabelecendo a possibilidade de outorga de uso de bem em caráter gratuito ou remunerado, com prazo determinado, precedida de licitação na

13 MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **A lei geral de licitação e o regime diferenciado de contratação**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 67.

modalidade concorrência.

Em sentido próximo, no Paraná, a Lei Estadual nº 15.608, de 16 de agosto de 2007, faz menção à concessão de uso em seu artigo 43, inciso II, para prever, também, a concorrência como modalidade licitatória obrigatória para a celebração de tal contrato.

Já no Estado do Rio Grande do Sul, a Lei Estadual nº 13.191, de 30 de junho de 2009, prevê que a modalidade licitatória a ser adotada para concessões de uso é o pregão eletrônico, e o critério de julgamento deve ser o de maior oferta.

Por fim, no Estado de Goiás, o artigo 2º da Lei Estadual nº 17.928, de 27 de dezembro de 2012, define concessão de uso de bem público como o “contrato administrativo, precedido de licitação, pelo qual a administração acorda com o particular a utilização ou exploração exclusiva de bem público”. Além disso, a lei goiana estabelece que a outorga de uso poderá ocorrer em caráter gratuito ou remunerado, com prazo determinado e precedida de licitação na modalidade adequada conforme limites de valores estabelecidos na lei (artigo 37).

Nota-se que a exigência de licitação constitui previsão comum nas legislações estaduais sobre o tema. Não obstante, não há unicidade na definição da modalidade de licitação a ser utilizada.

O Tribunal de Contas da União – TCU já teve a oportunidade de se debruçar sobre tal questão. Nos julgados sobre o tema, o órgão de controle analisou contratos de concessão de uso de áreas comerciais de aeroportos e concluiu pela modalidade pregão como a mais vantajosa no que diz respeito à eficiência, transparência e competitividade do certame.¹⁴

14 TCU. Representação 011.355/2010-7. Acórdão nº 2.844/2010-Plenário. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. Sessão 27/10/2010. Tal entendimento se manteve na jurisprudência do TCU, à exemplo do Acórdão nº 2.050/2014-Plenário, Acórdão nº 478/2016-Plenário e Acórdão nº 2.666/2017-Plenário.

No entanto, o posicionamento adotado pelo TCU teve como objeto a concessão de bens cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente previstos pelo edital, com base em especificações usuais no mercado, conforme prevê o parágrafo único do artigo 1º, da Lei Federal nº 10.520/02. É dizer: em se tratando de um bem comum, pode-se adotar a modalidade pregão na concessão de uso. Não obstante, tal solução não pode ser adotada em contratos de maior complexidade e monta, em especial em relação a bens voltados a uma finalidade pública de alta complexidade, como é o caso, por exemplo, de unidades de saúde.

Pode-se concluir desse panorama, portanto, que não havia tratamento pormenorizado da concessão de uso de bem público na legislação nacional e estadual. Além disso, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União volta-se apenas à concessão de uso de bens destinados à exploração econômica pelo agente privado.

A Nova Lei de Licitações, diversamente de sua antecessora, prevê de forma expressa sua aplicabilidade às concessões de uso de bens públicos. Não obstante, não há na nova lei regramento específico a respeito do tema, mas mera inclusão expressa das concessões de uso de bem público em seu âmbito de incidência material. Não por outro motivo, Marçal Justen Filho sustenta que as concessões de uso de bem público não se sujeitam à Lei nº 14.133/21 na mesma extensão que as demais espécies contratuais.¹⁵

Isso ocorre porque o legislador não teve nenhuma preocupação com a disciplina jurídica da concessão de uso de bem público na Lei nº 14.133/21. Seu texto é ora insuficiente, ora omissivo no que toca à disciplina dos contratos de concessão de uso de bem público, os quais demandam soluções não tratadas na Nova Lei de Licitações. A análise dos parâmetros normativos traçados pela nova lei acerca, por exemplo, da modalidade de licitação cabível, do prazo máximo da avença e forma de remuneração do contratante no contrato de concessão de uso de bem público demonstram tal descompasso.

15 JUSTEN FILHO, 2021, p. 69.

Quanto à modalidade de licitação, a nova lei admite, em tese, a concorrência e o pregão para a celebração de contratos de concessão de uso. A escolha da modalidade licitatória compete à Administração Pública e, como visto, a utilização do pregão se limita à concessão de bens e serviços comuns, enquanto a concorrência é adequada para concessão de bens que não possuem características usuais de mercado.

No que diz respeito ao prazo, a Nova Lei de Licitações traz um escalonamento conforme as características do contrato em questão. Caso haja prestação de serviços contínuos, a vigência é de até 5 (cinco) anos, prorrogáveis até 10 (dez) anos. O mesmo prazo decenal é previsto para contratos que gerem receita ou economia para a Administração. Além disso, os contratos que gerem receita ou economia para a Administração, com investimento, que impliquem a elaboração de benfeitorias permanentes realizadas às custas do particular contratado e revertidas ao patrimônio da Administração Pública ao término do contrato podem vigor por até 35 (trinta e cinco) anos.

Acerca da remuneração, a Lei nº 14.133/21 limita-se a estabelecer regras de pagamento aplicáveis aos contratos de fornecimento de bens, locações, prestações de serviços e realização de obras. A omissão da lei em relação à remuneração paga ou recebida pelo concessionário de um bem público configura evidente lacuna normativa.

Pode-se concluir, assim, que nos termos da disciplina da Nova Lei de Licitações, tem-se, em tese, (i) a aplicabilidade da licitação na modalidade pregão ou concorrência (conforme a natureza do bem em questão), (ii) prazo contratual de 10 (dez) a 35 (trinta e cinco) anos, conforme as peculiaridades do ajuste, (iii) e ampla liberdade para definição do modelo remuneratório, que sequer é referido na lei para os contratos de concessão de uso de bem público. Além disso, a omissão é plena quanto à natureza e finalidade do ajuste.

Diante desse cenário, mantém-se o quadro anterior, segundo o qual tais definições podem ser objeto de regulamentação por cada ente federativo – através de lei, decreto ou cláusula contratual. Ainda que

tenha havido algumas novidades, a hipótese de superação do antigo quadro normativo das concessões de uso pela Nova Lei de Licitações não se demonstra verdadeira.

4. A CONCESSÃO DE BENS PÚBLICOS PARA USO COMO HOSPITAIS

Traçado o panorama normativo prévio e posterior à Lei nº 14.133/21, resta avaliar se há espaço para a adoção da concessão de uso de bem público tendo como objeto unidades hospitalares, em especial aquelas nas quais o particular destine parcela de leitos ao SUS como contrapartida à Administração Pública.

Retomando o raciocínio desenvolvido em item precedente, pode-se consignar que, se um terreno na zona urbana de um município pode ser dado em concessão para a operação de um estacionamento privado, se uma sala comercial em um aeroporto pode ser dada em concessão para exploração de um restaurante, é também possível que um terreno ou prédio não utilizado por um ente federativo possa ser dado em concessão para exploração de serviços de saúde.

Esta primeira hipótese amolda-se a uma das modalidades de concessão de uso de bem público tratadas acima, qual seja, a concessão de bens estatais não afetados a uma finalidade pública. A exploração do bem, em tais hipóteses, dá-se conforme o interesse privado, desde que haja também a consecução de uma finalidade pública. No caso, o interesse privado corresponde à cobrança pelos serviços e a finalidade pública corresponde à atuação na área da saúde, setor qualificado pelo artigo 197 do texto constitucional como um serviço de relevância pública.

Outra hipótese refere-se ao caso da concessão de uso de um hospital, ou seja, de um bem público vinculado à uma finalidade pública consubstanciada no atendimento hospitalar. Neste caso, o bem é público em sentido estrito, originariamente afetado a uma finalidade pública e submetido

ao regime jurídico da prestação de serviços de saúde ao SUS.¹⁶ Tal regime, como se sabe, é marcado pela incidência dos princípios do serviço público,¹⁷ bem como dos princípios setoriais da saúde pública – em especial o acesso igualitário, universal e gratuito.

Neste segundo caso, não há viabilidade jurídica de trespasse de um hospital público por concessão de uso à exploração da iniciativa privada. A compreensão deste entendimento decorre da correta interpretação do regramento constitucional que define as hipóteses de prestação privada de serviços públicos de saúde, trazido pelos artigos 197 e 199, parágrafo primeiro da Constituição de 1988.

O artigo 197 prevê que as ações e serviços de saúde são de relevância pública e que sua execução pode ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Nesse passo, restam evidenciadas duas possibilidades de atuação no setor de saúde: (i) a prestação de serviços públicos de saúde pela Administração Pública (“diretamente”) ou por um ente privado parceiro (“através de terceiros”); e (ii) a prestação de serviços privados de saúde por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado (saúde suplementar e medicina privada).

Em ambos os casos os serviços possuem relevância pública, sendo que na primeira hipótese está-se diante de verdadeiro serviço público social e, na segunda hipótese, está-se diante de um mero serviço de relevância pública.¹⁸

16 A Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017, trata o tema, dispondo sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da Administração Pública.

17 Nos termos do art. 4º da Lei nº 13.460/17, “os serviços públicos e o atendimento do usuário serão realizados de forma adequada, observados os princípios da regularidade, continuidade, efetividade, segurança, atualidade, generalidade, transparência e cortesia”.

18 Importante destacar que os serviços públicos sociais são espécies de serviços de relevância pública nos quais o Poder Público tem o dever de prestação e não meramente de fomento. Sobre o tema, conferir: MÂNICA; MENEGAT, 2017, p. 232-234.

Em relação à prestação de serviços públicos de saúde por um agente privado parceiro, o ordenamento jurídico pátrio prevê duas modalidades contratuais: (i) a concessão administrativa, disciplinada pela Lei nº 11.079/04; e (ii) o contrato de gestão, disciplinado na esfera federal pela Lei nº 9.637/98. Em ambas as hipóteses é possível o trespasse de uma estrutura pública para que um agente privado (com e sem fins lucrativos) explore uma estrutura pública com a finalidade de prestar um serviço público de saúde. Em tais casos, o regime jurídico dos serviços públicos de saúde deve ser, evidentemente, o regime público – com observância da igualdade, universalidade e gratuidade do acesso.

Portanto, se o trespasse do uso de um hospital à iniciativa privada exige a observância de sua exploração segundo a afetação originária do bem e, sendo ela a prestação de um serviço público de saúde, o regime concessório deve ser o mesmo. Além disso, havendo um serviço público, o trespasse de sua prestação (regime do serviço) predomina sobre o mero trespasse da exploração do bem (regime do bem). Assim, na hipótese de transferência da gestão de um hospital para a iniciativa privada, pode ser adotada uma das duas modalidades de ajuste acima referidas.¹⁹ Isso não significa, contudo, que um hospital não possa ser desafetado de sua finalidade para subsequente concessão de uso. Não obstante, há que existir, no caso, justificativa para tal desafetação, o que demanda autorização legislativa.²⁰

19 Há experiências no Brasil em que se adotou a conjugação da concessão administrativa (para construção e equipagem do hospital, bem como o gerenciamento das atividades de apoio) com o contrato de gestão (para o gerenciamento dos serviços médicos). Dentre eles, pode-se mencionar o Hospital Delphina Aziz, no Amazonas, e os hospitais regionais de São José dos Campos e Sorocaba, em São Paulo.

20 Ainda que algumas leis e constituições estaduais exijam lei em sentido formal autorizando a concessão de uso de todos os bens públicos, do ponto de vista lógico-jurídico tal exigência apenas se justifica para os casos em que deve haver prévia desafetação do bem para seu trespasse a um agente privado. Rememore-se, nesse sentido, que não há muito tempo havia previsões normativa de autorização legislativa para a celebração de convênios – o que hoje são como um disparate.

Já o segundo dispositivo constitucional que prevê a prestação privada de serviços públicos de saúde encontra-se veiculado no parágrafo primeiro do artigo 199 da Constituição Federal. Segundo ele, a iniciativa privada pode participar de forma complementar ao Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste.

Nesta hipótese não há, portanto, o mero trespasse da execução de um serviço público prestado em uma estrutura pública, como prevê o artigo 197 ao falar da prestação por terceiros. Aqui, o texto constitucional refere-se à contratação de instituições privadas, que prestam serviços privados, para que elas ofertem atendimento também ao SUS. Esta hipótese é regulamentada pelo artigo 24 da Lei nº 8.080/90, segundo o qual o SUS pode recorrer a serviços ofertados pela iniciativa privada quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área.

Neste caso, o regime jurídico de prestação dos serviços complementares ao SUS contratados junto à iniciativa privada não corresponde ao regime jurídico dos serviços públicos de saúde. É dizer: apenas e tão somente em relação aos atendimentos prestados ao SUS é que incidem os princípios da igualdade, universalidade e gratuidade do acesso. A entidade privada que atua de forma complementar ao SUS tem aptidão, portanto, para realizar atendimentos para público restrito, mediante pagamento, tanto no âmbito da saúde suplementar, quanto da medicina privada. Essa é a participação privada ‘complementar’ ao SUS.

Os vínculos previstos pela Constituição para a participação privada complementar são expressamente referidos pelo dispositivo ora analisado, que menciona o contrato de direito público e o convênio.²¹ Nesse plano, tanto os vínculos de natureza convencional – à exceção do contrato de gestão,

21 Sobre a atual distinção entre contratos e convênios no ordenamento brasileiro, conferir: MODESTO, Paulo. Prefácio. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda. **Parcerias com o terceiro setor**: as inovações da Lei nº 13.013/14. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 17-27.

conforme acima analisado –, quanto os contratos disciplinados pela Lei nº 14.133/21 podem ser usados para a complementação de serviços públicos de saúde pela iniciativa privada, com ou sem fins lucrativos.²²

Assim, parece ser indene de dúvidas a possibilidade – agora expressa no texto na Nova Lei de Licitações – de adoção da concessão de uso de bem público para que uma estrutura estatal não afetada a um fim público seja destinada à prestação de serviços de saúde à população. Afinal, mesmo a saúde suplementar e a medicina privada são qualificadas como serviços de relevância pública, o que justifica a concessão de uso de bens estatais.

Nesse quadro, considerando que a concessão de uso possui dupla finalidade, o Poder Público poderá, ainda, reforçar a finalidade pública da concessão, exigindo do concessionário a oferta de determinado percentual de atendimento ao SUS. Trata-se do modelo conhecido como ‘dupla porta’, em que convivem em uma mesma unidade hospitalar tanto o atendimento público e gratuito (remunerado conforme política do SUS), quanto o atendimento privado (saúde suplementar e medicina privada). A vantagem de tal modelo, comumente adotado por hospitais filantrópicos conveniados e hospitais privados contratualizados com SUS, corresponde à obtenção de receitas privadas que colaboram com a sustentabilidade da unidade hospitalar. Afinal, em especial nos municípios de pequeno e médio porte, comumente (i) há demanda por saúde suplementar e medicina privada e (ii) não há orçamento para a manutenção de um hospital 100% (cem por cento) público.

Tal modelo conta com algumas iniciativas em curso no país, como nos municípios de Cubatão (SP) e Santa Mariana (PR) e, mais recentemente, no Estado de Minas Gerais (hospitais localizados nos municípios de Governador Valadares e Teófilo Otoni).

No caso de Minas Gerais, o Poder Público motivou a escolha do modelo pela predominância do interesse público, já que foi a concessão de uso

22 A preferência, conforme previsão expressa do texto constitucional, é pelas entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

de bem público, conforme estudos realizados pela Secretaria de Estado de Saúde, que apresentou o menor custo e a maior eficiência hospitalar. Segundo a Secretaria de Saúde mineira, tal contrato representa o modelo mais sustentável, ao possibilitar uma estratégia de multifinanciamento, apta a permitir a independência do hospital em relação ao financiamento exclusivo pelo Poder Público.²³

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É perceptível o ideal universalizante que permeia a Nova Lei de Licitações, a qual busca reunir em um único diploma normativo todo o regramento sobre as diversas modalidades de licitações e de contratos administrativos. Mais do que isso. A nova lei traz a pretensão de disciplinar o tema de modo uniforme em todos os entes federativos brasileiros. Não obstante, a tentativa de tratamento minucioso e detalhado de diversos temas, de um lado, viola a natureza dos diversos ajustes supostamente por ela disciplinados, os quais não receberam o devido regramento; e, de outro, extravasa a esfera da competência federal para editar normas gerais sobre licitações e contratações administrativas. É o que ocorre com a concessão de uso de bem público.

A promessa de incidência e regramento das concessões de uso de bem público, com eventual superação do regime normativo construído em sede doutrinária, não se confirma. A análise da doutrina e da legislação dos entes federados sobre o tema, à luz da referência expressa circunstancial e da disciplina genérica trazida pela nova lei, comprova tal conclusão.

A disciplina legal das concessões de uso segue, portanto, a orientação consolidada na esfera doutrinária, que indica a interpretação sistemática

23 Termo de Referência anexo ao Edital de Concorrência Pública/SES/MG nº 02/2021 – Concessão de uso de bem público imóvel. Disponível em: <http://www.compras.mg.gov.br/images/stories/ArquivosLicitacoes/SEPLAG/consultaspublicas/edital-concessao-hrto-18-06-2021.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2022.

do ordenamento jurídico, com aplicação, da Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/93, em fase de substituição pela Lei nº 14.133/21), complementada pela legislação de cada ente federativo.

A adoção da concessão de uso de bem público com vistas à implantação de unidades hospitalares tem se tornado realidade no Brasil, ante a necessidade pela expansão do atendimento de saúde à população, somada à falta de capacidade gerencial estatal e ausência de recursos públicos para manutenção de hospitais integralmente públicos.

A aferição da constitucionalidade de tais iniciativas – uma vez compreendida a natureza, finalidade e regramento da concessão de uso de bem público – demanda a adequada interpretação dos artigos 197 e 199, parágrafo primeiro, da Constituição.

Nos termos do artigo 197 da Constituição, o trespasse de unidades hospitalares para a gestão privada, configura mera prestação de serviços públicos por terceiros, segundo o mesmo regime incidente sobre a prestação estatal, em especial a observância da igualdade, universalidade e gratuidade do acesso. Os modelos de ajustes previstos no ordenamento brasileiro para tanto são a concessão administrativa e o contrato de gestão.

Já a transferência de um bem desafetado a uma finalidade pública para sua exploração por um agente privado atrai a incidência do regime privado sobre a prestação dos serviços ou, então, de um regime misto, no qual pode haver prestação serviços em parte privada (saúde suplementar e medicina particular) e em parte direcionada ao SUS. Os modelos existentes na ordem jurídica pátria para tanto são os convênios, os termos de colaboração, termos de fomento, termos de parceria, os contratos administrativos e os contratos de concessão de uso de bem público.

Assim sendo, com fundamento no artigo 199, parágrafo primeiro da Constituição, nos termos do raciocínio acima desenvolvido, é cabível a concessão de uso para a exploração privada de hospitais, com atendimento SUS e atendimento privado (sistema “dupla porta”). Tal possibilidade depende, contudo, da natureza originária do bem, que não

pode estar afetado à finalidade hospitalar. Caso seja essa a realidade, necessária autorização legislativa prévia, com discussão pública acerca da conveniência e oportunidade da alteração do regime jurídico de prestação dos serviços de saúde.

Transformar hospitais públicos em bens estatais dados em concessão para exploração em regime privado pode configurar verdadeiro retrocesso social, vedado por princípio implícito da Constituição de 1988. No entanto, aproveitar construções e terrenos não utilizados ou subutilizados para a instalação de serviços de saúde, com atendimento SUS, talvez seja um caminho rumo à efetiva universalização dos serviços de saúde no Brasil. Cabe a cada ente federativo, no exercício de suas competências e com base em suas atribuições perante o SUS, definir, com discussão pública no Poder Legislativo, o melhor destino a seus bens e a forma mais eficiente de prover saúde à população. A Nova Lei de Licitações mantém a viabilidade jurídica do modelo, como já acontecia antes de sua promulgação.

REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A gestão jurídica do patrimônio imobiliário do poder público**. Cadernos da FUNDAP, São Paulo, ano 9, n. 17, 1989, p. 63.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Uso Privativo de Bem Público por Particular**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 109 e 111.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 70.

MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. **Teoria jurídica da privatização**: fundamentos, limites e técnicas de interação público-privada no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 21 e 106. Disponível em: <http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2017/08/Teoria-juridica-da-privatizacao.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2022.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 347.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 269.

MINAS GERAIS. Edital de Concorrência Pública/SES/MG nº 02/2021. Concessão de uso de bem público imóvel. Disponível em: <http://www.compras.mg.gov.br/images/stories/ArquivosLicitacoes/SEPLAG/consultaspublicas/edital-concessao-hrto-18-06-2021.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2022.

MODESTO, Paulo. Prefácio. *In*: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda. **Parcerias com o terceiro setor**: as inovações da Lei nº 13.013/14. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 17-27.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **A lei geral de licitação e o regime diferenciado de contratação**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 67.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**: comparada e comentada. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 14.

TCU. Representação 011.355/2010-7. Acórdão nº 2.844/2010-Plenário. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. Sessão 27/10/2010.

Um olhar sobre o regime de fornecimento e prestação de serviços associados

A look at the associated services supply and provision regime

Hamilton Bonatto¹

RESUMO: A Lei nº 14.133/2021, além de manter os regimes de empreitada já consagrados no ordenamento jurídico brasileiro, empreitada por preço global por preço unitário, contratação por tarefa, empreitada integral, contratação integrada e semi-integrada, inova ao apresentar o regime de empreitada de fornecimento e prestação de serviços associados. Este regime é semelhante à concessão administrativa, porém com características especiais que proporcionam vantagens em relação aos regimes anteriores. O presente artigo busca discutir essas características e vantagens, destacando as possibilidades que se abrem ao adotá-lo, tendo em vista as múltiplas alternativas dos objetos a serem fornecidos e dos serviços a serem associados a ele. Apresenta variadas opções de elementos técnicos instrutores que podem instruir o procedimento: termo de referência, anteprojeto de engenharia e arquitetura ou projeto básico, descrevendo a forma de medição e pagamento do objeto contratado. Ainda, aponta como o *Building Information Modeling* – BIM pode otimizar a utilização desse regime.

1 Procurador do Estado do Paraná, Procurador-Chefe da Coordenadoria do Consultivo da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná. Mestre em Planejamento e Governança. Engenheiro Civil, Licenciado em Matemática Plena, Especialista em Obras Públicas, em Direito Constitucional, em Advocacia Pública e em Ética e Educação.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo; Lei nº 14.133/2021; Licitação; Regimes de empreitada; Fornecimento e prestação de serviços associados.

ABSTRACT: Law No. 14.133/2021, in addition to maintaining the contract regimes already enshrined in the Brazilian legal system, of contract per global price, per unit price, contracting per task, full contract, integrated and semi-integrated contracting, innovates by presenting the contracting regime for provision of supplies and associated services. This regime is similar to the administrative concession, but with special characteristics that provide advantages over previous regimes. This article seeks to discuss these characteristics and advantages, highlighting the possibilities that open up when adopting it, in view of the multiple alternatives of objects to be provided and services to be associated with it. It presents several options of technical instructor elements that can instruct the procedure: reference instrument, engineering and architectural draft or basic project, describing the form of measurement and payment of the contracted object. It also points out how Building Information Modeling – BIM can optimize the use of this regime.

KEYWORDS: Administrative Law; Law No. 14.133/2021; Public bidding; Contracting regimes; Provision of services and associated tasks.

1. INTRODUÇÃO

No dia 1º de abril de 2021 foi promulgada a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 14.133/2021. De acordo com o inciso II do art. 193 desta normativa, serão revogadas, após decorridos 2 (dois) anos de sua publicação oficial, as Leis nº 8.666 (de 21 de junho de 1993) e nº 10.520 (de 17 de julho de 2002), e os arts. 1º ao 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

A nova lei, além de internalizar institutos das leis que serão revogadas e inspirar-se em julgados com entendimentos consolidados do Tribunal de Contas da União e instruções normativas de órgãos federais, também apresentou novidades em relação ao previsto anteriormente no ordenamento jurídico.

São vários os institutos que constam nessa Lei nº 14.133/2021 que merecem ser citados e que tendem a trazer melhorias para as contratações públicas, especialmente no que diz respeito a obras e serviços de engenharia. Destaque-se:

- a) o Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI;
- b) o Sistema de Registro de Preços para obras e serviços de engenharia;
- c) a nova modalidade Diálogo Competitivo; a adoção preferencial do *Building Information Modeling* – BIM;
- d) o detalhamento de um Estudo Técnico Preliminar – ETP para as contratações públicas;
- e) a possibilidade do orçamento sigiloso;
- f) o seguro garantia e *step-in-right* para as obras;
- g) a necessidade da matriz de riscos para obras e serviços de grande vulto ou quando adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada;
- h) o critério socioambiental para a execução das obras contratadas;
- i) a proteção do patrimônio histórico, cultural, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas;
- j) a acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida;
- k) a herança dos regimes de contratação integrada e semi-integrada e o novel regime de fornecimento e prestação de serviços associados.

Neste artigo se discorrerá a respeito desse último regime para que, comparando-o aos demais, seja possível verificar: características; possíveis vantagens para a Administração Pública brasileira em adotá-lo; semelhanças com a concessão administrativa; elementos técnicos instrutores que acompanham edital para a contratação por esse regime de execução; formas de medição e pagamento; fornecimento inicial ou obra a serem entregues e, ainda, serviços associados a estes.

2. OS REGIMES DE EXECUÇÃO NA LEI Nº 14.133/2021

Na execução indireta de uma obra ou serviço, chamamos de contrato administrativo de empreitada àquele mediante o qual o contratado assume o encargo para realizar obra ou serviço e os riscos da direção deste trabalho, por remuneração pelo contratante que acompanhará o andamento durante a execução até a entrega definitiva da obra.

O inc. VIII do art. 6º da Lei nº 8.666/93 prevê quatro regimes de execução de contratos para as obras públicas, *in verbis*:

- a) empreitada por preço global – quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;
- b) empreitada por preço unitário – quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;
- c) (Vetado).
- d) tarefa – quando se ajusta mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais;
- e) empreitada integral – quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada, até a sua entrega ao contratante em condições de operar, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada.

A Lei nº 14.133/2021, além dos regimes de execução herdados da Lei nº 8.666/1993, incorporou os regimes de contratação integrada e semi-integrada. O primeiro já previsto na Lei nº 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações) e na Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais); e o segundo somente nesta última. A nova lei trouxe como novidade um sétimo regime, o de fornecimento e prestação de serviços associados.

Na nova Lei de Licitações, os 4 (quatro) regimes tradicionais (de empreitada por preço unitário, por preço global, empreitada integral e o da contratação por tarefa) não tiveram novidades substanciais em relação aos homônimos. De forma assemelhada à Lei que será revogada, para a execução de obra e serviços de engenharia por esses regimes faz-se necessário que haja um projeto básico ou executivo anexo ao edital da licitação, de modo que o contratado deve executar o objeto tal qual este documento técnico.

Nesses regimes, as obrigações contratuais são de meio, isto é, o contratado deve empregar os conhecimentos técnicos que possui e executar o objeto tal qual foi projetado, porém os resultados previstos nos projetos não são de sua responsabilidade, pois foram definidos pelo contratante quando disponibilizou esses elementos técnicos instrutores, neste caso, no projeto básico e/ou executivo.

Noutra via, no regime de contratação integrada de obras e serviços de engenharia, o contratado “é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto” a partir de um *anteprojeto* anexo à editalícia (inciso XXXII do art. 6º da Lei nº 14.133/2021). Portanto, não é fornecido um projeto básico e/ou executivo, mas apenas um *anteprojeto de engenharia e/ou arquitetura*. Neste caso, ao tempo em que é concedido liberdade ao contratado para inovar, inclusive internalizar novas metodologias ou tecnologias, bem como otimizar as soluções previamente delineadas no anteprojeto, não se estabelece esta inovação como uma condição *sine qua non* para a adoção deste regime.

No caso da Lei nº 14.133/2021, o importante é que, independentemente da tecnologia adotada, seja possível chegar, com os meios que a contratada possui, aos resultados almejados pelo contratante. Portanto, a contratação integrada prevê obrigações de resultado, onde o contratado é responsável pelo objetivo que se comprometeu a alcançar, salvo, evidentemente, fique impossibilitado devido a algum fato imprevisível e inevitável.

A contratação semi-integrada possui características tanto dos regimes tradicionais como da contratação integrada, uma vez que é um regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver o projeto executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto (inciso XXXIII do art. 6º da Lei nº 14.133/2021).

Observa-se que, na contratação semi-integrada, o elemento técnico instrutor, tal qual nos regimes tradicionais, é um projeto básico. No entanto, à semelhança da contratação integrada, é possível que o contratado internalize tecnologia, uma vez que a lei permite que, após firmar o contrato, ao elaborar o projeto executivo, mediante prévia autorização da Administração o contratado pode alterar o projeto básico, desde que demonstrada a superioridade das inovações propostas pelo contratado.

Em ambos os regimes, contratação integrada e semi-integrada, a lei possibilita que o contratado possa realizar as duas fases do empreendimento, a elaboração de projetos e a execução da obra ou serviços de engenharia.

A Lei nº 13.303/2016, a Lei das Estatais, também previu o regime de contratação integrada. Para além disso, essa lei ainda admitiu o regime de contratação semi-integrada, “que envolve a elaboração e o desenvolvimento do projeto executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto” (art. 42, inciso V).

Como se pode observar, nesses regimes contratuais, principalmente no da contratação integrada, funde-se em um só

sujeito a elaboração do projeto e a execução. Ressaltamos, entretanto, que nesses modelos a eleição do contratado ocorre em fase única. Ou seja, não existe uma escolha do projetista e depois uma competição para selecionar o executor. Na contratação integrada, o certame é aberto para que se apresente uma única proposta de projeto e execução com todos os seus elementos. Com isso, nesse regime, o responsável pela execução é, necessariamente, o responsável pela elaboração do projeto.²

O sétimo regime de contratação, objeto deste artigo, o regime de *fornecimento e prestação de serviço associado*, está previsto na Lei nº 14.133/2021 de forma inédita, e possui características antes não encontradas na legislação brasileira. Neste regime, “além do fornecimento do objeto, o contratado responsabiliza-se por sua operação, manutenção ou ambas, por tempo determinado” (inciso XXXIV do art. 6º da Lei nº 14.133/2021).

As contratações a que se referem os demais 6 (seis) regimes de execução podem ser formalizadas com escopo predefinido *ou* de forma contínua. Um *ou* outro, mas nunca um *e* outro.

Determinar o regime de execução da obra implica definir o modo como será efetivado o pagamento à contratada, se em relação ao que foi executado pela mesma, se em função da realização da obra como um todo, ou ainda se em função de unidades de medidas padrão (metros lineares, metros quadrados, quilogramas, peças, etc.), o que implica, na verdade, a forma de se realizar a medição dos serviços executados. Os editais devem prever a forma de medição dos serviços a serem realizados, inclusive para definir a forma de pagamento, se por etapa realizada ou pelo cumprimento das unidades estabelecidas no cronograma físico-financeiro [...].³

2 BONATTO, Hamilton; OLIVEIRA, Rafael Sérgio. **A admissão do projetista na execução do contrato e a nova lei de licitações**. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2021/02/Artigo-Quem-Projeta-Executa-Hamilton-e-Rafael.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2021.

3 BONATTO, Hamilton. **Governança e Gestão de Obras Públicas**: do planejamento à pós-ocupação. Curitiba: Fórum, 2018.

Ao optar por qualquer um dos regimes de empreitada, o gestor deve verificar como realizar a medição e o pagamento: por preço certo e total; por preço certo de unidades determinadas; medir e pagar a integralidade do empreendimento, incluindo obras, serviços e instalações necessárias; medir e efetuar o pagamento pelos projetos e pela obra ou demais serviços de engenharia realizados; ou ainda, se fará duas etapas com formas distintas de medição e pagamento: a primeira relativa ao fornecimento do objeto; e a segunda à operação, manutenção ou ambas, por tempo determinado. Esta última opção é a forma como deverá haver a medição e o pagamento, quando adotado o regime de fornecimento e prestação de serviços associados que guarda similitudes com a concessão administrativa.

3. A SEMELHANÇA DO REGIME DE FORNECIMENTO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ASSOCIADOS E A CONCESSÃO ADMINISTRATIVA

O regime de *fornecimento e prestação de serviço associado*, sem aqui entrar em maiores debates a respeito dos conceitos de concessão de serviços públicos, guarda bastante semelhança com a concessão administrativa prevista no § 2º do art. 2º da Lei nº 11.079/2004,⁴ no qual a contraprestação é suportada de forma exclusiva pela Administração Pública e o contrato prevê a execução de um objeto complexo composto pelo fornecimento de bens e/ou de obras, somado à prestação de um ou mais serviços.

[...] a concessão administrativa, é definida como o contrato de prestação de serviços públicos ou de interesse público, ainda que envolva a execução de obras ou o fornecimento e instalação de bens, de que a Administração Pública seja usuária

4 Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

(...)

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

direta ou indireta. O fato de a Administração poder ocupar, conforme o interesse público, uma dessas posições de usuária direta ou indireta dos serviços desejados, acaba por criar duas submodalidades de concessão administrativa, que Carlos Ari Sundfeld chama, respectivamente, de concessão de serviços públicos e concessão de serviços ao Estado. Da concessão administrativa de serviços à Administração Pública, situação em que esta é usuária direta, tem-se, por exemplo, o contrato de execução de serviços de manutenção de edifícios, cujos custos são integralmente por ela suportados. Da concessão administrativa de serviços públicos, situação em que a Administração Pública é usuária indireta, é exemplo o contrato de concessão de serviço público, executado pelo parceiro particular sem qualquer custo para o usuário. Este recebe o serviço, mas por ele nada paga. Neste caso, o custo é solvido pela Administração Pública concedente integralmente ou em parte, pois o restante é coberto por receitas alternativas. É o que ocorreria com o contrato de concessão do serviço de transporte coletivo por meio de ônibus, se pelo transporte ou usuário nada pagasse, sendo o seu custo suportado inteiramente pela Administração Pública ou em conjunto com receitas alternativas (publicidade no ônibus e ao longo do itinerário).⁵

Nessa espécie de concessão, a remuneração do concessionário não é realizada pelo usuário, mas pela própria Administração, não havendo uma relação contratual direta entre o usuário e a concessionária. Assim, aqui não há que se falar em tarifa.

Tendo em vista a conjugação de objetos, fornecimento e prestação de serviços, a contratação realizada de forma conjunta poderia ser fracionada de tal forma que fosse contratado primeiramente o fornecimento do bem ou da obra e, em seguida, a contratação dos serviços a serem prestados em função do objeto fornecido.

Porém, mesmo com a possibilidade de parcelar o objeto, em homenagem ao princípio da eficiência, esse modelo permite que o mesmo contratado

5 GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

execute ambas as parcelas do objeto complexo, fornecimento e prestação de serviços e, por isso, evidentemente, o parceiro privado será remunerado pelas duas parcelas.

Não havendo delegação do serviço público, a concessão administrativa se assemelha, portanto, a um contrato administrativo de prestação de serviços do particular à Administração Pública, tendo em vista que antes da prestação do serviço o particular deve efetivar um fornecimento.

4. CARACTERÍSTICAS DO REGIME DE FORNECIMENTO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ASSOCIADOS

O regime de execução de fornecimento e prestação de serviço associado, por ser um regime de contratação em que, além do fornecimento do objeto, o contratado responsabiliza-se por sua operação, manutenção ou ambas, por tempo determinado, possui características específicas, diversas dos demais regimes.

Como se verifica, a Lei Geral de Licitações e Contratos explicitamente permite que o objeto não seja parcelado, isto é, homenageia o princípio da eficiência e da economicidade, em detrimento do princípio do parcelamento do objeto previsto na alínea “b” do inciso V do seu art. 40. O caso concreto é que dirá, em função dos objetos a serem contratados, qual o regime de empreitada a ser adotado que mais se coaduna com a situação existente.

O mesmo Diploma Legal estabelece, no art. 113 c/c art. 107, que o contrato firmado sob o regime de fornecimento e prestação de serviço associado terá sua vigência máxima definida pela soma do prazo relativo ao fornecimento inicial ou à entrega da obra. O prazo relativo ao serviço de operação e manutenção, este limitado a 5 (cinco) anos contados da data de recebimento do objeto inicial, autorizada a prorrogação sucessiva, respeitada a vigência máxima decenal, desde que haja previsão em edital e que a autoridade competente ateste que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração, permitida a negociação com o contratado

ou a extinção contratual sem ônus para qualquer das partes.

Como esse regime ainda é inédito no ordenamento jurídico brasileiro, possui parca ou quase nula doutrina e nenhuma jurisprudência das Cortes de Contas. As dúvidas deverão ser sanadas apenas com a sua efetiva utilização, inclusive com a definição dos objetos complexos que poderão ser contratados.

Pode-se, desde já, pensar em alguns tipos de objetos: fornecimento de equipamento e sua manutenção e/ou operação; fornecimento de obra e serviços de manutenção e operação, inclusive contratos de *facilities*; fornecimento de projeto básico, executivo e obra e, em seguida, serviços de manutenção e operação; entre outros. É um regime que dá asas à criatividade do gestor público, que poderá criar, dentro das fronteiras da lei, diversas maneiras de contratar o objeto para atingir os resultados pretendidos.

A depender do objeto, o edital poderá exigir capacidade técnica operacional e profissional de forma diversa do que tem sido feito, tendo em vista que as fases de execução podem depender de qualificações técnicas diferentes. É comum que uma empresa de construção civil tenha qualificação para execução da obra e não tenha para manutenção e operação, ou ao contrário. Talvez a solução seja, neste caso, permitir consórcio entre empresas ou até a subcontratação pelo contratado de determinados serviços. O fato é que pode ser necessária a capacitação técnica para ambas as fases, tanto do fornecimento quanto da manutenção e/ou operação.

É perceptível e comum que nos casos em que o fornecimento for um equipamento, o próprio fornecedor tenha capacidade técnica para sua manutenção e operação, isto é, para a prestação dos serviços associados ao bem fornecido.

É possível, no caso de obras e serviços de engenharia, a combinação do regime de fornecimento de prestação e serviços associado à contratação integrada. Essa combinação deve levar a exigir do contratado capacidade técnica para elaboração do projeto básico e executivo, bem como da execução da obra ou serviço de engenharia e, ainda, a manutenção e/ou operação.

Sempre lembrando que a operação do ambiente construído pode ser composta por serviços com grande diversidade de expertises, o que pode levar a se exigir na fase da prestação de serviços associados a demonstração de mais de uma qualificação técnica.

É no estudo técnico preliminar e nos elementos técnicos instrutores (termo de referência, anteprojeto ou projeto básico), ao definir o objeto a ser contratado e as partes que o compõem, que devem ser estabelecidas as exigências a constarem no instrumento convocatório.

4.1 Vantagens do regime de fornecimento e prestação de serviços associados

No novo regime de empreitada, fornecimento e prestação de serviços associados, da mesma forma que na concessão administrativa, o contratado deverá, além de fornecer o objeto, prestar os serviços que estão associados a ele.

Esse regime traz algumas vantagens importantes na execução contratual, tanto para o contratante como para o contratado.

Flávio Amaral Garcia e Egon Bockmann Moreira resumem com precisão a intenção deste novo regime de empreitada:

Trata-se de conferir, a quem executa o projeto, o dever de operar e manter o equipamento por tempo determinado. Procura-se alinhar uma correta estrutura de incentivos para o executor da obra. Sabedor que será responsável pela operação e manutenção do bem, a tendência é primar pela qualidade na concepção do projeto e na sua execução.

Os regimes de execução de obras e serviços de engenharia acabam, com alguma frequência, padecendo de uma execução de obra deficiente, já que o contratado não será o destinatário final. Ao criar a vinculação da execução da obra com a sua operação e manutenção, o fornecimento de prestação

de serviços associados induz à eficiência do contratado.⁶

Há uma tendência óbvia de o contrato gerar mais eficiência, tendo em vista que o contratado, fornecedor do objeto, possui conhecimento amplo sobre o bem fornecido, possibilitando a otimização na manutenção e operação, pois para a execução desses serviços são imprescindíveis a qualidade e a confiança nas informações a respeito do objeto. Sobre isso, ainda, amplia-se a possibilidade de melhor manutenção e operação, se adotada a metodologia *Building Information Modeling* durante a execução contratual, como se verá adiante.

Outra vantagem diz respeito ao natural esforço do contratado em fornecer um bem com qualidade tal que implique em manutenção e operação do objeto fornecido com menor custo e maior rapidez, tendendo, com isso, a ampliar a margem de lucro. Para a Administração, pela mesma razão, há a propensão de receber objeto com melhor qualidade. Deve ser observado que o risco da qualidade do objeto oferecido recai diretamente sobre o contratado.

Todo risco é e deve ser precificado. Assim, somam-se às demais vantagens a possibilidade de a Administração obter um contrato com menores custos do que se forem parcelados, pois o contratado, ao fornecer o objeto, automaticamente diminui os riscos relativos à prestação de serviços associados a ele.

Este regime de execução tem inegáveis vantagens, como a diminuição dos riscos no que tange ao atingimento das finalidades públicas. Explica-se: o fornecedor de determinado bem, em tese, é quem melhor detém conhecimentos técnicos sobre ele, e, assim será aquele que potencialmente melhor prestará serviços de operação ou de sua manutenção. Em sentido reverso, quando o fornecimento do bem é encargo de pessoa

6 GARCIA, Flávio Amaral; MOREIRA, Egon Bockmann. O projeto da nova lei de licitações brasileira e alguns de seus desafios. **Revista de Contratos Públicos**; nº 21; (setembro, 2019).

diferente da que prestará serviços de manutenção ou de operação, é possível supor a elevação dos riscos de prejuízo para o conjunto ou complexo da execução contratual.⁷

Além dos custos, o tempo com o próprio procedimento licitatório é uma vantagem interessante, uma vez que, no caso do fornecimento e prestação de serviços associados, realiza-se apenas uma licitação. Ao contrário, se o objeto for parcelado poderá haver uma multiplicidade delas, iniciando-se com a contratação do fornecimento do objeto e, em seguida, pela licitação dos diversos serviços que podem estar associados àquele bem entregue.

4.2 Objetos a serem fornecidos

A nova Lei expressa no art. 113 “fornecimento inicial ou à entrega da obra”.

Quanto à definição do que seja obra, o inciso XII do art. 6º da Lei não deixa dúvidas:

toda atividade estabelecida, por força de lei, como privativa das profissões de arquiteto e engenheiro que implica intervenção no meio ambiente por meio de um conjunto harmônico de ações que, agregadas, formam um todo que inova o espaço físico da natureza ou acarreta alteração substancial das características originais de bem imóvel.

Nesse caso, o contratado deverá executar a obra com as características fornecidas pelo contratante a partir de um documento técnico e, após sua entrega em condições de utilização, realizar a operação e a manutenção do espaço que foi construído, a partir de um termo de referência com os parâmetros e elementos descritivos previstos na alínea “b” do inciso XXIII do art. 6º da Lei nº 14.133/2021, quais sejam:

7 SANTOS, José Anacleto Abduch. **Duração e prorrogação dos contratos administrativos**. Disponível em: https://www.jmleventos.com.br/pagina.php?area=coluna-juridica&acao=download&dp_id=238. Acesso em: 21 dez. 2021.

- a) definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação;
- b) fundamentação da contratação, que consiste na referência aos estudos técnicos preliminares correspondentes ou, quando não for possível divulgar esses estudos, no extrato das partes que não contiverem informações sigilosas;
- c) descrição da solução como um todo, considerado todo o ciclo de vida do objeto;
- d) requisitos da contratação;
- e) modelo de execução do objeto, que consiste na definição de como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos desde o seu início até o seu encerramento;
- f) modelo de gestão do contrato, que descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade;
- g) critérios de medição e de pagamento;
- h) forma e critérios de seleção do fornecedor;
- i) estimativas do valor da contratação, acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado e classificado;
- j) adequação orçamentária;

O caso mais simples a se pensar é o principal elemento técnico instrutor da licitação para execução da primeira fase, quando esta é a entrega de uma obra, é um projeto básico ou executivo. Neste caso, o contratado executa o objeto de acordo com este documento técnico e, *a posteriori*, faz a manutenção e operação do ambiente construído e junto ao projeto básico deve haver o termo de referência para a execução da segunda fase, que é a prestação de serviços, estabelecidos nos elementos descritivos (inciso XXIII do art. 6º da Lei nº 14.133/2021).

A obra poderá ser de diversas tipologias: edificação, rodovia, estações de tratamento de água ou esgoto, além de todas as outras imagináveis, tendo em vista que não há obra que não necessite de, no mínimo, manutenção

periódica, preventiva e corretiva.

Porém, de acordo com a Lei, a entrega da obra é apenas uma das opções dada pelo legislador. Ao prever um fornecimento inicial essa normativa abriu um leque de opções, e permitiu a criatividade ao gestor público, especialmente para regulamentar a Lei.

O fornecimento pode ser, por exemplo, de um equipamento, uma máquina qualquer, a qual deverá ser entregue pelo contratado ao contratante, de modo que o primeiro se responsabilizará pela operação desse equipamento e sua manutenção.

A entrega de um *software* é outro exemplo que poderá se tornar comum na adoção deste regime de contratação, tendo em vista que este objeto exige operação e manutenção, e parece evidente que o “criador” do *software* possui mais condições de realizar esses serviços, uma vez que conhece o que criou com mais profundidade.

Ainda se vê a possibilidade de fornecimento de mais de um objeto após ocorrer a prestação de serviços associados ao que foi fornecido. É o exemplo a seguir.

4.3 Fornecimento de anteprojeto, projeto básico, executivo e obra

No fornecimento de obra antes da prestação dos serviços a ela associados, o principal elemento técnico instrutor pode ser um projeto básico ou executivo, de forma que a obra seja executada em conformidade com este documento técnico. Neste caso, a parte inicial da entrega se dá na forma de um contrato de empreitada por preço global, por preço unitário ou ainda por empreitada integral. Porém, enxerga-se uma outra forma.

Não há óbice que o edital preveja como principal elemento técnico instrutor um anteprojeto de engenharia e arquitetura. Neste caso, à semelhança da contratação integrada nesta primeira fase, o contratado deverá, para fornecer a obra, antes elaborar o projeto básico executivo para,

em seguida, prestar os serviços associados.

Se já há vantagem quando a entrega do objeto é a construção de uma obra a partir de um anteprojeto fornecido pelo contratante, com a tendência de que seja entregue um produto de melhor qualidade do ambiente construído, maior vantagem ainda haverá se o elemento técnico instrutor for um anteprojeto, pois o contratado já elaborará o projeto básico e executivo com soluções que levem a sistemas construtivos e materiais para otimizar a operação e manutenção do ambiente construído.

Nesse caso, não há dúvidas de que o órgão ou entidade licitante deve, da mesma forma que na adoção da contratação integrada, tomar os cuidados necessários para a elaboração do anteprojeto de engenharia e arquitetura, prevendo os elementos contidos no inciso XXIV do art. 6º da Lei nº 14.133/2021, além de outros possíveis instituídos nos regulamentos do ente estatal. No mínimo, deverá conter os seguintes elementos:

- a) demonstração e justificativa do programa de necessidades, avaliação de demanda do público-alvo, motivação técnico-econômico-social do empreendimento, visão global dos investimentos e definições relacionadas ao nível de serviço desejado;
- b) condições de solidez, de segurança e de durabilidade;
- c) prazo de entrega;
- d) estética do projeto arquitetônico, traçado geométrico e/ou projeto da área de influência, quando cabível;
- e) parâmetros de adequação ao interesse público, de economia na utilização, de facilidade na execução, de impacto ambiental e de acessibilidade;
- f) proposta de concepção da obra ou do serviço de engenharia;
- g) projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção proposta;
- h) levantamento topográfico e cadastral;
- i) pareceres de sondagem;
- j) memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação;

Ainda é possível, mesmo que o órgão ou entidade licitante tenha como anexo ao edital um projeto básico, permitir-se (tal qual no regime de empreitada semi-integrada), mediante prévia autorização da Administração, a alteração do projeto básico, desde que seja demonstrada a superioridade das inovações propostas pelo contratado em termos de redução de custos, aumento da qualidade, redução do prazo de execução ou de *facilidade de manutenção ou operação*. Nesta hipótese, o contratado assume a responsabilidade integral pelos riscos associados às alterações que realizou no projeto básico.

A Lei nº 14.133/2021 oferece instrumentos diferentes dos previstos na legislação anterior, por isso a necessidade de perceber que é possível aliar esses instrumentos para, com isso, internalizar soluções inéditas que atendam melhor às necessidades do contratante e do contratado. Esta Lei não possui a mesma imobilidade das anteriores, no entanto, exige que o gestor público perceba este fato e a enxergue com outros olhos que não os do passado.

Entretanto, não é só em relação ao fornecimento que existem variadas opções para a montagem de um “quebra-cabeças” e a otimizar resultados. Os serviços associados ao fornecimento inicial ou à entrega da obra também podem trazer alternativas interessantes para as partes. É o que se verá a seguir.

4.4 Serviços que podem estar associados ao objeto fornecido

A nova Lei, acredita-se que intencionalmente, ao prever que o contratado se responsabiliza por tempo determinado, pela operação, manutenção (ou ambas) do objeto fornecido não definiu quais os serviços podem ser caracterizados como esta ou aquela. Caberá aos regulamentos, à prática, à doutrina e à jurisprudência dar a conhecer com exatidão esses institutos.

4.4.1 Manutenção

A manutenção implica em um conjunto de atividades a serem realizadas ao longo da vida do ambiente construído para conservar ou recuperar

sua capacidade funcional e de seus sistemas constituintes, de modo a atender às necessidades e à segurança dos seus usuários.⁸

Como se verifica, a manutenção objetiva proporcionar segurança, saúde e conforto ao usuário, bem como a adequação ao uso e economia durante a utilização do objeto fornecido. Quanto aos aspectos técnicos, a manutenção objetiva corrigir *falhas*, isto é, anomalias construtivas que prejudicam a utilização do sistema ou do elemento e resulta em desempenho inferior ao requerido. Também se pode corrigir uma *pane*, caracterizada pela incapacidade de desempenhar uma função requerida, excluindo a incapacidade durante a manutenção preventiva ou outras planejadas, ou mesmo pela falta de recursos externos.⁹

Perceba-se que a Lei nº 14.133/21, ao elencar no inciso VII do § 1º do art. 18 os elementos do estudo técnico preliminar, incluiu a descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso. Isto corrobora com a própria existência do regime de fornecimento e prestação de serviços associados.

4.4.2 Operação

A operação diz respeito aos serviços a serem realizados no ambiente construído ou no equipamento que permitam o exercício da sua atividade fim.

Para que o órgão ou entidade exerça sua função originária faz-se necessário que sejam executados diversos serviços no ambiente construído ou em equipamentos utilizados.

8 Conf. ABNT–Associação Brasileira de Normas Técnicas. **NBR 5674**: Manutenção de Edificações – Procedimento. Rio de Janeiro, p. 2. 1999.

9 ABNT–Associação Brasileira de Normas Técnicas. **NBR 5462**: confiabilidade e mantabilidade. Rio de Janeiro, p. 4. 1993.

Não se vê impedimento, no caso em que o estudo técnico preliminar concluir que esta é a melhor solução, de que a parcela relativa à prestação de serviços associados seja semelhante aos contratos de *facilities*, na forma do § 2º do art. 7º da Lei Federal nº 14.011, de 10 de junho de 2020.

O Procurador Federal e Professor Rafael Sérgio de Oliveira conceitua com maestria o termo *facilities*:

O primeiro ponto a enfrentar no presente trabalho é a conceituação do termo *facilities*. Partindo da simples tradução do termo inglês para o português se tem a palavra “facilidades”. O sentido empregado aqui é o do ponto de vista da organização contratante que, focada no seu objeto de negócio, busca viabilizar sua atuação pela contratação de certos serviços que “facilitam” o desempenho de sua atividade principal. Assim, aquelas atividades necessárias para o funcionamento da organização, sobretudo quando relacionadas à operação e manutenção do edifício onde ela funciona, são chamadas de *facilities*. Nesse prumo, limpeza, segurança, recepção, manutenção do prédio e dos seus equipamentos e outros são todas atividades consideradas como “facilidades”. Esses serviços descolados da gestão da sua execução são considerados como *facilities services*.¹⁰

Para a prestação desses serviços podem ser contratados o gerenciamento e a manutenção de imóvel, incluído o fornecimento dos equipamentos, materiais e outras obrigações necessárias ao uso do imóvel pela administração pública, por escopo ou continuados. Assim nos ensina o Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, Juliano Heinen:

[...] o contrato de *facilities* tem por objeto mais do que a simples prestação de mão de obra, porque engloba a gestão, a coordenação dos recursos humanos, bem como pode fornecer,

10 OLIVEIRA, Rafael Sérgio. **Mais algumas notas sobre a contratação de facilities nos termos da Lei nº 14.011/2020.** Disponível em: <http://www.licitacaocontrato.com.br>. Acesso em: 19 dez. 2021.

adicionalmente, a logística para tal. Assim, temos outra estruturação do contrato, porque se pensa em adquirir a inteligência na gestão, e não simples intermediação de mão de obra. Por isso que esta espécie de contrato possui objetos múltiplos: pode envolver obra, fornecimento de materiais e, claro, a prestação de serviços – sendo este o seu foco.

[...]

Também se percebem bem nítidos incentivos à eficiência da prestação do objeto contratado. Imagine que se contrate com terceiro a gestão do Centro Administrativo [...] A bem dizer, se o particular emprega qualidade na reforma do prédio, terá menos custos na sua manutenção futura.¹¹

A diversidade de espécies de serviços a serem executados dependerá do(s) objeto(s) a ser entregue(s) na fase do fornecimento, cuja complexidade determinará o prazo, previsto também no edital e no contrato, onde constarão todos os serviços que deverão ser realizados pelo contratado.

4.5 Medição e pagamento

Medição é a verificação das quantidades de serviços que foram executados em cada etapa do contrato. Esta deve ser efetuada na data prevista para a conclusão das parcelas constantes do cronograma físico-financeiro.¹²

Os regimes de execução são determinantes para a realização dessas medições de modo parcial pelo que foi efetivado, e total pelo pagamento da entrega do objeto.

No regime de empreitada por preço unitário as medições são realizadas em função das unidades efetivamente executadas. De outra forma, as medições dos regimes de empreitada por preço global, empreitada integral, contratação por tarefa, contratação integrada e semi-integrada são efetuadas, como exigido no § 9º do art. 46 da Lei nº 14.133/2021, de modo

11 HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133/2021. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

12 BONATTO, 2018.

a que se analise a evolução e o cumprimento das etapas previstas no cronograma físico-financeiro. Em outros termos, a medição e o pagamento são associados à execução de etapas do cronograma físico-financeiro vinculadas ao cumprimento de metas de resultado.

Para o regime de fornecimento com prestação de serviços associados, a Lei não estabelece a forma específica de medição e pagamento. Como neste regime há entrega de coisa (fornecimento) e em seguida a prestação de serviços associados ao bem entregue, é necessário que haja previsão de 2 (duas) formas de medição e pagamento no mesmo contrato. Na fase de fornecimento do objeto, o pagamento deve ser realizado como se fosse um contrato de escopo, estipulando-se o pagamento de acordo com a entrega, se obra ou serviço de engenharia, por etapas, e, se equipamento, com a entrega da coisa. Porém, na fase de prestação de serviços, como a medição e o pagamento são feitos periodicamente e, de acordo com a Lei, em função dos resultados alcançados, estabelece-se uma unidade de medida para permitir a mensuração e o respectivo pagamento ao contratado.

O modelo de execução do objeto definirá, conforme a alínea “e” do inciso XXII do art. 6º da Lei nº 14.133/2021, como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos, desde o início até o encerramento.

Quando da elaboração do estudo técnico preliminar, devem estar demonstrados os “resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis”, conforme estabelece o inciso IX do § 1º do art. 18 do mesmo Diploma Legal.

Quando a medição na fase da prestação dos serviços associados não considerar o resultado, a exemplo de medição por postos de trabalho, observa-se o desestímulo do contratado em fornecer um bem ou uma obra de qualidade superior, pois seu faturamento não dependerá da qualidade do que entrega. Assim, para motivar o fornecimento de um bem de maior qualidade é preciso vinculá-lo aos serviços de manutenção e operação.

4.6 Prestação de serviço associado e a adoção do BIM

Para que se realize a manutenção e operação de um equipamento ou de um ambiente construído, é fundamental que o contratado possua uma gama intensa de informações sobre o objeto.

A Lei nº 14.133/2021 avançou muito quando previu no § 3º do art. 19 que

Nas licitações de obras e serviços de engenharia e arquitetura, sempre que adequada ao objeto da licitação, será preferencialmente adotada a Modelagem da Informação da Construção (**Building Information Modelling** – BIM) ou tecnologias e processos integrados similares ou mais avançados que venham a substituí-la.

O BIM é um “processo colaborativo e inteligente em modelo 3D que possibilita a *troca e o gerenciamento de informações* em todo ciclo de uma obra, do planejamento à pós-ocupação”.¹³

O BIM se caracteriza por uma junção de informações que favorece o regime de empreitada fornecimento da prestação de serviços associados, pois neste o mesmo contratado pode elaborar os projetos de arquitetura e engenharia e executar a obra para, depois, realizar a operação e manutenção do ambiente construído. Portanto, o contratado deve possuir as informações necessárias desde o início da execução contratual, de modo a otimizar o trabalho a ser realizado na pós-ocupação do imóvel.

O BIM pode ser utilizado em quaisquer dos regimes de empreitada. Quando adotado no regime de contratação integrada previsto no inciso XXXII do art. 6º da Lei nº 14.133/21¹⁴ se enquadra muito bem, mas melhor

13 BONATTO, Hamilton. **BIM para Obras Públicas**. Curitiba: Ed. Con Treinamentos, 2021.

14 “XXXII - contratação integrada: regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e

ainda no regime de fornecimento e prestação de serviço associado, pois nestas as informações estão concentradas no mesmo contratado, desde o início da execução contratual até a manutenção e operação do objeto entregue, o que torna a adoção do BIM mais interessante.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para a adoção do regime de fornecimento e prestação de serviços associados, como é próprio de toda novidade, as dúvidas são muitas, especialmente, como já pontuado, pela inexistência de doutrina ou jurisprudência que possam oferecer um mínimo de segurança jurídica. No entanto, as possibilidades de criação para a obtenção de melhores contratações públicas são muitas.

Com fundamento na própria Lei nº 14.133/2021, na experiência com outros regimes de empreitada e no vazio que este regime preenche, é possível tecer algumas projeções: a tendência de entregas de obras e bens de melhor qualidade; manutenções e operações mais céleres e de menor custo; busca de maior eficiência no modo de fazer e entregar o objeto contratado e maior eficácia nos resultados de modo a atingir o objetivo planejado no estudo técnico preliminar; a possibilidade ampliada para a prestação dos serviços por até 10 (dez) anos; a simetria absoluta de informações entre fornecedor, mantenedor e operador; a otimização de utilização de tecnologias que favoreçam a troca de informações entre todas as fases da contratação; a diminuição dos riscos do contratado, considerando que ao tempo que prestará os serviços tem conhecimento sobre o objeto ao qual prestará e menos risco implica menor preço.

Essas projeções indicam que se está diante de um regime de empreitada que tende a oferecer muitos ganhos à Administração Pública. Porém,

executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto;”.

deve ser dito também que, para que um regime seja exitoso, depende fundamentalmente da criatividade e expertise do servidor público, pois desde a elaboração do estudo técnico preliminar e, principalmente, na elaboração do termo de referência e/ou projeto básico, está marcada a sua participação. Mas não é só!

É imprescindível a compreensão também por parte dos órgãos de controle que o novo traz dúvidas, inseguranças e amplia a possibilidade de erros. Diante de eventuais irregularidades técnicas, se as Cortes de Contas não tiverem a noção da dificuldade que vem embarcada pelo novo, por certo haverá uma desmotivação em criar e crescer.

A lei deu asas ao gestor, espera-se que os Tribunais de Contas alcem o mesmo voo para que seja a sociedade brasileira a maior ganhadora diante de inovações tão promissoras.

REFERÊNCIAS

ABNT–Associação Brasileira de Normas Técnicas. **NBR 5674: Manutenção de Edificações – Procedimento**. Rio de Janeiro, p. 2, 1999.

BONATTO, Hamilton. **BIM para Obras Públicas**. Curitiba: Ed. Con Treinamentos, 2021.

BONATTO, Hamilton. **Governança e Gestão de Obras Públicas: do planejamento à pós-ocupação**. Curitiba: Fórum, 2018.

BONATTO, Hamilton; OLIVERIA, Rafael Sérgio. **A admissão do projetista na execução do contrato e a nova lei de licitações**. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2021/02/Artigo-Quem-Projeta-Executa-Hamilton-e-Rafael.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2021.

GARCIA, Flávio Amaral; MOREIRA, Egon Bockmann. O projeto da nova lei de licitações brasileira e alguns de seus desafios. **Revista de Contratos Públicos**, nº 21; (setembro, 2019).

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133/2021. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio. **Mais algumas notas sobre a contratação de facilities nos termos da Lei nº 14.011/2020**. Disponível em: <http://www.licitacaocontrato.com.br>. Acesso em: 19 dez. 2021.

Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos – a perspectiva da Lei nº 14.133/21

Rebuilding the economic-financial balance of administrative contracts – the perspective of law
No. 14.133/21

José Anacleto Abduch Santos¹

RESUMO: A preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, além de dever jurídico-constitucional, é de interesse público. A Lei nº 14.133/21 contém formulações substancialmente relevantes para regular a recomposição da equação econômico-financeira dos contratos, quando violada. São as hipóteses de revisão, reajuste em sentido estrito e de repactuação dos contratos. O manejo correto de tais institutos é fundamental para a concretização adequada dos objetivos contratuais.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato administrativo; Equilíbrio econômico-financeiro; Reajuste; Revisão; Repactuação.

ABSTRACT: The preservation of the economic-financial balance of administrative contracts, in addition to a legal-constitutional duty, is in the public interest. Law No. 14.133/21 contains substantially relevant formulations to regulate the recomposition of the economic-financial equation of contracts, when violated. These are the hypotheses of review, readjustment

1 Advogado, Procurador do Estado do Paraná, Mestre e Doutor em Direito Administrativo pela UFPR, Professor do UNICURITIBA.

in the strict sense and renegotiation of contracts. The correct management of such institutes is fundamental for the adequate achievement of the contractual objectives.

KEYWORDS: Administrative contract; Economic/financial balance; Readjustment; Revision; Renegotiation.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal preceitua no art. 37, XXI, que é assegurada aos contratantes a manutenção das condições efetivas das propostas apresentadas no processo licitatório. Este preceito constitucional contém o princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

Quando da aceitação de uma proposta no processo da licitação, forma-se a equação econômico-financeira do contrato futuro, que é, em síntese, a relação original entre o conjunto de obrigações e de direitos do contratado e o conjunto de obrigações e de direitos do contratante. Desta feita, no processo licitatório ou no processo da contratação direta, cada uma das partes – o Poder Público e o particular – assume encargos destinados à efetivação do objeto do contrato, sempre uma causa de interesse público.

Esta relação entre o conjunto de obrigações e de direitos do Poder Público e o conjunto de obrigações do particular contratado – em um sentido mais estrito, a relação entre os encargos e a remuneração para dar conta deles – deve se manter equilibrada ao longo de toda a execução contratual.

Contudo, toda execução contratual está sujeita a risco de ocorrência de fatos que podem produzir desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato. A inflação, as alterações contratuais, fato do príncipe, fato da administração ou eventos da economia (superinflação, supervalorização cambial, caso fortuito, força maior) podem desequilibrar a equação econômico financeira do contrato, afetando esta relação original entre direitos e obrigações das partes contratantes – noutros termos

mais estritos, aumentando ou diminuindo encargos, ou, aumentando ou diminuindo a remuneração do contratado. O desequilíbrio pode ocorrer, nesta linha, em favor ou desfavor da própria Administração Pública.

Sempre que a equação econômico-financeira do contrato for desequilibrada de modo significativo, deve haver sua recomposição, por força do imperativo constitucional – e de regras legais – que assim determinam. Esta recomposição se dará pela via do reajuste ou da revisão.

A Lei nº 14.133/21 – Nova Lei de Licitações – contém uma tratativa específica relacionada às formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. O texto objetiva analisar os aspectos elementares e fundamentais destas ditas formas de recomposição da relação econômico-financeira original previstas na Lei.

2. AS CAUSAS DO DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS

2.1 Os riscos a que está sujeita a execução contratual

A norma ABNT NBR ISO 31000:2009 especifica que

organizações de todos os tipos e tamanhos enfrentam influências e fatores internos e externos que tornam incerto se e quando elas atingirão seus objetivos. O efeito que essa incerteza tem sobre os objetivos da organização é chamado risco. Todas as atividades de uma organização envolvem risco. As organizações gerenciam o risco, identificando-o, analisando-o e, em seguida, avaliando se o risco deve ser modificado pelo tratamento a fim de atender seus critérios de risco...²

No plano dos contratos, risco é, pois, o efeito da incerteza na execução contratual. Implica, assim, dentre outras consequências, a possibilidade

2 Texto contido na introdução da norma.

de ocorrência de um evento que venha a ter impacto na equação econômico-financeira do contrato.

Toda execução contratual está sujeita a riscos de diversas ordens e naturezas. Há os riscos de natureza administrativa, quais sejam, aqueles decorrentes da possibilidade de alterações contratuais; os decorrentes de fato da administração ou aqueles decorrentes do denominado fato do príncipe.

Há também riscos de natureza econômica, como a flutuação inflacionária, o aumento dos custos de produtos, de insumos ou de mão de obra, a variação cambial, dentre outros.

Há, ainda, riscos decorrentes de fatos imprevisíveis, ou ainda que previsíveis, tenham consequências incalculáveis, produzidos por conduta de terceiros, caso fortuito ou força maior.

2.2 Desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em decorrência de evento da álea administrativa – as alterações contratuais

O desequilíbrio da equação econômico-financeira, na perspectiva do risco, pode se dar em virtude de eventos causados por uma conduta, comissiva ou omissiva, da Administração. Os eventos integrantes da denominada álea administrativa são de três ordens: alteração contratual, consensual ou unilateral, fato da administração e fato do príncipe.

No curso da execução contratual pode haver a necessidade de promoção de adequações ou adaptações na execução do contrato (art. 124). Estas alterações contratuais podem ser unilaterais ou consensuais. Podem ainda ser de natureza quantitativa – acréscimos ou supressões de quantidades contratadas. Podem também ser de natureza qualitativa – como ocorre quando de modificação de projeto, de especificações técnicas ou de disposições originais do contrato.

Estas alterações contratuais podem implicar impacto na equação econômico-financeira do contrato, modificando a relação original entre

direitos e obrigações recíprocos. Evidente que podem haver alterações contratuais que não produzam impacto objetivo na equação econômico-financeira do contrato – tais alterações, conquanto possam ser relevantes sob outro prisma jurídico, não o são para o fim desta análise.

2.3 Desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em decorrência de fato da administração

Fato da administração³ “compreende qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como parte contratual, torne impossível a execução do contrato ou provoque seu desequilíbrio econômico”.⁴ Para Hely Lopes Meirelles, considera-se “fato da administração toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda, agrava ou impede sua execução”.⁵

O fato da administração constitui infração aos deveres impostos contratualmente ao contratante público. São hipóteses de ação ou de omissão que provocam violação do equilíbrio do contrato administrativo, como, por exemplo, não disponibilizar ao contratado o local da obra ou do serviço, não realizar desapropriações necessárias à execução, não expedir as competentes ordens de serviço, praticar qualquer ato impeditivo dos trabalhos a cargo do contratado, deixar de realizar os pagamentos devidos ao contratado, o retardo na entrega de documentos necessários ao cumprimento do contrato; a entrega tardia ou insuficiente, pela Administração, de materiais previstos contratualmente; entrega tardia dos terrenos necessários para a execução de uma obra, entre outras. Para ser invocado

3 Diogenes Gasparini conceitua fato da administração como sendo “todo o ato ou fato, comissivo ou omissivo, do contratante que dificulta ou impede a execução do contrato” (GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 265).

4 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 280.

5 MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 225.

como justificativa para a recomposição do equilíbrio contratual, o fato da administração deve ter relação direta e estreita com a relação contratual e constituir causa absoluta impeditiva do contratado cumprir suas obrigações contratuais nos prazos e nas condições originalmente fixados.

O fato da administração tem por agente o próprio contratante público, com repercussão direta e imediata no contrato. Algumas hipóteses de condutas tipificadas como fato da administração foram elencadas no art. 124, § 2º da Lei nº 14.133/21, que dispõe que

será aplicado o disposto na alínea ‘d’ do inciso II do caput deste artigo às contratações de obras e serviços de engenharia, quando a execução for obstada pelo atraso na conclusão de procedimentos de desapropriação, desocupação, servidão administrativa ou licenciamento ambiental, por circunstâncias alheias ao contratado.

2.4 Desequilíbrio econômico-financeiro em decorrência de fato do príncipe

Enquanto o fato da administração tem como características fundamentais (i) a repercussão de forma direta e imediata na relação contratual e (ii) ter como agente o ente contratante, o fato do príncipe apresenta como característica fundamental ter repercussão direta no contrato, porém, motivada pela ação genérica do Poder Público, na qualidade de contratante ou não, que, embora sem pretender atingir a relação contratual, provoca nela modificações que desequilibram a equação financeira pactuada na origem.

Para Diogenes Gasparini é “toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral e imprevisível, que onera extraordinariamente ou que impede a execução do contrato e obriga a Administração Pública a compensar integralmente os prejuízos suportados pelo contratante particular”.⁶ Em sua

6 GASPARINI, 2008, p. 265. José Cretella Jr. observa que “é toda e qualquer providência da iniciativa dos poderes (sic) públicos que torna mais onerosa a situação das partes que contratam com o Estado” (**Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v.3, p. 58).

definição clássica, Hely Lopes Meirelles define-o como sendo

toda determinação estatal, geral, imprevista e imprevisível, positiva ou negativa, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo[...] o que caracteriza o fato do príncipe é a generalidade e a coercitividade da medida prejudicial ao contrato, além de sua surpresa e imprevisibilidade, com agravo efetivo para o contratado.⁷

A oneração decorrente de fato do príncipe tem origem, pois, na atuação ordinária e regulamentar do Poder Público, no exercício de suas prerrogativas e competências legal e constitucionalmente previstas em relação aos diversos âmbitos da coletividade que lhe cabe administrar ou gerir. À medida que gera agravo contratual pode, nesta linha, ter origem inclusive no exercício das funções legislativa e jurisdicional. Basta que derive de atuação regular e genérica do Estado que produza reflexos de ordem econômica suficientes para desestabilizar a relação contratual. Gaspar Ariño Ortiz elenca quatro pressupostos para que tenha aplicação a teoria:

*debe tratar-se de una medida general de índole económica; debe tratar-se de un acto de autoridad con eficacia bastante para ser impuesto en la ejecución del contrato; debe ser imprevisto y posterior a la adjudicación; el daño causado por el acto de autoridad debe tratarse de un daño cierto y especial.*⁸

O fato do príncipe, quando produzido por outra pessoa pública, diversa do contratante, ou mesmo quando produzido pelo mesmo ente contratante, porém em qualidade diversa da de contratante, portanto, exterior

7 MEIRELLES, 1999, p. 224.

8 ORTIZ, Gaspar Ariño. **Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos**. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1968, p. 500. Tradução livre: “deve tratar-se de uma medida geral de índole econômica: deve tratar-se de um ato de autoridade com eficácia bastante para ser imposto na execução do contrato; deve ser imprevisto e posterior à adjudicação; o dano causado pelo ato de autoridade deve ser um dano certo e especial”.

às partes contratantes – como suspensão de certas importações, regulamentação de preços, restrição ao emprego de certos produtos, aumento de impostos etc. – gera direito ao restabelecimento do equilíbrio financeiro do contrato exatamente porque o

fundamento da teoria está em que a Administração não pode causar dano ou prejuízo aos administrados, e muito menos aos seus contratados [...] a indenização resulta de uma responsabilidade objetiva da Administração – responsabilidade sem culpa – de natureza extracontratual, com base na repartição dos encargos públicos, pois seria incivil que apenas um ou alguns cidadãos suportassem dano em seu patrimônio, resultante de medida adotada em benefício da coletividade.⁹

Fatos que podem ser inseridos na categoria de fato do príncipe estão exemplificados no art. 134 da Lei:

os preços contratados serão alterados, para mais ou para menos, conforme o caso, se houver, após a data da apresentação da proposta, criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais ou a superveniência de disposições legais, com comprovada repercussão sobre os preços contratados.

2.5 Desequilíbrio econômico-financeiro em decorrência de evento da álea econômica, caso fortuito ou força maior

Além de eventos decorrentes e inerentes à própria atividade empresarial e de situações jurídicas provocadas por conduta administrativa, comissiva ou omissiva, poderão ocorrer, no curso da relação contratual administrativa, eventos externos ao contrato e alheios à vontade das partes, decorrentes de fatos da natureza ou de ordem econômica, e passíveis de causarem transtorno à equação econômico-financeira. São os denominados eventos da álea econômica, fundamentalmente albergados pela teoria da imprevisão.

9 MEIRELLES, 1999, p. 224.

A teoria da imprevisão tem origem na denominada cláusula “*rebus sic stantibus*”. Segundo Renato José de Moraes, a gênese da noção “*rebus sic stantibus*” remonta a Aristóteles e à noção de sinalagma e da igualdade de distribuição de cargas por ele difundida em sua obra.¹⁰ Embora não haja referência expressa à cláusula “*rebus sic stantibus*” em textos da época, foi no Direito Romano que se originou, de forma sistematizada, a noção de que os pactos ou contratos poderiam estar sujeitos a interferências provocadas por eventos alheios à vontade dos contratantes, de modo que obrigações originalmente assumidas poderiam ter o adimplemento prejudicado ou impedido por alterações verificadas no seio da estrutura social. Foi, de fato, no período da Idade Média, pelo trabalho atribuível aos pós-glosadores, que surge aprimorada, além da noção “*rebus sic stantibus*”, a utilização desta expressão nos trabalhos jurídicos que se dedicaram à análise do cumprimento das obrigações. Entretanto, a modificação do eixo do direito contratual da vontade para o sinalagma ocorre a partir das concepções voluntaristas do século XVII e seguintes. É na noção de sinalagma funcional que se encaixa a cláusula “*rebus*”, que tem por função “manter a igualdade entre as prestações no decorrer do tempo, especialmente naqueles casos em que fatos supervenientes modificaram as circunstâncias sobre as quais se fundamentou a manifestação ou declaração de vontade”. A noção restrita atualmente difundida da cláusula “*rebus sic stantibus*” dispõe que “os contratos de execução periódica, continuada ou simplesmente diferida, podem ser ou revisados, com o reajustamento das prestações, ou simplesmente resolvidos, devido à ocorrência de um fato superveniente, imprevisível para as partes, que desequilibrou a relação contratual de maneira grave”.¹¹

No curso da execução contratual, pois, poderão advir eventos oriundos de causas independentes da vontade dos contratantes, anormais e imprevisíveis, que, mesmo sem tornar impossível a execução, aumentam as cargas obrigacionais do contratante particular, alterando profundamente a

10 MORAES, Renato José de. **Cláusula rebus sic stantibus**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 270.

11 MORAES, 2001, p. 29.

economia do contrato. Esta situação extraordinária não exige o contratado de honrar a execução contratual, mas, em compensação, a Administração deverá ajudá-lo a suportar esta carga adicional.¹²

São três os requisitos materiais necessários para que possa ter aplicação a teoria da imprevisão. Por primeiro, o evento danoso deverá ser absolutamente independente da vontade das partes, especialmente da Administração (se houver conduta da Administração fica patente o fato do príncipe). Em segundo lugar, o evento deve ser de natureza tal que sua ocorrência não poderia em hipótese alguma ser prevista pelos contratantes.¹³ Por fim, o dano ao equilíbrio financeiro do contrato deve ser de tal monta que supere todas as expectativas de perda previstas quando da celebração. Pode-se citar como inserida no âmbito da imprevisão a alta de preços de matéria-prima

12 LAUBADÈRE, André de. **Traité théorique et pratique des contrats administratifs**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956, p. 699.

13 Em relação à previsibilidade do evento, constata-se que a ascendente inflação já foi descartada como justificativa para recomposição de preços contratuais, como assim decidiu o Tribunal Regional da 5.^a Região na AC nº 502.257, da 2.^a Turma, Rel. Juiz José Delgado (embora, ressalte-se que a doutrina e mesmo outros tribunais admitem a existência de mecanismos para a recomposição da equação financeira violada por força da inflação, porém não sob o manto da teoria da imprevisão):

“Direito Administrativo. Teoria da Imprevisão. Não ocorrência dos seus pressupostos. 1 - Não se aplica a teoria da imprevisão em contrato administrativo de empreitada de obra pública sem que se demonstre a existência do fato ou acontecimento extraordinário ou imprevisível, com capacidade de alterar o equilíbrio financeiro do ajuste celebrado entre as partes.

2 - A simples alteração de preço de material, acontecimento normal no Brasil, em face do processo inflacionário sempre ascendente que está implantado no seu sistema econômico e financeiro, não constitui motivo ensejador para se aplicar a teoria da imprevisão ou os efeitos da cláusula ‘rebus sic stantibus’,

3 - De acordo com a doutrina de Messineo, a teoria da imprevisão requer o concurso a extraordinariedade e da imprevisibilidade. E o acontecimento extraordinário e imprevisível há de resultar na onerosidade da prestação e dificultar extremamente o cumprimento da obrigação, sacrificando o devedor com sua execução, o que lhe facultaria promover a resolução do contrato.

4 - Não pode se abrigar no seio da teoria da imprevisão a empresa que não demonstra ter enfrentado nenhuma dificuldade na execução do contrato, por se pressupor que o preço fixado no negócio jurídico cobriu todos os aspectos financeiros do ajuste, inclusive o lucro a ser obtido”.

ou a variação cambial em patamar extraordinário.¹⁴

A teoria da imprevisão tem aplicação nos contratos administrativos nos casos de ocorrência de evento excepcional, que não poderia integrar as previsões das partes, e que venha a provocar oneração excessiva na execução do contrato, uma perda ou déficit real. A modificação deve ser de monta elevada, pois as modificações de mínima importância integram a álea ordinária empresarial, devendo ser suportadas pelo contratado.

As teorias relativas ao desequilíbrio financeiro do contrato administrativo por conta de força maior, caso fortuito e sujeições imprevistas orbitam a noção de impossibilidade econômica ou material com repercussão econômica, absoluta e definitiva de adimplemento da obrigação contratual consoante originalmente pactuada, ou de impossibilidade temporária ou parcial, econômica ou material com repercussão econômica, decorrente de gravame na execução do contrato alheio à vontade das partes.

Para Marcelo Caetano, força maior é o “facto imprevisível e estranho à vontade dos contraentes que impossibilita absolutamente de cumprir as obrigações contratuais”,¹⁵ exonerando de responsabilidade o contraente que por causa dele torne-se inadimplente. Este autor inclui no conceito de força maior todos os eventos imprevisíveis e estranhos à vontade das partes que impossibilitem a execução contratual, inseridos nele os eventos da natureza, como tremores de terra, inundações, ciclones etc. e eventos humanos, como greves, guerra, rebeliões etc. Já Hely Lopes Meirelles faz a distinção entre

14 Pela doutrina do Conselho de Estado Francês, para que se possa invocar a teoria da imprevisão, deverão estar presentes na relação contratual os seguintes requisitos: deve tratar-se de uma relação contratual administrativa em curso de execução; deve haver a ocorrência de um acontecimento excepcional, absolutamente imprevisível e alheio à vontade das partes e que provoque alteração na economia do contrato; o acontecimento excepcional deve impor carga excessivamente onerosa para a execução do contrato, que exceda, pois, a álea ordinária e previsível; o concessionário não deve ter suspenso a execução do contrato; deve tratar-se de situação anormal, temporária e não definitiva. (BERÇAITZ, Miguel Angel. **Teoria General del Contrato Administrativo**. 2ª edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980, p. 452).

15 CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1991, p. 623.

força maior e caso fortuito, para dizer que ambos, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, criam para o contratado impossibilidade intransponível de regular execução do contrato, sendo, porém, que a primeira decorreria de evento humano e, o segundo, de evento da natureza.¹⁶ José Roberto Dromi engloba na sua definição de força maior todos os eventos, com origem na natureza (inundações, secas, tempestades, ventos etc.) ou em fato humano (revolução, guerra, greves etc.), que sejam imprevisíveis, inevitáveis, atuais e inimputáveis a qualquer dos contratantes, com alcance geral ou particular, que gerem impossibilidade de execução do contrato, operando, portanto, como eximentes ou liberadores de responsabilidade.¹⁷

Além da força maior ou caso fortuito, Maria Sylvia Zanella Di Pietro registra que fatos ou sujeições imprevistas podem impactar a economia do contrato. Tais seriam os

fatos de ordem material, que podiam já existir no momento da celebração do contrato, mas que eram desconhecidos pelos contratantes, é o caso de empreiteiro de obra pública que no curso da execução do contrato esbarra em terreno de natureza imprevista que onera ou torna impossível a execução do contrato.¹⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello, por seu turno, conceitua sujeição imprevistas como sendo “dificuldades naturais insuspeitadas que se antepõem à realização da obra ou serviço”.¹⁹ As sujeições imprevistas, em que pese poderem justificar a modificação do contrato se forem deter-

16 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 226.

17 DROMI, José Roberto. **La imprevisión en los contratos de la administración**. Contratos Administrativos – Regimes de Pago y Actualización. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1988, p. 195.

18 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 285.

19 BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 451.

minantes de agravamento insuperável para sua execução, não constituem evento ou acontecimento. É a mera constatação de uma realidade natural desconhecida pelas partes quando da contratação, ou, “dificuldades de ordem material com caráter absolutamente anormal e imprevisível”.²⁰ Tais circunstâncias que produzem desequilíbrio econômico-financeiro no contrato administrativo também se resolvem pela aplicação da teoria da imprevisão.

A norma contida no art. 124, II, d, da Lei, a este respeito, preceitua que pode haver recomposição

para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.

2.6 O desequilíbrio da equação econômico financeira do contrato em razão de evento relativo à álea econômica ordinária

A variação de preços e de custos de insumos ou de mão de obra é natural em uma economia de mercado. A variação normal, gradual e rotineira dos preços é denominada de inflação. Embora em situação de normalidade a variação inflacionária não produza aumento muito significativo de preços no curto prazo, a médio e longo prazo este aumento gradual pode impactar na economia interna dos contratos em geral e dos contratos administrativos em especial.

3. A RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS PARA COMPENSAR A VARIAÇÃO INFLACIONÁRIA

20 LAUBADÈRE, 1956, p. 693.

3.1 Do reajuste em sentido estrito

Como dito, a equação econômico-financeira dos contratos pode ser desequilibrada pela inflação. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, neste caso, se dá por intermédio do reajuste em sentido estrito.

Na dicção da Lei, o reajustamento em sentido estrito é a forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais (art. 6º, LVIII).

São exemplos de índices gerais representativos da variação inflacionária: IGP-M, IPC-A, INPC, dentre outros. Índices específicos ou setoriais são aqueles representativos da variação inflacionária ligada a um determinado segmento ou setor econômico: CUB do SINDUSCON (custo unitário básico da construção civil), INCC (índice nacional da construção civil), por exemplo.

3.2 A periodicidade mínima para a aplicação do reajuste em sentido estrito

Há definição legal acerca da periodicidade mínima para a concessão do reajuste contratual. O reajuste somente pode ocorrer com periodicidade mínima de doze meses, de acordo com o disposto na Lei nº 10.192/01.²¹ O

21 “Art. 2º - É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

§ 1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.

§ 2º Em caso de revisão contratual, o termo inicial do período de correção monetária ou reajuste, ou de nova revisão, será a data em que a anterior revisão tiver ocorrido.

§ 3º Ressalvado o disposto no § 7º do art. 28 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, e no parágrafo seguinte, são nulos de pleno direito quaisquer expedientes que, na apuração do índice de reajuste, produzam efeitos financeiros equivalentes aos de reajuste de periodicidade inferior à anual.”

termo inicial da contagem do prazo de doze meses, nos termos desta Lei, é a data limite para a apresentação da proposta no processo licitatório ou no processo de contratação direta ou do orçamento a que essa se referir.²² Atente-se para que o termo inicial da contagem do prazo de doze meses estipulado por lei não é o início da vigência do contrato.

A Lei nº 14.133/21, por seu turno, fixa que o termo inicial da contagem da periodicidade mínima para o reajuste é a data do orçamento estimado, podendo ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, “em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos” (art. 92, § 3º).

Note-se que a Lei nº 10.192/01 e a Lei nº 14.133/21 fixam termo inicial diferente para a contagem da periodicidade mínima de doze meses para o reajuste. Enquanto nos termos da Lei nº 10.192/01 este termo inicial é “a data limite para a apresentação da proposta no processo licitatório ou no processo de contratação direta ou do orçamento a que essa se referir”; a Lei nº 14.133/21 fixa termo inicial diverso, qual seja, “a data do orçamento estimado” elaborado pela Administração Pública.

Este conflito aparente de normas se resolve por intermédio do princípio geral de direito, segundo o qual uma lei especial tem prevalência sobre uma disposição de lei geral. A Lei nº 14.133/21, no tema em exame, é especial em relação à Lei nº 10.192/01. Deve, para o fim de fixação do termo inicial da contagem da periodicidade mínima para o reajuste, ser considerada a norma contida na Lei nº 14.133/21.

Questão relevante diz respeito à data efetiva que pode ser considerada para fim de encontrar aquela que seja a “data do orçamento estimado” de que trata a Lei. Para tal desiderato (i) deve ser considerada esta data, aquela de conclusão da elaboração do orçamento estimativo definitivo; mas, (ii)

22 “Art. 3º - Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.”

como ainda assim pode haver divergência de interpretação sobre qual seria a “data do orçamento estimativo”, é fundamental que o instrumento convocatório consigne expressamente a data a ser considerada como o termo inicial da contagem da periodicidade mínima para o reajuste de preços contratados.

3.3 A obrigatoriedade de previsão de cláusula de reajuste

Como antes dito, o reajuste contratual somente pode ocorrer após decorrido o prazo de 12 meses de que tratam as leis. Não é incomum que sejam celebrados contratos por prazo de vigência inferior a 12 meses, sem previsão de cláusula de reajustamento. Tal se dá, muitas vezes, na premissa de que haverá a execução contratual em prazo inferior a 12 meses, restando desnecessário tratar de reajuste. Contudo, tais contratos (i) podem ter a execução alongada – mediante prorrogação dos prazos de execução – ultrapassando os 12 meses; ou (ii) pode haver o transcurso de 12 meses, contados da data do orçamento estimado, antes do final da execução do contrato.

Há, para evitar contratempos decorrentes desta omissão, previsão legal dispondo ser obrigatória a previsão de cláusula contratual estabelecendo o índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado da contratação (art. 92, § 3º).

Trata-se de um dever jurídico de cumprimento obrigatório. O descumprimento deste dever jurídico caracteriza erro grosseiro, passível de responsabilização pessoal, nos termos do disposto no art. 28 do Decreto-Lei nº 4657/42.

Sob outro enfoque, a falta de previsão expressa de cláusula de reajuste no contrato impede a sua concessão. A este propósito, já se sustentou antes que:

Quer parecer que, em que pese a disposição constitucional que assegura a manutenção das condições originais das propostas (art. 37, XXI), se não houver previsão no instrumento convocatório o reajuste contratual não pode ser concedido sem violação da livre concorrência. Numa disputa licitatória

na qual o instrumento convocatório não fez previsão da possibilidade de reajuste o universo concorrencial (os licitantes particulares que atendem à convocação para disputar o contrato administrativo) foi delineado e determinado a partir desta premissa: a de que não haverá reajuste futuro dos valores contratados. Este parece ser o aspecto relevante para o deslinde da questão. Claro que há um direito constitucional abstrato e em tese à recomposição da equação econômico-financeira do contrato. Porém, tal direito é de natureza disponível, e, pois, renunciável. Sob o prisma da formação e delimitação do universo concorrencial (universo de competidores), quando o instrumento convocatório não faz referência expressa à possibilidade de reajuste (e seus índices), deve-se supor que os licitantes que acorrerem à disputa o farão sob esta premissa e, ou incorporarão sobrepreço à sua proposta, para cobrir eventuais defasagens inflacionárias; assimilarão a possibilidade de arcar com o desequilíbrio econômico-financeiro oriundo da inflação; ou, em terceiro, deixarão de participar do certame.²³

4. A RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS PARA COMPENSAR A VARIAÇÃO INFLACIONÁRIA NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA

Os contratos de prestação de serviços podem ser celebrados com ou sem dedicação exclusiva de mão de obra. Nos termos da Resolução nº 169/13 do Conselho Nacional de Justiça:

considera-se dedicação exclusiva de mão de obra aquela em que o Edital de Licitação e anexos (Termo de Referência ou Projeto Básico e minuta de contrato) por via de regra estabelecem que a contratada deve alocar profissionais para trabalhar continuamente nas dependências do órgão, independentemente de o edital indicar perfil, requisitos técnicos e quantitativo de profissionais para a execução do contrato,

23 SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos Administrativos** – Formação e Controle Interno da Execução. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 223.

sendo que a atuação simultânea devidamente comprovada de um mesmo empregado da contratada em diversos órgãos e/ou empresas descaracteriza a dedicação exclusiva de mão de obra.²⁴

Por seu turno, a Instrução Normativa nº 05/2017²⁵ preceitua que:

os serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra são aqueles em que o modelo de execução contratual exija, dentre outros requisitos, que: I - os empregados da contratada fiquem à disposição nas dependências da contratante para a prestação dos serviços; II - a contratada não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos; e III - a contratada possibilite a fiscalização pela contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos.²⁶

A Lei nº 14.133/21 aponta que os contratos de prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra são:

aqueles cujo modelo de execução contratual exige, entre outros requisitos, que: a) os empregados do contratado fiquem à disposição nas dependências do contratante para a prestação dos serviços; b) o contratado não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos; c) o contratado possibilite a fiscalização pelo contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos (art. 6º, XVI).

Quando pactuados com dedicação exclusiva de mão de obra, o reajuste dos contratos deve ocorrer por intermédio da repactuação, consoante já deliberou o Tribunal de Contas da União:

24 Art. 1º, § 1º.

25 Editada pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

26 Art. 17.

O instituto da repactuação de preços aplica-se apenas a contratos de serviços continuados prestados com dedicação exclusiva da mão de obra.²⁷

A repactuação de preços aplica-se apenas às contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra e ocorre a partir da variação dos componentes dos custos do contrato, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir, conforme estabelece o art. 5º do Decreto 2.271/97, devendo ser demonstrada analiticamente, de acordo com a Planilha de Custos e Formação de Preços.²⁸

Neste mesmo sentido determina a Lei nº 14.133/21, ao dispor no art. 25, § 8º que:

nas licitações de serviços contínuos, observado o interregno mínimo de 1 (um) ano, o critério de reajustamento será por: I - reajustamento em sentido estrito, quando não houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante previsão de índices específicos ou setoriais; II - repactuação, quando houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante demonstração analítica da variação dos custos.

A repactuação envolve a recomposição de custos de duas naturezas diversas: custo dos insumos necessários à execução contratual e custo da mão de obra que será alocada para a prestação dos serviços.

4.1 A periodicidade da repactuação

A repactuação é espécie de reajuste que somente pode ocorrer com periodicidade mínima de um ano, nos termos da antes citada Lei nº 10.192/01.

27 Acórdão 1488/2016 Plenário, Monitoramento, Relator Ministro Vital do Rêgo.

28 Acórdão 1574/2015-Plenário, TC 033.286/2014-0, Relator Ministro Benjamin Zymler, 24.6.2015.

Também a Lei nº 14.133/21 fixa que a repactuação deverá observar o interregno mínimo de 1 (um) ano. O termo inicial da contagem deste prazo de um ano é (i) para o reajuste dos preços de insumos e materiais, a data da apresentação da proposta no processo da licitação – ou a data da última repactuação; e (ii) para o reajuste dos custos de mão de obra, a data do acordo, convenção coletiva ou dissídio coletivo ao qual a proposta esteja vinculada (art. 135).

Perceba-se que a Lei, em razão das particularidades dos contratos de prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra, estabelece que a repactuação deve ocorrer em relação ao custo dos insumos, e em relação ao custo da mão de obra, de modo autônomo e independente.

Atente-se que a contratação de serviços poder envolver diversas categorias profissionais, com datas base de convenção ou acordo coletivo de trabalho diversas. Assim, a repactuação poderá ser dividida em tantas parcelas quanto forem necessárias, em respeito ao princípio da anualidade do reajuste dos preços da contratação, podendo ser realizada em momentos distintos para discutir a variação de custos que tenham sua anualidade resultante em datas diferenciadas, tais como os custos decorrentes da mão de obra e os custos decorrentes dos insumos necessários à execução do serviço. Quando a contratação envolver mais de uma categoria profissional, com datas-bases diferenciadas, a repactuação deverá ser dividida em tantos quanto forem os Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho das categorias envolvidas na contratação.

Registre-se que a Lei tem regra literal no sentido de que a repactuação será realizada mediante “demonstração analítica da variação dos custos contratuais” (art. 135). Tal significa uma aparente opção legislativa pela exclusão da possibilidade de repactuação do preço de insumos com base em índices de variação inflacionária (reajuste em sentido estrito).

Pela dicção literal da norma, portanto, não se poderia estabelecer a possibilidade de repactuação de preços de insumos e de materiais, em contratos de prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra, com base em índices gerais ou setoriais.

A interpretação sistemática da norma leva a outra solução possível. À luz dos princípios da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade, é de sustentar a inviabilidade material de repactuação de preços de insumos e materiais com base em prova de variação efetiva de custos, com base em demonstrações analíticas, preço a preço.

Desta feita, no que diz respeito à variação de custos dos insumos necessários à execução do contrato, é possível defender que a repactuação pode operar pela aplicação de índice específico ou setorial de medição da variação inflacionária pré-estabelecido no contrato ou no instrumento convocatório.

Este critério híbrido tem sido adotado pela Administração Pública.²⁹

Por este modo híbrido tem-se que (i) os componentes de custos envolvendo mão de obra serão repactuados com base na variação analítica desses componentes determinada pelo Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho superveniente; e (ii) os componentes de custos envolvendo insumos e materiais serão reajustados com base em índices oficiais, previamente definidos no instrumento convocatório e no contrato.

Efetivada a primeira repactuação, os novos valores contratuais dela decorrente terão suas vigências iniciadas (i) a partir da ocorrência do fato gerador que deu causa à repactuação, como regra geral; (ii) em data futura, desde que acordada entre as partes, sem prejuízo da contagem de periodicidade e para concessão das próximas repactuações futuras; ou (iii) em data anterior à ocorrência do fato gerador, exclusivamente quando a repactuação envolver revisão do custo de mão de obra em que o próprio fato gerador, na forma de Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho, contemplar data de vigência retroativa, podendo esta ser considerada para efeito de compensação do pagamento devido, assim como para a contagem da anualidade em repactuações futuras. Os efeitos financeiros da repactuação

29 À guisa de exemplo, tome-se a tratativa do tema prevista na INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 5, DE 26 DE MAIO DE 2017, expedida pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

deverão ocorrer exclusivamente para os itens que a motivaram e apenas em relação à diferença porventura existente.

4.2 A formalização do reajuste

A Lei nº 14.133/21 consigna que:

registros que não caracterizam alteração do contrato podem ser realizados por simples apostila, dispensada a celebração de termo aditivo, como nas seguintes situações: I - variação do valor contratual para fazer face ao reajuste ou à repactuação de preços previstos no próprio contrato [...] (art. 136).

O reajuste, em sentido estrito, ou por repactuação, não demanda formalização pela via do termo aditivo. Formaliza-se por mera apostila ou registro formal no processo da contratação.

5. A RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS EM RAZÃO DE EVENTO INSERIDO NA ÁLEA ADMINISTRATIVA OU ECONÔMICA EXTRAORDINÁRIA – A REVISÃO DOS CONTRATOS

Em caso de desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato produzida por qualquer outra causa, além da variação inflacionária, a recomposição se dará por intermédio da revisão. Assim, tem-se que revisão é o instituto pelo qual se dá a recomposição da equação econômico-financeira do contrato violada por evento inerente à álea econômica extraordinária, fato da administração, fato do príncipe, caso fortuito, força maior ou sujeições imprevistas.

A revisão, para ser concedida, depende apenas de fato gerador, não estando adstrita a qualquer periodicidade ou prazo.

A revisão é condicionada a requerimento do contratado e prova do efetivo desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Identificado o de-

sequilíbrio contratual, caberá ao contratado formular requerimento solicitando a revisão. A Lei prevê que o contrato deverá conter cláusula específica estipulando o prazo de resposta para pedido de revisão (art. 92, XI).

5.1 Distribuição de riscos contratuais e revisão contratual

A Lei nº 14.133/21 contém tratativa substancialmente suficiente acerca do gerenciamento dos riscos envolvidos no processo da contratação. Preceitua a Lei que é dever jurídico da Administração analisar os riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual (art. 18, X). Para tanto, a alta administração deverá implementar processos e estruturas de gestão de riscos (art. 11, parágrafo único).

O Gerenciamento de Riscos é um processo que consiste nas seguintes atividades: I - identificação dos principais riscos que possam comprometer a efetividade do Planejamento da Contratação, da Seleção do Fornecedor e da Gestão Contratual ou que impeçam o alcance dos resultados que atendam às necessidades da contratação; II - avaliação dos riscos identificados, consistindo da mensuração da probabilidade de ocorrência e do impacto de cada risco; III - tratamento dos riscos considerados inaceitáveis por meio da definição das ações para reduzir a probabilidade de ocorrência dos eventos ou suas consequências; IV - para os riscos que persistirem inaceitáveis após o tratamento, definição das ações de contingência para o caso de os eventos correspondentes aos riscos se concretizarem; e V - definição dos responsáveis pelas ações de tratamento dos riscos e das ações de contingência.

O documento que materializa o processo de gerenciamento de riscos é o mapa de riscos. Identificados os riscos que podem impactar a execução do contrato, a Administração poderá operar a sua alocação por intermédio de matriz de riscos.

Matriz de riscos é instrumento de distribuição objetiva dos riscos contratuais. Na dicção legal, é

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

- a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prorrogação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;
- b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico;
- c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia.³⁰

O edital poderá contemplar a distribuição de riscos entre o contratante e o contratado, promovendo a alocação eficiente dos riscos de cada contrato e estabelecendo a responsabilidade que caiba a cada parte contratante, bem como os mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e mitiguem os seus efeitos, caso este ocorra durante a execução contratual (art. 22).

Desta feita, o contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados (art. 103).

A matriz de riscos, se prevista no contrato, definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes e deverá ser observada na solução de eventuais pleitos das partes (art. 103,

30 Art. 6º, XXVII.

§ 4º). Atendidas as condições do contrato e da matriz de riscos, diz a Lei,

será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere: às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do inciso I do caput do art. 124; e ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato (art. 103, § 5º).

A distribuição dos riscos delimita o direito de revisão contratual, vez que é vedada a revisão de preços relacionados a riscos alocados na conta do contratado. Também, por óbvio, é vedada a revisão em relação a risco objetivamente atribuído ao contratado, mesmo que o contrato não preveja expressamente uma matriz de riscos. É o que se deduz também regra expressa contida no art. 124, II, d, que determina a observação da repartição objetiva dos riscos estabelecida no contrato antes de se realizar a revisão contratual.

5.2 Alterações contratuais e revisão

Como antes referido, a mutabilidade é uma das características do contrato administrativo. Seja unilateral, seja consensual, a modificação dos termos contratados pode gerar impactos na equação econômico-financeira original, que deverá ser recomposta.

Há previsão legal expressa no sentido de que em caso de “alteração unilateral do contrato que aumente ou diminua os encargos do contratado a Administração deverá restabelecer, no mesmo termo aditivo, o equilíbrio econômico-financeiro original” (art. 130). Com efeito, as alterações contratuais são formalizadas por termo aditivo. A inovação consiste na determinação expressa para que, simultaneamente à formalização da alteração contratual seja produzida a revisão do contrato, para mais ou para menos.

Neste particular, a Lei faz referência apenas às hipóteses de alteração unilateral do contrato. Contudo, por óbvio, as alterações contratuais con-

sensuais que produzam impacto econômico-financeiro também dão azo à revisão, que será realizada por intermédio do mesmo termo aditivo, tal qual exigido no caso de alterações unilaterais.

5.3. Revisão por força de fatores decorrentes de fato do príncipe, fato da administração ou inerentes à álea econômica extraordinária, caso fortuito ou força maior

A Lei expressamente consigna autorização para revisão dos contratos por força de múltiplos fatores decorrentes de fato do príncipe, fato da administração ou inerentes à álea econômica extraordinária, caso fortuito ou força maior.

Atente-se para a disposição no sentido de que pode haver a revisão para

restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato (art. 124, II, d).

A norma preceitua que a revisão pode ocorrer quando o impacto econômico-financeiro produzido pelas causas apontadas tornarem inviável a execução do contrato tal como pactuado. Ao aludir à inviabilidade da execução do contrato como justificativa para a revisão, a Lei por certo indica que não é qualquer variação de preço, ou impacto decorrente de fatores alheios a qualquer atuação das partes contratantes que justifica a revisão dos termos contratuais.

Com efeito, parece claro que a Lei não assegura a idêntica margem de lucratividade originalmente fixada no contrato. O que é assegurado é o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Pequenas variações de lucratividade são inerentes à álea empresarial ordinária, ou, ínsitas ao risco do negócio, presente no exercício de qualquer atividade econômica sob regras

de mercado.

Assim, é de se reputar que, ainda que determinado fator ou evento produza impacto econômico-financeiro, flutuações naturais e ordinárias de mercado, ainda que possam produzir pequena redução da lucratividade, não dão ensejo à revisão contratual.

Neste sentido já decidiu o Tribunal de Contas da União:

A mera variação de preços de mercado, decorrente, por exemplo, de variações cambiais, não é suficiente para determinar a realização de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo essencial a presença de uma das hipóteses previstas no art. 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/1993. Diferença entre os preços contratuais reajustados e os de mercado é situação previsível, já que dificilmente os índices contratuais refletem perfeitamente a evolução do mercado. (Acórdão 18379/2021-TCU-Segunda Câmara)

A variação cambial, em regime de câmbio flutuante, não pode ser considerada suficiente para, isoladamente, embasar a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato com fulcro no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993. Para que a variação do câmbio possa justificar o pagamento de valores à contratada a título de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, faz-se necessário que ela seja imprevisível ou de consequências incalculáveis. (Acórdão 4125/2019-TCU-Primeira Câmara)

5.4 Revisão contratual e os regimes de contratação integrada e semi-integrada

A Lei nº 14.133/21 prevê dois regimes de execução, para aplicação em contratos de obras e de serviços de engenharia, que restringem substancialmente a possibilidade de revisão contratual. São as hipóteses de contratação integrada e de contratação semi-integrada.

Nestes regimes de execução, a previsão de matriz de riscos é obrigatória. A Lei expressamente prevê que nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada ou semi-integrada, é vedada a alteração dos valores

contratuais, exceto nos seguintes casos: (i) para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; (ii) por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração, desde que não decorrente de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites estabelecidos no art. 125; (iii) por necessidade de alteração do projeto nas contratações semi-integradas, nos termos do § 5º do art. 46; ou (iv) por ocorrência de evento superveniente alocado na matriz de riscos como de responsabilidade da Administração (art. 133).

6. A PRECLUSÃO LÓGICA DO DIREITO DE REPACTUAÇÃO E DE REVISÃO

O Tribunal de Contas da União concebeu uma tese no sentido de que, se o contratado formaliza a prorrogação de um contrato de prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra, sem requerer a sua repactuação, opera a preclusão e com ela desaparece a possibilidade de repactuar:

A partir da data em que passou a vigor as majorações salariais da categoria profissional que deu ensejo à revisão, a contratada passou deter o direito à repactuação de preços. Todavia, ao firmar o termo aditivo de prorrogação contratual sem suscitar os novos valores pactuados no acordo coletivo, ratificando os preços até então acordados, a contratada deixou de exercer o seu direito à repactuação pretérita, dando azo à ocorrência de preclusão lógica.³¹

Ocorre preclusão lógica do direito à repactuação de preços decorrente de majorações salariais da categoria profissional quando a contratada firma termo aditivo de prorrogação contratual sem suscitar os novos valores pactuados no acordo coletivo, ratificando os preços até então acordados.³²

31 Acórdãos 1827/2008 e 1828/2008.

32 Acórdão 1601/2014-Plenário, TC 020.970/2010-2, Relator Ministro Benjamin Zymler, 18.6.2014.

Percebe-se, que, no entender do Tribunal de Contas da União, a repactuação é espécie de direito disponível, que se não exercido em determinado prazo, implica forma de renúncia tácita por parte de seu titular.

A Lei nº 14.133/21 consagrou tal instituto. Estabelece que a extinção do contrato não é óbice para reconhecer o desequilíbrio econômico-financeiro (art. 130). Com efeito, não é incomum que o fato gerador da revisão ou da repactuação ocorram no curso da vigência do contrato e a relação contratual seja extinta (seja por força de causa normal – decurso do prazo ou cumprimento do objeto –, seja por força de extinção antecipada) sem que tenha havido a devida compensação econômico-financeira.

Há autorização legal expressa para o reconhecimento do direito de revisão, reajuste em sentido estrito, ou repactuação do contrato. Contudo, tendo em vista ter expirado a relação contratual, o pagamento do devido se dará a título de indenização, após a instauração e conclusão do devido processo legal.

Entretanto, o reconhecimento deste direito e o pagamento da indenização correspondente somente poderão se dar se tiver havido pedido expresso de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro durante a vigência do contrato. Inexistindo tal pedido expresso, operará a preclusão lógica e será vedado o pagamento de qualquer indenização ao contratado.

7. CONCLUSÕES A PARTIR DAS NORMAS CONTIDAS NA LEI Nº 14.133/21

1. Os contratos administrativos têm uma equação econômico-financeira – relação entre o conjunto de direitos e obrigações do Poder Público contratante e o conjunto de direitos e obrigações originalmente fixados para o contratado particular;
2. Esta relação original, estabelecida quando da aceitação da proposta no processo licitatório, deve se manter equilibrada durante a execução do contrato;

3. Todo contrato é submetido a riscos de diversas ordens e a fatores aleatórios que podem impactar a equação econômico financeira do contrato;
4. A equação econômico-financeira do contrato violada pela variação inflacionária deve ser recomposta por intermédio do reajuste em sentido estrito, baseado em índices específicos ou setoriais, de medição oficial;
5. O reajuste de preços em contratos de prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra se dá por repactuação;
6. A periodicidade mínima para a concessão de reajuste é de um ano. O termo inicial deste prazo, para fins de reajuste em sentido estrito – com base em índice específico ou setorial – é a data do orçamento estimativo realizado pela Administração Pública. Para fins de repactuação, o termo inicial para o computo da periodicidade mínima de reajuste é (i) a data de aceitação da proposta no processo licitatório, em relação a insumos e materiais; e (ii) a data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho;
7. A repactuação demanda requerimento por parte do interessado. O instrumento convocatório deve prever o prazo máximo para resposta a pedido de repactuação;
8. A equação econômico-financeira pode ser violada também por fatores como: alterações contratuais, fato da administração, fato do príncipe, eventos inseridos na denominada álea econômica extraordinária (supervalorização cambial, aumento expressivo de preços acima da variação inflacionária, entre outros), caso fortuito ou força maior. Neste caso, a recomposição econômico-financeira se dará por revisão;
9. A revisão demanda requerimento expresso por parte do interessado, com demonstração analítica da variação de preços e da causa geradora do desequilíbrio contratual;

10. Não há garantia contratual de lucratividade originalmente prevista, em absoluto. A garantia é de equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Flutuações ordinárias de preços inerentes às relações normais e naturais de mercado não dão azo à revisão;
11. Há determinação legal para que se promova o gerenciamento de riscos da contratação pública, em todas as suas etapas: planejamento, seleção do fornecedor e execução contratual;
12. O processo de gerenciamento dos riscos ensejará a identificação dos principais riscos a que está sujeita a execução do contrato e propiciará a elaboração de mapa de riscos e da repartição objetiva deles entre contratante e contratado. Esta repartição de riscos, ou alocação de riscos, pode ser realizada por intermédio de matriz de riscos;
13. Não podem ser objeto de revisão os preços relativos a parcelas de riscos objetivamente atribuídos ao contratado;
14. A extinção do contrato não é óbice para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro violado. Contudo, o pedido de reajuste, de repactuação ou de revisão deve ser realizado na vigência do contrato, sob pena de preclusão lógica.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BERÇAITS, Miguel Angel. **Teoria General del Contrato Administrativo**. 2ª edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980.

CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1991.

CRETELLA JR. Jose. **Tratado de Direito Administrativo**. V. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

DROMI, José Roberto. **La imprevisión en los contratos de la administración**. Contratos Administrativos – Regimes de Pago y Actualización. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1988, p. 195.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LAUBADÈRE, André de. **Traité théorique et pratique des contrats administratifs**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Renato José de. **Cláusula rebus sic stantibus**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos**. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1968.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos Administrativos – Formação e Controle Interno da Execução**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2015.

O papel da Assessoria Jurídica na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021)¹

Anderson Sant'Ana Pedra²

Ronny Charles Lopes de Torres³

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 14.133/2021, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLCA), foi sancionada no dia 1º de abril de 2021 e trouxe um grande conjunto de alterações no regime jurídico desse importante campo do direito administrativo que são as contratações públicas.

O objetivo deste artigo será tratar dessas mudanças, mas com olhos voltados especificamente para a atuação do órgão de assessoramento jurídico, avaliando os contornos inovadores traçados pelo legislador para sua atuação, seus novos deveres, suas novas responsabilidades e também quais os possíveis reflexos sistêmicos dessas mudanças legislativas.

-
- 1 Artigo baseado em texto escrito pelos autores, constante na obra coletiva: Temas controversos da Nova Lei de Licitações e Contratos (Editora JusPodivm, 2021).
 - 2 Advogado e Consultor (Anderson Pedra Advogados). Procurador do Estado do Espírito Santo. Pós-doutor em Direito (Universidade de Coimbra). Doutor em Direito do Estado (PUC-SP). Professor de Direito Constitucional e Administrativo da FDV/ES. Autor e Palestrante.
 - 3 Advogado da União. Doutorando em Direito pela UFPE. Mestre em Direito Econômico pela UFPB. Membro da Câmara Nacional de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União. Autor de diversas obras jurídicas, destacando: Leis de Licitações Públicas comentadas (12ª ed.); Direito Administrativo (coautor. 12ª ed.); Licitações e Contratos nas Empresas Estatais (coautor. 2ª ed.) e Improbidade Administrativa (coautor. 4ª ed.), todos pela editora JusPodivm.

Não temos a perspectiva de esgotarmos essa discussão, longe disso. Temos a certeza de que se trata de um primeiro passo de uma longa jornada para a compreensão do novo *locus* da assessoria jurídica frente às licitações e às contratações públicas, num cenário em que o controle eminentemente burocrático, infelizmente, ganha projeção em detrimento de uma Administração Pública de resultados.

Há diversas oportunidades em que o legislador elencou como sendo necessária a manifestação da assessoria jurídica, em outras tantas induziu como que sugerisse uma desconfiança processual a ser suprida com a atuação da assessoria jurídica.

Ao enaltecer as “linhas de defesa” ou as “barreiras de controle” conforme prevê o art. 169 da NLLCA, tem-se a percepção de que os atos e contratos administrativos passarão por um depurado procedimento de “filtragem”. Óbvio que um procedimento de “filtragem” com diversas camadas de “elementos filtrantes” tende a ofertar um produto final depurado, v. g., uma água. Contudo, o que garantirá a eficiência dessa filtragem é a qualidade do produto inicial (importância do planejamento e governança) e a qualidade dos elementos filtrantes, mas não a quantidade de camadas.

Além da qualidade da filtragem, deve-se atentar para o volume filtrado por espaço de tempo – eficiência da filtragem. De nada adianta ter uma água pura, limpa, se o seu volume não supre a necessidade de dessedentação daqueles que dela necessitam. De igual modo, as contratações públicas devem se desenvolver num ambiente de governança, para que se tenha uma sintonia entre o volume de contratações, os recursos materiais, tecnológicos e humanos das “linhas de defesa” e a aferição dos resultados entregues.

É indispensável aliar eficiência e controle num processo simbiótico, direcionando o agir da Administração Pública e a sua governança para o controle de resultados e não focar no controle de meios.

Nossa abordagem irá na perspectiva de analisar o novo papel da assessoria jurídica numa Administração Pública moderna, eficiente e voltada para o controle de resultados.

2. ADVOCACIA PÚBLICA E SUA CONFIGURAÇÃO CONSTITUCIONAL

A tripartição de matriz montesquiana não é mais suficiente para o Estado Constitucional de Direito moderno, e da leitura da Constituição brasileira de 1988 verifica-se que ela não ficou adstrita à doutrina tripartite de Montesquieu, nem a qualquer outra.⁴

A Constituição brasileira de 1988 (arts. 131 e 132) definiu peculiar configuração à Advocacia de Estado, posicionando-a entre as “Funções Essenciais à Justiça”.

Como ressabido, a Constituição divide o seu Título IV, que trata sobre “A Organização dos Poderes”, em quatro capítulos. O primeiro aborda o Poder Legislativo, o segundo se destina ao Poder Executivo e o terceiro discorre sobre o Poder Judiciário. O quarto, que também se encontra inserido no título “Organização dos Poderes”, mas separado dos três primeiros, denomina-se “Das Funções Essenciais à Justiça” e é dividido em quatro seções, designadas, respectivamente, “Do Ministério Público”, “Da Advocacia Pública”, “Da Advocacia” e “Da Defensoria Pública”.

Topograficamente se observa que a “Advocacia Pública” (arts. 131 e 132) está inserida no Capítulo IV, que cuida “Das Funções Essenciais à Justiça” (arts. 127 a 135), juntamente como Ministério Público e a Defensoria Pública, e não no Capítulo II, que cuida do “Poder Executivo” (arts. 76 a 91).

Assim, a Advocacia Pública deve ser considerada como *órgão*

4 PEDRA, Anderson Sant’Ana. Por uma “separação de poderes” à brasileira: Constituição de 1988 e a teoria tripartite de Montesquieu – uma conta que não fecha. **Revista Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 15, n. 78, p. 117-141, mar./abr. 2013.

constitucional de soberania,⁵ não se devendo considerar este órgão como sendo integrante do Executivo.⁶

No entanto, essa relevância nem sempre é devidamente compreendida, muitas vezes confundindo-se a real compreensão do conceito de Advocacia de Estado, confundindo-a com uma Advocacia de Governo, vinculada aos interesses do grupo político eventualmente dominante.

A competência da Advocacia Pública “de Estado” é a de representar a respectiva unidade federativa (União, Estado, Distrito Federal ou Município) e não um determinado “poder” (Executivo), razão pela qual como *órgão constitucional de soberania* deve ser reconhecido, e não como um órgão infraconstitucional atrelado apenas ao Executivo, até porque sua atuação recai sobre a defesa de qualquer ato estatal legítimo, pouco importando o agente que o praticou e a sua localização funcional (Legislativo, Executivo, Judiciário, Defensoria Pública, Ministério Público, Tribunal de Contas ou da própria Advocacia Pública).⁷

É necessária certa reflexão sobre a relevância de ter o constituinte deslocado as funções essenciais à Justiça para um capítulo próprio, inserido no título sobre a organização dos Poderes, mas autônomo em relação aos três anteriores, que discorrem sobre os Poderes da clássica repartição

5 *Órgãos constitucionais de soberania* são aqueles que recebem *competência* diretamente da Constituição para o exercício de determinadas *funções*. Para Canotilho, num rigor técnico e restrito, são aqueles órgãos: “(1) cujo *status* e competência são imediata e fundamentalmente ‘constituídos’ pela constituição; (2) dispõem de um poder de auto-organização interna; (3) que não estão subordinados a quaisquer outros; (4) que estabelecem relações de interdependência e de controle em relação a outros órgãos igualmente ordenados na e pela constituição. [...]” Não basta, pois, que eles sejam “mencionados” na constituição; as suas competências e funções devem resultar, no essencial, da lei fundamental. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 549).

6 PEDRA, Anderson Sant’Ana. **A advocacia pública perante a cláusula da separação de Poderes**. Disponível em: <http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo/a-advocacia-publica-perante-clausula-separacao-poderes-25082020-1.html>. Acesso em: 07 abr. 2021.

7 PEDRA, 2021.

(Legislativo, Executivo e Judiciário), e de ter inserido entre elas a Advocacia Pública (ou Advocacia de Estado).

A concepção liberal clássica de Estado de Direito abrangeu um ordenamento jurídico constitucional fundado sobre o pilar institucional do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) e sobre as noções de soberania nacional, de poderes públicos, de contrato social e de democracia.⁸ Contudo, as mudanças ocorridas durante o século XX repercutiram na configuração do Estado Moderno, exigindo que ele ampliasse suas atribuições e deveres perante a sociedade, passando a atuar ativamente em áreas como saúde, previdência, assistência e educação. Esse crescimento da máquina estatal, que passou a ser prestadora de serviços públicos, investidora e empresária, gerou um fortalecimento exacerbado do Poder Executivo e a ampliação da burocracia.

O Estado cada vez mais se imiscuiu em áreas econômicas e sociais por meio de novas estruturas, com o desenvolvimento de uma máquina burocrática que, embora aja sob as diretrizes político-governamentais, deve buscar uma atuação escoreita, que se impõe como direito da própria sociedade.⁹

Nessa linha, a atuação da burocracia estatal deve respeitar, com certa autonomia, valores consagrados pelo constituinte. Independentemente da postura ideológica do Chefe do Executivo federal, estadual ou municipal, o agente público da área de saúde, por exemplo, deve agir sempre tecnicamente sob a premissa constitucional de que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, exigindo tomadas de decisões que permitam a entrega de uma política de saúde eficiente.

Isso significa que a burocracia deve contar com a necessária

8 FEITOSA, Maria Luíza P. A. Mayer. **Paradigmas inconclusos**: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 152-153.

9 SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Fundo Cultura, 1961, p. 356.

independência orgânica em face do Governo,¹⁰ servindo como instrumento de controle da juridicidade diante da expansão estatal que privilegia o Executivo e cria certo descompasso na interdependência harmônica outrora defendida por Montesquieu.

Como já visto, a alocação topográfica realizada pelo Constituinte de 88, ao segmentar as funções essenciais à Justiça em capítulo apartado dos demais Poderes, não foi despropositada, mas buscando prestigiar funções imprescindíveis para o equilíbrio e para a harmonia dos Poderes estatais, e é sob esse aspecto que deve ser percebida a atuação do Ministério Público, da Advocacia Pública (de Estado), da Advocacia Privada e da Defensoria Pública.¹¹

Moreira Neto, importante fonte de escritos sobre o tema, explicava que:

A Constituição de 1998, no Título consagrado à Organização dos Poderes, além dos quatros tradicionais Capítulos, dedicados aos três Poderes do Estado, apresenta um quarto, cuidando, em apartado, das Funções Essenciais à Justiça.

Surpreendentemente, ao que se nota, a literatura juspolítica nacional, com poucas e lúcidas exceções, parece não ter dado conta da transcendência dessa inovação e do que ela representa para a realização do valor justiça, aqui entendida como síntese da licitude, da legitimidade e da legalidade, no Estado contemporâneo, como aventam os jusfilósofos mais respeitáveis, como MIGUEL REALE, um valor básico e instrumental para a realização de todos os demais, por pressupor “uma composição isenta e harmônica de interesses”.¹²

10 MACEDO, Rommel. **Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2008, p. 95.

11 TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade do Advogado de estado em sua função consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de. **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 139-144.

12 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 45, p. 41-57, 1992.

Segundo Moreira Neto, as funções essenciais à Justiça possuem como objetivo a defesa da juridicidade, com atuação técnica e exercente de uma parcela do poder estatal, embora destacados dos Poderes do Estado.¹³

Entre elas, para fins do estudo pretendido por este artigo, focaremos na Advocacia de Estado (Advocacia Pública). A compreensão da Advocacia de Estado como parte da Advocacia Pública e como uma função essencial à Justiça permite identificar, com maior correção, seu papel na configuração disposta, pelo Constituinte, para o Estado brasileiro. É esse papel e seu *status* constitucional que deve orientar o jurista na tarefa de perceber as responsabilidades inerentes ao exercício das atribuições do Advogado de Estado, sob pena de, por uma inteligência inadequada, comprometer o sistema construído pelo Constituinte.

A Constituição brasileira de 1988 em seu art. 131, ao tratar sobre a Advocacia-Geral da União, define que ela é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Tal disposição inovou em relação à Constituição anterior, que delegava a representação judicial da União ao Ministério Público, que acumulava as funções de Advogado do Estado e de Advogado da Sociedade, embora esta última com uma amplitude bem menor do que a preconizada pela Constituição de 1988.

Na atual Constituição, compete à Advocacia-Geral da União a representação judicial e a representação extrajudicial da União, abrangendo todos seus Poderes, além das atividades de consultoria e de assessoramento jurídico do Executivo.

Quando trata sobre os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, diversamente, a Constituição faz remissão ao exercício da

13 MOREIRA NETO, 1992, p. 41-57.

representação judicial e da consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Necessário registrar a omissão em relação aos Municípios. O constituinte não fez expressa menção à Advocacia Pública dos entes municipais, omissão que não pode ser interpretada como uma permissão para que esta função, nessa esfera, seja regulada de maneira libertina e descompromissada com os vínculos necessários a uma atuação autônoma e eficiente.¹⁴

De qualquer forma, quando o texto constitucional trata sobre Advocacia-Geral da União ou quando alude às Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, identificam-se remissões as três atividades, entendidas como intrínsecas à Advocacia de Estado. São elas: a representação judicial, extrajudicial e a consultoria jurídica.

São funções precípua do órgão de assessoramento jurídico e que devem ser corretamente exercidas para que se extraia de sua atuação os efeitos pretendidos pelo constituinte e pelo legislador.

Como ressalta Madureira, a atividade de consultoria jurídica desempenhada na esfera administrativa é fundamental, pois orienta os agentes públicos sobre como deve se dar a aplicação do Direito¹⁵ pela Administração Pública.

3. ATUAÇÃO DO ÓRGÃO DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO NA LEI Nº 8.666/1993

A Lei nº 8.666/1993, ao definir a sequência de atos que deveriam constar na fase interna (preparatória) do “procedimento licitação”, em seu artigo 38, repetiu em grande parte o texto do art. 31 do Decreto-Lei nº 2.300/1986,

14 TORRES, 2009, p. 139-144.

15 MADUREIRA, Cláudio Penedo. **Advocacia Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 304.

diploma do qual ela herdou sua *plataforma legal*.

Nada obstante, houve uma relevante inovação no dispositivo da Lei nº 8.666/1993, em comparação com o art. 31 do referido Decreto-Lei. Esta inovação foi materializada no par. único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993, segundo o qual, “as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração”.

Com o turbulento momento vivenciado em razão das denúncias de corrupção que afligiram o governo do Presidente Collor, culminando em seu *impeachment* no final de 1992, a Lei nº 8.666/1993 não apenas manteve a plataforma legal do Decreto-Lei nº 2.300/1986, como em alguns pontos deu ainda mais ensejo ao controle burocrático das contratações. Não por coincidência, 1993 é também o ano da aprovação da Lei Complementar nº 73, Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (AGU), efetivamente criada após seu nascimento no Texto Constitucional de 1988 e incumbida da atividade de consultoria e assessoramento ao Poder Executivo Federal.

Aparentemente, a inovação materializada com o acréscimo do par. único ao art. 38 da Lei nº 8.666/1993 buscou utilizar o novel órgão de Advocacia Pública para reforçar o controle burocrático das contratações públicas, uma vez que, em 1993, a atuação dos órgãos de controle nas contratações públicas não se mostrava eficiente para combater desvios.

Ocorre que, ao prever a necessidade de aprovação das minutas de editais, contratos, acordos, convênios ou ajustes, o par. único do art. 38, no âmbito federal, deslocou os membros da AGU para uma função atípica, de controle, que sobre a égide da Lei nº 8.666/1993 tornou-se o grande foco de atuação dos órgãos de assessoramento jurídico.

Convém frisar: o referido dispositivo é, na verdade, o único da Lei nº 8.666/1993 que regula a atuação do órgão de assessoramento jurídico no procedimento licitatório.

Na prática, muito por conta dele, no âmbito das licitações e contratações públicas, a principal atuação do órgão de assessoramento jurídico passou a ser a de fazer uma aferição de conformidade, avaliando se as minutas e o procedimento atendiam às exigências jurídico-normativas. Com o avanço da atuação dos órgãos de controle e o risco de responsabilização do parecerista, esta análise de conformidade passou a ser cada vez mais rígida e reativa, por um incentivo natural de autopreservação. Assim, ao analisar as minutas de editais e o processo, o órgão de assessoramento jurídico, em uma análise de conformidade, concentrava esforços em apontar eventuais erros formais ou materiais praticados durante o procedimento e fazer ressalvas ou reprovações a regras das minutas formuladas pelo órgão assessorado, muitas vezes se imiscuindo em temas técnicos relacionados à gestão propriamente dita.

Com esse enfoque na atividade de controle e diante do grande desafio de aprovação das minutas, que multiplicaram-se com o crescimento de demandas administrativas e ficam mais complexas a cada dia com as transformações que ocorrem na sociedade e no mercado, as funções típicas de consultoria jurídica e de representação extrajudicial passaram a ser exploradas com menor intensidade, afastando o órgão de assessoramento jurídico da atuação estratégica e necessária de auxiliar do gestor no aprimoramento das funções administrativas.

Com isso, o órgão de assessoramento jurídico passou a protagonizar muitas vezes uma atuação crítica (de controle), nada obstante nesse período tenha ocorrido um grande desenvolvimento dos órgãos de controle interno e externo, com relevante protagonismo na área, maior acesso a informações e a uma visão *macro* e *operacional* do processo de contratação, alterando o quadro que gerou o deslocamento do órgão de assessoramento jurídico para esta área.

O velho modelo preconizado por uma leitura mofada do par. único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993, que transformou o assessor jurídico em um agente “checador” do processo, sabotou o desenvolvimento da nobre vocação constitucional que o órgão de assessoramento jurídico possui nas

contratações públicas, que é de, enquanto Função Essencial à Justiça, expressamente indicada pelo Constituinte, contribuir para o aperfeiçoamento de nosso ordenamento jurídico e representar legítimas opções do administrador público e do órgão que ele representa, mesmo quando contrárias às convicções de órgãos de controle, assim também contribuindo para um qualificado debate sobre políticas públicas e ações administrativas sensíveis.

4. ÓRGÃO DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO NA LEI Nº 14.133/2021 (NLLCA)

A Lei nº 14.133/2021 propõe mudar o panorama normativo para atuação dos órgãos de assessoramento jurídico, o que certamente fomentará uma necessidade de adaptação pelos órgãos de Advocacia Pública.

Diferentemente da Lei nº 8.666/1993, a NLLCA dispõe diversas vezes sobre o órgão de assessoramento jurídico ou sobre seus integrantes. Além disso, embora ela preserve resquício da atuação de controle para o órgão de assessoramento jurídico, conforme preconiza a Lei nº 8.666/1993, a NLLCA induz a atuação de consultoria jurídica propriamente dita e também define a obrigatoriedade de representação extrajudicial e judicial dos agentes que atuam com as licitações e contratações públicas, o que ensejará uma reformulação estratégica da atuação da Advocacia Pública na área de licitações e contratos.

Adiante, trataremos de algumas regras da NLLCA que impactarão na atuação do órgão de assessoramento jurídico.

4.1 Formação do profissional de assessoria jurídica

Uma preocupação da nova Lei foi com a necessidade de capacitação e aperfeiçoamento dos agentes públicos que atuam com licitações. Nessa linha, o art. 7º da NLLCA definiu que cabe à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas internas definirem, promover gestão por

competências e a designação dos agentes públicos para as funções essenciais na área de licitações e contratos, exigindo alguns requisitos, entre eles: *i*) sejam, preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública; *ii*) tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público; e, *iii*) não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração, nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil.

Além disso, o § 1º do mesmo dispositivo define que deverá ser observado o princípio da segregação de funções, sendo vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação; sendo que o § 2º, expressamente, define que essa norma também seja aplicada aos órgãos de assessoramento jurídico.

Desse regramento fica claro que o legislador teve uma especial preocupação com a qualificação e independência dos profissionais que atuam no órgão de assessoramento jurídico da Administração, os quais, preferencialmente, devem ser servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, possuir qualificação adequada para o exercício da função e não apresentar qualquer vínculo impeditivo que possa prejudicar a impessoalidade na sua atuação em razão de potencial conflito de interesses.

Bem verdade que essas regras parecem manifestar disposições materialmente específicas e não normas gerais aptas a vincular órgãos e entidades dos demais entes federativos. A exigência contida no art. 7º, inc. II, por exemplo, de certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo Poder Público, é claramente uma disposição que adentra minúcias incompatíveis com o conceito de norma geral.

No mesmo diapasão, a definição de que, preferencialmente, os agentes públicos do órgão de assessoramento jurídico serão servidores efetivos dos quadros permanentes (art. 7º, inc. I) se choca com a carência de recursos humanos aptos ao exercício dessa função em grande parte dos municípios deste país, que costumam recorrer a empresas ou profissionais terceirizados para tal atividade.¹⁶

De qualquer forma, é fundamental perceber a preocupação do legislador com a profissionalização dos quadros que atuam na área de licitações e contratos, inclusive em relação ao órgão de assessoramento jurídico. Essa preocupação não pode ser desprezada de maneira a favorecer uma contínua precarização desses quadros.

Deve-se, portanto, ser fomentada uma profissionalização dos quadros dentro da realidade e das possibilidades de cada órgão e entidade, prestigiando o exercício dessa função por agentes integrantes do quadro efetivo, o que tutela a memória administrativa e fortalece o vínculo de responsabilidade, embora eles possam ser assessorados por empresas ou profissionais terceirizados, como costumeiramente ocorre com gestores ou fiscais de contratos.

A profissionalização dos quadros que atuam em órgãos de assessoramento jurídico é fundamental, tendo em vista os novos papéis definidos pela Lei nº 14.133/2021 para atuação do órgão de assessoramento jurídico que irá envolver não apenas uma atividade de controle, como também de consultoria propriamente dita, e também a defesa judicial ou extrajudicial do agente público que atua com contratações públicas, mesmo que este agente não mais faça parte dos quadros da Administração.

Vale lembrar que, assim como ocorre na indicação de agentes públicos para o exercício de outras atividades relacionadas às licitações e

16 Registra-se que nos termos do *caput* do art. 176 da NLLCA, os Municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes terão o prazo de 6 (seis) anos para cumprir os requisitos estabelecidos no art. 7º e no art. 8º, *caput*.

contratações públicas, a ausência da devida capacitação para os profissionais que atuam na atividade de assessoramento jurídico ou mesmo a indicação de profissional sem a qualificação adequada pode fazer com que eventuais falhas decorrentes de sua atuação ineficiente sejam também imputadas ao agente público que desidiosamente indicou profissional incapaz de exercer tão relevante atividade pública.

4.2 Papel de controle da contratação

Ainda mantendo o viés de atuação de controle burocrático, repetindo um pouco daquilo que foi iniciado com a Lei nº 8666/1993, a nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) define que, ao final da fase preparatória (art. 53, *caput*), o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico para que ele realize controle prévio de legalidade, mediante análise jurídica da contratação.

Como se não fosse suficiente, o art. 169, inc. II trouxe como “segunda linha de defesa” para o controle das contratações as “unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade”.

Tratam-se de disposições que mantêm para órgãos de assessoramento jurídico a função atípica de controle, embora, atualmente, órgãos de controle interno e externo tenham evoluído muito e ganhado protagonismo no ambiente das contratações públicas, em comparação com aquilo vivenciado em 1993. Diante da notável atuação de tribunais de contas, controladorias e órgãos de controle interno, o deslocamento do órgão de assessoramento jurídico para esta atividade não parece ser mais uma medida necessária.

Em outra perspectiva, o legislador parece também ter ignorado que o próprio desenvolvimento tecnológico e a evolução do Painel Nacional de Contratações Públicas (PNCP) (art. 174) farão com que esta análise de conformidade jurídica seja feita pelo próprio sistema e não pelo órgão de assessoramento jurídico. Isso porque, com a utilização da inteligência artificial (IA), o sistema conseguirá de maneira mais eficiente aferir a submissão das decisões administrativas dispostas durante a fase de planejamento

e das regras editalícias à normatividade definida pelo ordenamento jurídico. Uma vez padronizadas rotinas e assimilada a normatização, a alimentação dos dados pertinentes à contratação já induzirá de per si atos e minutas padronizados¹⁷ e conformes às premissas definidas anteriormente com reduzidíssimo espaço para “desvios”.

Diante das inovações tecnológicas, a preocupação do legislador com o formato e o conteúdo do parecer (art. 53, § 1º) certamente, além de adentrar no ambiente das regras materialmente específicas, que dispensam disciplinamento legal e seriam melhor tratadas por regulamentação interna, ainda ignora que muito em breve este ato de análise de conformidade jurídica, mesmo quando necessário, deverá ser feito de maneira mais otimizada e despida das liturgias burocráticas e formatos tradicionais.

Assim como ocorreu em 1993, houve um deslocamento do órgão de assessoramento jurídico para uma atividade materialmente relacionada ao órgão de controle interno, o que parece despropositado diante da evolução que o controle alcançou na burocracia administrativa e da possibilidade evidente de utilização da inteligência artificial para a análise de conformidade.

Isso fica ainda mais evidente quando é sabido que alguns dos principais órgãos de Advocacia Pública do país, como a AGU, a PGEES e outras procuradorias estaduais e municipais, têm evoluído para atuação proativa, com confecção de modelos padronizados de minutas para utilização pelas unidades assessoradas, além de pareceres referenciais que otimizam a análise de processos repetitivos ou de baixa complexidade.

Criando a possibilidade de uma solução para que os órgãos de assessoramento jurídico mais desenvolvidos possam superar ou continuar superando o gargalo burocrático gerado por essa visão burocrata e defasada do processo de contratação pública, o § 5º do art. 53 admite que a análise jurídica seja dispensável nas hipóteses definidas previamente pela

17 “Art. 25. [...] § 1º Sempre que o objeto permitir, a Administração adotará minutas padronizadas de edital e de contrato com cláusulas uniformes.”

“autoridade jurídica máxima competente”. Trata a hipótese da possibilidade de, por exemplo, pareceres referenciais ou mesmo da definição, por ato da referida autoridade jurídica, de espécies de processos nos quais a análise jurídica não seria obrigatória, opção que, nos termos da lei, deverá considerar fatores como: baixo valor, baixa complexidade, entrega imediata do bem ou utilização de minutas previamente padronizadas pelo órgão de assessoramento jurídico, entre outros.

Importante destacar que, diferentemente da Lei nº 8.666/1993, que fazia referência apenas à aprovação jurídica das minutas, o texto do art. 53 da Lei nº 14.133/2021 faz referência a um controle prévio de legalidade.

A natureza jurídica desse controle prévio de legalidade exige a percepção de duas interessantes nuances: *i*) a análise do órgão de assessoramento jurídico, quando necessária, deverá ser prévia, anterior à divulgação do edital de licitação, oportunidade ou momento similar ao indicado pela Lei nº 8666/1993; e, *ii*) diferentemente do que prescreve a Lei nº 8.666/1993, a análise jurídica não se restringe à aprovação das minutas, mas a uma “análise jurídica [quanto à legitimidade] da contratação”.

De qualquer forma, nessa análise jurídica da legalidade da contratação, não deve o órgão de assessoramento jurídico imiscuir-se em matéria técnica ou opção discricionária do gestor, exceto quando descambarem para evidente ilegitimidade ofensiva aos princípios publicistas e desde que perceptível, *prima facie*, para um “agente público médio”¹⁸ com formação estritamente jurídica.

Apesar do enunciado normativo (art. 53, *caput*) sugerir que o órgão de assessoramento jurídico deva exercer o controle prévio de legalidade, não se pode perder de vista que o dispositivo menciona expressamente que

18 Trata-se de uma métrica fluida e baseada, muitas vezes, na idealização de um perfil perseguido e desejado para o agente público. (PEDRA, Anderson Sant’Ana; PÉRCIO, Gabriela Verona. Diretrizes para o controle das contratações públicas em tempos de crise: como deveria ser o amanhã. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 223, jul. 2020, p. 15).

se trata de uma “análise *jurídica* da contratação”, sendo que o § 3º do mesmo art. 53 destaca em seu texto os aspectos “técnico” e “jurídico”, por se tratar de searas distintas e que cada uma deve ser analisada por agente públicos com formação específica.

Dito de outra forma, embora tenha o parecerista jurídico a incumbência de realizar controle prévio de legalidade e análise jurídica da contratação, não lhe cabe substituir a decisão do setor técnico, em relação, por exemplo, à solução escolhida do mercado ou mesmo à decisão político-administrativa do gestor público, autoridade competente que, diante das nuances envolvidas no caso concreto, opta por um determinado modelo de contratação admitido pela legislação. A aferição da conveniência e da oportunidade pertence à autoridade competente pela tomada de decisão, não ao órgão de assessoramento jurídico ou mesmo aos órgãos de controle.

Também não é o parecerista jurídico responsável por analisar (“controlar”) a legalidade de um Estudo Técnico Preliminar, de um Termo de Referência, de uma Matriz de Risco, de uma Pesquisa de Preço ou outros instrumentos similares. Cada um desses *artefatos* ou *instrumentos* possui especificidades técnicas que lhe são inerentes e o parecerista jurídico não tem formação técnica para realizar essa análise.

Aqueles que acham que o parecerista jurídico deve analisar um Termo de Referência para “controlar” um possível direcionamento do objeto estão a exigir que o parecerista jurídico entenda as particularidades e o mercado de objetos absurdamente distintos: medicamento, veículo, computador, helicóptero, limpeza, produto químico etc., para então concluir se há ou não direcionamento. E seria competência do parecerista jurídico “controlar” um projeto básico de engenharia e um suposto superdimensionamento estrutural? Crê-se que não!

O que se seria exigível do parecerista no exercício de sua função atípica de controle prévio de legalidade da contratação (art. 53, *caput*, da NLL-CA), cujo texto foi mais além do que a análise das minutas trazida pelo art. 38, par. único da Lei nº 8.666/1993, é que verificasse o cumprimento

das *macroetapas* que compõem o procedimento, de fatos isolados materialmente relevantes e de questões denunciadas como irregulares que tenham chegado ao seu conhecimento, não sendo exigível que a *análise jurídica* a seu cargo alcance todos os dados e informações técnicas que não sejam de sua área de formação e de atuação.¹⁹

Vale acrescentar que, nos termos do § 4º do mesmo art. 53, o órgão de assessoramento jurídico também realizará controle prévio de legalidade das contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres, além de seus termos aditivos.

Por fim, é necessário registrar os providenciais vetos aos §§ 2º e 6º do art. 53, por parte do Presidente da República.²⁰

O § 2º definia que a reprovação da continuidade da contratação pelo parecer jurídico, embora pudesse ser superada pela autoridade máxima do órgão ou da entidade, tornaria esta responsável pessoal e exclusivamente por eventuais irregularidades! Era uma disposição infeliz que criava incentivos equivocados. Caso persistisse esse dispositivo, haveria estímulo para que o parecerista jurídico, diante de uma medida arrojada e, por isso, insegura, fosse reativo e contrário, reprovando a solução, mesmo que aparentemente vantajosa para o Poder Público, já que isto lhe resguardaria de qualquer responsabilidade. Na mesma linha, o agente público tomador da decisão, mesmo convicto de que sua decisão era legítima e vantajosa ao interesse público, tenderia a abrir mão do arrojo e de eventual eficiência da medida a ser adotada, pelo risco da responsabilização que o dispositivo lhe outorgava.

As razões do veto, de certa forma, adotaram essas premissas:

19 Conferir nesse sentido analisando a responsabilidade da autoridade que homologa a licitação: TCU, Plenário, Acórdão nº 3.178/2016.

20 Quando da conclusão desse artigo (15 abr. 2021) o veto ainda não havia sido apreciado pelo Congresso Nacional.

A propositura legislativa estabelece que o parecer jurídico que desaprovar a continuidade da contratação, no todo ou em parte, poderá ser motivadamente rejeitado pela autoridade máxima do órgão ou entidade, hipótese em que esta passará a responder pessoal e exclusivamente pelas irregularidades que, em razão desse fato, lhe forem eventualmente imputadas.

No entanto, a interpretação do dispositivo pode levar a crer que o parecerista é co-responsável pelo ato de gestão, contrariando a posição tradicional da jurisprudência pátria e trazendo insegurança a atividade de assessoramento jurídico.

Ademais, o dispositivo desestimula o gestor a tomar medidas não chanceladas pela assessoria jurídica, mesmo que convicto da correção e melhor eficiência dessas medidas, o que pode coibir avanços e inovações.

Outro dispositivo vetado, o § 6º, também poderia gerar interpretação indutora da quebra de autonomia do órgão de assessoramento jurídico pois, ao definir que o membro da Advocacia Pública seria civil e regressivamente responsável quando agisse com dolo ou fraude na elaboração do parecer jurídico, poderia dar ensejo à interpretação de que, em relação à responsabilidade administrativa do parecerista, esta poderia ocorrer por mera ação culposa. O correto veto deste dispositivo também foi adequadamente fundamentado:

Razões do veto

A propositura dispõe que o membro da advocacia pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude na elaboração do parecer jurídico de que trata este artigo.

Todavia, em que pese a boa intenção do legislador, no objeto específico deste artigo, o advogado, público ou privado, já conta com diversas outras disposições sobre a sua responsabilização profissional (Lei nº 8.906, de 1994; art. 184 do CPC; e, para os profissionais da Advocacia Geral da União, também na Lei nº 13.327, de 2016), as quais não estão sendo revogadas e nem harmonizadas com essa propositura.

Ademais, o artigo não faz referência a eventual responsabilização administrativa ou mesmo penal daquele advogado, o que pode causar incerteza jurídica quanto à

eventual instituição de responsabilidade “cível” (excludente das possíveis responsabilidades administrativa e/ou penal, em indevido recrudescimento do sistema atualmente vigente).

Por fim, o dispositivo parece potencializar a geração de celeuma acerca do nível de responsabilização dos pareceristas jurídicos junto aos procedimentos licitatórios, razões todas essas que justificariam o seu veto por contrariedade ao interesse público.

Como bem disposto nas razões do veto, o dispositivo apenas potencializaria a geração de celeuma acerca do nível de responsabilização dos pareceristas jurídicos, ignorando que o tema já é deveras tratado por outras disposições legais²¹ e criando insegurança para que a Advocacia Pública cumpra seu mister de apoiar decisões legítimas de gestores públicos honestos, mesmo que em aparente conflito com entendimento de outros órgãos, inclusive de controle.

Com muitas normas genéricas (moralidade, honestidade, eficiência, economicidade, interesse público etc.), os órgãos de controle externo passaram a manusear de modo disfuncional as normas sobre contratação, servindo essas normas genéricas como lanças de longo alcance; contundentes para qualquer ataque, mas sem qualquer precisão e por vezes atingindo agentes públicos que cometeram meras irregularidades ou realizaram escolhas administrativas equivocadas.

A cada dia se escuta falar mais na “Administração Pública do medo” e no “apagão das canetas” e esse comportamento não pode pautar os órgãos de assessoramento jurídico que estejam exercendo o “papel de controle da contratação” (art. 53), sob pena do risco da paralisia que acomete quem está numa situação de perigo por receio de ser responsabilizado.

Como se nota, a inovação jurídico-administrativa é colocada à prova, pois soluções disruptivas, inclusive jurídicas, possuem riscos que lhe são

21 Por todas: “Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.” (LINDB).

inerentes, inclusive de não darem certo ou de não serem compreendidas pelo controle externo. Quem ousaria inovar, numa espécie de empreendedorismo jurídico, com risco de ser responsabilizado?

Não se trata de buscar uma atuação sem qualquer compromisso ou responsabilidade, mas de afastar um controle burocrático e formalista da atuação da assessoria jurídica. E que não venham falsos profetas afirmando que a necessidade de responsabilização é medida necessária para “combater a corrupção”. Na essência, a retórica desse discurso impede o importante e bom debate que precisa ser feito com urgência, a fim de evitar o que vem ocorrendo dia a dia em diversas administrações públicas, principalmente as menores: o afastamento de profissionais capacitados e íntegros da atuação junto ao processo de contratação pública em razão do receio de serem alcançados pelos órgãos de controle.

E que fique aqui uma reflexão: quando pessoas de bem evitam exercer determinadas atribuições perante a Administração Pública é porque algo está errado!

4.3 Papel de apoio aos agentes públicos envolvidos na contratação

Como visto no item anterior, embora tenha mantida a atividade de controle para o órgão de assessoramento jurídico, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos ampliou as atividades a serem exercidas pela assessoria jurídica, referindo-se a sua necessária atuação em outros momentos do processo de contratação pública. Por outras palavras, mesmo mantendo o órgão de assessoramento jurídico com a atividade de controle de legalidade da contratação, de maneira similar (mas não idêntica) ao que ocorreu na Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 14.133/2021 fez questão de, em diversos momentos de seu texto, definir, por exemplo, a necessidade de exercício do papel de consultoria jurídica propriamente dita, que envolve o apoio jurídico aos agentes públicos assessorados na tomada de decisão.

Com isso, o órgão de assessoramento jurídico é deslocado para uma função típica, que exigirá readaptação aos membros da Advocacia Pública.

Isto porque, quando exerce a atividade de consultoria jurídica, para além da análise de conformidade e avaliação de eventuais erros, deve o jurista enfrentar o dilema da decisão, analisando se há respaldo jurídico para a pretensão administrativa, a solução desejada ou a decisão aventada pela autoridade, avaliando os riscos e, quando for o caso, apresentando opções alternativas.

É importante frisar que o legislador, ao tratar sobre a atuação do órgão de assessoramento jurídico no apoio aos agentes públicos que atuam com licitações, não se restringiu ao assessoramento apenas do ordenador de despesas, mas também se referiu expressamente à atuação da Advocacia Pública no auxílio à tomada de decisão por parte de diversos agentes.

Assim, por exemplo, o § 3º do art. 8º, ao definir que as regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, da comissão de contratação e dos fiscais e gestores deveriam ser estabelecidas em regulamento, impõe que “deverá” ser prevista a possibilidade de que esses agentes contem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico para o desempenho das funções essenciais necessárias à execução do disposto na Lei.

Na mesma linha, o § 3º do art. 117 estabelece que o fiscal do contrato será auxiliado pelos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração, que “deverão” dirimir dúvidas e subsidiá-lo com informações relevantes para prevenir riscos na execução contratual.

O art. 163, inc. V elencou como exigência para a reabilitação de particular sancionado com pena de restrição de direito a “análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo” ao cumprimento dos demais requisitos legais.

O parágrafo único do art. 168, por sua vez, ao tratar sobre recursos administrativos, prescreve que na elaboração de suas decisões a autoridade competente “será” auxiliada pelo órgão de assessoramento jurídico, que “deverá” dirimir dúvidas e subsidiá-la com as informações necessárias.

Esses dispositivos mostram a intenção do legislador em induzir uma

atuação do órgão de assessoramento jurídico também para o apoio aos agentes públicos tomadores de decisão, sejam eles ordenadores de despesas, agentes políticos ou técnicos que atuam direta e diariamente enfrentando dilemas para aplicação do regime jurídico da contratação pública.

Em todas essas hipóteses, em todas essas situações, a atuação do órgão de assessoramento jurídico ou do membro da Advocacia Pública não significará a supressão da competência do agente público tomador de decisão, este sim competente e responsável pela decisão político-administrativa tomada e pelo ato administrativo praticado, mas estabelecerá uma relação de apoio jurídico que poderá, inclusive, repercutir juridicamente diante de eventuais questionamentos em razão do ato administrativo praticado. Da mesma forma, em sua atividade de apoio, o membro da Advocacia Pública não pode se limitar a ser um mero chancelador de decisões administrativas, sobretudo quando elas se apresentarem ilegítimas. Diante de eventual ilegalidade ou ilegitimidade deve o parecerista alertar a autoridade assessorada sobre esse vício, orientando-a a adotar atitude diversas da pretendida.

Nesta atividade de apoio, convém que o parecerista jurídico atue de maneira ativa, harmonizando a busca pelo interesse público com as *soluções possíveis*, os *riscos jurídicos* e o *consequencialismo decisório*²² envolvidos na tomada de decisão; aconselhando ou orientando o agente público competente pela prática do ato e munindo-o de informações necessárias para uma tomada de decisão eficiente e segura.

Diante da realidade atual, na qual o gestor público costumeiramente se depara com situações sensíveis, nas quais a melhor solução aparente para o atendimento ao interesse público não encontra consonância com posições conservadoras, ou mesmo quando a aplicação irrefletida da normatização parece gerar disfuncionalidade, prejudicial ao próprio interesse

22 Nos termos do art. 20 e 21 da LINDB qualquer decisão administrativa deverá levar em consideração suas consequências práticas, jurídicas e administrativas, devendo sua motivação demonstrar a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da escolha realizada.

público, o efetivo apoio do órgão de assessoramento jurídico pode ser fundamental para que medidas necessárias sejam praticadas com segurança jurídica e que velhas interpretações sejam revisitadas, quando não mais atendem à plenitude das situações postas à dinâmica da realidade.

Por mais que o legislador ou mesmo o regulamentador busquem definir regras para todas as situações experimentadas, a prática administrativa é heterogênea, fractal, multifacetada e repleta de nuances que exigem uma necessária acomodação da norma jurídica à situação concreta. É justamente nesses dilemas, nessas questões complexas, nessas especificidades concretas, que o órgão de assessoramento jurídico se apresenta como um personagem relevante para auxiliar o gestor público a identificar a solução jurídica mais adequada, eficiente, segura e funcional, construindo juridicidade com percepção de que o direito a ser aplicado, a norma jurídica, não podem ser extraídos sempre de maneira automática dos enunciados normativos postos.

Como explica Nobre Júnior,

a concepção hodierna de legalidade superou a noção da lei formal, ampliando o rol das fontes do Direito Administrativo, englobando, destarte, não apenas a lei aprovada pelo Parlamento, mas todo o Direito, ou seja, o sistema jurídico em sua integralidade.²³

O necessário desenvolvimento de técnicas de gestão pública, a simplificação de procedimentos (desburocratização), a flexibilização da execução de políticas públicas, o uso preferencial de processos convencionais e a garantia de estabilização mínima das relações jurídicas surgiram como valor fundamental para modificar essa base filosófica, que fundamentou a limitação estatal através da legalidade estrita.²⁴ Tudo isso exige um esforço do jurista para compreender o direito atento aos valores que conformam

23 NOBRE JR., Edilson Pereira. **Direito administrativo contemporâneo: temas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 215.

24 CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de direito administrativo**. Salvador: JusPodivm, 2008, vol. I, p. 44.

o ordenamento jurídico e a questões relacionadas a ambientes outros (não propriamente jurídicos), como a economia, a administração, a sociologia e outras áreas que, no mundo real, interferem ou afetam a atuação administrativa.

Diante da superação da ideia convencional de legalidade como vinculação positiva do administrador à Lei e a consequente consagração do princípio da juridicidade administrativa, que não mais aceita a ideia da Administração vinculada exclusivamente às regras prefixadas nas leis, mas sim ao próprio Direito,²⁵ a atividade consultiva assume uma face ativa de orientação jurídica. Nessa atuação, o Advogado Público deve apresentar os caminhos permitidos pelo nosso ordenamento, para a efetivação da decisão gerencial, bem como tomar as atitudes necessárias para a correção de ilicitudes e a responsabilização dos culpados. Se a função de consultoria jurídica permite o desvencilhar de amarras causadas por dispositivos legais teratológicos, por outro lado, também autoriza um maior controle do ato administrativo irrazoável, desproporcional ou imoral, mas sempre com o cuidado de não substituir a autoridade competente e o seu inafastável juízo de ponderação político-jurídica para a decisão administrativa ótima.

Com o apoio aos agentes públicos que atuam em licitações de contratos, a Advocacia Pública retorna forças para o exercício de sua atividade típica mais nobre, que é a atuação de consultoria jurídica, fundamental para o aperfeiçoamento de nosso regime jurídico de direito administrativo, tendo em vista o grande desafio do poder público diante das mudanças ocorridas no mundo real e da necessidade de encontrar soluções para problemas complexos que exigem inventividade, sensibilidade, coragem, mutabilidade, altivez e capacidade de adaptação.

25 PEDRA, Anderson Sant'Ana. A constitucionalização do direito administrativo e o controle do mérito do ato administrativo. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 79; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, e a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 74.

O trabalho de compreensão do Direito por intermédio da hermenêutica e da interpretação utilizada para revelar o sentido e o alcance das normas aplicáveis,²⁶ ou através dos métodos de resolução das aparentes antinomias do ordenamento,²⁷ exige uma atividade de pesquisa (e não apenas a conservadora aplicação dos enunciados normativos apresentados), criadora de novas normas e novos entendimentos que podem aperfeiçoar o sistema normativo dado.²⁸ Nesse sentido, compete à Advocacia Pública o dever constitucional de aperfeiçoamento da ordem jurídica, aconselhando, persuadindo ou induzindo os agentes públicos a adotarem as providências que conduzam à afirmação do primado dos valores jurídicos e democráticos.²⁹

Essa atuação de apoio, pouco explorada pelos agentes públicos tomadores de decisão, na maioria dos órgãos administrativos, tende a ser ampliada por intermédio dos incentivos criados pelo próprio legislador (art. 10) ao definir que o apoio pelo órgão de assessoramento jurídico pode resguardar o agente público tomador de decisão, garantindo-lhe a posterior representação judicial ou extrajudicial, pela Advocacia Pública, quando o ato praticado conformar-se à opinião exposta no parecer jurídico (item 4.5).

4.4 Papel de padronização e de enunciação

Nos termos do que foi delineado acerca do papel do órgão de assessoramento jurídico no controle da contratação (item 4.2) e notadamente

26 NÁDER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

27 BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª edição. Brasília: Editora UnB, 1999 (reimpressão 2006), p. 34.

28 BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad.: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

29 MOREIRA NETO, A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. **Debates em Direito Público**. Ano IV, nº 4, outubro de 2005, p. 36-65.

no papel de apoio aos agentes públicos envolvidos na contratação (item 4.3), dessume-se que um volume enorme de trabalho se projeta para um futuro próximo e caso tal situação não seja enfrentada com inteligência e técnica adequadas, ter-se-á o comprometimento da atuação eficiente da Advocacia Pública e, por consectário lógico, das entregas que devem ser realizadas pela Administração Pública.

A Lei nº 13.655/2018, ao promover alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) (Decreto-Lei nº 4.657/1942), buscou promover segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, e impôs às autoridades públicas o dever de atuarem por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consulta (art. 30).

Como se nota, existe uma tônica em conceder segurança jurídica e eficiência ao agir estatal, principalmente por meio de ferramentas que respeitam a homogeneidade e a integridade buscando homenagear os precedentes administrativos,³⁰⁻³¹ não podendo o órgão de assessoramento jurídico ignorar suas próprias decisões anteriores e partir do nada (*ex nihilo*). Deve o órgão de assessoramento jurídico laborar de modo a sedimentar um “romance em cadeia” (*chain novel*)³² e evitar um decisionismo em que a Advocacia Pública viesse a se manifestar com uma liberdade (discrecionalidade) que demonstrasse uma incoerência com suas decisões anteriores.

De modo não diferente, o art. 19, inc. IV da NLLCA prescreve que a Administração deverá, com o auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico,

30 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Precedentes no direito administrativo**. São Paulo: Gen/Forense, 2018.

31 “Não se desconhece que a aplicação da Teoria dos Precedentes Administrativos já teria aplicabilidade ao ordenamento jurídico brasileiro, em razão do disposto no art. 15 c/c art. 927, I a V, do CPC/2015. Nada obstante, alçar tal sistemática à qualidade de uma norma interpretativa e, por assim dizer, ‘levar os precedentes administrativos à sério’.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à lei nº 13.655/2018: lei da segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 164).

32 DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 275-279.

instituir “modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos”, admitindo-se ainda a adoção das minutas do Executivo federal por todos os entes federativos.³³

Na mesma toada, o art. 53, § 5º da NLLCA afirma ser dispensável a análise jurídica nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar, dentre outros, “a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico”.

De uma vez por todas: eventual atuação com padronização, adoção de enunciados e sistematicidade do procedimento contribuirá sobremaneira para que não ocorra uma eventual lentidão ou paralisia no exercício dos papéis dos órgãos de assessoramento jurídico, principalmente o papel de assessoramento aos demais agentes públicos envolvidos na contratação (item 4.3) em razão da sua importância e das múltiplas possibilidades de utilização.

4.5 Papel de representação judicial ou extrajudicial dos agentes envolvidos na contratação

Evidente que nas últimas duas décadas houve uma grande evolução dos órgãos de controle interno e externo no país. O Tribunal de Contas da União e a Controladoria Geral da União são exemplos de órgãos públicos de controle que alcançaram grande protagonismo no ambiente das contratações públicas. A evolução desses órgãos pode ser resultado de diversos fatores, entre eles: a qualidade de seu corpo técnico e seus membros, a decisão institucional de avançar sobre novas competências, o exercício de seu poder punitivo e a conquista de visibilidade social legitimadora.

Como o avanço e a evolução desses órgãos de controle talvez tenha se dado de maneira mais intensa do que ocorreu com a grande maioria

33 Nada impede que os demais órgãos e entes das outras esferas federativas, numa decisão volitiva, adotem as minutas do Executivo federal.

dos órgãos de execução, restou patente a dificuldade de se atuar em conformidade com todas as exigências por eles estabelecidas. Isso acabou se ampliando em razão da complexidade das regras disciplinadas para atuação dos agentes públicos na área de licitações e contratos, materializada em centenas e centenas de normatizações diferentes, com condições, requisitos e exigências diversas para a prática dos variados atos administrativos.

Embora este cenário tenha gerado uma maior profissionalização no âmbito da gestão pública e seu aperfeiçoamento, com captação de bons quadros e sua devida capacitação, por outro lado, notadamente diante do risco de punição ao agente público tomador de decisão, há preocupação com o exacerbamento da atuação do controle, notadamente em sua perspectiva punitiva, o que pode gerar disfuncionalidades, como a redução de incentivos a que bons quadros ocupem cargos que importem em maior responsabilidade, o desestímulo à tomada de decisões arrojadas, disruptivas e eficientes, além da indução a estratégias de fuga da responsabilização.³⁴

O risco de responsabilização passou a atuar como desestímulo ao arrojo e à inovação. Ausência de incentivos para a tomada de decisões potencialmente eficientes, mas arriscadas, produziu uma generalização do comportamento reativo e burocrata de muitos agentes públicos, induzindo aquilo que muitos autores denominaram de “apagação das canetas”.

Diante da dificuldade na tomada de decisões arrojadas e da falta de apoio jurídico para a superação desses dilemas, além do risco de responsabilização inclusive do parecerista jurídico, o direito administrativo deixou de ser um instrumento para regular ações administrativas voltadas para o atendimento ao interesse público, para se restringir a um conjunto de regras de conformidade cuja aplicação é vetorizada pela tentativa de autopreservação dos agentes públicos envolvidos, o que precipita disfuncionalidades, externalidades várias e a modelação de um regime chamado por muitos de “Direito Administrativo do Medo”.

34 SANTOS, Rodrigues Valgas. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 324-332.

Mas como combater tal disfuncionalidade?

Uma solução parece ser a redução do risco que aflige alguns agentes públicos tomadores de decisão. Aparentemente, foi neste sentido que o art. 10 da Lei nº 14.133/2021 definiu que se as autoridades competentes e os servidores públicos que tiverem participado dos procedimentos relacionados às licitações e aos contratos precisarem defender-se nas esferas administrativa, controladora ou judicial em razão de ato praticado com estrita observância de orientação constante em parecer jurídico, a Advocacia Pública promoverá, a critério do agente público, sua representação judicial ou extrajudicial.

Vale dizer, esse direito persistirá mesmo que o agente público não mais ocupe o cargo, emprego ou função em que foi praticado o ato questionado (art. 10, § 2º).

Segundo o art. 10, § 1º, inc. II da NLLCA, o direito de representação pela Advocacia Pública não ocorrerá apenas quando as provas da prática de atos ilícitos dolosos constarem nos autos do processo administrativo ou judicial.

O modal deontico aqui versado, na essência, não é inédito. Alguns entes federativos já contemplam previsão normativa para que a sua Advocacia Pública atue ao lado do agente público fazendo sua representação judicial e extrajudicial.

Nesse quadrante e de forma exemplificativa, tem-se o art. 22 da Lei nº 9.028/1995³⁵ com suas alterações, que regra:

Art. 22. A Advocacia-Geral da União e os seus órgãos vinculados, nas respectivas áreas de atuação, ficam autorizados a representar judicialmente os titulares e os membros dos Poderes da República, das Instituições Federais referidas no

35 “Dispõe sobre o exercício das atribuições institucionais da Advocacia-Geral da União, em caráter emergencial e provisório, e dá outras providências”.

Título IV, Capítulo IV, da Constituição, bem como os titulares dos Ministérios e demais órgãos da Presidência da República, de autarquias e fundações públicas federais, e de cargos de natureza especial, de direção e assessoramento superiores e daqueles efetivos, inclusive promovendo ação penal privada ou representando perante o Ministério Público, quando vítimas de crime, quanto a atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público, especialmente da União, suas respectivas autarquias e fundações, ou das Instituições mencionadas, podendo, ainda, quanto aos mesmos atos, impetrar *habeas corpus* e mandado de segurança em defesa dos agentes públicos de que trata este artigo.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se aos ex-titulares dos cargos ou funções referidos no *caput*, e ainda:

I - aos designados para a execução dos regimes especiais previstos na Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, e nos Decretos-Leis nº 73, de 21 de novembro de 1966, e 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, e para a intervenção na concessão de serviço público de energia elétrica;

II - aos militares das Forças Armadas e aos integrantes do órgão de segurança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, quando, em decorrência do cumprimento de dever constitucional, legal ou regulamentar, responderem a inquérito policial ou a processo judicial.

Importante firmar que ao defender o agente público envolvido na contratação a Advocacia Pública estará defendendo o próprio ato administrativo praticado outrora, com o seu devido apoio jurídico, prestigiando a boa-fé e a segurança jurídica. Esse tipo de defesa favorecerá os agentes públicos honestos e arrojados que não encontravam incentivo e segurança para tomar decisões não ortodoxas ou arriscadas, mesmo que imbuídas dos mais nobres intuitos de atendimento ao interesse público.

Essa representação judicial e extrajudicial será também importante para que o debate das diversas posições admitidas pelo ordenamento, em dilemas sensíveis, seja realizado de maneira equilibrada, para a construção de um consenso que busque evitar desvios, superar falhas e também compreender as dificuldades da atuação concreta e as finalidades públicas a serem alcançadas.

Podemos citar como exemplo os diversos dilemas experimentados pelo Poder Público nas ações de enfrentamento à pandemia da Covid-19 no ano de 2020. É certo que a aprovação de um regime jurídico excepcional para as contratações públicas, notadamente por meio da Lei nº 13.979/2020 e as medidas provisórias seguintes, entre elas a MP nº 961/2020,³⁶ geraram regras mais flexíveis e bem diferentes daquelas ordinariamente experimentadas pelo agente público ao admitir, v. g.: pagamento antecipado, contratação de fornecedor exclusivo sem regularidade fiscal e relativização do preço estimado para efeito de contratação.

Ocorre que os problemas inspiradores das alterações normativas, naquele momento excepcional, precederam a aprovação das referidas regras e muitas vezes exigiram atuação corajosa e destemida de gestores públicos que, na vida real, depararam-se com dilemas sensíveis, nos quais a aplicação do regime jurídico tradicional era ineficiente ou incompatível para as ações que visavam salvar vidas.

Por mais que o número de responsabilizações pelos órgãos de controle seja muito inferior ao costumeiramente alardeado, é fato que o protagonismo e a relevância desses órgãos no ambiente das contratações públicas acabam por intensificar a preocupação com suas reprimendas, notadamente para os agentes públicos que, embora honestos, convivem com situações sensíveis e não ortodoxas. Se para um agente público corrupto o risco da responsabilização pode ser mitigado pelo financiamento escuso que a sua atividade ilícita gera, para o agente público honesto o risco da responsabilização pelo erro se torna deveras desestimulante a um exercício ativo de suas funções.

4.5.1 Eficácia condicionada

Nos termos do art. 194, a Lei nº 14.133 é vigente e tem potencial

36 Posteriormente convertida na Lei nº 14.065, de 30 de setembro de 2020.

*aplicabilidade e eficácia*³⁷ a partir da sua publicação, que ocorreu no dia 1º de abril de 2021.

Contudo, nos termos do art. 191, *caput* e parágrafo único a aplicabilidade e a eficácia da NLLCA, no biênio estabelecido pelo art. 193, inc. II, restará ao alvedrio de cada Administração apenas naquilo que concerne às licitações (procedimento), às contratações diretas e aos respectivos contratos delas decorrentes. Durante o entretempo bienal poderá a Administração optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com a NLLCA ou de acordo com as normas que estão se esvaindo (Leis nº 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011).

Durante esse prazo, que se estende até o dia 1º de abril de 2023, a Administração Pública poderá licitar ou contratar diretamente a partir do regime jurídico que julgar mais conveniente e oportuno: o estabelecido pela NLLCA ou o trazido pelas legislações que se esvaem.

Assim, nos termos do *caput* do art. 10 da NLLCA os agentes públicos envolvidos somente poderão utilizar do direito (“incentivo”) à representação judicial e extrajudicial pela Advocacia Pública quando verificadas 2 (duas) condições (requisitos objetivos): *i*) a licitação ou a contratação ocorrer no regime jurídico inaugurado pela NLLCA; e, *ii*) o parecer jurídico tiver sido elaborado nos termos do art. 53, § 1º da NLLCA.

5. “NOVAS” RESPONSABILIDADES

O art. 5º, *caput*, *in fine*, da NLLCA trouxe que na sua aplicação deverão

37 “A *eficácia* vem a ser a qualidade do texto normativo vigente de poder produzir ou irradiar, no seio da coletividade, efeitos jurídicos concretos, supondo, portanto, não só a questão de sua condição técnica de aplicação, observância, ou não, pelas pessoas a quem se dirige, mas também de sua adequação em face da realidade social, por ele disciplinada, e aos valores vigentes na sociedade, o que conduziria ao seu sucesso.” (DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao direito civil brasileiro interpretada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 51).

ser observadas as disposições da LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942).

Poder-se-ia firmar que tal dispositivo é inócuo, afinal, a natureza jurídica da LINDB como uma *norma normarum*, como mecanismo de integração e de interpretação de todo o ordenamento jurídico brasileiro, de per si, já fundamentava que seus modais deônticos devessem espalhar para todas as leis, passadas e futuras. Contudo, com a menção expressa no art. 5º afastou-se um argumento que já foi utilizado pelo STJ³⁸ e que, inadvertidamente, poderia também se aplicar ao microssistema das contratações públicas.

5.1. Dever de motivação ótima

Todos os atos administrativos devem conter motivação, que é a exposição dos motivos (pressupostos). Os motivos trazidos na motivação devem compreender os motivos (pressupostos) de fato, de direito e de ordem econômica-social – não diferente devem ser os atos administrativos de opinião (pareceres).

38 STJ entendeu pela inaplicabilidade da Lei nº 13.655/2018 à ação de improbidade administrativa por entender que norma especial (improbidade) prevaleceria sobre norma geral (LINDB) o que, obviamente não concordamos por ofender a própria essência da LINDB. “[...] 1. Prevalece em nosso sistema jurídico o princípio da especialidade, segundo o qual, diante de um eventual conflito aparente entre normas, a lei especial deverá prevalecer em relação à norma geral. Precedentes: AgRg no REsp 1.359.182/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 10/06/2013; AgRg no Ag 1.327.071/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 08/04/2011. [...] 3. É inviável o acolhimento do pedido de suspensão do processo, a fim de que sejam buscados os meios de compensação da conduta ímproba praticada, à luz da Lei 13.655/2018, uma vez que deve prevalecer a regra especial contida no art. 17, § 1º, da Lei 8.429/1992. 4. Na forma da jurisprudência do STJ, “tratando-se de ação de improbidade administrativa, cujo interesse público tutelado é de natureza indisponível, o acordo entre a municipalidade (autor) e os particulares (réus) não tem o condão de conduzir à extinção do feito, porque aplicável as disposições da Lei 8.429/1992, normal especial que veda expressamente a possibilidade de transação, acordo ou conciliação nos processos que tramitam sob a sua égide (art. 17, § 1º, da LIA)” (REsp 1.217.554/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 22/08/2013). [...] 7. Agravo interno improvido.” (STJ, 1ª Turma, AgInt no REsp nº 1.654.462/MT, rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 14.06.2018).

A obediência ao *princípio da motivação* implica para o parecerista o dever de justificar seu entendimento, apontando-lhes os fatos e os fundamentos (dispositivo legal *lato sensu*, enunciados administrativos, doutrina e/ou jurisprudência) que conduziram à conclusão, bem como a correlação lógica entre a situação instalada, as possíveis consequências (administrativas, fáticas, jurídicas e econômico-sociais) e o entendimento jurídico sugerido – é consignar explicitamente no texto do parecer tudo o que foi utilizado para lapidar a conclusão.

A motivação é importantíssima e não pode o parecerista, notadamente em *questões fáticas* ou *jurídicas* mais *complexas* ou *delicadas*, deixar de correlacionar com o parecer as demais análises técnicas, pareceres, informações e/ou fatos ocorridos; bem como apontar outras hipotéticas conclusões ou condicionantes, mas desde que necessário e relacionado com a análise jurídica daquilo que foi provocado a se manifestar.

Não se trata de proferir pareceres longos, repetitivos ou com transcrição daquilo que já consta nos autos; nem mesmo atuar como órgão de controle interno realizando um *check list* de tudo o que se encontra nos autos – isso deve ser repellido! O parecer jurídico deve ser o mais sintético possível, mas sem deixar de dialogar minimamente com o conteúdo fático e técnico dos autos a fim de evitar³⁹⁻⁴⁰ os chamados pareceres “pró-forma” que, na “essência”, trazem um texto vago, genérico que não tem correlação jurídica com as questões e/ou situações postas para análise. Tal conduta, além da boa prática, presta-se como mecanismo de defesa de eventual tentativa de responsabilização do parecerista.

39 TCU, Plenário, Acórdãos nº 1.944/2014, 1.485/2019.

40 Exemplifica-se: num processo de contratação de um artista por inexigibilidade será o Setor requisitante que afirmará a sua consagração e tal afirmação deverá constar no parecer, no mínimo, o número da folha em que tal afirmação foi proferida. Caso se trata de uma contratação emergencial de determinado insumo de saúde em razão de pandemia, deverá ser o Setor requisitante a afirmar os riscos da demora da contratação. Em ambos os casos e em todos os outros não é responsabilidade do órgão de assessoramento jurídico as questões técnicas relacionadas a contratação.

Deve ainda o parecer ser redigido em “linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação” (art. 53, § 1º, inc. II da NLLCA).

O art. 20 da LINDB prescreve que as manifestações, inclusive na esfera administrativa, deverão demonstrar a “necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

Já o art. 21, do mesmo diploma legislativo, traz que as decisões administrativas devem “indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas”, destacando ainda que a decisão deverá, quando for o caso, indicar as condições para que o agir administrativo ocorra de modo proporcional e harmônico ao interesse público *lato sensu*, não impondo aos particulares ou à sociedade ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

5.2. Observar o primado da realidade

O *primado da realidade* encontra-se albergado no art. 22 da LINDB, o qual prescreve que na “interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo”.

Continua o dispositivo (§ 1º do art. 22) prescrevendo que pelo *primado da realidade* deverão ser “consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”.

Como se observa, é importante para a motivação do parecer jurídico que os fatos e as dificuldades reais que circunscrevem(iam) o espaço e o momento da Administração Pública estejam muito bem delineados, pois essa realidade será considerada para efeito de uma posterior verificação da integridade do parecer jurídico, principalmente pela corregedoria da Advocacia Pública.

Pelo *primado da realidade* deve o órgão de assessoramento jurídico trazer para dentro da sua análise todas as circunstâncias e as dificuldades

que circunscrevem(iam) a manifestação, a fim de conceder legitimidade a sua conclusão.⁴¹

Nesse aspecto, todos os fatos, circunstâncias e dificuldades que direta ou indiretamente servem para caracterizar determinado tempo de crise e influenciam o contexto decisório, devem ser colacionados aos autos para que não reste dúvida sobre o acerto da decisão.

5.3. Considerar as consequências que podem advir do parecer

Na motivação do parecer jurídico também deverão estar bem demonstradas as possíveis consequências jurídicas, administrativas, práticas e econômico-sociais da conclusão,⁴² trata-se do *consequencialismo decisório*, *in casu*, o consequencialismo da conclusão do parecer.

A consideração das consequências do parecer deve-se limitar aos fatos e aos fundamentos de mérito e jurídicos que se espera de um parecerista jurídico no exercício diligente de sua atuação, ou seja, não se pode exigir uma visão prospectiva que ultrapasse a capacidade de um “parecerista médio”.⁴³

Consequências (mediatas e imediatas) com reflexos importantes na sustentabilidade econômico-social, por exemplo, deverão ser levadas em

41 PEDRA, Anderson Sant’Ana; SILVA, Rodrigo Monteiro da. **Improbidade administrativa**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 307.

42 Nesse sentido o art. 20, caput da LINDB prescreve que a motivação de qualquer decisão administrativa deverá demonstrar as consequências da decisão, bem como a “necessidade e a adequação da medida imposta [...], contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas” (par. único do art. 20).

43 Sobre “administrador médio” conferir os seguintes julgados: TCU, Plenário, Acórdão nº 599/2019, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues; TCU, Plenário, Acórdão nº 2.420/2015, Rel. Min. Benjamim Zymler: “17. Ao analisar a existência de culpa, em qualquer uma de suas modalidades, adotarei como parâmetro para comparação a conduta esperada de um homem médio, diligente e probo – o equivalente ao princípio romano do *bonus pater familiae*”.

consideração em qualquer análise envolvendo as contratações públicas: invalidação de um procedimento licitatório, prorrogação contratual, alterações quantitativas e qualitativas etc.

5.4. Dever de consensualidade

A NLLCA trouxe em seus arts. 151 a 154 um capítulo dedicado aos “meios alternativos de resolução de controvérsias”, tanto na perspectiva da resolução como da prevenção.

Durante um bom tempo entendeu-se que a tarefa de resolver esses conflitos, de encontrar soluções quando envolvessem questões jurídicas entre pessoas físicas e jurídicas, privadas ou públicas, seria exclusivamente do processo contencioso, administrativo ou judicial – isso foi ultrapassado!

A busca da prevenção e de uma solução consensual a ser atingida por meio da mediação, da conciliação, do comitê de resolução de disputas (*dispute board*)⁴⁴ e também da arbitragem, conforme prescreve o art. 151, *caput* da NLLCA, vem se apresentando como mecanismos que integram⁴⁵ o conjunto de ferramentas para a prevenção e a busca da solução de conflitos. Se o processo litigioso (judicial ou administrativo) foi, por muito tempo, a primeira escolha para a resolução de conflitos, vários fatores têm impulsionado uma mudança em curso na sociedade em direção à maior utilização de outros métodos.⁴⁶

44 O *dispute board* ou comitê de resolução de disputas é um grupo constituído por especialistas no(s) tema(s) e objeto de um determinado contrato administrativo e que são indicados pelas próprias partes tendo como função prevenir e/ou resolver eventuais disputas advindas do contrato.

45 Não entendemos adequado a utilização da *consensualidade* como “meio alternativo” para a solução de conflitos afinal, “alternativo” sugere uma “segunda opção”, uma subalternidade em relação a que seria “primeira opção” – o processo contencioso; preferimos a utilização da expressão *meio de integração para a solução de conflitos*, formando um modelo de solução de conflitos (justiça) *multiportas*.

46 MAIA, Andrea; BIANCHI, Angela Andrade; GARCEZ, José Maria Rossani. Origem e norteadores da mediação de conflitos. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. **Mediação de conflitos**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 52.

Trata-se de um novo “enfoque de acesso à justiça” e que deve ser sempre levado em consideração pelo órgão de assessoramento jurídico, naquilo que Cappelletti e Garth analisaram como a “terceira onda” para a busca de solução de conflitos, com a diminuição de formalismo e, por consectário lógico, uma maior proximidade das partes.⁴⁷

Nessa senda não se pode olvidar da *Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos* que se mostra como um mecanismo que deve ser apresentado pela Administração e buscado pelo particular-contratado e que deve ser criada pela Administração Pública, em todas as suas órbitas, objetivando a busca de soluções consensuais em conflitos no âmbito do direito administrativo, inclusive em sede de licitações e contratos administrativos.

Em relação à necessária construção da consensualidade na resolução de conflitos, importa destacar que a Lei nº 13.140/2015 destinou especial papel para os órgãos de Advocacia Pública, ao expressamente definir que a criação das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, pelos entes federativos, deveria ocorrer no âmbito de seus respectivos órgãos.⁴⁸

O legislador corretamente identificou a Advocacia Pública como instituição a protagonizar as respectivas Câmaras justamente por conta do papel reservado a ela pelo Constituinte, pelas suas competências de representação judicial, extrajudicial e de consultoria jurídica e, sobretudo, pela vocação à construção da juridicidade, aperfeiçoamento de nosso ordenamento jurídico e da própria atividade administrativa, nuances

47 CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p. 67-68.

48 “Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.”

fundamentais para o enfrentamento dos intrincados dilemas e construção das pertinentes soluções.⁴⁹

A atuação qualificada e autônoma da Advocacia Pública pode ampliar a legitimidade das Câmaras, tornando-as um ambiente crescente de resolução eficiente e prevenção de potenciais litígios, inclusive com os administrados.

Isso, no âmbito das contratações públicas, pode arrefecer riscos e custos transacionais que costumam restringir a competitividade dos procedimentos licitatórios e ampliar os preços pagos pela Administração para o atendimento de suas pretensões contratuais. Em momentos de crise, isso pode ser fundamental para uma atuação administrativa não apenas eficiente, mas equilibrada e justa, na composição dos complexos interesses envolvidos.⁵⁰

5.5. Dever de inovação

Apesar do veto⁵¹ ao § 6º do art. 53 da NLLCA,⁵² não se pode olvidar que norma semelhante se encontra no art. 28 da LINDB, a saber: “[o] agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

Como se nota, para um parecerista responder por sua opinião técnica, exigir-se-á, no mínimo, um *grau acentuado de culpa (culpa grave)* que se

49 PEDRA, Anderson Sant’Ana; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Contrato administrativo e as câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos: a necessária consensualidade em tempos de crise. In: MENDONÇA, André Luiz de Almeida *et al.* **O novo papel da advocacia pública consultiva no século XXI**. Belo Horizonte, São Paulo: Editora D’Plácido, 2020, p. 110.

50 PEDRA; TORRES, 2020, p. 111.

51 Quando da conclusão desse artigo (15 abr. 2021) o veto ainda não havia sido apreciado pelo Congresso Nacional.

52 “§ 6º O membro da advocacia pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude na elaboração do parecer jurídico de que trata este artigo.”

equipara ao dolo, e também ao *erro grosseiro*, comportamento que já vinha sendo utilizado pela jurisprudência há algum tempo e que ganhou positividade pela Lei nº 13.655/2018, que inclui novos dispositivos à LINDB. Em relação à Advocacia Pública Federal, há previsão legal expressa no sentido de que, no exercício de suas funções, os membros da Advocacia Geral da União não serão responsabilizados, exceto pelos respectivos órgãos correccionais ou disciplinares, ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude.⁵³

Não se tem dúvidas de que a *mens legis* da Lei nº 13.655/2018 foi a de conferir segurança jurídica para a atuação dos agentes públicos, afastando-os de qualquer responsabilidade, desprovidas de qualquer intenção e por vezes ocasionadas ou influenciadas por uma realidade que não será considerada posteriormente pela esfera controladora ou judicial.

A Lei nº 13.655/2018, ao inserir o art. 28, *caput* na LINDB, prescreveu que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de *dolo* ou *erro grosseiro*”. Embora haja algumas críticas à utilização da expressão “erro grosseiro” e ao seu significado, deve-se destacar que essa expressão, juntamente com “erro crasso”, “erro teratológico”, são muito utilizadas pelos Tribunais Superiores, notadamente na verificação de responsabilidade dos pareceristas, ou seja, o legislador apenas se apropriou de uma expressão comum da jurisprudência.

Com a segurança proporcionada pelo dispositivo espera-se que o parecerista tenha a altivez e a compromisso com a coisa pública e com a sociedade para que afaste o “medo” de sua atuação e consiga buscar alternativas para a efetivação do interesse público por meio de escolhas administrativas que sejam eficientes.

53 Lei Federal nº 13.327/2016: “Art. 38. São prerrogativas dos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo, sem prejuízo daquelas previstas em outras normas:(...) § 2º No exercício de suas funções, os ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo não serão responsabilizados, exceto pelos respectivos órgãos correccionais ou disciplinares, ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude. § 3º A apuração de falta disciplinar dos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo compete exclusivamente aos respectivos órgãos correccionais ou disciplinares.”

O órgão de assessoramento jurídico não pode restar entrincheirado por trás do princípio da legalidade, com comportamento reativo e imbuído por autopreservação para, diante de qualquer dificuldade ou complexidade, lançar um parecer em que todos fiquem “protegidos”⁵⁴ dos órgãos de controle e a sociedade exposta às suas mazelas.

Ao parecerista lhe foi atribuído o dever de ser inventivo, de buscar soluções alvissareiras, disruptivas, embora sempre de acordo com os valores republicanos.

Diante de determinado contexto jurídico, deve o parecerista concluir pelo “não”, mas antes deve apontar a possibilidade e os mecanismos de se desbravar um novo caminho na busca de um “sim”.

Em situações recentes, em torno do enfrentamento da pandemia da Covid-19, quantas soluções jurídicas inovadoras tiveram que ser construídas em razão da ineficiência do ordenamento jurídico ordinário para dar respostas a todas situações postas? Situações extremas, urgentes, são apresentadas dia a dia e exigem comportamentos inovadores, já que o ordenamento jurídico não apresenta, em regra, soluções satisfatórias para esses momentos de extrema anormalidade.

A insuficiência do ordenamento jurídico, a necessidade de soluções consensuais e a busca da juridicidade administrativa deixaram de ser temas in abstrato de artigos e teses para serem discutidos in concreto⁵⁵ – o *law in the books* migrou para o *law in action*.⁵⁶

54 Diz-se da existência de uma infeliz assertiva atribuída ao parecerista: “Diga não, indefira, e durma tranquilo.”

55 MOREIRA, Egon Bockmann. **Princípio da legalidade em tempos de crise:** destroçado ou ressignificado? Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/principio-da-legalidade-em-tempos-de-crise-destroca-do-ou-ressignificado>. Ano 2020. Num. 447. Acesso em: 10 abr. 2021.

56 PEDRA; PÉRCIO, 2020, p. 12-13.

Tem-se a aceitação doutrinária⁵⁷ de que em tempos de crise (situações extremas, urgentes, calamitosas) seja tolerável uma atuação administrativa excepcional, inovadora, inventiva, com possibilidade de decisões administrativas alheias ao *princípio da legalidade*, numa espécie de *legalidade extraordinária* ou *legalidade alternativa*, inclusive, para a solução dos conflitos administrativos; trata-se de um “estado de necessidade administrativa” decorrente de circunstâncias excepcionais instauradas e que demandam um agir administrativo urgente e eficaz, podendo, inclusive, preterir as normas administrativas elaboradas para serem aplicadas em período de normalidade, numa espécie de “exclusão de ilicitude de uma actuação administrativa contra *legem*”.⁵⁸

6. NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO

Deve a regulamentação orgânica de cada órgão/entidade definir as competências para as práticas dos papéis aqui relacionados aos órgãos de assessoramento jurídico que atuam nas licitações e contratos administrativos.

Os novos papéis (competências) atribuídos aos órgãos de assessoramento jurídico merecem rápida e plena regulamentação, notadamente tendo em vista que 3 (três) desses papéis relacionam-se à fase preparatória ou até mesmo à organização estrutural e procedimental da contratação.

Nos termos do art. 8º, § 3º da NLLCA, as

regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe

57 Destaca Amaral: “A teoria do *estado de necessidade* é aceite pela doutrina e jurisprudência de todos os países democráticos – e já vem do Direito Romano: *necessitas non habet legem*.” (AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012. v. II. p. 61).

58 OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003, p. 997-998.

de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à atuação de fiscais e gestores de contratos de que trata esta Lei, serão estabelecidas em regulamento, e deverá ser prevista a possibilidade de eles contarem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno para o desempenho das funções essenciais à execução do disposto nesta Lei.

Importante que essa regulamentação seja elaborada a partir da realidade e das limitações de cada estrutura administrativa, buscando concretizar ao máximo aquilo que foi desenhado pelo legislador para os órgãos de assessoramento jurídico, sem olvidar ainda das condições de atuação dos assessores jurídicos.

Deve a regulamentação orgânica, de forma específica e explícita, reger a competência dos agentes envolvidos na contratação e a forma de relacionamento e de diálogo entre esses agentes e o órgão de assessoramento jurídico: sistema informatizado, e-mail, mediante autorização de autoridade competente, mediante remessa de processo físico etc.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 14.133/2015 trouxe nova roupagem para os órgãos de assessoramento jurídico nas licitações e contratações públicas. Seu protagonismo salta aos olhos e deve ser compreendido como uma mola propulsora para licitações e contratações públicas eficientes.

Mas como nos ensina a palavra: “A quem muito foi dado, muito será exigido; e a quem muito foi confiado, muito mais será pedido.” (Lucas 12:48).

A partir do que consta na NLLCA, na LINDB e que aqui foi abordado, bem como a lição profética anteriormente destacada, tem-se que para a Advocacia Pública um importante papel foi reservado, com muita responsabilidade para a consecução de importantes políticas públicas.

Ao órgão de assessoramento jurídico não é mais dada a possibilidade

de apenas dizer o “não”, de se posicionar contrariamente à legítima vontade administrativa ou de elencar inúmeras condições apenas para impedir a contratação. Alguns órgãos de assessoramento jurídico devem se reinventar, sob pena de se tornarem imprestáveis, devendo aprender a “dizer o não”, construindo formulações legítimas para “dizer o sim”, inclusive, se for o caso, com a necessidade de inovação legislativa.

Como visto, ao singelo e inadequado “papel de controle” da Advocacia Pública foram adicionados três outros papéis, esses inquestionavelmente mais importantes e capazes de contribuir, direta e indiretamente, para o aprimoramento da Administração Pública e das funções administrativas por ela exercidas.

Ao exercer o papel de apoio aos agentes públicos envolvidos na contratação, a Advocacia Pública exercerá seu mister constitucional como órgão de Estado, assessorando a todo e qualquer personagem que se relacione com a contratação; tanto com o devido assessoramento preventivo como, se for o caso, com a sua representação judicial e extrajudicial.

Não temos a perspectiva de esgotarmos qualquer discussão aqui tratada, longe disso. Temos a certeza de que se trata de um primeiro passo de uma longa jornada para a compreensão do novo *locus* dos órgãos de assessoria jurídica frente às licitações e às contratações públicas, num cenário em que o controle eminentemente burocrático, infelizmente, ganha força e projeção em detrimento de uma Administração Pública de resultados.

O futuro pertence a nós, operadores imediatos da novel Lei nº 14.133/2021, a partir do que faremos com seus enunciados normativos.

Não temos dúvida de que, para fazermos um bom trabalho exegético no presente, para melhor trabalharmos no futuro, dependeremos de um pensamento profilático, disruptivo, estratégico e que permita uma perfeita simbiose entre o órgão de assessoramento jurídico e todos os demais órgãos e agentes públicos envolvidos no processo de licitação ou de contratação, afinal, “como tiveres semeado, assim ceifarás” (Cícero).

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012. v. II.
- BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora UnB, 1999 (reimpressão 2006).
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de direito administrativo**. Salvador: JusPodivm, 2008. vol. I.
- DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao direito civil brasileiro interpretada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FEITOSA, Maria Luíza P. A. Mayer. **Paradigmas inconclusos**: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra, 2007.
- MACEDO, Rommel. **Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2008.
- MADUREIRA, Cláudio Penedo. **Advocacia pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- MAIA, Andrea; BIANCHI, Angela Andrade; GARCEZ, José Maria Rossani. Origem e norteadores da mediação de conflitos. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. **Mediação de conflitos**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à lei nº 13.655/2018**: lei da segurança jurídica. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Princípio da legalidade em tempos de crise: destruído ou ressignificado?** Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/principio-da-legalidade-em-tempos-de-crise-destruido-ou-ressignificado>. Ano 2020. Num. 447. Acesso em: 10 abr. 2021.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo de. **A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito**. Debates em Direito Público. Ano IV, nº 4. out.2005. p. 36-65.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo de. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 45, p. 41-57, 1992.

NÁDER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NOBRE JR., Edilson Pereira. **Direito administrativo contemporâneo: temas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Precedentes no direito administrativo**. São Paulo: Gen/Forense, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, e a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.

PEDRA, Anderson Sant'Ana; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Contrato administrativo e as câmeras de prevenção e resolução administrativa de conflitos: a necessária consensualidade em tempos de crise. In: MENDONÇA, André Luiz de Almeida *et al.* **O novo papel da advocacia pública consultiva no século XXI**. Belo Horizonte, São Paulo: Editora D'Plácido, 2020, p. 93-114.

PEDRA, Anderson Sant'Ana; PÉRCIO, Gabriela Verona. Diretrizes para o controle das contratações públicas em tempos de crise: como deveria ser o amanhã. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 223, p. 9-27, jul. 2020.

PEDRA, Anderson Sant'Ana; SILVA, Rodrigo Monteiro da. **Improbidade administrativa: doutrina e jurisprudência para utilização profissional**. Salvador: JusPodivm, 2019.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. Por uma “separação de poderes” à brasileira: Constituição de 1988 e a teoria tripartite de Montesquieu – uma conta que não fecha. **Revista Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 15, n. 78, p. 117-141, mar./abr. 2013.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. A constitucionalização do direito administrativo e o controle do mérito do ato administrativo. *In*: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 41-82.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. **A advocacia pública perante a cláusula da separação de Poderes**. Disponível em: <http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo/a-advocacia-publica-perante-clausula-separacao-poderes-25082020-1.html>. Acesso em: 07 abr. 2021.

SANTOS, Rodrigues Valgas. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo: Thompson Reuters, 2020.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Fundo Cultura, 1961.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade do advogado de estado em sua função consultiva. *In*: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de. **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um estado de justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 139-144.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 12. ed. (no prelo). Salvador: Jus Podivm, 2021.

Afastamento das regras nacionais de licitação e contratos administrativos

Exceptions of national bidding rules and administrative contracts

Renato Andrade Kersten¹

RESUMO: Neste artigo serão demonstradas as hipóteses legais de afastamento das regras nacionais de licitação e contratos administrativos. Também serão abordadas as diferenças na regulamentação da matéria pelas Leis nº 8.666, de 1993, e nº 14.133, de 2021, expondo-se brevemente os requisitos legais de cada norma, bem como o controle administrativo e judicial sobre a adequação das regras internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos Administrativos; Financiamento Internacional; Organismos Internacionais; Licitações; Regras Internacionais.

ABSTRACT: This article states the legal hypotheses for removal of national bidding rules and administrative contracts. Differences in the topics regulations (Laws No. 8.666/1993 and No. 14.133/2021) are addressed briefly exposing the legal requirements for each ruling. It also deals with the administrative and judicial control over the adequacy of international rules to the Brazilian legal system.

KEYWORDS: Administrative Contract; International Financing; International Organisms; Bidding Process; International Rules.

1 Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná, em 2002. Procurador do Estado do Paraná, lotado na Procuradoria do Consultivo de Obras e Serviços de Engenharia – PCO, Curitiba, Paraná, Brasil.

1. INTRODUÇÃO

O artigo apresenta as hipóteses legais de realização de licitações públicas com base em regras internacionais. Considera, dentre elas, a possibilidade de afastamento de regras licitatórias previstas no arcabouço jurídico brasileiro, quando exigência de organismos internacionais, financiadores de contratação de obras e serviços de engenharia, por meio de contrato de empréstimo a ente público nacional.

São expostas as possibilidades de afastamento das regras nacionais em licitações realizadas pela Administração Pública pátria, bem como as diferenças na regulação da matéria pelas Leis nº 8.666 de 1993 e nº 14.133 de 2021, adentrando brevemente nos requisitos legais de cada norma. Ainda, o artigo trata da atuação dos órgãos de controle nestes casos.

2. A SUCESSÃO DE NORMAS: VIGÊNCIA E VIGOR DAS LEIS QUE DISPÕEM SOBRE LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS BRASILEIROS

Antes de adentrar no escopo jurídico interessa traçar o atual estado da arte. Mormente, quando se está diante de significativa sucessão legislativa, como acontece com a recente Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos),² aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pela Presidência da República.

O arcabouço legislativo nacional, que se refere às licitações e contratos administrativos, sofreu recente mutação que alterou a Lei Federal nº 8.666/1993.³ Referida normativa está sedimentada no seio da Administração Pública e é de todo conhecida pelos aplicadores do Direito, posto que

2 Neste artigo a Lei Federal nº 14.133 de 2021 será nominada como Nova Lei.

3 Neste artigo a Lei Federal nº 8.666 de 1993 será nominada como Lei nº 8.666.

por quase 30 (trinta) anos regulamentou os atos administrativos referentes a contratos e licitações. No entanto, apesar desta sucessão legislativa não houve a imediata revogação da Lei nº 8.666. A Nova Lei, nas Disposições Transitórias e Finais, acabou dando-lhe sobrevida.

Por interpretação consensual dos artigos 191 e 193 da Nova Lei, há a inusitada situação de convivência entre os dois regramentos normativos. A Administração Pública, por até dois anos, após a publicação oficial da Nova Lei (até 02/2023), poderá optar por aplicá-la ou seguir a Lei nº 8.666, ficando o respectivo contrato regido pelas regras previstas na lei escolhida. É este, então, um raro caso de convivência de estatutos jurídicos, que se sucederão no decurso do tempo. Para não dar margem a dúvidas, ressalta-se que em seu artigo 190 a Nova Lei dispõe que os contratos administrativos assinados antes de sua entrada em vigor continuarão a ser regidos de acordo com as regras previstas na Lei anterior.⁴

Somente após os dois anos da publicação da Nova Lei é que a Lei nº 8.666 será definitivamente revogada. Todavia, ainda que não tenha mais vigência, continuará em vigor, pois permanecerá regendo contratos e produzindo efeitos no mundo jurídico.

É de se observar, também, que a opção da Administração Pública quanto à escolha da lei que regulamentará o procedimento administrativo, e seu respectivo contrato, deverá ser indicada expressamente no edital, no aviso ou no instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada das leis.

Sem tecer digressões históricas, considera-se que o cerne das previsões relativas às licitações financiadas por organismos internacionais está

4 BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 10 jan. 2022.

contido no artigo nº 42, § 5º, da Lei nº 8.666⁵ e artigo 1º, § 3º, da Nova Lei,⁶ analisados a seguir.

3. DAS POSSIBILIDADES DE AFASTAMENTO DAS REGRAS NACIONAIS NAS LICITAÇÕES E CONTRATOS REALIZADOS PELAS ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É possível o afastamento das regras de licitação e contratos administrativos nacionais em contratações de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens realizadas pela Administração Pública brasileira. As hipóteses estão previstas nas próprias leis que regulamentam os procedimentos licitatórios (Lei nº 8.666 e a Nova Lei).

As licitações realizadas por órgãos e entidades nacionais com financiamento de instituições e organismos internacionais poderão mitigar a aplicação de regras e normas do arcabouço jurídico brasileiro. Preliminarmente, é importante observar que a autorização legal para a aplicação de regras de organismos internacionais em licitações promovidas pelo Poder Público, com recursos por eles financiados, não implica afastamento integral das normas nacionais que dispõem sobre licitações e contratos públicos.

Tanto a Lei nº 8.666 como a Nova Lei não contemplam apenas regras que dizem respeito à licitação. Elas também tratam de inúmeras outras situações jurídicas, tais como: a formalização e a execução de contratos; a possibilidade de os licitantes provocarem a Administração Pública acerca de determinados assuntos; as cautelas de responsabilidade fiscal; a aplicação de penalidades e sanções administrativas; a ocorrência de crimes e suas

5 BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 14 jan. 2022.

6 BRASIL. Lei nº 14.133.

penas, entre outras. Tais regras, que dizem respeito ao Estado de Direito e ao regime de atuação da Administração Pública, não são afastadas pelo fato de a licitação ser regida por normas editadas por organismo internacional.

As normas da Lei nº 8.666 ou da Nova Lei serão adotadas sempre que não se configurarem incompatíveis com a disciplina exigida pela instituição estrangeira de financiamento ou doação. Há casos em que a entidade estrangeira recorre à legislação nacional do país contratante, evitando-se, assim, conflitos. Há hipóteses também em que se estabelecem regras gerais, plenamente ou majoritariamente compatíveis com a legislação nacional, caso em que o procedimento será idêntico ou muito próximo ao da regra prevista na lei pátria.

Dito isso, por rigor hermenêutico, destaca-se o contido na Lei nº 8.666, norma em vias de revogação, que ainda disciplina licitações e contratos administrativos. O artigo 42, § 5º da Lei nº 8.666⁷ dispõe que:

Art.42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.

[...] § 5º Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela

7 O artigo 42, § 5º da Lei nº 8.666 teve sua atual redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994.

autoridade imediatamente superior.⁸

A redação deste artigo é complexa e engloba os principais requisitos dos quais decorrem as peculiaridades dos procedimentos licitatórios financiados por organismos internacionais.

O disposto no § 5º prevê que, havendo o emprego de recursos oriundos de fontes estrangeiras, as licitações poderão ser realizadas conforme as regras constantes em acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais; ou, ainda, em conformidade com as normas editadas pela instituição que realizará o empréstimo ou a doação de recursos. Entretanto, deverão ser observados alguns pressupostos e requisitos.

De plano, da transcrita norma se extraem duas autorizações diversas para o afastamento das regras previstas na legislação de contratos e licitações nacionais. Uma delas é a possibilidade de se aplicar as regras contidas em acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional; a outra possibilita às Instituições Públicas valerem-se de normas e procedimentos das agências oficiais de cooperação estrangeira ou organismos financeiros multilaterais de que o Brasil seja partícipe, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que não conflitem com o princípio do julgamento objetivo.

Em análise perfunctória da primeira autorização legislativa tem-se que a realização de licitações mediante a aplicação de regras contidas em acordos, protocolos, convenções e tratados internacionais não deriva propriamente do disposto no artigo 42, § 5º, da Lei nº 8.666. Nas licitações e nos contratos realizados por entidades públicas a incidência das normas contidas naqueles instrumentos tem sua aplicabilidade reconhecida expressamente por aquele dispositivo legal, porém deriva de outro fundamento jurídico. Qual seja, o

8 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jan. 2022.

artigo 84, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988, que estabelece a competência privativa do Presidente da República para “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”⁹

Insta esclarecer que a expressão ato internacional, disposta pela Constituição, engloba acordos e protocolos internacionais. Assim, quando da celebração de tratado, convenção ou ato internacional, o Congresso Nacional delibera sobre o tema e os ratifica, sempre que tais instrumentos acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. É o que estabelece o artigo 49, inciso I, da Constituição.¹⁰ Cabe então ao Presidente da República editar decreto promulgando o ato internacional, que passa à ordem jurídica nacional, com o *status* de lei ordinária.

Se atos internacionais preveem regras no que concerne a procedimentos licitatórios e contratos administrativos no âmbito nacional, sua incidência deriva justamente de prévia integração ao direito interno com o *status* de lei ordinária, e não de autorização da Lei nº 8.666. Com isso, mesmo se não existisse esta previsão na Lei, as licitações poderiam ser realizadas em conformidade com aqueles atos. No caso, até mesmo a exigência de financiamento internacional, prevista na Lei nº 8.666, pode ser afastada pelo disposto em atos internacionais após sua integração ao ordenamento jurídico pátrio.

É possível a aplicação de regras previstas em ato internacional em que o contratado seja remunerado exclusivamente com recursos nacionais, sem qualquer financiamento por órgão internacional. Seria o caso, por exemplo, da transferência de tecnologia por país estrangeiro para a construção de ativo importante para o país, tal como usina nuclear ou equipamento militar, onde o tratado de transferência de tecnologia poderia prever regime especial de licitação, sendo o contrato integralmente custeado pela União, sem impedimentos pelo que consta do texto da Lei nº 8.666.

9 BRASIL. [Constituição (1988)].

10 BRASIL. [Constituição (1988)].

Cabe ressaltar, sobremaneira, que para ser integrados à ordem jurídica interna, os atos internacionais devem harmonizar-se à Constituição Federal. Em verdade, sua integração ao direito interno só poderá ocorrer se as regras neles previstas não ofenderem a ordem jurídica nacional. Caso contrário, a inconstitucionalidade será declarada pelo Poder Judiciário, sendo o controle submetido ao Supremo Tribunal Federal (STF), como prevê o artigo 102, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal.¹¹

Situação jurídica peculiar é a dos organismos multilaterais, como é o caso do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), que teve seu Convênio Constitutivo assinado em Washington/DC, EUA, em 8 de abril; o Decreto Legislativo nº 18, editado em 7 de dezembro; e o Instrumento de Ratificação, depositado pelo Brasil junto à Organização dos Estados Americanos, em 30 de dezembro, todos no ano de 1959. Desta forma, o Convênio foi incorporado à ordem jurídica interna brasileira. O Brasil, na qualidade de país quotista do BID, participa das deliberações e reuniões para a aprovação de suas normas. Entretanto, as normas editadas para a regência de licitações e contratações, com recursos financiados pelo BID, não passam a integrar o ordenamento jurídico nacional, posto que não se submetem a convênios ou acordos internacionais. Porém, poderão ser aplicadas no território nacional em razão de autorização legal expressa pela Lei nº 8.666 e pela Nova Lei.

É o caso da segunda autorização legal para o afastamento das regras previstas na legislação nacional de contratos e licitações. Esta autorização trata da aplicação das normas dos organismos internacionais nos contratos decorrentes de empréstimos a entes públicos nacionais. Neste caso, não há integração das regras internacionais ao direito interno brasileiro; desnecessária, portanto, a sua aprovação pelo Congresso Nacional e a promulgação pela Presidência da República.

Ainda que se exija prévia autorização do Senado Federal para em-

11 BRASIL. [Constituição (1988)].

préstimos internacionais, como ditam os artigos 21, inc. I e 52, inc. V, da Constituição Federal, eventuais normas ou regulamentos previstos no instrumento de operação financeira internacional não terão *status* de tratado internacional, faltando-lhes capacidade jurídica de, por si, afastarem normas legais nacionais.¹²

Para esta situação, as previsões contidas no § 5º, do artigo 42, da Lei nº 8.666 não são desprezíveis, pois constituem autorização expressa do ordenamento jurídico brasileiro para a aplicação de regras de licitação editadas por organismos financiadores internacionais, em licitações e contratos nacionais.¹³

Neste mesmo sentido se manifesta Cláudio Madureira, em recentíssima obra:

As condições resultantes de acordos internacionais internalizados no direito brasileiro podem ser exigidas sem maiores objeções de ordem jurídica, porque passam a integrar o ordenamento pátrio (CRFB, art. 49, I c/c art. 84, VIII). O mesmo não ocorre, todavia, com as condições impostas pelos órgãos financiadores. Por esse motivo, o legislador condicionou a sua incidência à observação de alguns requisitos.¹⁴

Para tanto, deverão ser cumpridas as exigências previstas na lei nacional. Neste tópico existem algumas diferenças entre as regras previstas na Lei nº 8.666 e na Nova Lei. Primeiramente, serão abordados os requisitos previstos na Lei nº 8.666, quais sejam: tais organismos devem condicionar a doação ou o empréstimo à aplicação de suas regras; que estas regras não conflitem com o princípio do julgamento objetivo; que as regras sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato e, por fim, que

12 BRASIL. [Constituição (1988)].

13 BRASIL. Lei nº 8.666.

14 MADUREIRA, Cláudio. **Licitações, contratos e controle administrativo**: descrição sistemática da Lei 14.133/2021 na perspectiva do Modelo Brasileiro de Processo. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 45.

o despacho seja ratificado pela autoridade imediatamente superior.

Antes de tratar dos requisitos, importante pontuar uma impropriedade técnica do texto legal. Como dito, os requisitos para o afastamento das regras da legislação nacional de contratos e licitações estão previstos no § 5º, do art. 42 da Lei nº 8.666. Ressalta-se a literalidade do disposto no *caput* do art. 42 da mesma Lei, o qual dispõe que: “nas concorrências de âmbito internacional o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes”.¹⁵

A hermenêutica jurídica impõe que o parágrafo deva ser interpretado nos termos de seu *caput*. Assim, é natural que, em razão de o *caput* do já citado artigo 42 empregar o termo “concorrências”, se interprete que o disposto no seu § 5º se aplique somente às concorrências ou, pelo menos, somente às licitações que envolvam valores pertinentes a uma concorrência, no caso, valores superiores a R\$1.500.000,00 (um milhão e meio de reais), conforme previsto no artigo 23, inciso I, alínea “c”, da Lei nº 8.666.¹⁶ No entanto, esta não é a melhor interpretação, posto que engessa sobremaneira a eficácia dos arranjos das operações financeiras internacionais, dificultando a realização de obras, a prestação de serviços e a aquisição de bens com recursos provenientes deste tipo de financiamento. A lei não pode ser interpretada de forma que inviabilize sua própria pretensão, como uma autofagia ou autoliminação legislativa.

Igualmente deve-se considerar que atos internacionais e regras editadas por organismos internacionais, conforme já mencionado, podem conter procedimentos radicalmente diversos daqueles previstos na lei nacional. Não há obrigatoriedade de que sejam adotadas as mesmas modalidades licitatórias previstas na legislação brasileira, não há exigência de classificação de modalidades de licitação por essas regras, quanto mais qualquer correlação entre estas. Logo, não é lógica a interpretação de que a Lei nº 8666 pretendeu restringir as hipóteses de utilização do regramento internacional a licita-

15 BRASIL. Lei nº 8.666.

16 BRASIL. Lei nº 8.666.

ções na modalidade de concorrência ou a valores correlacionados a esta modalidade.

Em verdade, deve-se entender que o termo “concorrências” foi utilizado pelo legislador de maneira atécnica, no *caput* do artigo 42, da Lei nº 8.666, com o sentido de “licitações”, e não para designar a concorrência como modalidade de licitação, tal qual descrita no artigo 22, inciso I, desta mesma Lei.¹⁷

Feitas as observações preliminares quanto ao contido no artigo 42, § 5º da Lei nº 8.666, cabe o estudo da norma esculpida na Nova Lei, sobre o mesmo tema.

Esta Lei, já em seu artigo 1º, reza que:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange:

[...] § 3º Nas licitações e contratações que envolvam recursos provenientes de empréstimo ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou de organismo financeiro de que o Brasil seja parte, podem ser admitidas:

I - condições decorrentes de acordos internacionais aprovados pelo Congresso Nacional e ratificados pelo Presidente da República;

II - condições peculiares à seleção e à contratação constantes de normas e procedimentos das agências ou dos organismos, desde que:

- a) sejam exigidas para a obtenção do empréstimo ou doação;
- b) não conflitem com os princípios constitucionais em vigor;
- c) sejam indicadas no respectivo contrato de empréstimo ou doação e tenham sido objeto de parecer favorável do órgão jurídico do contratante do financiamento previamente à celebração do referido contrato.¹⁸

17 BRASIL. Lei nº 8.666.

18 BRASIL. Lei nº 14.133.

Como se vê, esta Lei alterou significativamente a localização geográfica da regra no interior da norma. O regramento passou do artigo 42 da antiga Lei, para o artigo 1º na Nova Lei. Este mesmo artigo, em seu *caput*, define sua abrangência nacional, impondo-se como norma geral a toda a Administração Pública Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Outra importante observação refere-se à redação do texto legal, que dirimiu divergência interpretativa, em que pese já superada, quanto à exclusividade da utilização das regras internacionais às licitações na modalidade de concorrência pública. O novo texto não incorreu na atecnia legislativa contida na norma anterior.

Relevante esclarecimento legislativo foi impetrado pela Nova Lei. Enquanto a lei anterior previa a possibilidade de utilizar, nas licitações financiadas com recursos internacionais, as “*normas e procedimentos daquelas entidades*”, a Nova Lei dispõe que nestas licitações poderão ser admitidas “condições peculiares à seleção e à contratação de normas e procedimentos das agências ou organismos” internacionais.¹⁹

Não houve apenas adequação hermenêutica do texto legal, mas evolução legislativa, com substancial alteração do conteúdo normativo, ficando demonstrada a relevância do tema e a melhor técnica legislativa empregada.

Para se entender a citada alteração do conteúdo normativo entre a Lei nº 8.666 e a Nova Lei impõe-se um cotejo entre as exigências legais existentes em cada um dos textos.

Da Lei nº 8.666, artigo 42, § 5º, extrai-se que para afastar a legislação pátria nas licitações realizadas pelas entidades da Administração Pública direta e indireta é necessário o cumprimento das seguintes exigências: i) que as obras, os serviços ou as compras de bens sejam financiados por agências ou organismos internacionais; ii) que as condições especiais de

19 BRASIL. Lei nº 14.133.

licitação estejam previstas em acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais ou que as normas e os procedimentos da agência ou organismo sejam condição para a realização do financiamento ou doação; que estas não conflitem com o princípio do julgamento objetivo; que sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato e que o referido despacho seja ratificado pela autoridade imediatamente superior.²⁰

A novel redação, constante do art. 1º, § 3º da Lei nº 14.133/2021, é mais clara e segura ao dispor que, nas licitações e contratações que envolvam recursos provenientes de empréstimo ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou de organismo financeiro de que o Brasil seja parte, podem ser admitidas: condições decorrentes de acordos internacionais aprovados pelo Congresso Nacional e ratificados pelo Presidente da República ou condições peculiares à seleção e à contratação constantes de normas e procedimentos das agências ou dos organismos internacionais, desde que sejam exigidas para a obtenção do empréstimo ou doação; que não conflitem com os princípios constitucionais em vigor; que sejam indicadas no respectivo contrato de empréstimo ou doação e que tenham sido objeto de parecer favorável do órgão jurídico do contratante do financiamento, previamente à celebração do referido contrato.²¹

Da própria leitura da norma verifica-se, de pronto, a melhor técnica legislativa aplicada, o que gera menos conflitos jurisprudenciais e doutrinários.

Como visto, a Nova Lei não dá margem para que se discuta se a regra prevista é restrita à modalidade de licitação concorrência pública. Porém, também não incorre na melhor técnica quando exige, para os acordos e tratados internacionais que disponham sobre a utilização de regras e procedimentos licitatórios, que a obra, o serviço ou a compra do bem sejam financiados por entidades internacionais ou multilaterais. Esta exigência é

20 BRASIL. Lei nº 8.666.

21 BRASIL. Lei nº 14.133.

precária, pois o ato internacional, ao ser recepcionado como lei ordinária federal, pode afastar tal exigência.

Já as regras e os procedimentos de organismos internacionais que não tenham previsão em tratados internacionais somente poderão ser utilizados afastando-se a legislação nacional no que diz respeito às licitações e aos contratos quando cumprirem todas as exigências da lei brasileira. Para tanto, a Nova Lei prevê que aquelas regras devem ser condição para o financiamento ou a doação; não podem conflitar com os princípios constitucionais em vigor; devem ser indicadas no respectivo contrato de empréstimo ou doação e ser objeto de parecer favorável do órgão jurídico do contratante do financiamento. Neste caso, tanto para as exigências previstas na Lei nº 8.666, como para a Nova Lei, deve a contratação ser financiada, ao menos em parte, por entidade internacional ou multilateral. As leis não exigem o financiamento integral.

Entende-se que somente será válido afastar a legislação pátria quando o contrato depender de financiamento internacional. No entanto, não é necessário que seja maior que 50% do custo total, exige-se apenas que se mostre relevante e fundamental para a realização do contrato. Em obras e compras de grande porte não é raro que valores alcancem montantes financeiros significativos, assim, fração inferior a 50% da obra poderá ter relevante impacto orçamentário. Esta situação implica análise de cada procedimento licitatório que exija afastamento de norma pátria, a fim de se evitar burla, sendo claramente vedado afastar a lei nacional quando o financiamento internacional for ínfimo.

A Lei nº 8.666 prevê a exigência de que os procedimentos e as regras de órgãos internacionais ou multilaterais sejam objeto de despacho motivado pelo órgão executor do contrato e ratificado pela autoridade imediatamente superior.²² Esta é, também, circunstância que deve ser analisada em cada caso concreto.

22 BRASIL. Lei nº 8.666.

Já a Nova Lei traz redação diversa, exigindo que as condições peculiares à seleção e à contratação constantes de normas e procedimentos das agências ou dos organismos internacionais sejam indicadas no respectivo contrato de empréstimo ou doação e que tenham sido objeto de parecer favorável do órgão jurídico do contratante do financiamento, previamente à celebração do referido contrato. A Nova Lei não exige que haja despacho motivado pelo órgão executor do contrato ou que o referido despacho seja ratificado por autoridade imediatamente superior. No entanto, é ainda indispensável a existência de ato fundamentado pela autoridade do órgão executor responsável pelo contrato, ainda que seja possível dispensar sua ratificação pela autoridade superior. Posto que, como visto, a fundamentação e a exposição dos motivos determinantes do ato administrativo são condição de sua validade e eficácia. “Todos os contratos administrativos têm como pressuposto um juízo fundamentado quanto à sua necessidade, utilidade e moralidade. A instalação do processo de licitação pressupõe essa definição prévia”.²³

A motivação é condição própria do ato administrativo e, mesmo a Nova Lei não a exigindo, é obrigatória. Não pode o Administrador Público agir sem motivação, pois é condição intrínseca de validade do ato administrativo a demonstração de sua finalidade pública. É o que se tira das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] se de ato discricionário se tratar, salvo alguma hipótese excepcional, há de se entender que o ato não motivado está irremissivelmente maculado de vício e deve ser fulminado por inválido, já que a administração poderia, ao depois, ante o risco de invalidação dele, inventar algum motivo, “fabricar” razões lógicas para justificá-lo e alegar que as tomou em consideração quando da prática do ato.²⁴

23 MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 30.

24 MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 356.

A Nova Lei clarifica ainda que não somente o procedimento de licitação, mas também a disciplina jurídica dos contratos administrativos, podem sofrer alterações impostas pelas condições peculiares do contrato internacional. Neste caso, poderão existir contratos administrativos com prazos diversos dos previstos na legislação nacional, algo que não consta expressamente na Lei anterior. Quanto à análise das propostas, a Nova Lei é omissa em exigir seu julgamento objetivo:

A Lei 8.666 exigia, de modo explícito, a preservação do julgamento objetivo. A Lei 14.133/2021 não contempla idêntica previsão. A alteração redacional é irrelevante. A Lei 14.133/2021 não autorizou a seleção do contratante mediante um julgamento destituído de objetividade.²⁵

Em verdade, a contratação do licitante mediante critérios objetivos é uma imposição constitucional, a qual se sobrepõe à omissão legislativa. Por fim, a Nova Lei diverge da anterior, a qual previa a utilização de normas e procedimentos das entidades financiadoras internacionais. Agora, a Nova Lei dispõe que nas licitações e nas contratações, com financiamento daquelas entidades, poderão ser admitidas condições peculiares à seleção e à contratação.²⁶

A diferença, a princípio, pode parecer pouco significativa. Porém, a Nova Lei não fala em utilização de normas e procedimentos internacionais, mas aceita nas licitações e contratos, com financiamento internacional, condições peculiares. Portanto, o parecer do órgão jurídico do contratante do financiamento e o despacho motivado da autoridade responsável do órgão executor do contrato não poderão analisar a norma ou o procedimento internacional como um todo, mas deverão tratar em cada caso das condições peculiares da licitação e/ou do contrato, para demonstrar a inexistência de

25 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de licitações e Contratações Administrativas**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 56.

26 BRASIL. Lei nº 14.133.

ofensa aos princípios licitatórios e às normas constitucionais.

Importante frisar que estas condições peculiares devem constar do contrato de empréstimo ou doação, sendo, portanto, prévias ao procedimento licitatório. É vedado à Administração Pública ou à instituição estrangeira introduzir especificações, exigências ou limitações em momento posterior à formalização do contrato. Admite-se alterações às condições previstas nas leis nacionais, mas estas devem ser feitas *a priori* e de modo explícito. A autorização legislativa não pretende substituir um procedimento objetivo pela discricionariedade administrativa.

A fundamentação para o afastamento das regras nacionais de licitação, ao utilizar-se de regramento de entidade internacional, sempre exigiu análise minuciosa de cada uma das diferenças entre os procedimentos e a demonstração casuística de não ofensa aos ditames constitucionais e aos princípios da Administração Pública, porém, quando a Nova Lei trata da possibilidade de aceitação de condições peculiares à seleção ou contratação, ela é muito mais clara ao exigir maior esforço por parte do Administrador em demonstrar quais são cada uma dessas peculiaridades e porque, em cada um dos casos, não há ofensa aos princípios do direito administrativo e às normas constitucionais.

4. CONTROLE DA COMPATIBILIDADE JURÍDICA DAS REGRAS INTERNACIONAIS DE LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EM FACE DAS NORMAS NACIONAIS

Vale ressaltar que o afastamento dos procedimentos previstos na legislação nacional, ao aplicar regras contidas em atos internacionais ou editadas por organismos internacionais, não significa uma abertura à arbitrariedade.

É verdade que os procedimentos previstos na legislação nacional constituem uma dentre tantas formas possíveis de se disciplinar licitações

e contratações administrativas. Assim, há diversas possibilidades de re-grar esta matéria sem que haja violação dos princípios constitucionais e dos direitos dos licitantes.

Como visto, são duas as possibilidades de afastamento das normas nacionais de licitação para a aplicação de regras internacionais. Aquelas previstas em atos, tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil seja signatário e as editadas por organismos internacionais financiadores.

Ao se aplicar no país regras licitatórias previstas em acordos, tratados ou convenções internacionais, tais instrumentos terão sido previamente integrados à ordem jurídica interna, mediante análise de sua compatibilidade com a Constituição Federal, pelo Congresso Nacional e o Gabinete da Presidência da República.

Quando da aplicação de regras editadas por organismos internacionais financiadores deve ser analisada sua compatibilidade com a ordem jurídica interna pela Administração Pública, a quem incumbirá a recusa de sua aplicação, se incompatíveis com os princípios da ordem jurídica nacional, ainda que isso implique em não obtenção da doação ou do financiamento pretendidos. Esta análise deve ocorrer em cada um dos procedimentos licitatórios em que houver o afastamento das regras nacionais de licitação, demonstrando-se, assim, que as condições peculiares da licitação ou do contrato estão de acordo com os princípios licitatórios e constitucionais. Esta análise de compatibilidade constitucional deve constar do parecer jurídico e do despacho motivado da autoridade pertencente ao órgão executor do contrato. É o chamado controle interno ou controle administrativo. O controle interno, ou controle administrativo, como lecionam alguns autores, é aquele realizado pela própria entidade ou pelo órgão produtor do aro controlado, na esfera da própria Administração.²⁷

Isto porque, *a posteriori*, as regras aplicadas poderão ser questionadas

27 GUIMARÃES, Edgar. **Controle das licitações Públicas**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 31.

perante o Poder Judiciário e os órgãos de controle (Tribunais de Conta e Poder Legislativo) por qualquer interessado ou qualquer cidadão. Afinal, a Administração Pública, mesmo aplicando normas de origem internacional, continuará subordinada ao direito pátrio. Portanto, deve observar os princípios constitucionais que regem a sua atuação. Conforme bem ensina Carlos Ari Sunfeld: “o que caracteriza o direito administrativo não é a submissão da Administração à lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo nacional, e sim a submissão ao direito”²⁸

Ainda que a licitação tenha sido realizada obedecendo às normas editadas pelo organismo internacional financiador, deverão ser observadas as prerrogativas da Administração Pública contidas na lei nacional e na Constituição, posto que tais questões dizem respeito a prerrogativas públicas e ao regime jurídico administrativo, os quais não são afastados simplesmente por haver aplicação de recursos estrangeiros. É que, ao realizar estas licitações, a Administração Pública não se desfaz de sua posição jurídica de ente público. Sua atuação continua caracterizada pelo regime jurídico administrativo, composto de prerrogativas e deveres que são inafastáveis por qualquer instrumento, inclusive normas editadas por organismo internacional.

Em que pese possam ser adotados procedimentos licitatórios diversos dos previstos na lei nacional, não há propriamente seu afastamento no todo.

Das lições do mestre Marçal Justen Filho conclui-se pela inafastabilidade da subordinação dos atos administrativos às normas e aos princípios dispostos na Constituição:

A atividade administrativa do Estado subordina-se à disciplina constitucional. Logo, toda e qualquer contratação administrativa será disciplinada não apenas pelas normas contratuais específicas, mas também pela CF/1988. Em qualquer caso, o

28 SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 190-191.

princípio norteador da avaliação quanto a regras previstas em tratado internacional ou adotadas por instituições estrangeiras será a prevalência da soberania nacional e a indisponibilidade dos interesses fundamentais. Por igual não se poderia afrontar os princípios constitucionais fundamentais que disciplinam a atividade administrativa do Estado. Assim, por exemplo, a tutela constitucional à isonomia implica vedação à adoção de cláusulas prejudiciais à participação empresas nacionais. Neste tema, podem ser adotadas regras que tornem mais acessível de licitantes sediados no estrangeiro. Não caberá dificultar o acesso dos licitantes nacionais.²⁹

Quanto ao controle das normas internacionais, diante da Constituição, o Tribunal de Contas da União tem jurisprudência consolidada, conforme julgamento que trata de aplicação das regras de órgãos internacionais nos contratos da Administração Pública, cuja excerto de Súmula dispõe acerca da:

[...] Impossibilidade de contrato de empréstimo internacional conter cláusulas conflitantes com a Constituição. Prevalência dos princípios constitucionais em caso de conflito com as normas dos organismos de financiamento. Determinação visando à correção dos editais. Remessa de cópia ao Congresso Nacional e órgãos de supervisão e controle.³⁰

Em outra passagem, da mesma súmula de julgamento, o TCU alega que quando o organismo internacional exige a aplicação de suas regras nos procedimentos licitatórios:

[...] coloca-se em questão a aplicabilidade das normas licitatórias nacionais em face de procedimentos definidos por organismos internacionais de financiamento. *É pacífico que, com fundamento na soberania, as normas contidas na Constituição Federal não podem ser afastadas.* Então convém lembrar o que enuncia o inciso XXI do art. 37 da CF/1988:

29 JUSTEN FILHO, 2021, p. 51-52.

30 BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão nº 1640/2002**. (Plenário). Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, 4 de dezembro de 2002.

‘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 [...]’.³¹

Em outro julgamento, ainda quanto ao controle dos contratos administrativos e às licitações com regras internacionais, em face dos princípios constitucionais, o TCU deliberou pela impossibilidade de procedimento sigiloso:

[...] 18. A justificativa apresentada pelo responsável para negar a solicitação da empresa é desarrazoada, visto que *não consta do edital cláusula de sigilo em relação ao conteúdo do processo licitatório. Mesmo que houvesse, tal cláusula seria nula de pleno direito, visto que fere princípio básico da publicidade.* 19. Ademais, a própria Lei de licitações, em seu art. 3º, § 3º, é claríssima ao afirmar que ‘a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura. 20. *Quanto às exigências do Banco Mundial, nem mesmo o art. 42, § 5º, da referida lei respaldaria um possível sigilo, visto que o atendimento do edital às exigências de organismos internacionais não pode ferir princípio administrativo brasileiro, que é o que fundamenta a própria Lei de licitações.* (grifo meu) Seria como se a Lei fosse de encontro aos seus próprios fundamentos de existência [...] 46. Devo considerar que o atendimento das regras e modelos do BIRD, o que é preconizado no parágrafo 5º do art. 42 da Lei nº 8.666/93, não pode se furtar à exigência da lei pátria que, em alguns momentos, não coincide com os normativos do BIRD. Caso a divergência seja mantida, vê-se atacado o princípio da legalidade e o da tutela ou controle da administração pública.’³²

31 BRASIL. Acórdão nº 1640/2002.

32 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 715/2004**. (Plenário). Rel. Min. Ubiratan Aguiar, 9 de junho de 2004.

É pacífico no Superior Tribunal de Justiça (STJ) a impossibilidade de afastamento das empresas nacionais em certames licitatórios realizados por entes nacionais quando da aplicação de regras de entidades internacionais financiadoras. No excerto abaixo, o mesmo Tribunal entende que os princípios constitucionais se sobrepõem inclusive às licitações escoradas em acordos internacionais, prevalecendo em qualquer dos casos o princípio da soberania nacional:

*[...] mesmo quando se tratar de recursos disponibilizados pelas entidades previstas no § 5º, do artigo 42, da Lei 8.666/93, não se poderá admitir a vedação de empresas nacionais em eventuais certames licitatórios. Os normativos oriundos de entidades estrangeiras, mesmo na vigência de acordos celebrados com a União, não prevalecem sobre certas disposições legais específicas, como no caso em comento, e menos ainda sobre princípios constitucionais pátrios que visam garantir os interesses dos integrantes da nação brasileira, haja vista a indisponibilidade do interesse público e a soberania nacional. Os acordos internacionais celebrados pela União e ratificados pelo Congresso Nacional devem ser honrados, mas não ao arrepio de nosso próprio ordenamento jurídico.*³³

Como se vislumbra, ocorre o controle das normas e dos procedimentos de organismos internacionais ou multilaterais ainda quando da dispensa da lei nacional. As licitações e os contratos administrativos escorados em acordos ou tratados internacionais também se submetem ao controle de sua adequação aos princípios e às regras constitucionais.

Este controle tem por fundamento o despacho motivado do responsável pelo órgão executor do contrato e pelos fundamentos do parecer favorável do órgão jurídico contratante do financiamento. Neles devem constar os motivos a ser considerados para o afastamento da lei nacional, bem como ser demonstrado que as normas e os procedimentos internacionais, ou as

33 BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). (Plenário). **Acórdão nº 135/2003**. Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha, 19 de fevereiro de 2003.

condições peculiares à licitação, não ofendem aos princípios da Administração Pública, em especial os previstos para as licitações e os constantes na Carta Constitucional.

5. CONCLUSÃO

Do exposto neste artigo extrai-se que o ordenamento jurídico pátrio autoriza o afastamento das regras de licitação e contratos administrativos em apenas duas hipóteses: i) quando houver esta previsão em acordos, tratados ou atos internacionais de que o Brasil seja signatário ou ii) para a aplicação de regras licitatórias de organismos financiadores, neste caso, devem ser cumpridas algumas exigências descritas na legislação nacional.

Recente sucessão legislativa altera substancialmente o trato legal quanto às exigências para a aplicação de regras licitatórias de organismos financiadores, em detrimento do regramento nacional. A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei Federal nº 14.133, de 2021, revoga em projeção e integralmente a Lei anterior – Lei Federal nº 8.666, de 1993, ao tempo em que autoriza sua sobrevida, posto permitir que a Administração Pública possa optar, por até dois anos da vigência da Nova Lei, por utilizar o regramento a ser revogado.

A Nova Lei possui redação mais bem elaborada, superando divergências jurisprudenciais decorrentes de atecnia da Lei anterior. Esclarece que, não somente o procedimento de licitação, mas também a disciplina jurídica dos contratos administrativos, podem sofrer alterações impostas pelas condições peculiares do contrato internacional, algo que não consta expressamente na Lei anterior.

Ainda, a Nova Lei não exige que haja despacho motivado pelo órgão executor do contrato ou que o referido despacho seja ratificado pela autoridade imediatamente superior. Porém, exige que as condições peculiares à seleção e à contratação, constantes de normas e procedimentos das agências ou dos organismos internacionais, sejam indicadas no respectivo contrato

de empréstimo ou doação e que tenham sido objeto de parecer favorável do órgão jurídico do contratante do financiamento, previamente à celebração do referido contrato.

Conclui-se que os princípios de direito administrativo, as regras constitucionais e ambas as leis federais que dispõem sobre regras gerais de licitação e contratos administrativos exigem do administrador público ato motivado em que se demonstre, em cada um dos procedimentos licitatórios, que cada uma das condições peculiares à seleção e à contratação constantes de normas e dos procedimentos das agências ou organismos internacionais ou multilaterais não ofendem aos princípios da Administração Pública, em especial os previstos para as licitações e os constantes na Carta Constitucional.

O artigo demonstra que a Administração Pública deverá analisar minuciosamente os regramentos internacionais sempre que utilizá-los em suas licitações ou contratos administrativos, para verificar sua compatibilidade com as regras e os princípios constitucionais. Os órgãos de controle, de natureza administrativa ou judicial, poderão, mesmo nas licitações escoradas em tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, afastar regras incompatíveis com o ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 14 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). (Plenário). **Acórdão nº 135/2003**. Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha, 19 de fevereiro de 2003.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão nº 1640/2002**. (Plenário). Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, 4 de dezembro de 2002.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão nº 715/2004**. (Plenário). Rel. Min. Ubiratan Aguiar, 9 de junho de 2004.

GUIMARÃES, Edgar. **Controle das licitações Públicas**. São Paulo: Dialética, 2002.

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

MADUREIRA, Cláudio. **Licitações, contratos e controle administrativo**: descrição sistemática da Lei 14.133/2021 na perspectiva do Modelo Brasileiro de Processo. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública**: A Lei Geral de licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

OUTROS TEMAS

2022

A violência e o assédio segundo a Convenção 190 da OIT

Violence and harassment according to ILO Convention 190

Adriane Reis de Araujo¹

RESUMO: O presente estudo defende a adoção do conceito unificado de violência e assédio apresentado pela Convenção 190 da OIT para regular as relações de trabalho no Brasil. A equiparação dos termos violência e assédio tem a virtude de dar visibilidade a condutas ou comportamentos inaceitáveis de maneira mais ampla. A aplicação da norma convencional permite, também, agilizar a resposta jurídica e propiciar segurança jurídica aos atores sociais pelo sistema de justiça, garantindo a paz social e a democracia para a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Violência; Assédio; Trabalho; Convenção 190 da OIT.

1 Procuradora Regional do Trabalho. Especialista em Relações Sindicais pela Organização Internacional do Trabalho. Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade Complutense de Madri. Foi presidenta do Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho em 2018 e Vice-presidenta em 2019. Gerente do Grupo de Trabalho de Gênero da Coordenadora Nacional da Coordenadoria de Promoção da Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho do Ministério Público do Trabalho – Coordigualdade (2017/2018). Secretaria Adjunta da Secretaria de Cooperação Judiciária Internacional Trabalhista do Ministério Público do Trabalho (2019). Atualmente ocupa a função de Coordenadora Nacional da Coordenadoria de Promoção da Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho do Ministério Público do Trabalho – Coordigualdade e de coordenadora do Grupo de Trabalho sobre Violência e Assédio.

ABSTRACT: This paper defends the definition presented in the 190th Convention of ILO that unifies violence and harassment to regulate the labor relations in Brazil. The equivalence of the terms violence and harassment amplifies the visibility of behaviours and acts that are unacceptable in the workplace. As well, the Convention promotes an agile and secure answer to the social actors by the judicial system as though it assures social peace and democracy to the community.

KEYWORDS: Violence; Harassment; Labor; 190th Convention of ILO.

1. INTRODUÇÃO

A Convenção 190 da Organização Internacional do Trabalho (C.190/OIT) foi aprovada na 108ª Conferência Internacional do Trabalho, em 2019, e oferece uma resposta ampla e inovadora ao enfrentamento da violência e assédio no mundo do trabalho. Concebida após dez anos de discussão² e aprovada no centenário da OIT, essa normativa é um marco importante para romper com a naturalização da violência em relações de trabalho, fomentar ações para sua eliminação e repressão, bem como para oferecer a devida reparação às vítimas.

O texto convencional entrou em vigor, em âmbito internacional, no dia 25 de junho de 2021, exatamente 12 meses após o registro da ratificação de dois Estados membros (Uruguai e Fiji), nos termos do art. 14.1 do mesmo diploma. A sua aplicação vinculativa é imposta apenas para os Estados membros que a ratificaram (art. 14.1, C.190/OIT), grupo no qual o Brasil ainda não se inclui. Entretanto, por força do artigo 8º da Consolidação das

2 O texto da Convenção 190 foi proposto, de forma mais ampliada e especificando os grupos atingidos nos locais de trabalho (negros e negras, comunidade LGBTQI etc.) em 2009, pelas representações sindicais de trabalhadores e trabalhadoras. Ele foi objeto de debate e apresentado sem êxito para inserção na Conferência em 2018. A sua aprovação ganhou força com os escândalos envolvendo altos executivos pela mídia: Bill Cosby (2015) e Harvey Weinstein (2017) e a visibilidade do movimento #Metoo.

Leis Trabalhistas (CLT), essa norma pode ser aplicada nas relações de trabalho submetidas ao ordenamento nacional.

A norma celetista acima referida preconiza a aplicação pelas autoridades administrativas e pelo Poder Judiciário, em suas decisões, de princípios e normas gerais de direito e do direito comparado, quando há falta de disposições legais ou contratuais específicas. Como o Brasil carece de norma trabalhista que regule o enfrentamento à violência e ao assédio no mundo do trabalho – limitando-se a prever o comportamento violento como hipótese autorizadora da ruptura contratual motivada por culpa da parte que o adotar (art. 482, j e k, e art. 483, f, CLT) –, o art. 8º da CLT atrai a aplicação da Convenção 190 da OIT. Ademais, o fato de o Brasil integrar grupo de Estados membros da OIT faz com que periodicamente tenha que prestar contas sobre a aplicação da normativa convencional em seu território, o que reforça o entendimento de que o texto convencional se impõe como paradigma hermenêutico para se regular, pelas autoridades brasileiras, as relações de trabalho.

O leque de conceitos ampliados para trato da questão trazido pela Convenção tem, porém, levantado inúmeros debates internos. O conceito de violência e assédio tem sido uma das principais polêmicas.

Segundo a Convenção, *a violência e o assédio se referem a comportamentos e práticas inaceitáveis, ou ameaças desses, que visam, resultam ou podem resultar em danos físicos, psicológicos, sexuais ou econômicos, seja quando se manifestam uma só vez ou de maneira repetida*. Abrangem a “*violência e assédio baseado em gênero*”, que é aquela violência ou assédio dirigida a pessoas por causa de seu sexo ou gênero, ou que afeta pessoas de um determinado sexo ou gênero de forma desproporcional, e inclui assédio sexual (art. 1º, C.190/OIT). O texto abre a possibilidade para que as definições nas leis e regulamentos nacionais possam prever que a violência e o assédio integrem um único conceito ou conceitos separados, sem prejudicar seu conteúdo (art. 1.2, C.190/OIT).

O conceito de assédio moral adotado até o momento pela doutrina e jurisprudência brasileira tem sido restrito, ao exigir a repetição e sistematização da conduta assediadora para sua configuração. Em consequência, a inovação convencional tem provocado apaixonadas divergências, com clara divisão entre os defensores de um modelo conjugado – que equipara a violência e o assédio – e seus detratores, ou seja, adeptos de um modelo dicotômico – que efetua a sua distinção pela natureza da ação e pela periodicidade e repetição da conduta.

O presente estudo defende a derrubada de qualquer condicionamento temporal ou sistemático (repetição e sistematização) para a configuração do assédio moral no trabalho, adotando-se o modelo unitário. A reprovação da conduta da pessoa que agride ou assedia, de forma equiparada e mais ampla, facilita a visualização do problema e a necessária reparação, seja da prática da conduta ofensiva, seja da ameaça à vítima.

Romper com a impunidade e oferecer uma resposta jurídica eficiente e efetiva para os casos de violência e assédio contribui para a constituição de um ambiente de trabalho em que a dignidade da pessoa que trabalha é respeitada. A repressão a práticas e comportamentos inaceitáveis no trabalho é a base de uma sociedade mais democrática e pacífica.

Em auxílio à compreensão dos fundamentos para a defesa de conceitos unificados, far-se-á uma breve revisão do conceito e dos critérios traçados pela doutrina dominante para definição de assédio moral no trabalho, pois em regra seu conceito é extraído em comparação ao conceito de violência.

2. ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO: REVISITANDO A SUA HISTÓRIA

Os estudos do assédio moral se iniciaram com os trabalhos do médico sueco Peter-Paul Heinemann, realizados na década de 60, sobre o comportamento hostil de um grupo de crianças em relação a outra, isolada.

Ele batizou esse comportamento de “*mobbing*”, tomando como exemplo o comportamento hostil de alguns animais para expulsar eventual intruso de seu grupo. O termo “*mobbing*” vem do verbo inglês “*to mob*”, que significa maltratar, atacar, perseguir, sitiar. O substantivo “*mob*” significa multidão, turba. Quando utilizado com a inicial maiúscula (*Mob*), esse substantivo batiza a Máfia.

Em 1976, Caroll Brodsky, psiquiatra americano, estudando acidentes de trabalho, estresse psicológico e esgotamento físico, intitulou sua obra com a imagem do trabalhador submetido a essas condições: “*The harassed worker*”, que pode ser traduzido como trabalhador perseguido ou assediado. Para ele, o trabalhador assediado é vítima de ataques repetidos e voluntários de outra pessoa, cuja finalidade é atormentá-lo, miná-lo, provocá-lo.³ Seu estudo, porém, tratou do problema de forma tangencial, pois o foco eram as condições estressantes de trabalho.⁴

Ainda em 1976, o psicólogo alemão Heinz Leymann centra sua atenção na conduta dos trabalhadores adultos no espaço empresarial. A partir de 1984, ele descreve condutas similares àquelas relatadas por Heinemann. Para ele, o *mobbing*⁵ consiste em manobras hostis, frequentes e repetidas no local de trabalho, visando sistematicamente a mesma pessoa. A prática abusiva deve ser reiterada no mínimo a cada semana, pelo período mínimo de seis meses e é fruto de um conflito degenerado. O *mobbing* configura uma grave forma de estresse psicossocial que resulta em danos psicossomáticos e psicológicos. Leymann propositadamente deixa de utilizar a terminologia dos países de língua inglesa (*bullying*), pois para ele esse termo remeteria a

3 HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho**: redefinindo o assédio moral. São Paulo: Bertrand Brasil, 2002, p. 81.

4 LEYMANN, Heinz. **Research and the Term Mobbing**. Disponível em: <http://www.leymann.se/English/11120E.htm>. Acesso em: 12 jul. 2005.

5 Segundo Marie-France Hirigoyen, a legislação sueca define *mobbing* como “ações repetidas e repreensíveis ou claramente negativas, dirigidas contra empregados de uma maneira ofensiva, e que podem conduzir a seu isolamento do grupo no local de trabalho”. (HIRIGOYEN, 2002, p. 78).

situações de violência física e ameaças.⁶ O trabalho desse estudioso focaliza sua atenção na zona limítrofe em que o estresse passa a causar enfermidades psicossomáticas ou psicológicas.

Leymann sustenta que a diferença entre conflito e *mobbing* não está focalizada *no que* é feito ou *como* é feito, mas sim na *frequência* e *duração* de seja lá o que for feito.⁷ Esse estudioso, bem como Dieter Zapf,⁸ somente reconhece o *mobbing* no caso de a conduta abusiva se repetir semanalmente pelo prazo mínimo de seis meses.

A denominação “assédio moral” foi utilizada pela primeira vez em 1998 por Marie-France Hirigoyen. Marie-France é psiquiatra, psicanalista e psicoterapeuta de família, formada em vitimologia. Ela apresenta o debate dessa situação então reconhecida como algo recorrente no mundo do trabalho sob a ótica da vítima e de seu sofrimento. Descreve o perfil do agressor e da vítima, sem descuidar, contudo, das características empresariais facilitadoras do assédio moral. Ela sugere formas de prevenção e solução do conflito partindo desse enfoque individual.

Em 29 de junho de 2000, a Comissão Nacional Consultora dos Direitos do Homem, com base em trabalhos realizados dentro do Ministério

6 “I deliberately did not choose the English term “bullying”, used by English and Australian researchers (in the USA, the term “mobbing” is also used), as very much of this disastrous communication certainly does not have the characteristics of “bullying”, but quite often is carried out in a very sensitive manner, still having highly stigmatizing effects. The connotation of bullying is physical aggression and threat. In fact, bullying at school is strongly characterized by such physically aggressive acts. In contrast, physical violence is very seldom found in mobbing behavior at work” Disponível em: <http://www.leymann.se/English/11120E.htm>. Acesso em: 12 jul. 2005. As citações em língua estrangeira, em notas de rodapé, serão mantidas na língua original, sem tradução.

7 Bullying; Whistleblowing. Information about psychoterror in the workplace. In: **The mobbing encyclopaedia**: Bullying; whistleblowing: the definition of mobbing at workplaces. Disponível em: <http://www.leymann.se/English/frame.html>. Acesso em: 13 jun. 2005, tradução livre.

8 LEYMANN, H. **Workplace bullying (mobbing)**. Disponível em: http://www.psychologie.uni-frankfurt.de/Abteil/ABO/forschung/mobbing_e.htm. Acesso em: 13 jul. 2005.

de Emprego e Solidariedade francês, distingue três formas de assédio moral no trabalho: a) assédio institucional, que faz parte de uma estratégia de gestão de pessoal; b) assédio profissional, apresentado contra um ou mais trabalhadores determinados e destinado a refutar os procedimentos legais de afastamento; e c) assédio individual, praticado com a finalidade gratuita de destruição do outro e de valorização do poder do agressor, seguindo a classificação de Marie-France Hirigoyen como assédio perverso.⁹

Em 2002, Hirigoyen propõe a seguinte definição para os grupos de trabalhos no poder legislativo francês:

[...] o assédio moral no trabalho é definido como qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho.¹⁰

O primeiro conceito não incluía a necessidade de repetição e sistematização da conduta abusiva. Este segundo conceito – que também incluiu a repetição e sistematização para a configuração dessa prática abusiva – passou a ser amplamente conhecido e utilizado no Brasil, compondo textos acadêmicos, decisões judiciais, cartilhas de instituições públicas e privadas, como também códigos de conduta empresariais.

Assim, os tribunais brasileiros em larga maioria se referem à necessidade de reiteração e sistematização para o reconhecimento de assédio moral, embora tenham desconsiderado qualquer especificação de lapsos temporais ou frequências para isso. A facilidade em se romper o contrato de trabalho no Brasil e a flexibilização interna da mão de obra por meio de contratos intermitentes, terceirização na atividade fim ou pejetização

9 DEBOUT, Michel. **Le harcèlement moral au travail**. Paris: Conseil économique et social, 2001, p. 21.

10 HIRIGOYEN, 2002, p. 17

certamente contribuem para práticas abusivas em curtos período de tempo (inferiores a seis meses) ou de forma intermitente. Por certo, a lei brasileira não afasta a responsabilização do empresário em caso de agressão por força do prazo ou periodicidade das condutas ilícitas. A periodicidade e a sistematização da conduta inaceitável são qualidades que poderão ser ponderadas apenas para a definição de valores indenizatórios ou acentuar a gravidade da agressão.

3. A CONVENÇÃO 190 DA OIT: OS BENEFÍCIOS DE CRITÉRIOS AMPLOS PARA DEFINIÇÃO DE VIOLÊNCIA E ASSÉDIO E CONCEITO ÚNICO

A revisão da trajetória histórica indica a dificuldade em se trazer à tona o assédio moral como ato reprovável (violência) no mundo do trabalho. A prática do constrangimento ou humilhação como medida para regular as relações de poder no ambiente de trabalho somente foi qualificada como inaceitável após o registro de seus malefícios, principalmente para a saúde mental e física de suas vítimas.

O caráter preponderantemente psicológico e a variedade das condutas assediadoras, muitas delas sutis, fez com que o assédio moral somente se tornasse punível quando o efeito negativo da conduta da pessoa assediadora se tornava palpável, medido em dias de afastamento, atestados médicos ou até mesmo óbitos (suicídios, Karoshi¹¹ etc.). Esta dificuldade ocultou o uso da violência e do assédio como táticas empresariais, como estratégias de gestão.

No trabalho, a violência e assédio têm sido instrumentalizados para o disciplinamento da mão de obra. Ela pode ter por objetivo incrementar o ritmo de produção, ser instrumento de disputas de poder, desestimular

11 HELOANI, José Roberto. **Gestão e organização no capitalismo globalizado**: história da manipulação psicológica no mundo do trabalho. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

denúncias ou reivindicações, ou seja, para assegurar o cumprimento dos interesses empresariais (lícitos ou ilícitos). Toda e qualquer conduta que interfira na atividade produtiva passa a ser sancionável por meio do constrangimento e humilhação, seja o uso do banheiro, o gozo de licenças médicas ou de caráter familiar, o exercício do direito à desconexão, a fruição de repouso semanal e férias remuneradas, as reivindicações de equipamento de proteção individual adequado (nesse momento pandêmico, o uso de máscaras e distanciamento social, por exemplo), entre outros.

Hoje é indiscutível a possibilidade do reconhecimento do assédio moral no trabalho sem necessidade de uma comprovação de adoecimento do indivíduo. Em farta jurisprudência trabalhista observa-se ser suficiente a comprovação do excesso de rigor, do uso abusivo do poder empresarial na gestão da mão de obra, para a sua configuração, ou seja, basta comprovar a sonegação de fruição ou respeito a direitos fundamentais ou trabalhistas, pois de algum modo resultará em dano (mesmo que patrimonial) para a vítima.

Em geral observa-se que o uso da violência e do assédio leva à ruptura dos laços de solidariedade entre as pessoas que trabalham e ao aprofundamento da assimetria entre a administração e as pessoas subordinadas. O uso disseminado da violência e do assédio no mundo do trabalho, principalmente em modelos neoliberais e precarizantes de trabalho, evidencia a necessidade de ampliar o espectro de atuação jurídica, bem como de propiciar uma resposta ágil à ofensa.

É indispensável o enfrentamento da violência e do assédio ainda em seus momentos iniciais, a fim de evitar a degeneração do conflito nas relações de trabalho, ou seja, é indispensável criar espaços de mediação e de estímulo ao diálogo, o qual pode abranger o diálogo social. A degradação das condições de trabalho e o isolamento das vítimas da violência e do assédio têm resultados negativos que ultrapassam a relação de trabalho em que ocorrem. A violência e o assédio deixam como rastros o agravamento da discriminação (principalmente a discriminação de gênero e grupos vulneráveis) e a sobrecarga do sistema de saúde e de assistência social, pois geram situações permanentes ou temporárias de incapacidade

laboral, o adoecimento ou violência contra familiares, quando não a destruição dos indivíduos.

Então, temos a primeira razão pela qual deve-se abandonar a necessidade de sistematização e repetição do ato violento e assediador, ainda que sutil, para a configuração do assédio moral no mundo do trabalho: a *visibilidade* imediata do problema.

Para a configuração de comportamentos e práticas inaceitáveis, ou ameaças desses, basta que se evidencie o objetivo, resultado ou potencial resultado de causar danos físicos, psicológicos, sexuais ou econômicos à vítima. Pouco importa se a ação ou prática ocorreu uma única vez ou de modo repetido. A reprovação jurídica decorre do desrespeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais ou trabalhistas da ou das vítimas manifesto na conduta ou prática ilícita.

O segundo ponto a se ressaltar é a possibilidade em dar maior *agilidade* na resposta. Não é razoável que comportamentos antijurídicos sejam tolerados a longo prazo, principalmente com resultados em perdas de vidas humanas, redução da capacidade laborativa, entre outros. Tais ações não podem ser computadas como meros danos colaterais do modelo de relações de trabalho contemporâneas. É preciso reprimir, desde o início, todos os atos violentos e assediadores na sociedade e, em particular, nos espaços de produção de conhecimento, serviços e riquezas (únicas alternativas emancipatórias para muitas pessoas), ou seja, o mundo do trabalho.

A tolerância à violência e ao assédio no mundo do trabalho promove a consolidação de modelos antidemocráticos na sociedade. Vale lembrar o ensinamento de Luigi Ferrajoli em sua obra “*Poderes Salvajes*”, em que descreve a interferência dos poderes econômicos e midiáticos na política italiana.¹² Como se afirma desde o título dessa obra, inspirado em Aristóteles (*Política*), o poder, não sujeito à lei, tem um traço de *animalidade*.

12 Este autor faz uma profunda análise das condições e das medidas necessárias para reverter o quadro de promiscuidade entre o público e o privado na “*era Berlusconi*”. Ver em FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes**. La crisis de la democracia constitucional. Madrid, Mínima Trotta, 2011.

Ferrajoli¹³ sustenta que a democracia constitucional foi integral e profundamente minada ao optar pela democracia plebiscitária,¹⁴ ou seja, aquela em que a base é a explícita pretensão da onipotência da maioria e de neutralização desse complexo sistema de regras, separações e contrapesos, garantias e funções e instituições de garantia que a constituem. Essa realidade é ainda mais nefasta se o consenso social é construído de forma artificial pelo fomento ao medo ao diferente (imigrante ou muçulmano) e ao medo ao futuro. A solução para encontrar a legitimidade dessas decisões, em seu ponto de vista, será alcançado no reforço dos limites e das garantias previstos na Constituição e na Lei.¹⁵

Os poderes empresariais, certamente, se distinguem dos poderes públicos por seu fundamento, sua extensão e sua titularidade, mas se aproximam do mesmo por força da assimetria entre as partes da relação de trabalho e pela indiscutível influência recíproca que se faz sentir entre ambos, com impacto até mesmo na possibilidade de participação democrática da pessoa que trabalha. As desigualdades de poder e de meios no âmbito privado levantam barreiras aos direitos de participação na vida pública e debilitam o exercício da cidadania nos diversos espaços sociais, públicos ou particulares, contribuindo para a persistência de um modelo de feudalismo industrial. Por sua vez, a debilidade do exercício da cidadania corrobora decisões administrativas, legislativas e judiciais contrárias ao interesse de pessoas trabalhadoras.

Os interesses econômicos, por consequência, devem ser convergentes com o interesse público como garantia da ordem democrática. Não é

13 FERRAJOLI, 2011, p. 21.

14 O conceito de democracia plebiscitária de Ferrajoli se aproxima à ideia grega de que a democracia era um modelo corrompido de poder (Platão, Aristóteles). Como governo dos pobres, sem hierarquias ou subordinações de nenhuma ordem, degenera a ordem social e a estabilidade, propiciando o enfrentamento de facções e a turbulência (PISARELLO, Gerardo. **Un largo Termidor**. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático. Madrid, Editorial Trotta, 2011, p. 29-32).

15 FERRAJOLI, 2011, p. 21

à toa que o art. 170 da Constituição da República de 1988 fundamenta a ordem econômica na valorização do trabalho humano e define como sua finalidade *assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*, observados vários princípios, entre os quais: *a função social da propriedade* (III), *a livre concorrência* (IV), *a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação* (VI) e *a redução das desigualdades regionais e sociais* (VII) e *busca do pleno emprego* (VIII).

O respeito a princípios e direitos consolidados na Constituição da República de 1988, na legislação trabalhista e administrativa, contudo, tem sido tratado – equivocadamente – como óbice à produção ou como desnecessário gasto público, em lugar de ser tratado como tema de interesse público. Em realidade, o respeito a princípios e direitos fundamentais no trabalho configura custo inerente ao negócio ou à atividade pública e indispensável garantia ao respeito ao Estado Democrático de Direito.

Portanto, temos um terceiro argumento para adotar o conceito de violência e assédio de forma integrada e acolher a repressão de qualquer comportamento ou prática que o manifeste desde um único ato: *a consolidação de um modelo de Estado Democrático*.

A norma convencional, igualmente, é feliz em dispensar a concretização do ato, ao refutar qualquer a ameaça de comportamentos e práticas inaceitáveis que vise, resulte ou possa resultar em danos físicos, psicológicos, sexuais ou econômicos. O impacto negativo desses danos na sociedade é por si só suficiente para exigir a reprimenda jurídica. Fazendo um paralelo sobre as situações de violência doméstica, a ameaça de “demissão” (dispensa sem justa causa) no mundo do trabalho, em um momento de crise econômica e grande número de desempregados, é equiparável à ameaça de morte na violência doméstica.¹⁶

16 Segundo pesquisa realizada pelo Instituto Locomotiva e Agência Patrícia Galvão sobre a percepção da violência doméstica, em 2021, 93% dos entrevistados concordam que a ameaça de morte é uma forma de violência psicológica tão ou mais grave que a violência física.

A inclusão da ameaça de comportamento ou de práticas inaceitáveis entre as condutas violentas e assediadoras evidencia que o adoecimento da vítima ou das vítimas, por algum sintoma de estresse ou doença de natureza psicossomática ou mental, configura um agravante a eventuais práticas ou comportamentos hostis a que cada uma foi submetida, mas jamais seu condicionante. A exigência de comprovação do adoecimento físico ou psicológico da vítima para configuração do assédio tem invisibilizado casos em que a vítima era mais resistente à agressão ou em que seus problemas físicos ou psíquicos transpareceram apenas após o término da violência. Não tem sentido esperar que pessoa trabalhadora, ainda que sofra ameaças, tenha que esperar a concretização da conduta ou prática inaceitável.

A prova do nexo de causalidade entre a ação violenta ou assediadora não se restringe a dano físico, psicológico ou mental. Ela pode abranger danos patrimoniais e sexuais. A finalidade dessa argumentação é desqualificar ou reduzir o potencial ofensivo da conduta analisada. Não se pode perder de vista o interesse do empresário em reforçar a vinculação assédio moral-adoecimento para afastar ou minimizar os efeitos da agressão sofrida no ambiente de trabalho e, assim, neutralizar ou reduzir sua responsabilidade civil pelo ilícito praticado dentro de sua organização. Vale lembrar que a vinculação entre assédio moral e adoecimento tem contribuído também para legitimar a invasão da privacidade da pessoa ofendida (em ofensa ao art. 5º, X, CRFB), ao afastar a configuração do adoecimento em fatores individuais, familiares ou sociais.

Nesse caso, haveria uma dupla vitimização ao obrigar a vítima a comprovar o nexo entre a ação e o adoecimento, com a obrigação de noticiar ao agressor a repercussão negativa daquela violência em sua saúde, circunstância que por si só pode desestimular a denúncia de práticas de assédio moral.

Então aqui temos mais um aspecto para acolher o conceito convencional de violência e assédio, de maneira unificada e ampliada: a *segurança jurídica*. Independente do efeito sobre a vítima, a ameaça ou o comportamento ou prática inaceitável que vise, resulte ou possa resultar em danos físicos, psicológicos, sexuais ou econômicos deve ser punida por configurar

um ilícito em si mesmo. Aqui o foco é a conduta da pessoa do agressor. Essa conduta antijurídica deve ser sancionada. Esta interpretação amplia o leque de condutas puníveis e chega mais perto da uniformidade na resposta jurídica.

O assédio moral tem se mostrado como uma prática corriqueira para a gestão da mão de obra. A lógica da lucratividade ou economicidade não pode se sobrepor à centralidade do ser humano sob pena de risco à paz social. Não há nenhum empecilho, nem mesmo sentido, em afastar a configuração do assédio por ato único, pois o ordenamento jurídico está totalmente aberto para receber o texto convencional, sem necessidade sequer de rever nosso ordenamento nacional.

4. VIOLÊNCIA, ASSÉDIO E CONFLITO

As fronteiras entre violência e assédio têm sido traçadas em estudos e pesquisas levando em conta *a natureza do ato praticado*: violência seriam os comportamentos ou práticas que envolvem violência física mais graves e as respectivas ameaças, e assédio são os comportamentos mais sutis, de caráter moral ou psicológico, podendo envolver violência física leve.

Porém, nem mesmo nesse caso a distinção é simples, como se pode perceber nos diversos tipos penais que tratam da violência sexual. Ali, a natureza do ato praticado não se restringe a ação em si, mas abrange também o seu contexto ou as relações entre as partes, como se observa na tipificação de estupro (art. 213, CP), violação sexual mediante fraude (art. 214, CP), importunação sexual (art. 215, CP) e assédio sexual (art. 216-A, CP):

Estupro

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos

Violação sexual mediante fraude

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

Importunação sexual

Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constituiu crime mais grave.

Assédio sexual

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função:

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.

A diferença entre assédio sexual e importunação sexual, para efeito de aplicação da norma penal em relações de trabalho, está na relação hierárquica entre a vítima e o agressor. Somente a assimetria entre as partes é que objetiva o constrangimento da vítima. Se não há hierarquia entre as partes, o tipo penal aplicado será a importunação sexual. De todo modo, para efeitos trabalhistas, ambas as situações são definidas como assédio sexual, pois o constrangimento advém da hierarquia socialmente construída entre os gêneros.

Nesse ponto, o conceito “assédio sexual” na seara trabalhista sofre a influência do conceito “assédio moral”, pois é sabido que o assédio moral pode ocorrer no sentido vertical descendente (superior hierárquico para subordinado), vertical ascendente (subordinado para superior hierárquico)

e horizontal (entre colegas de trabalho sem hierarquia entre si). A ausência da exata equivalência hierárquica descrita no tipo penal de assédio sexual e o ilícito trabalhista não surpreende, pois mesmo o “assédio moral” na seara trabalhista pode configurar uma variedade de tipos penais.

Diversos estudos defendem a distinção de violência e assédio em razão da periodicidade e sistematização da conduta. Fazem-no baseado na doutrina tradicional sobre o tema, já explicitada anteriormente quando se analisou o assédio moral. O nó górdio, que provoca amplos debates, aparentemente se apoia no esfumaçamento dos limites entre conflito, violência e assédio. Se os dois últimos são reprováveis, o primeiro não o é.

Sem desconhecer estudos e certa legislação comparada que há longa data aceitam um único ato abusivo como assédio moral, desde que as consequências sejam graves e permanentes, como é o caso da legislação canadense,¹⁷ durante muito tempo também compartilhei desse conceito. Atualmente, porém, vejo com mais clareza a possibilidade de avançar para um conceito mais amplo, sem debilitar ou banalizar esse conceito.

A retirada da periodicidade e repetição faz emergir com força a ilicitude da conduta do agressor. Vejamos a classificação de Marie-France Hiri-goyen, que divide os vários atos hostis em quatro categorias: 1) *deterioração proposital das condições de trabalho* (como retirar a autonomia da vítima; não lhe transmitir mais informações úteis para a realização das tarefas; privá-la do acesso aos instrumentos de trabalho: telefone, fax, computador,...); atribuir-lhe proposital e sistematicamente tarefas superiores ou inferiores às suas competências; entre outros), 2) *isolamento e recusa de comunicação* (exemplificativamente, a vítima é interrompida sistematicamente; superiores hierárquicos e colegas não dialogam com ela; a comunicação é unicamente por escrito; recusa de qualquer contato com a vítima, até mesmo visual), 3) *atentado contra a dignidade* (como utilizar insinuações desdenhosas

17 LECLERC, Chantal. Intervir contra o assédio no trabalho: cuidar e reprimir não basta. **Plur(e)al**, vol. 1, nº 1, 2005. Disponível em: <http://plureal.up.pt/revista/artigo.php?id=37t45nSU547112245:2:397391>. Acesso em: 02 fev. 2007.

para qualificá-la; fazer gestos de desprezo diante dela como suspiros, olhares desdenhosos, desacreditá-la perante os colegas, superiores e subordinados; espalhar rumores a seu respeito; atribuir-lhe problemas psicológicos;) e 4) *violência verbal, física ou sexual* (entre as quais, ameaçá-la com violência física, agredi-la fisicamente ainda que de leve, falar com a vítima aos gritos, invadir sua vida privada com ligações telefônicas ou cartas).¹⁸ Como se vê, essa autora admite a manifestação do assédio desde os atos sutis até os mais ostensivos, como: isolamento, avaliações rigorosas, obstrução da atividade por meio da sonegação de informações e equipamentos necessários, exigência acima ou abaixo da função contratada e condutas de explícita agressão verbal, sexual e física, ainda que leves.

A violência e o assédio no mundo do trabalho têm suas origens na sociedade disciplinar descrita por Foucault, com amplo registro de sua aplicação em escolas, quartéis, hospitais e empresas. A exigência de periodicidade e repetição surgiu, então, da dificuldade em se distinguir disciplina, constrangimento e humilhação, bem como da dificuldade em traçar as fronteiras entre o que seria aceitável ou não juridicamente. Valérie Malabat salienta nem sempre as agressões no mundo do trabalho são humilhantes ou constrangedoras se tomadas isoladamente, ou seja, fora de contexto:

Poderão caracterizar atos de assédio as decisões normais nas relações de trabalho, mas que em razão de seu contexto, de suas circunstâncias, de seu modo de execução ou de sua repetição tendam a degenerar as condições de trabalho.¹⁹

Como nos orienta Malabat, há que se *contextualizar os comportamentos e práticas empresariais* para verificar a sua legitimidade. Nesse caso, a norma convencionada mais uma vez responde de forma adequada ao vincular a ilicitude da conduta ou prática à sua intenção, resultado ou

18 HIRIGOYEN, 2002, p. 108-109

19 MALABAT, Valérie. À la recherche du sens du droit pénal du harcèlement. **Droit Social**, nº 5, mai. 2003, p. 496. Tradução livre.

potencialidade em resultar em dano físico, psicológico, sexual ou patrimonial. O resultado prejudicial ou danoso (ou sua potencialidade em produzir um resultado danoso ou prejudicial) nos dá a pista sobre a licitude ou ilicitude da conduta no mundo do trabalho. Se a conduta tem um resultado discriminatório, prejudicial ou ofensivo com dano físico, psicológico, sexual ou patrimonial, por certo é uma conduta ou prática inaceitável juridicamente; por certo é uma conduta ou prática ilícita.

Por fim, Leymann traz um aspecto importante para diferenciar conflito de situações de assédio ou violência:

Um local de trabalho é sempre regulado por regras de comportamento. Uma dessas regras reclama cooperação efetiva, controlada pelo supervisor. Conflitos podem sempre surgir, mas, de acordo com estas regras comportamentais, a ordem deve ser restaurada para promover uma produtividade eficiente. [...] Uma vez que o conflito atinja esse estágio de gravidade, não tem sentido culpar a personalidade de alguém por isso. Se o conflito se desenvolver em um processo de ‘mobbing’, a responsabilidade recai primeiramente sobre a gerência, seja porque a administração de conflitos não foi trazida para estacar a situação ou porque há uma falha nas políticas organizacionais em tratar as situações de conflito.²⁰

A diferença entre o conflito, violência e assédio está na capacidade de restaurar a ordem. Tanto é assim, Leymann²¹ conceitua assédio moral como um conflito que degenera.

Se o comportamento ou a prática deliberadamente visam eventual dano para a vítima ou vítimas, é claro que é reprovável juridicamente. Se não há prova da intenção daquela ou daquele que agrediu, a licitude ou ilicitude há de ser verificada pelo resultado danoso para a vítima ou vítimas

20 LEYMANN, Heinz. Why Does Mobbing Take Place? In: **The mobbing encyclopaedia: Bullying; whistleblowing: the definition of mobbing at workplaces**. Disponível em: <http://www.leymann.se/English/frame.html>. Acesso em: 13 jun. 2005. Tradução livre.

21 LEYMANN, 2005.

e a impossibilidade da pronta restauração da ordem, *seja porque a administração de conflitos não foi trazida para estacar a situação ou porque há uma falha nas políticas organizacionais em tratar as situações de conflito.*

Essa conclusão reforça, portanto, a equiparação do efeito danoso da violência e do assédio. A impotência da vítima para restaurar a ordem, a sensação de estar cercada, sitiada, é o alimento que produz o constrangimento e a humilhação presentes nos atos sutis, tão característicos do assédio moral. Essa sensação de impotência ou cerco tem igual força ou impacto para produzir um dano como aquele resultante de um ato de violência física ou sexual.

5. CONCLUSÃO

A Convenção 190 da OIT nos oferece respostas e diretrizes para o enfrentamento do problema ocorrido tanto em relações de trabalho firmadas com pessoas jurídicas de direito privado, como de direito público. Ela abrange todos os momentos da relação de trabalho, desde sua formação até a sua extinção, todas as modalidades de contratação e todos os espaços de trabalho (os mais diversos locais na empresa, os meios digitais, os espaços de confraternização ou os espaços de deslocamento).

Em vista da ausência de normas trabalhistas que regulem de maneira eficaz o enfrentamento da violência e do assédio no mundo do trabalho em território brasileiro, a Convenção 190 da OIT cumpre o papel de marco normativo a ser observado pelas autoridades públicas na análise dos casos concretos administrativos ou judiciais (art. 8º, CLT).

A paz social se enraíza na garantia de segurança econômica, em um nível de bem-estar material a todas as pessoas e no convívio social livre de violência e assédio. Sem dúvida, esse marco normativo contribui para dar visibilidade à violência e ao assédio no mundo do trabalho, agilizando a resposta jurídica ao problema, propiciando segurança jurídica aos atores sociais e reforçando a democracia.

A ratificação da norma convencional pelo Brasil deve seguir o procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição da República de 1988, pois trata-se norma de direitos humanos essencial para a promoção do trabalho decente.

REFERÊNCIAS

DEBOUT, Michel. **Le harcèlement moral au travail**. Paris: Conseil économique et social, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes**. La crisis de la democracia constitucional. Madrid, Minima Trotta, 2011.

HELOANI, José Roberto. **Gestão e organização no capitalismo globalizado**: história da manipulação psicológica no mundo do trabalho. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho**: redefinindo o assédio moral. São Paulo: Bertrand Brasil, 2002.

LECLERC, Chantal. Intervir contra o assédio no trabalho: cuidar e reprimir não basta. In: **Plur(e)al**, vol. 1, nº 1, 2005. Disponível em: <http://plureal.up.pt/revista/artigo.php?id=37t45nSU547112245:2:397391>. Acesso em: 02 fev. 2007.

LEYMANN, Heinz. **Research and the Term Mobbing**. Disponível em: <http://www.leymann.se/English/11120E.htm>. Acesso em: 12 jul. 2005.

LEYMANN, Heinz. **The mobbing encyclopaedia**: Bullying; whistleblowing: the definition of mobbing at workplaces. Disponível em: <http://www.leymann.se/English/frame.html>. Acesso em: 13 jun. 2005.

LEYMANN, Heinz. **Workplace bullying (mobbing)**. Disponível em: http://www.psychologie.uni-frankfurt.de/Abteil/ABO/forschung/mobbing_e.htm. Acesso em: 13 jul. 2005.

MALABAT, Valérie. À la recherche du sens du droit pénal du harcèlement. In: **Droit Social**, nº 5, mai. 2003.

PISARELLO, Gerardo. **Un largo Termidor**. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático. Madrid, Editorial Trotta, 2011.

O ‘mercado’ das soluções de litígios com o poder público: análise do ponto de vista do Direito e Economia

The ‘market’ of dispute resolution in litigation against the state government: a Law and Economics point of view

Guilherme Freire de Melo Barros¹

RESUMO: O presente artigo examina os litígios com o Poder Público a partir de alguns conceitos de análise econômica do Direito. A constatação inicial é de que o Judiciário possui estoque de ações muito elevado de ações envolvendo o Poder Público. O artigo questiona inicialmente por que esse número é tão alto se já existe um leque de métodos alternativos de soluções de litígio. O fato de as partes seguirem recorrendo a uma ferramenta ineficiente coloca o sistema em uma situação pareto-ineficiente, sub-ótima. Duas razões para o alto número de ações são: (i) a preferência pelo tratamento individual de litígios em Juizados da Fazenda Pública em detrimento de soluções macro via tutela coletiva; (ii) custo de aprendizagem de advogados já consolidados no mercado para migrar para os outros métodos de resolução de disputas. Apresenta-se uma lista de métodos alternativos para resolver litígios com o Poder Público com suas principais características e aplicações – a saber, negociação, mediação, comitês de resolução de disputas, arbitragem, transação e conciliação tributárias, cobrança extrajudicial da dívida tributária. Por fim, indica-se que a

1 Fellow Chartered Institute of Arbitrators – FCI Arb, Mestre em Direito Econômico – PUCPR, LL.M. em International Trade Law – Univ. de Turim, Itália, Professor da PUCPR, Procurador do Estado do Paraná.

utilização desses novos mecanismos não é simples, porque há uma dependência de trajetória (*path dependence*) criada por décadas de reafirmação do Judiciário como o lugar natural de resolução de disputas. Modificar a cultura jurídica é difícil, mas pode ser alcançada com a redução da assimetria informacional dos agentes – advogados públicos e privados, cidadão, servidores públicos, empresários, enfim, todos os atores envolvidos em litígios com o Poder Público.

ABSTRACT: The article examines disputes with State Government using law and economics concepts. The Judiciary has a very high stock of lawsuits involving the State Government, agencies or entities. The guiding question of the article is why this number is so high if there is already a range of alternative dispute resolution methods. The fact that the parties still resort to an inefficient tool show that the system is Pareto inefficient, a sub-optimal situation. Two reasons for the high number of lawsuits are: (i) the preference for individual treatment of disputes in Small Claim Courts in detriment of macro solutions via class action; (ii) the learning costs established lawyers would have to endure to migrate to other dispute resolution methods. A list of alternative methods to resolve disputes with the State is presented, with their main characteristics and applications - namely, negotiation, mediation, dispute boards, arbitration, tax transaction and conciliation, extrajudicial tax debt collection. Finally, the use of these new mechanisms is not simple, because there is a path dependence created by decades of reaffirmation of the Judiciary as the natural place of dispute resolution. Changing the legal culture is difficult, but it can be achieved by reducing the informational asymmetry of agents – public and private lawyers, citizens, public servants, businessmen, in short, all the actors involved in litigation with the State Government.

1. INTRODUÇÃO

O Poder Público é o maior litigante do Brasil! A Justiça brasileira está *lotada* de processos que demoram anos!

Essas expressões são lugar-comum e habitam a ponta da língua de advogados de todas as áreas, de professores das incontáveis faculdades de direito em nosso País – além de figurar mais modernamente em *reels* e *hash-tags* de redes sociais dos novos ‘especialistas em tudo’.

De fato, o Judiciário brasileiro possui mais de 75 milhões de ações, e a Administração Pública é responsável por uma parcela significativa desse estoque.² Se é a primeira ou a quinta nesse ranking não importa para os fins do debate apresentado neste artigo.

Saber que são milhões de ações já é suficiente para estabelecer as perguntas que nos guiam:

1. Por que há uma quantidade tão grande de ações que envolvem o Poder Público se esse mecanismo de solução de controvérsias é considerado tão ineficiente?
2. Que alternativas ao Judiciário existem para resolver disputas com o Poder Público?
3. Como fazer para utilizar mais essas alternativas?

Para responder a essa questão, o artigo se vale do arcabouço teórico da análise econômica do Direito. O Direito tem sua estrutura formada por um conjunto de regras, formais e informais, que não controlam diretamente o comportamento do indivíduo; apenas preveem consequências para suas ações, de modo que o ser humano continua livre para agir como melhor lhe aprouver, aceitando as consequências de suas escolhas.³ Pelo ângulo econômico, essas regras funcionam como uma estrutura de incentivos – positivos

2 Os números são do relatório do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, **Justiça em Números, 2021**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2022.

3 MACKAAY, Ejan. **Law and economics for civil law systems**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2013, p. 35.

e negativos, eficientes e ineficientes – que leva o indivíduo a adotar comportamentos que elevem seu bem-estar.

A microeconomia é o estudo de como recursos escassos são alocados entre fins que são alternativos entre si. Estudar ou passear; comprar um carro ou uma moto ou guardar o dinheiro para aposentadoria; ‘maratonar’ uma série ou ir à academia. Tempo e renda são recursos escassos, não é possível fazer tudo que desejamos, por isso precisamos escolher algo e renunciar a outra oportunidade. A teoria microeconômica oferece uma teoria geral sobre a maneira como as pessoas tomam esse tipo de decisões.⁴

A conjugação do estudo de Direito e Economia permite identificar como os agentes reagem às normas jurídicas que pautam suas decisões, de modo a identificar ineficiências e melhorias.

2. POR QUE HÁ TANTOS LITÍGIOS COM O PODER PÚBLICO NO JUDICIÁRIO?

Inúmeras ações chegam diariamente ao Judiciário brasileiro, muitas das quais têm o Estado em um dos polos. No polo ativo, como demandante, é possível identificar milhares de execuções fiscais, movidas pelo ente público contra devedores de tributos.⁵ No polo passivo, o Estado é demandado por particulares e também servidores públicos, que vão a juízo buscar a tutela de seus direitos.

Naturalmente, não há uma única explicação para a quantidade de ações que envolvem o Poder Público; é possível mapear algumas dessas razões.

4 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 35.

5 A execução fiscal também pode ser utilizada para cobrar dívidas de natureza não tributária, mas que representam um percentual bem pequeno das ações propostas.

2.1 Premissa: a constatação de que ações que envolvem o Poder Público nunca desaparecerão do Judiciário

O primeiro ponto a compreender a respeito da quantidade de disputas com o Poder Público não está relacionado diretamente a uma disfunção, a um problema.

A primeira razão para a grande quantidade de ações é que o Estado brasileiro formatado na Constituição da República de 1988 é um grande implementador de direitos. Como estabelece nosso artigo 3º, são objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza; a redução das desigualdades; e a promoção do bem de todos. Para isso, o artigo 6º estabelece os direitos sociais a educação, saúde, alimentação, trabalho moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. A teia de proteção social é robusta.

Essa não é crítica, apenas uma constatação.⁶ Se o Estado é responsável por prestar saúde à população, então é de se esperar que surjam disputas decorrentes dessa prestação. Isso é observável nas inúmeras ações que buscam na Justiça o fornecimento de medicamentos ou tratamentos de saúde. O mesmo vale para assistência e previdência social. Sendo o Estado responsável por criar e manter essa teia de proteção social, litígios surgirão para discutir eventuais deficiências na prestação.

Portanto, os meios alternativos de solução de disputas com o Poder Público não têm como objetivo suplantar totalmente o Poder Judiciário. Não se trata de substituir o Judiciário, mas de filtrar, de identificar outras formas de solução mais adequadas e eficientes fora do Judiciário. Isso há de reduzir a quantidade de ações judiciais, mas não as eliminará.

6 E de um ponto de vista mais pessoal, um modelo de Estado implementador de direitos no qual acredito, a despeito de todas as dificuldades de implementação e disfunções nesse caminho de construção de uma sociedade menos desigual.

2.2 Tratamento macro X micro na solução de demandas repetitivas com o Poder Público

Outro aspecto relevante é o efeito multiplicador de alguns atos praticados pelo Poder Público. Quando o Estado edita uma lei que modifica o regime jurídico do servidor público ou altera o regime tributário, a quantidade de pessoas afetadas é enorme.

O tratamento dessas questões pode ser feito pelo próprio indivíduo afetado ou por legitimados extraordinários que representam o grupo pela via de ações coletivas. Nosso direito positivo de tutela coletiva consagra as boas técnicas.⁷

De fato, do ponto de vista teórico, faz total sentido que uma mudança no regime jurídico de servidores seja analisada em uma única ação cujo resultado seja aplicado uniformemente a toda categoria. Se cada servidor ingressar individualmente, há chances de decisões antagônicas e aumento significativo do estoque de demandas. A conclusão da análise teórica é muito clara, deve-se dar tratamento macro a questões que envolvem milhares de indivíduos. Na prática, porém, os mecanismos de tutela coletiva não têm sido capazes de impedir que milhares de ações contra o Poder Público cheguem ao Judiciário diariamente.

Por quê?

É que a solução individual é muitas vezes mais eficiente para o indivíduo. Tome-se, por exemplo, uma discussão sobre determinado adicional remuneratório que uma categoria de servidores públicos pleiteia. A ação coletiva permitiria analisar a questão e determinar o pagamento para todos. No entanto, ações coletivas possuem maior nível de complexidade, tramitam em varas da Fazenda Pública com maior quantidade de processos, passam por discussão probatória mais longa, geram novas discussões em graus

7 DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 4. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 45.

recursais. Já a propositura de ação individual contra o Poder Público pode ser proposta no Juizados Especiais da Fazenda Pública, que são gratuitos e mais rápidos, muitos advogados trabalham apenas com honorários de êxito e, por fim, em caso de derrota no primeiro grau não há sucumbência.

O relatório Justiça em Números, ano 2021, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ corrobora essa percepção. Em média, processos nos Juizados Especiais são sentenciados em 10 meses e a fase recursal leva 9 meses, de maneira que se pode alcançar o trânsito em julgado em 1 ano e 7 meses. Na Justiça comum, somente o primeiro grau tem duração média de 2 anos e 1 mês.⁸

Resultado: sob o ponto de vista do servidor individualmente não vale a pena esperar anos por uma decisão em ação coletiva quando há à disposição uma opção alternativa mais efetiva.

Em linguagem econômica, o indivíduo está diante de duas opções, (i) aguardar a solução via ação coletiva; ou (ii) propor ação individual nos Juizados da Fazenda. Escolher uma é abrir mão da outra, é o seu custo de oportunidade, aquilo que foi deixado de lado.⁹ Ingressar com a ação individual tem custo de oportunidade baixo, porque aguardar a ação coletiva não é uma solução que atrai o indivíduo. Por isso, sob o ponto de vista do indivíduo, a opção pela ação individual é mais eficiente, porque maximiza o seu bem-estar.

Naturalmente, ao olhar para o sistema como um todo e pensar no bem-estar social, a solução via ação coletiva seria mais eficiente, porque reduziria a quantidade de ações na Justiça. Com menor quantidade de ações em estoque, o trâmite processual seria mais rápido, o custo da estrutura para manter os serviços do Judiciário também poderia ser menor.

8 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>, Acesso em: 20 fev. 2022.

9 COOTER; ULEN, 2010, p. 53.

Portanto, o que é pareto-eficiente sob a ótica do indivíduo é ineficiente sob o ponto de vista social. É por isso que o sistema processual prevê mecanismos para suspensão de ações individuais enquanto se discute a questão no plano macro, seja em ações coletivas ou em mecanismos específicos, como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o IRDR (CPC, art. 982, inc. I). O tratamento do litígio do plano macro atende ao conceito de eficiência na perspectiva Kaldor-Hicks, pois o benefício social (tratamento uniforme, menor quantidade de atos processuais praticados e de demandas propostas) é superior ao benefício dos indivíduos com suas ações individuais (que ainda assim poderão se beneficiar por um julgamento favorável ao final).¹⁰

2.3 Custo de aprendizagem e a tendência à inércia

Ao analisar essa tomada de decisão do indivíduo, é possível perceber que, mesmo na via judicial, há diferentes opções para tutela de direitos. A escolha entre uma ação ordinária ou um mandado de segurança, por exemplo, conta na maioria das vezes com assessoria jurídica, ou seja, advogados indicam a seus clientes qual o melhor caminho a seguir para tutelar seus direitos.

O direito processual civil é uma disciplina consagrada e consolidada no currículo das faculdades de direito. No imaginário popular, a advocacia é muitas vezes identificada diretamente com os litígios no Judiciário. Advogados são vistos como aqueles que vão ingressar com ações e defender clientes na busca por ‘Justiça’. A segunda fase da prova da OAB cobra conhecimento dos candidatos sobre como redigir uma peça processual.¹¹

Em resumo, advogados são formados para litigar no Judiciário. Essa

10 Sobre o conceito de eficiência na ótima Kaldor-Hicks: COOTER; ULEN, 2010, p. 64-65.

11 Excepcionalmente há provas que pedem a elaboração de parecer, o que só confirma a regra de que a chave da aprovação na segunda fase é a peça.

formação molda o raciocínio do profissional; logo, diante de um caso novo, o leque de opções que vem à sua mente está ligado ao Judiciário. São décadas de formação técnica e atuação prática exclusivamente com esse mecanismo de solução de disputas.

Apenas recentemente os métodos alternativos de soluções de controvérsias têm sido debatidos mais intensamente.¹² Houve evolução legislativa sobre temas que tratam de soluções alternativas para litígios com o Poder Público, como arbitragem,¹³ mediação¹⁴ e comitês de resolução de disputas (*dispute boards*).¹⁵ A consensualidade no âmbito administrativo também encontra mais espaço, a permitir hipóteses de negociação direta entre o Poder Público e o cidadão ou servidor.¹⁶

Ocorre que fazer a transição do Judiciário para esses mecanismos alternativos demanda enorme custo para advogados que já atuam no mercado. Não se trata apenas de dinheiro. Do ponto de vista econômico, o custo inclui tudo o que o indivíduo precisa mobilizar para uma atividade. Caberá ao agente analisar todo o esforço envolvido com a empreitada. Como destaca Maria Carla Pereira Ribeiro:¹⁷

12 Há estudiosos que preferem a expressão meios ‘adequados’ de solução de controvérsias ao uso de meios ‘alternativos’. A discussão acadêmica sobre a semântica passa ao largo dos objetivos deste artigo. Assim, seguiremos utilizando a expressão meios alternativos.

13 A Lei de Arbitragem foi modificada pela Lei nº 13.129/2015 para deixar clara a possibilidade de utilização da arbitragem pelo Poder Público.

14 A Lei de Mediação foi editada em 2015 (Lei nº 13.140) e possui um capítulo inteiro dedicado à composição do o Poder Público – artigos 32 a 40.

15 A nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) prevê os comitês no artigo 154 como um dos meios alternativos à resolução de controvérsias. Há também legislações estaduais que regulam o tema, como a do município de São Paulo, Lei nº 16.873/2018.

16 O Código de Processo Civil trata do tema já em seu artigo 1º, cujo § 2º indica: “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.”

17 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade limitada. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do Direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Forum, 2013, p. 64.

Ao exercer seu poder de escolha, é certo que o agente procura analisar as características do negócio, do bem da vida ou do serviço pretendido. Para isso, observa as informações que lhe são disponibilizadas, e, em maior ou menor grau, considera os custos da operação, cotejando-os com os benefícios pretendidos.

Um advogado consolidado no mercado de litígios com o Poder Público no Judiciário precisa separar horas do seu dia para estudar métodos alternativos, horas estas que poderiam ser utilizadas para atender novos clientes, para lazer, descanso, tempo com a família. Será necessário gastar dinheiro com cursos, dinheiro este que poderia ser utilizado para férias, troca de carro, aposentadoria. Há também o custo reputacional de ingressar como um novato num novo ramo depois de tantos anos consolidando uma sólida reputação no mercado em litígios no Judiciário.

Portanto, é necessário mobilizar alto custo para aprender novos métodos de solução de disputas. Ao lado desse custo está a opção alternativa, o seu custo de oportunidade, que é permanecer com sua atuação advocatícia tradicional. Mudar a forma de atuar é, ao menos no curto prazo, muito mais custoso do que ficar onde está na sua caminhada profissional.

A questão de custos de aprendizagem de novas ferramentas para o advogado aparece em diversas situações. Lisa Spagnolo traz uma conclusão muito pragmática a esse respeito: “Se o advogado ainda puder ganhar os mesmos honorários sem investir em custos de familiarização e não perder negócios, ele pode maximizar racionalmente seus ganhos de curto prazo.”¹⁸

18 Tradução livre. No original: “If the lawyer can still earn the same fee without investing in ‘start up’ costs of familiarisation and not lose business, the lawyer can rationally maximize his short term gains.” No artigo, a professora da Universidade de Monash, Austrália, discute o custo para advogados que não foram treinados na Convenção sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, a CISG. Fonte: SPAGNOLO, Lisa. Rats in the Kaleidoscope: Rationality, Irrationality, and the Economics and Psychology of Opting in and Out of the CISG (Kaleidoscope Part II), **Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration**, 13, v. 157, 2009, p. 162.

E o ser humano tem uma tendência natural à inércia – o que Thaler e Sustein chamam de viés do *status quo*: “As pessoas têm, por muitos motivos, uma tendência mais geral a manter sua situação atual”.¹⁹ Maximizar seu bem-estar sob essa perspectiva é permanecer inerte, atuando da mesma forma que lhe foi ensinado na faculdade e que lhe permitiu construir uma carreira. É compreensível – e para muitos de nós, essa é a tomada de decisão mais comum.

2.4 Conclusão parcial: a permanência no Judiciário como uma situação sub-ótima

Litígios com o Poder Público no Judiciário sempre existirão, conforme demonstrado no item 2.1. O Estado brasileiro é responsável por muitas prestações e isso acarreta o surgimento natural de disputas. Além disso, o indivíduo opta por soluções individuais em Juizados Especiais da Fazenda Pública em detrimento da solução mais desejável socialmente, que seria a tutela coletiva (item 2.2). Disso resulta que a quantidade de ações no Judiciário é enorme, o que leva à demora na solução dos processos. Ainda assim, advogados seguem buscando a via do Judiciário para solução de litígios com o Poder Público, porque a opção por métodos alternativos demanda um custo individual muito grande (item 2.3).

O resultado da equação é que o sistema de solução de litígios com o Poder Público funciona em um nível sub-ótimo. Vale dizer, ainda que os métodos alternativos de solução de conflitos sejam eficientes para diversos litígios com o Poder Público, eles não são adotados como deveriam.

É possível tornar o sistema mais eficiente.

19 THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 37.

3. ALTERNATIVAS PARA QUE NÃO SE LITIGUE TANTO NO JUDICIÁRIO

O ponto de partida é compreender que há opções ao Judiciário para solução de litígios com o Poder Público. Essa é uma constatação que deve estar clara não apenas para a advocacia privada que precisa buscar a tutela dos direitos de seu cliente. É preciso que a Advocacia Pública também esteja ciente dessas alternativas. Afinal, todas as soluções apresentadas abaixo passam invariavelmente pela atuação dos órgãos de assessoria jurídica do Poder Público.

Se há alternativas, então há um mercado de opções. O objetivo da análise que se segue é apresentar diferentes métodos para evitar o litígio no Judiciário; todos podem ser utilizados em demandas já em curso para encerrar o litígio. No entanto, o objetivo aqui é focar na não-utilização do Judiciário, ou seja, é compreender como o método alternativo pode evitar que a ação judicial seja proposta.

Como ponto de partida, há de se compreender que a atual existência de métodos alternativos de solução de disputas com o Poder Público é fruto de grande evolução doutrinária e legislativa.

As lições clássicas do direito administrativo sempre tratavam da indisponibilidade do interesse público como um pilar essencial para a conduta do servidor público e, via de consequência, da Advocacia Pública. A forma de interpretar a indisponibilidade do interesse público esteve muito ligada à ideia de resistir, de não ceder, de não autorizar – e na esfera judicial o resultado disso é recorrer, recorrer e recorrer. Indisponibilidade do interesse público era sinônimo de intransigibilidade.

Nas últimas décadas, a compreensão da indisponibilidade do interesse público vai mudando de características e conteúdo. O Estado existe em função da sociedade; seu papel é o de atender ao cidadão e satisfazer-lhe os direitos. Não deve haver uma relação de antagonismo maniqueísta – cidadão X Estado. A Constituição da República exige do Estado uma postura ética e solidária no atendimento do interesse público. E muitas vezes o que

atende o interesse público é exatamente satisfazer a pretensão do cidadão.²⁰

Ao lado disso, o princípio constitucional da eficiência (CR, art. 37) levou à compreensão de que resistir indefinidamente à pretensão do cidadão era socialmente indesejável, porque gerava mais custos para todo o sistema (Judiciário, Administração Pública).

Diante disso, o princípio da indisponibilidade do interesse público encontrou novo caminho. Transigir pode ser exatamente a conduta adequada para atender ao interesse público. Indisponibilidade já não é sinônimo de intransigibilidade.²¹

3.1 Negociação

A negociação direta entre o Poder Público e o servidor ou particular encontra um campo fértil de atuação para que se evite a judicialização de questões. O espaço para utilização da negociação é aquele em que não há necessidade de reconstrução de laços e relações (como na mediação, que será examinada a seguir). Litígios indenizatórios sem relação prolongada, por exemplo, são campo fértil para negociação.

Imagine um servidor que dirige o carro do órgão em que trabalha e bate no carro de outro particular. O servidor que danifica um equipamento do Estado precisa reparar o dano. O particular que sofreu o prejuízo tem de ser indenizado. Não há dúvidas quanto ao causador do dano, nem quanto ao dever de indenizar. A discussão é puramente patrimonial em ambos os casos.

A negociação direta com as partes pode ser altamente eficiente.

20 SARMENTO, Daniel (org.) **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, *passim*.

21 No mesmo sentido: SOUZA, Luciane Moessa de. **Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas**. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2014, p. 63.

3.2 Mediação

A mediação é a negociação assistida por terceiro, o mediador, cuja função é criar pontes para que as partes caminhem em busca de um acordo. É uma negociação que conta com um facilitador imparcial.²² O campo potencial de mediação em litígios com o Poder Público é muito vasto.

Em especial, a mediação encontra um espaço muito produtivo em situações nas quais as relações entre as partes são mais duradouras. A mediação comunitária da rede pública de ensino, por exemplo, é extremamente eficiente e adequada. As pessoas ali envolvidas são alunos, professores, pais, diretores. Sua convivência se protraí ao longo de anos. Conflitos surgem e a solução não se limita a saber quem paga quanto em quantas parcelas, como na negociação direta.

É preciso reconstruir relações, e a mediação pode proporcionar isso.

3.3 Comitês de resolução de disputas

Os comitês de resolução de disputas (*dispute boards*) são um mecanismo de governança para contratos de engenharia. Durante a execução da obra, podem surgir dúvidas e questionamentos sobre o desenvolvimento do projeto, material utilizado, qualidade do serviço, soluções para percalços naturais de obras complexas. Levar essas questões ao Judiciário é lançar a obra em um limbo, muitas vezes com interrupção dos trabalhos, deterioração de equipamentos, aumento de custos.

Para evitar isso, o contrato pode prever o funcionamento de um comitê de especialistas (engenheiros, por exemplo) que fica responsável pode emitir um parecer independente sobre a questão divergente entre as partes.

22 BRAGA NETO, Adolfo. **A mediação e a Administração Pública**. São Paulo: CLA, 2021, p. 75.

A utilização do comitê é muito mais eficiente do que recorrer a perícias dentro de processos judiciais, cuja solução leva anos.

3.4 Arbitragem

A arbitragem é um meio de solução de conflitos heterocompositivo, diferente da negociação direta e da mediação. As partes não trabalham juntas em busca de uma solução comum. O processo é adversarial como no Judiciário, que resulta em uma decisão vinculante e definitiva para ambas as partes.²³ Há, porém, algumas vantagens, como a maior rapidez na solução do conflito. Em contratos de maior valor (concessões, fornecimentos de material ou serviços de grande monta), a arbitragem é uma solução mais eficiente do que o Judiciário, porque a demanda não se arrasta por tantos anos.

A arbitragem com o Poder Público tem encontrado campo mais fértil nos últimos anos. Superada longa discussão quanto à possibilidade de o Estado submeter seus contratos à solução arbitral, é possível perceber o crescimento da utilização desse mecanismo.

Além de sua previsão em contratos de concessão de obras e serviços públicos,²⁴ há hoje regulação para utilização de arbitragem em desapropriações.²⁵ E o Congresso Nacional debate a criação de regras para a arbitragem tributária.²⁶

23 Nesse sentido: CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 26; BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**: nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1-5.

24 A Lei de Licitações vigente trata especificamente da arbitragem nos artigos 151 e 152.

25 Lei nº 13.867/2019 prevê a utilização da mediação e da arbitragem em casos de desapropriação.

26 Há mais de um projeto de lei sobre o tema. O mais recente é o PL nº 4468/2020.

3.5 Transação e conciliação tributárias

A transação e a conciliação tributárias são ferramentas legais para quitar passivos tributários com a utilização de créditos de precatórios. O particular que possui um precatório a receber (originário ou cedido) apresenta esse crédito e quita dívidas em aberto com a Fazenda Pública. Em âmbito federal a matéria está regulada pela Lei nº 13.988/2020, e nos estados membros a matéria é disciplinada em regulamentos próprios.

3.6 Desjudicialização da cobrança da dívida tributária

A execução fiscal é o mecanismo tradicional para cobrança da dívida ativa dos entes públicos. E é também uma das grandes responsáveis pelo enorme estoque de ações judiciais brasileiro. Por décadas, a atuação da Advocacia Pública foi pautada pela movimentação constante das execuções fiscais, dentro a concepção de que não se poderia ‘abandonar’ a cobrança do crédito. Ao longo dos anos, mais execuções foram propostas, e as antigas seguiam tramitando. Como resultado tem-se um enorme congestionamento de ações em prejuízo da efetividade da cobrança.

Mais uma vez, os números do CNJ jogam luz sobre essa realidade. De acordo com o relatório de 2020 (referente aos dados de 2019), 43% das ações no primeiro grau de jurisdição da Justiça Estadual são execuções fiscais. Em São Paulo, esses números chegaram a 63,5%. As execuções fiscais também respondem significativamente para a média da taxa de congestionamento, 87%. Vale dizer, “de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2019, apenas 13 foram baixados”.²⁷

É possível dizer que nos últimos anos a gestão da dívida ativa melhorou em diversos estados. De um lado, percebeu-se que é preciso mapear

27 CNJ, **Justiça em números 2020**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf. Acesso em: 18 fev. 2022.

quais créditos têm mais chances de serem recuperados e focar a atuação nesses devedores; de outro lado, é possível reduzir o estoque de execuções fiscais, seja pela prescrição de ações infrutíferas, seja pela utilização de mecanismos extrajudiciais de cobrança da dívida.

A cobrança pela via do protesto extrajudicial tem se mostrado muito eficiente na recuperação da dívida.

3.7 Conclusão parcial: o ‘mercado’ de soluções de litígios com o Poder Público é amplo

Como visto ao longo desse item, há diversos mecanismos disponíveis para solução de litígios com o Poder Público. Cada um possui características próprias, de modo que é preciso identificar qual selecionar para o caso em disputa.

Ao observar a quantidade de opções indicadas ao longo deste item, retoma-se a conclusão parcial do item 2.4, tratar a utilização do Judiciário como opção central para solução de litígios com o Poder Público é ineficiente. Há ganhos de eficiência significativos com a utilização de outras formas de resolução de disputas.

Daí a questão que será examinada a seguir, como fazer para que esses métodos sejam mais utilizados.

4. COMO UTILIZAR MAIS O GRANDE MERCADO DE SOLUÇÕES DE DISPUTAS COM O PODER PÚBLICO?

Deixar de utilizar o Judiciário em favor de métodos mais eficientes de solução de disputas com o Poder Público não é tarefa simples. Há grandes obstáculos a superar. O item 4.1 apresenta esses obstáculos e o item 4.2 propõe um caminho para superação.

4.1 O Judiciário como caminho natural de solução de conflitos: efeito posse, dependência de trajetória (*path dependence*) e inércia

Como destacado no item 2.3, o ser humano tem uma tendência natural à inércia, a seguir praticando condutas com as quais já está acostumado e domina. No presente caso, isso se materializa na utilização recorrente do Judiciário como único mecanismo de solução de controvérsias com o Poder Público.

Tradicionalmente, a economia clássica trabalha com modelos teóricos de um indivíduo racional e capaz de tomar as melhores decisões para maximização de seu bem-estar. Na verdade, a extensão da racionalidade humana sofre inúmeras variáveis, intercorrências e vicissitudes, que interferem na decisão final sobre a realização ou não do negócio, tais como grau de escolaridade, origem, crença religiosa, ideais altruístas etc.²⁸ Além disso, é preciso considerar que a capacidade de processamento de informação pelo ser humano é limitada. Mesmo que haja plena acessibilidade ao plexo de informações que envolve a transação, a decisão final do indivíduo é, em alguma medida, limitada pela sua própria capacidade de internalizar e raciocinar sobre a informação.²⁹

A economia comportamental tem trazido importantes aportes para compreensão do comportamento humano. Essa linha de pesquisa se afasta da concepção tradicional de que o ser humano é dotado de racionalidade plena; ao contrário, suas limitações intelectuais existem e, segundo Christine Jolls, são de três ordens, (i) racionalidade limitada, (ii) força de vontade limitada e (iii) interesse pessoal limitado.³⁰ A racionalidade foi acima examinada. A segunda faceta da limitação intelectual do ser humano está em

28 RIBEIRO, 2011, p. 66.

29 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do Direito**. 2ª edição. Tradução: Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 33.

30 JOLLS, Christine. Behavioral law and economics. In: MARCIANO, Alain. **Law and economics: a reader**. Londres: Routledge, 2009, p. 76.

sua incapacidade de seguir planos que ele próprio traçou para si (seguir uma dieta, economizar, completar os estudos), ou seja, a força de vontade não é igual em todos os indivíduos, alguns são mais sistemáticos e perseverantes; outros simplesmente não.

Por fim, a economia comportamental trabalha com a limitação do interesse pessoal. Aqui não se trata apenas de limitação da racionalidade, mas sim, de modo mais preciso, da preferência sobre o que lhe traz satisfação pessoal.

Um dos elementos com que trabalha a economia comportamental é o efeito posse ou efeito dotação (*endowment effect*), que demonstra que o indivíduo atribui mais valor ao bem que lhe foi dado (ou ao direito que lhe foi atribuído) do que o que não possui ou que não lhe foi atribuído.³¹ Como destacam Sustain e Thaler,³² “o estudo da relação custo-benefício não pode estar baseado na vontade de pagar, porque esta vontade é uma função da regra original”.

Fixados esses conceitos, é possível voltar ao tema dos litígios com o Poder Público.

Daí o questionamento: qual é a regra original? Qual é o ponto de partida das preferências de vontade do ser humano advogado brasileiro na tomada de decisão sobre o método de solução de disputas?

A regra pilar é aquela a que nos acostumamos praticamente desde o primeiro dia de aula na faculdade de direito: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CR, art. 5º, XXXV). Esse é o direito que ancora a estrutura de mental do advogado brasileiro. Centenas de livros e artigos foram escritos, palestras e aulas foram realizadas para reafirmar essa certeza. É direito de todos ir ao Judiciário para resolver suas disputas. Esse é o bom caminho, o único caminho, ‘o jeito certo’ de resolver.

31 JOLLS, 2009, p. 73.

32 No original: “[...] *the cost-benefit study cannot be based on willingness to pay (WTP), because WTP will be a function of the default rule*”. THALER; SUSTEIN, 2009, p. 31. Tradução livre.

Essa máxima foi sendo realimentada a cada nova ação, a cada novo cliente atendido, a cada novo advogado testado na prova da OAB com uma peça judicial. São décadas com esse discurso. Isso cria um caminho, uma trajetória da qual ficamos dependentes.

A esse respeito, valem as lições de Douglass North, economista norte-americano vencedor do prêmio Nobel em 1993 por seus estudos sobre história econômica e desenvolvimento das nações.³³ O ponto de partida para a compreensão do pensamento de North é o conceito de instituições. Segundo o economista, instituições são as regras do jogo em uma sociedade, ou seja, são as restrições concebidas pelo homem que moldam a interação com os demais membros da sociedade.³⁴ North divide as instituições em formais e informais. As instituições formais são as regras escritas, o direito posto, as leis, os contratos e as decisões judiciais. Já as regras informais advêm do plexo de informações sociais transmitidas de geração em geração, ou seja, é a herança cultural de cada sociedade, criadas como forma de coordenação de relações interpessoais reiteradas. O estabelecimento das regras informais é um processo lento, pois está ligado à acumulação de conhecimento e à formação da cultura (crenças, mitos, interação social) de um povo. Os traços culturais possuem grande capacidade de sobrevivência e suas modificações não ocorrem por simples ruptura, mas sim por um processo de agregação paulatina (*incremental changes*). Isso significa que restrições informais derivadas de aspectos culturais não são modificadas imediatamente por alterações em regras formais.³⁵

Com isso, chega-se a outro conceito-chave nos estudos de North, o de dependência de trajetória (*path dependence*). O economista norte-americano explica que esse longo processo de assimilação de mudanças

33 Naquele ano, o prêmio de economia foi dado a Douglass North e a Robert W. Fogel, também economista norte-americano, vinculado à Universidade de Chicago.

34 NORTH, Douglass. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 16.

35 NORTH, 1990, p. 45.

pela cultura em uma determinada sociedade é responsável pela forma como as instituições evoluem e, portanto, é parte importante do caminho ditado pelo passado em relação ao futuro.³⁶

Disso resulta que não é simples se afastar do Judiciário. Ainda que haja um farto leque de opções ao Judiciário para resolver disputas, todos esses métodos nascem como instituições formais, ou seja, foram editadas leis para criá-las. Isso não significa que façam parte da cultura jurídica brasileira, das nossas instituições informais.

Como examinado no item 2.3, o ser humano possui a natural tendência à inércia. Logo, afastar-se desse modelo mental e cultural é bastante difícil e demorado. Apenas com muito esforço e insistência é que se modifica a trajetória.

4.2 Assimetria informacional: é preciso informar os agentes do mercado a respeito das diferentes opções para resolução de litígios

Assimetria informacional é a diferença de nível de conhecimento existente entre os agentes em uma transação. Na compra de um automóvel usado, por exemplo, o vendedor conhece o histórico do veículo e possíveis defeitos, o que o coloca em posição de vantagem na negociação – inclusive para que adote um comportamento desonesto, oportunista.³⁷ Como destaca Marcia Carla Pereira Ribeiro, a “assimetria informacional impacta na vontade negocial”.³⁸

36 NORTH, 1990, p. 44.

37 AKERLOF, George. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, Cambridge, vol. 84, n. 3, p. 489, agosto, 1970. Disponível em: <http://www.iei.liu.se/nek/730g83/artiklar/1.328833/AkerlofMarketforLemons.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2014.

38 RIBEIRO, 2011, p. 66.

Em termos de resolução de disputas, isso significa dizer que as partes precisam conhecer mais a respeito dos diferentes métodos. Enquanto o nível de conhecimento for baixo, sua utilização também ficará aquém do potencial. Em outras palavras, é preciso levar os métodos alternativos de solução de litígios ao conhecimento de mais agentes desse ‘mercado’. Isso significa informar mais e melhor advogados privados e públicos, além das próprias partes (cidadãos, servidores públicos, empresários, contribuintes).

Advogados públicos mais bem informados e treinados em métodos alternativos poderão desenvolver iniciativas eficientes na redução da litigiosidade no Judiciário. A esse respeito, o Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná tem realizado um trabalho de destaque na contratação de cursos e treinamentos em diferentes métodos alternativos, como mediação e arbitragem.³⁹

Por sua vez, advogados privados não utilizarão – nem recomendarão a seus clientes – esses mecanismos se não houver conhecimento e confiança. A formação jurídica dos profissionais que estão hoje no mercado não contou com disciplinas específicas de métodos alternativos de resolução de disputas. Aos poucos essa realidade começa a mudar. Já há cursos de graduação que preveem em seu projeto pedagógico tais disciplinas. É o caso da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. O curso de Direito passou por reformulação de seu programa em 2019 e, dentre outras alterações, incluiu como disciplinas obrigatórias do curso a arbitragem e mediação e outros meios pacíficos de resolução de conflitos.⁴⁰

Ainda nesse contexto, há instituições ligadas a métodos alternativos que promovem competições entre universidades para que os estudantes lidem com casos simulados em mediação e arbitragem – como é o caso da já

39 Como exemplo, veja-se a notícia no site da Instituição: <https://www.pge.pr.gov.br/Noticia/PGE-capacita-procuradores-em-negociacao-e-advocacia-na-mediacao>. Acesso em: 21 fev. 2022.

40 Disponível em: https://static.pucpr.br/2018/07/re_203-2018_consun_direiro_curitiba_-_ok.pdf. Acesso em: 19 fev. 2022.

tradicional competição organizada pela Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil, a Camarb.⁴¹ Assim, é possível perceber que novos ingressantes no mercado terão menor resistência aos métodos alternativos.

Em relação aos profissionais que já estão no mercado, a OAB, por suas diversas Seccionais, tem promovido debates, cursos e palestras na área. Há comissões temáticas específicas que difundem esses métodos alternativos.

Não é um trabalho simples, mas as sementes estão sendo plantadas. Levar conhecimento aos atores envolvidos em relação de disputas com o Poder Público é um importante passo para reduzir a litigiosidade no Judiciário.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo examinou os litígios com o Poder Público a partir de alguns conceitos de análise econômica do direito. O Judiciário possui estoque de ações judiciais muito elevado e os resultados são ineficientes, notadamente pelo alto grau de morosidade. Ainda assim, essa é a primeira e principal opção a ser buscada na solução de disputas.

O artigo questiona por que tal escolha é feita mesmo diante de um significativo leque de opções alternativas de soluções de disputas. Afinal, se a ferramenta Judiciário é considerada ineficiente e seguimos utilizando em detrimento de outros métodos, há uma típica situação sub-ótima.

As explicações para a existência de número tão grande de ações estão relacionadas a diferentes fatores. Um deles é que o modelo de Estado brasileiro moldado pela Constituição Federal de 1988 estabelece uma séria de políticas públicas de implementação de direitos pelo Poder Público. Disso

41 Informação sobre a competição podem ser encontradas aqui: <https://camarb.com.br/eventos/xii-competicao-brasileira-de-arbitragem-e-mediacao-empresarial-camarb/>. Acesso em: 21 fev. 2022.

sempre resultarão conflitos e disputas que desaguarão no Judiciário. Além disso, apesar dos mecanismos de tutela coletiva de litígios (macro), é muito comum a utilização de ações individuais em Juizados Especiais da Fazenda Pública para tratamento em razão da rapidez e menor complexidade – além da ausência de custas e sucumbência (ao menos no primeiro grau de jurisdição). Por fim, a formação jurídica dos advogados foi moldada para resolver litígios no Judiciário. Advogados já consolidados no mercado tem diante de si um custo de aprendizagem muito significativo para migrar do Judiciário em direção a métodos alternativos.

Por outro lado, existe atualmente um mercado de opções ao Judiciário para solução de disputas com o Poder Público. São soluções consensuais ou adversariais mais rápidas, algumas mais simples, outras mais complexas – todas mais eficientes conforme as circunstâncias do direito a tutelar.

A maior utilização deste grande mercado de opções não é tarefa simples. O Judiciário é o caminho natural da cultura jurídica brasileira, o que cria uma trajetória de muitos anos. Soma-se a isso a natural inércia do ser humano, o que leva à retroalimentação do sistema de solução exclusiva pela via judicial.

Por fim, conclui-se que a superação desse modelo depende de forte redução da assimetria informacional, ou seja, a redução do desconhecimento dos agentes – advogados privados e públicos, servidores, cidadãos, empresários – quanto às opções fora do Judiciário para solução de disputas com o Poder Público.

REFERÊNCIAS

AKERLOF, George. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, Cambridge, vol. 84, n. 3, p. 489, agosto, 1970. Disponível em: <http://www.iei.liu.se/nek/730g83/artiklar/1.328833/AkerlofMarketforLemons.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2014.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**: nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014.

BRAGA NETO, Adolfo. **A mediação e a Administração Pública**. São Paulo: CLA, 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Justiça em Números ano 2021**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Justiça em Números ano 2020**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf. Acesso em: 18 fev. 2022.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DIDIER JR, Fredie; ZANETTI JR, Hermes. **Curso de direito processual civil**, vol. 4. Salvador: Juspodivm, 2013.

JOLLS, Christine. Behavioral law and economics. In: MARCIANO, Alain. **Law and economics**: a reader. Londres: Routledge, 2009.

MACKAAY, Ejan. **Law and economics for civil law systems**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2013.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do Direito**. 2ª edição. Tradução: Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.

NORTH, Douglass. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade limitada. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do Direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Forum, 2011.

SARMENTO, Daniel (org.) **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas**. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2014.

SPAGNOLO, Lisa. Rats in the Kaleidoscope: Rationality, Irrationality, and the Economics and Psychology of Opting in and Out of the CISG (Kaleidoscope Part II), **Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration**, 13, v. 157, 2009.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: o empurrão para a escolha certa**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

Desenvolvimento humano, acesso à justiça e processo coletivo-estrutural

Human development, access to justice and structural collective process

*Claudia Beatriz Matos Machado*¹

RESUMO: A preocupação central deste artigo foi investigar quais contornos o processo civil deve conter a fim de ser adequado ao tratamento de problemas estruturais ligados aos direitos humanos e efetivo para a função jurisdicional de atribuir significado concreto e aplicação aos valores públicos contidos na Constituição. Superando a teoria da autonomia do processo civil, arraigada aos valores dominantes no século XIX e à abstratização do homem difundidos nesta época, procurou-se repensar o conceito de jurisdição à luz da Constituição e propor um procedimento adequado ao caso concreto e, em especial, aos casos estruturais.

PALAVRAS-CHAVE: Processo coletivo, Processo estrutural, Problemas estruturais, Desenvolvimento humano, Direitos humanos.

ABSTRACT: The central concern of this article was to investigate what contours the civil process must contain in order to be adequate for the treatment of structural problems linked to human rights and effective for the jurisdictional function of assigning concrete meaning and application

1 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, cursa pós-graduação em Direito Empresarial e Econômico na Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST, recebeu o Prêmio Milton Vianna – Medalha de Ouro, por haver alcançado o primeiro lugar, com média geral 9,52, advogada.

to the public values contained in the Constitution. Overcoming the theory of autonomy in the civil process, rooted in the dominant values in the 19th century and the abstraction of man spread at this time, we sought to rethink the concept of jurisdiction in the light of the Constitution and to propose a procedure appropriate to the specific case and, in particular, structural cases.

KEYWORDS: Collective process; Structural injunctions; Structural problems; Human development; Human rights.

1. INTRODUÇÃO

Após a primeira metade do século XX, com o advento dos novos Estados Democráticos de Direito, houve uma nova roupagem ao que se entende por Direito, visto que incorporadas as promessas políticas e as utopias sociais ao próprio direito positivo, em constituições principiológicas, como a Constituição da República de 1988. Até mesmo os direitos individuais deixaram de “ser lidos sob um aspecto meramente formal e [adquiriram] um novo conteúdo *material* que lhes [conferiu] uma densidade axiológica renovada”.²

Não obstante, esta mudança epistemológica não foi suficiente para alterar o plano material da sociedade, sobretudo em razão da efetivação dos direitos reconhecidos demandar recursos e esforços conjuntos das diferentes esferas do Poder e da sociedade civil, os quais, por vezes, são mal administrados e mal destinados, reforçando, assim, os problemas estruturais existentes na realidade social.

Nessa toada, surgiram os fenômenos gêmeos da politização do direito (incorporação dos anseios sociais ao próprio direito positivo) e da ju-

2 VALLE, Bortolo. Anotações da disciplina Direito, Poder e Justiça. Curitiba: UNICURITIBA, 2018.

ridicização da política (duas faces de uma mesma moeda), na medida em que o recurso ao Poder Judiciário foi a alternativa encontrada pelos sujeitos atingidos/inseridos nestes problemas estruturais – que, em regra, demandam políticas públicas para serem solucionados – a fim de reivindicar seus direitos violados.

Contudo, o processo civil tradicional, de raízes oitocentistas e de carga individualista, não acompanhou a densidade axiológica, abertura e maleabilidade características dos direitos constitucionais contemporâneos, não se mostrando hábil a analisar o problema numa perspectiva ampla o suficiente para possibilitar que as decisões proferidas não causem distorções nem consequências mais graves do que as existentes nos casos que se pretende alterar.

Por isso, considerando que estes fenômenos, ainda que se invoque a teoria da “separação dos poderes”, são uma realidade social que não se pode afastar, o objetivo deste artigo é investigar os contornos que o processo civil deve conter a fim de ser adequado aos problemas estruturais, especialmente os ligados aos direitos humanos, e efetivo para a função jurisdicional de atribuir significado concreto e aplicação aos valores constitucionais.

2. ACESSO À JUSTIÇA E PROCESSO COLETIVO-ESTRUTURAL

O processo civil tradicional não acompanhou os direitos e demandas sociais emergentes no último século, visto que fora pensado, conforme Bruno de Lima Picoli, para lidar com controvérsias privadas episódicas entre autor e réu, “abstratamente conformada[s] na fórmula da ‘relação jurídica processual’, em que se contrapõem *dois interesses unitários, diametralmente opostos*, a serem decididos numa lógica ‘o vencedor leva tudo’.”³

3 PICOLI, Bruno de Lima. **Processo estrutural**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2018, p. 16.

A própria ideia de acesso à justiça, nos séculos XVIII e XIX, embora pudesse ser considerada como um direito natural, “significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação”,⁴ não sendo uma preocupação do Estado efetivá-lo *na prática*, sobretudo porque entendia-se que sendo os direitos naturais anteriores ao próprio Estado, não necessitavam da atuação deste para a sua proteção.⁵ De acordo com Mauro Cappelletti e Bryant Garth, “nos Estados liberais ‘burgueses’ dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante”.⁶

E, hoje, esta lógica individualista permanece inclusive nas ações coletivas, tendo em vista que a tutela coletiva nacional, segundo Sérgio Cruz Arenhart, “não é, a rigor, uma técnica que permite à coletividade expressar sua vontade ou seus interesses”,⁷ pois o que as difere das demandas individuais é a existência de alguns entes legitimados à proteção de interesses de terceiros ou de toda a coletividade, através de uma representação mais aparente do que real.⁸ Isto porque “os instrumentos processuais são os mesmos, as técnicas são as mesmas e o procedimento desenhado é, substancialmente, o mesmo que é empregado para a tutela de interesses individuais em sentido estrito”, além de o legitimado ativo possuir a prerrogativa de dizer o que a sociedade precisa, exige ou deseja, sem, no entanto, ter o dever de consultá-la ou de oportunizar a sua manifestação prévia.

4 CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 9.

5 CAPPELLETTI, 1988, p. 9.

6 CAPPELLETTI, 1988, p. 9.

7 ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Instituto de Processo Comparado: **Revista de Processo Comparado**, 2016, p. 8. Disponível em: <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Deciso-es-estruturais.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2018.

8 ARENHART, 2016.

Dessa forma, “mantém-se suas raízes no mesmo ideário do processo individual, carrega consigo os mesmos defeitos daquele e, portanto, não é capaz de servir de cenário para o debate de políticas públicas”,⁹ de modo que “os mesmos defeitos que se vê em um processo individual podem também ser vistos no processo coletivo”.¹⁰

Em vista disso, como pontua Marcella Ferraro, poderia ser questionada, devido a esta disparidade entre o direito material e o processual e à consequente inadequação da resposta dada aos litígios estruturais, a razão pela qual não se reconhece que “o Judiciário é realmente melhor no exercício da ‘jurisdição tradicional’ (a que o processo como usualmente concebido seria mais adequado)”,¹¹ restringindo-se, então, “sua atuação ‘ao que melhor sabe fazer?’”.¹² Ou, por outro lado, poderia ser invocado o argumento de que o Judiciário “não pode adentrar questões de competência ‘privativa’ e ‘discricionária’ do Executivo [...], em situações em que se depende de atuação da Administração Pública, ou que não pode fazer-se legislador”,¹³ justificando-se, assim, a falta de tutela dos direitos tanto na perspectiva individual quanto coletiva (o que não raras vezes acontece).

Embora estas fossem respostas mais fáceis, restringir a atuação do Poder Judiciário implicaria em não só violar art. 5º, XXXV, da Constituição, que prevê o direito à tutela jurisdicional efetiva e ao acesso à justiça, mas também desconsiderar um fenômeno político-social, de difícil reversão.¹⁴ É um fato inquestionável a ampliação da atuação do Judiciário em questões

9 ARENHART, 2016.

10 ARENHART, 2016.

11 FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 32.

12 FERRARO, 2015, p. 32.

13 FERRARO, 2015, p. 46.

14 FERRARO, 2015, p. 48.

complexas e policêntricas e no cotidiano controle jurisdicional de políticas públicas, o que, contudo, não decorre “puramente de previsões normativas ou de um ‘voluntarismo’ judicial”. Porém, em razão do recorte promovido no conflito pelos processos individuais, estas questões (acerca de políticas públicas) acabam reduzidas ao “simples debate entre um ‘direito subjetivo’ de determinado indivíduo frente ao Estado”.¹⁵

Exemplo dessa realidade são as ações de medicamentos,¹⁶ em que um sujeito específico pretende a concessão de certo remédio (em geral de alto custo ou de comercialização até então não aprovada pelos órgãos públicos que regulam o setor) com fundamento no direito fundamental à saúde.¹⁷ Embora o problema seja policêntrico e complexo e, ao fim e ao cabo, reflita um conflito acerca da política de saúde nacional, por ser tratado em uma perspectiva individual, deixa de ser visto como um problema extremamente grave e passa a ser abordado como uma discussão singela: “o direito fundamental à saúde pode ou não impor a prestação de determinado tratamento específico a indivíduo determinado?”.¹⁸ De acordo com Arenhart, o problema é reduzido “a um conflito entre o direito fundamental à vida e à saúde (daquele que busca o medicamento como forma para sobreviver) *versus* o interesse patrimonial do Estado”,¹⁹ de modo que a controvérsia aparenta ser muito simples bem como evidente a sua solução.

Com esta atuação, além de não considerar os impactos da decisão na política pública de saúde nacional, o Judiciário condiciona a distribuição dos recursos reservados à saúde no país à ordem de ajuizamento das ações individuais, sendo alocados segundo “a) a maior compreensão do emprego

15 ARENHART, 2016.

16 Adota-se, aqui, o exemplo apontado por Sérgio Cruz Arenhart em seu artigo intitulado *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão*.

17 ARENHART, 2016.

18 ARENHART, 2016.

19 ARENHART, 2016.

do Judiciário na tutela dos próprios interesses; b) a anterioridade do exercício do direito de ação; c) o mais alto nível cultural, econômico e social do requerente”.²⁰ Dessa forma, o processo acaba privilegiando aqueles que, em geral, estão em condições “menos desfavoráveis”, e não “aqueles que mais necessitam da proteção da política pública”.²¹

Nesta perspectiva, apesar da expressão “acesso à justiça” ser de difícil definição, é fundamental, consoante Mauro Cappelletti e Bryant Garth, para a identificação de duas finalidades básicas do sistema jurídico: a acessibilidade ao Poder Judiciário, de forma igual a todos, e a produção de resultados individual e socialmente justos.²² Porém, com o modo pelo qual problemas estruturais vêm sendo abordados em âmbito judicial (conformados no processo como um caso individual em que apenas os interesses daqueles que conseguem ter acesso ao Judiciário são considerados), tanto a primeira finalidade quanto a segunda não são atingidas de forma exitosa. A primeira, porque o que ocorre, na verdade, é a acentuação da falta de isonomia, e a segunda porque por vezes são proferidas decisões “autossuficientes”, que não consideram a necessidade de atuação das forças políticas para a sua implementação bem como as suas implicações na coletividade.

Diante disso, justifica-se a necessidade de se pensar os contornos que o processo judicial adequado deve conter, oferecendo-se ao magistrado “novos padrões de atuação e, sobretudo, maior flexibilidade na adequação de sua decisão àquilo que exija a situação concreta”.²³

20 ARENHART, 2016.

21 ARENHART, 2016.

22 CAPPELLETTI, 1988, p. 10.

23 ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. 2013. Disponível em academia.edu. Acesso em: 14 jul. 2018.

2.1 O que são problemas estruturais? Uma abordagem a partir da teoria das capacidades de Amartya Sen

De acordo com Owen Fiss, a função da jurisdição é atribuir significado concreto e aplicação aos valores constitucionais. Devido à sua crítica à obediência exclusiva à regra da maioria e à teoria do defeito legislativo, segundo a qual “os tribunais devem deferência ao Poder Legislativo, em questões constitucionais, a menos que haja alguma razão para assumir que o processo legislativo esteja funcionando de forma inadequada”,²⁴ a preocupação dos seus estudos estava voltada à proteção da minoria.

Conforme o autor, “nenhum regime constitucional pode ser legitimado apenas [...] por meio do predomínio das instituições político-representativas majoritárias em detrimento dos órgãos jurisdicionais”,²⁵ pois, ainda que garantido a todos os grupos sociais a participação adequada no processo político e consideradas as preferências da minoria, esta pode ser vitimada no processo legislativo. Partindo do pressuposto de que a vitimização de minorias isoladas e sem voz muitas vezes é inerente ao próprio processo político, ainda que regular, chega à conclusão de que “a proteção da minoria deve ser buscada em outra dimensão e não em eventual defeito de participação no processo legislativo”.²⁶

Segundo Fiss, esta outra dimensão é a Constituição, cabendo ao juiz a tarefa de conferir significado aos valores nela contidos, sem, contudo, participar na política de grupos de interesses e falar em nome das minorias, pois, ao contrário disso, a jurisdição deve “interpretar a Constituição a fim de decidir o que é justo a partir do seu texto, da história e dos ideais sociais,

24 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**, v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 121.

25 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 121.

26 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 121.

e assim, se for o caso, dar tutela à minoria”.²⁷ Nesta perspectiva, já não é mais suficiente afirmar que a função da jurisdição em um Estado Constitucional é apenas *iuris dictio*, ou seja, dizer o direito, sobretudo em razão do seu dever de prestar a tutela prometida pelo direito material.

“Dar sentido aos valores públicos”, consoante Fiss, não diz respeito somente à declaração de quais valores merecem ou não proteção, “não é somente conferir significados específicos para esses valores – é, ademais, dar-lhes conteúdo operacional”,²⁸ concretizá-los, efetivá-los, atualizá-los, donde emerge o direito fundamental à tutela efetiva, construída a partir das necessidades do direito material evidenciadas no caso concreto, compreendidas à luz das normas constitucionais.²⁹

E a “reforma estrutural”, por sua vez, apresenta-se como uma modalidade de exercício da jurisdição, como uma compreensão mais ampla da função judicial, que “ênfatiza um aspecto essencial da jurisdição – a necessidade de dar efeito concreto ao conteúdo substancial do ordenamento jurídico”.³⁰

Conforme o autor, “direitos e medidas judiciais são [...] duas fases de um processo social único – a tentativa de dar significado aos valores públicos”.³¹ Enquanto “os direitos operam no domínio da abstração, as medidas no mundo da realidade prática”,³² de modo que a medida, por

27 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 122.

28 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 122.

29 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 127-129.

30 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 123.

31 FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade** / Owen Fiss; coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles; tradução Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 97.

32 FISS, 2004, p. 97.

ter como propósito conferir eficácia ao direito declarado, deve a ele ser subordinada.

Assim, o produto do direito e da sua implementação (medidas judiciais) é o significado de um valor público (direitos + medidas judiciais = significado de um valor público).³³ Logo, o processo estrutural é o instrumento pelo qual há a implementação do direito declarado através da medida judicial tida como mais adequada ao caso concreto, alcançando-se, dessa forma, a finalidade da jurisdição: atribuição de significado social e expressão concreta aos valores públicos contidos na Constituição.

Ocorre que o objetivo deste trabalho é abordar as reformas estruturais não a partir dos valores constitucionais em sentido amplo, mas sim a partir do sentido específico dos direitos humanos, em especial os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Estes seriam espécie enquanto aqueles o gênero.

Nesta perspectiva estrita, o processo estrutural se apresenta como um instrumento para a promoção do desenvolvimento humano, ou seja, com a composição da equação³⁴ pelos direitos humanos, a finalidade da jurisdição seria, então, a promoção do desenvolvimento humano (direitos humanos + medidas judiciais = processo estrutural com a finalidade de promoção do desenvolvimento humano).

No campo filosófico, um importante estudo acerca do Desenvolvimento Humano foi elaborado por Amartya Sen, professor da Universidade de Harvard, que recebeu em 1998 o prêmio Nobel de Economia por seu trabalho sobre a economia do bem-estar social. A abordagem proposta pelo filósofo “é principalmente uma tentativa de ver o desenvolvimento como um

33 “Direitos e medidas judiciais, em conjunto, constituem o significado de um valor público” (FISS, 2004, p. 97).

34 Direitos + medidas judiciais = significado de um valor público.

processo de expansão das liberdades que as pessoas desfrutam”,³⁵ de modo que possam levar o tipo de vida que valorizam e almejam.³⁶

Sen justifica a importância intrínseca da liberdade humana como o objetivo preeminente do desenvolvimento através de duas razões diferentes (apesar de ressaltar que não são os únicos motivos que tornam a liberdade valiosa). A primeira diz respeito à implicação do aumento de liberdade: o crescimento de oportunidades para as pessoas buscarem seus objetivos (tudo aquilo que valorizam), pois, em suas palavras, “mais liberdade nos dá mais *oportunidade* de buscar nossos objetivos”.³⁷

Para o autor, a liberdade:

ajuda, por exemplo, em nossa aptidão para decidir viver como gostaríamos e para promover os fins que quisermos fazer avançar. Esse aspecto da liberdade está relacionado com nossa destreza para realizar o que valorizamos, não importando qual é o processo através do qual essa realização acontece.³⁸

A segunda razão, por sua vez, está ligada à possibilidade de se atribuir importância ao próprio processo de escolha, de modo que as pessoas possam, por exemplo, “ter certeza de que não estão sendo forçadas a algo por causa de restrições impostas por outros”.³⁹

35 SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 52.

36 Segundo Amartya Sen, “ao avaliarmos nossas vidas, temos razões para estarmos interessados não apenas no tipo de vida que conseguimos levar, mas também na liberdade que realmente temos para escolher entre diferentes estilos e modos de vida.” (SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 261).

37 SEN, 2011. p. 262.

38 SEN, 2011. p. 262.

39 SEN, 2011. p. 262.

Assim, a expansão da liberdade é considerada tanto (1) o fim primordial quanto (2) o principal meio do desenvolvimento. Sen os chama, respectivamente, de “papel constitutivo” e “papel instrumental” da liberdade no desenvolvimento.⁴⁰

O papel constitutivo (fim) é relacionado à importância das liberdades substantivas (oportunidades reais) no enriquecimento da vida humana, as quais incluem capacidades elementares, como ter condições de evitar privações como a fome, subnutrição, enfermidades e a morte prematura, bem como as liberdades associadas a saber ler e fazer cálculos aritméticos, ter participação política e liberdade de expressão, para citar alguns.⁴¹ Nessa perspectiva constitutiva, o autor afirma que “o desenvolvimento envolve a expansão dessas e de outras liberdades básicas: é o processo de expansão das liberdades humanas, e sua avaliação tem de basear-se nessa consideração”.⁴²

Para ilustrar o papel “constitutivo” da liberdade para o desenvolvimento humano, é valioso o exemplo apresentado por Amartya Sen. Imagine-se uma pessoa muito rica que seja impedida de se expressar livremente ou de participar de debates e decisões públicas. Ainda que do ponto de vista econômico esta pessoa não possa ser considerada desfavorecida, está sendo privada de algo que tem motivos para valorizar, o que, no entanto, não é levado em consideração pelas visões mais estreitas de desenvolvimento (baseadas no crescimento do produto nacional bruto ou da industrialização).⁴³

Como Amartya Sen ressalta, apesar de ser comum a indagação acerca da contribuição da liberdade de participação e dissensão política para o desenvolvimento, esta questão, à luz da ótica fundamental do desenvolvimento como liberdade, mostra-se mal formulada, uma vez que a participação

40 SEN, 2000, p. 52.

41 SEN, 2000, p. 52.

42 SEN, 2000, p. 52.

43 SEN, 2000, p. 52-53.

e a oposição política são partes *constitutivas* do próprio desenvolvimento, não podendo a sua importância ser medida a partir do grau de contribuição indireta a *outras* características do desenvolvimento. “Essas liberdades são parte integrante do enriquecimento do processo de desenvolvimento”.⁴⁴

Essa importância intrínseca da liberdade como um *fim* do desenvolvimento, porém, não afasta a relevância do papel instrumental da liberdade política como um *meio* para tanto, pois justamente o papel instrumental da liberdade diz respeito ao fato de que diferentes tipos de direitos e oportunidades “contribuem para a expansão da liberdade humana em geral e, assim, para a promoção do desenvolvimento”.⁴⁵

Conforme o filósofo:

A eficácia da liberdade como instrumento reside no fato de que diferentes tipos de liberdade apresentam inter-relação entre si, e um tipo de liberdade pode contribuir imensamente para promover liberdades de outros tipos. Portanto, os dois papéis estão ligados por relações empíricas, que associam um tipo de liberdade a outros.⁴⁶

Embora tenha recorrido sobre diversas liberdades instrumentais que contribuem, de forma direta ou indireta, para a liberdade global que as pessoas têm para viver como desejariam, Amartya Sen destacou cinco tipos de liberdade que, na perspectiva instrumental, merecem ênfase. São eles: (1) liberdades políticas, (2) facilidades econômicas, (3) oportunidades sociais, (4) garantias de transparência e (5) segurança protetora.⁴⁷ Estas liberdades instrumentais, além de contribuírem para o incremento da liberdade constitutiva das pessoas, complementam-se umas às outras.

44 SEN, 2000, p. 52-53.

45 SEN, 2000, p. 54.

46 SEN, 2000, p. 54.

47 SEN, 2000, p. 55.

As liberdades políticas, amplamente concebidas, incluem os direitos civis e os direitos políticos associados às democracias. Abrangem as oportunidades de diálogo político, oposição e crítica, além do direito de voto de membros do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

Referem-se às oportunidades que as pessoas têm para determinar quem deve governar e com base em que princípios, além de incluírem a possibilidade de fiscalizar e criticar autoridades, de ter liberdade de expressão política e uma imprensa sem censura, de ter a liberdade de escolher entre diferentes partidos políticos etc.⁴⁸

As facilidades econômicas, por sua vez, dizem respeito às condições materiais dos indivíduos, “são oportunidades que os [eles] têm para utilizar recursos econômicos com propósitos de consumo, produção e troca”. São liberdades instrumentais ligadas ao desenvolvimento econômico do país, o qual produz reflexos nas condições econômicas da população, não só elevando as rendas privadas, “mas também possibilitando ao Estado financiar a seguridade social e a intervenção governamental de forma ativa”.⁴⁹

Já as oportunidades sociais são disposições importantes não só no âmbito privado, mas também no público. São relacionadas às áreas da saúde e da educação e facilitam tanto a manutenção de uma vida saudável, sem a interferência de enfermidades evitáveis e da morte prematura, quanto a participação mais efetiva em atividades econômicas e políticas. Nas palavras do filósofo, “com oportunidades sociais adequadas, os indivíduos podem efetivamente moldar seu próprio destino e ajudar uns aos outros. Não precisam ser vistos, sobretudo, como beneficiários passivos de engenhosos programas de desenvolvimento”.⁵⁰

48 SEN, 2000, p. 55.

49 SEN, 2000, p. 55-57.

50 SEN, 2000, p. 26.

Em especial, os grupos elencados acima evidenciam a suplementação mútua e o reforço recíproco das liberdades instrumentais para a promoção do desenvolvimento humano. O exemplo apresentado por Sen ilustra de forma ímpar esta relação. O analfabetismo pode ser um óbice não só à participação em atividades econômicas com um rigoroso controle de qualidade, mas também à participação política, em razão da incapacidade de ler jornais ou se comunicar por escrito com os demais indivíduos envolvidos em atividades políticas.⁵¹ Dessa forma, fica claro que “a privação de liberdade econômica pode gerar a privação de liberdade social, assim como a privação de liberdade social ou política pode, da mesma forma, gerar a privação de liberdade econômica”.⁵²

A quarta categoria está atrelada à ideia de que a sociedade opera com alguma presunção básica de confiança e é denominada por Sen de garantias de transparência, as quais se referem “às necessidades de sinceridade que as pessoas podem esperar: liberdade de lidar uns com os outros sob garantias de dessegredo e clareza”. São garantias que têm um papel como inibidores da corrupção, de transações ilícitas e da irresponsabilidade financeira.

Por fim, a segurança protetora “é necessária para proporcionar uma rede de segurança social”,⁵³ de modo a impedir que pessoas presentes no limiar da vulnerabilidade devido a mudanças materiais que afetem adversamente suas vidas sejam reduzidas à miséria abjeta e até mesmo à fome e à morte. De acordo com Amartya Sen, a esfera da segurança protetora inclui tanto disposições institucionais fixas quanto medidas *ad hoc*, sendo exemplos das primeiras os benefícios aos desempregados e suplementos de renda aos necessitados, e das segundas, distribuição de alimentos e suprimentos em tempo de crise de fome coletiva ou em razão de desastres ambientais.⁵⁴

51 SEN, 2000, p. 56.

52 SEN, 2000, p. 23.

53 SEN, 2000, p. 57.

54 SEN, 2000, p. 57.

Diante do exposto, ainda que de forma breve, é possível perceber que o filósofo indiano não procura formular uma teoria da justiça ideal, que sirva para qualquer Estado e para qualquer tempo. Ao contrário, ele retira o foco das utopias conceituais do direito na tentativa de responder às questões mais urgentes da cidadania, colocando no centro da discussão os anseios e reivindicações das pessoas reais, através de uma reavaliação das prioridades da justiça e da política, pois, para ele, “as exigências da justiça têm de dar prioridade à eliminação da injustiça manifesta, em vez de se concentrar na busca prolongada da sociedade perfeitamente justa”.⁵⁵

Portanto, não se trata de defender e adotar como princípio de justiça (foco informacional) as liberdades formais que as pessoas possuem, mas sim buscar uma sociedade mais justa e desenvolvida através das capacidades que as pessoas desfrutam, ou seja, das oportunidades reais que elas têm a sua disposição, ligadas às liberdades substantivas e que as tornam realmente aptas a levarem a vida que almejam,⁵⁶ livres da interferência intrusiva dos outros, incluindo o Estado.⁵⁷

Assim, no que toca ao objeto deste trabalho – as chamadas reformas estruturais –, a teoria das capacidades de Amartya Sen apresenta duas contribuições: a primeira acerca da compreensão do que são casos estruturais e a segunda a respeito de qual é o papel dos juízes e do processo judicial estrutural.

Considerando a liberdade o fim primordial e o principal meio do desenvolvimento (processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam), situações de violação de direitos podem ser compreendidas como aquelas que ferem o papel constitutivo da liberdade (a oportunidade

55 SEN, 2011, p. 294.

56 “Já que a ideia da capacidade está ligada à liberdade substantiva, ela confere um papel central à aptidão *real* de uma pessoa para fazer diferentes coisas que ela valoriza.” (SEN, 2011, p. 288).

57 SEN, 2011, p. 338.

das pessoas levarem a vida que valorizam e almejam), que ocorre devido a uma interferência no processo de escolha, nas liberdades instrumentais necessárias para se alcançar o fim desejado.

Logo, é possível compreender os casos estruturais como situações ligadas ao papel instrumental da liberdade, que violam alguma ou algumas das liberdades instrumentais necessárias ao desenvolvimento humano, em especial os cinco tipos elencados por Sen (liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora).

Quanto à compreensão de qual é o papel dos juízes e do processo judicial estrutural, a contribuição da teoria das capacidades advém do seu caráter pragmático e da prioridade atribuída à eliminação da injustiça manifesta, não à busca prolongada da sociedade perfeitamente justa.

Nessa toada, o objetivo do juiz deve ser, através do processo, operar mudanças concretas e factíveis na estrutura posta sob questão, em uma perspectiva macro.⁵⁸ E justamente pela necessidade de uma mudança *factível*, é preciso compreender que o problema não terá uma única solução através de *uma* decisão, “da noite para o dia”. Pelo contrário, a mudança é gradativa, pois muitos são os caminhos para a eliminação da violação de direitos, devendo as medidas adotadas durarem pelo menos quanto dure a realidade social que elas procuram modificar.⁵⁹ Dessa forma, ainda que esta postura não gere o resultado mais efetivo do ponto de vista individual, implica em um expressivo ganho social, um sucesso estrutural.⁶⁰

Para tanto, os juízes devem ter consciência de que não são “todo-poderosos” (para usar a expressão adotada por Owen Fiss), tendo em vista que “não podem determinar todos os resultados, posto que parte deles depende

58 FERRARO, 2015.

59 FISS, 2004, p. 113.

60 FISS, 2004, p. 70.

de forças que estão além do controle judicial”.⁶¹ Visto que muitas vezes “o sucesso prático depende vitalmente das preferências, da vontade do corpo político”,⁶² mostra-se de extrema importância o diálogo e a colaboração entre as partes.

Ademais, é preciso o reconhecimento da importância de se levar em consideração os resultados das disposições sociais ao julgá-las e a sensibilidade para com as consequências da decisão, a fim de que ela não seja mais grave do que a situação que se pretende modificar.⁶³

Por fim, a teoria das capacidades reflete a “necessidade de atentar para o *bem-estar* das pessoas envolvidas ao julgar as disposições sociais e seus resultados”⁶⁴ (considerar os diversos interesses imbricados no caso estrutural). Dessa forma, o processo judicial estrutural é aquele que visa a eliminar violações de liberdades instrumentais para então haver a promoção das liberdades constitutivas (fim) e, assim, o desenvolvimento humano.

3. CONTORNOS DO PROCESSO COLETIVO-ESTRUTURAL

Marcella Ferraro afirma que, embora Owen Fiss e Abram Chayes sejam dois autores centrais na discussão acerca dos litígios estruturais, nos EUA, suas obras não estão isentas de críticas. Segundo Ferraro, uma destas críticas diz respeito à concentração da preocupação no papel do juiz e a consequente exclusão do campo de análise dos “diferentes grupos, interesses e interações que esses litígios envolvem”.⁶⁵ Isso se confirma, de acordo com a autora, com a observação de Fiss de que “no processo estrutural, o

61 FISS, 2004, p. 100.

62 FISS, 2004, p. 101.

63 SEN, 2000, p. 79.

64 SEN, 2000, p. 79.

65 FERRARO, 2015, p. 109.

juiz confronta uma burocracia estatal para, operando a reforma estrutural, eliminar a ameaça aos valores públicos”,⁶⁶ bem como com a afirmação de Chayes de que “a figura dominante na organização e na condução do caso é o *juiz*, que teria passado a ser o criador ou gestor de formas complexas de remédios judiciais”.⁶⁷

A autora afirma que esta visão do fenômeno dos litígios estruturais, nos EUA, decorre das próprias características das decisões judiciais proferidas entre os anos de 1964 e 1974. Enquanto as decisões anteriormente proferidas, a partir do caso *Brown*, entre os anos de 1954 e 1964, eram divididas em duas partes, a primeira veiculando uma proibição genérica acerca da correção ou não de uma conduta, e a segunda uma determinação à autoridade competente para agir em prol da implementação de práticas no sentido de efetivar a declaração anteriormente proferida, as decisões posteriores “passaram a ser mais detalhadas, incluindo com mais especificidades o que deveria ser feito para implementar as reformas estruturais”.⁶⁸

Assim, o juiz assumiu um papel de protagonista na operação da reforma estrutural, pois, para além de declarar o que era ou não correto, por meio de uma proibição genérica, e determinar uma atuação positiva da autoridade competente, (sem, contudo, especificá-las, cabendo a esta elaborar um plano de ação para tanto), passou a pormenorizar quais medidas deveriam ser tomadas, bem como a fiscalizar a sua adoção, dando forma, então, ao denominado modelo de comando-e-controle,⁶⁹ caracterizado “por uma regulação ‘de cima para baixo’, operada de modo centralizado, tipicamente com um comando (como está no próprio nome) acoplado a uma sanção, para o caso de não ser observado”.⁷⁰

66 FERRARO, 2005, p. 109.

67 FERRARO, 2005, p. 109.

68 FERRARO, 2005, p. 109.

69 FERRARO, 2005, p. 111.

70 FERRARO, 2005, p. 111.

Dessa forma, a autora conclui que este modelo, além de concentrar o poder de decisão nas mãos dos juízes, leva à personalização destas decisões, na medida em que não advêm da instituição judiciária abstratamente concebida ou da pura aplicação do direito, mas sim da atuação de um juiz específico em contato contínuo com a burocracia estatal a ser reformada, o que, por um lado, aumenta o senso de responsabilidade do magistrado, mas, por outro, foca a análise excessivamente no juiz. Por isso, os críticos das ideias de Fiss e Chayes sugerem outra abordagem dos litígios estruturais, na tentativa de captar a amplitude deste fenômeno, não mais questionando *“como os juízes fazem política”*, mas sim *“como as cortes funcionam como uma arena de disputa política”*.⁷¹

Uma destas sugestões é o experimentalismo, proposto por Charles Sabel e William Simon, com uma perspectiva mais ampla, compatível com a policentria característica dos casos estruturais, e marcado, conforme Ferraro, pela participação dos interessados e negociação entre eles, pela adoção de objetivos gerais e critérios avaliativos, flexibilidade, revisão contínua e transparência.⁷²

A participação dos interessados e a negociação entre eles diz respeito à possibilidade de diferentes participantes atuarem no processo (ou serem chamados para tanto), ainda que não sejam formalmente partes, a fim de exporem, fundamentadamente, suas opiniões e colaborarem para o sucesso da reforma estrutural, sobretudo porque o processo não é hierárquico, tampouco fechado.

Aliado a isso e à compreensão de que as informações sobre os problemas sob análise são limitadas e, por conseguinte, da impossibilidade de delimitação com exatidão e de antemão de todas as condutas a serem adotadas, surge a necessidade de estipulação de objetivos gerais e critérios avaliativos. Esta marca do experimentalismo, ressaltada por Ferraro, refere-se à

71 FERRARO, 2005, p. 110.

72 FERRARO, 2005, p. 114.

elaboração de normas gerais com previsão dos fins a serem alcançados, mas sem a especificação dos meios para atingi-los, competindo, pois, às partes determinarem as condutas a serem adotadas e, ao juízo, a designar procedimentos e critérios avaliativos do seu desempenho.⁷³

Nessa toada, devido à incompletude do conhecimento acerca do problema e dos seus desdobramentos, mostram-se necessárias a flexibilidade e a revisão contínua (terceira marca do experimentalismo) no sentido de permitir a alteração das políticas à medida que as questões vão surgindo, o que é possível em razão da provisoriedade e flexibilidade das normas impostas, pois o que há, na verdade, “é um processo de aprendizagem com a experiência, de modo colaborativo e construtivo”.⁷⁴ Nas palavras de Marcella Ferraro “se determinada meta, por diferentes razões, mostra-se posteriormente inadequada ou insatisfatória (ou até intangível), e já que é concebida desde logo como algo que pode ser modificado, sendo assim contestável, sujeita-se a alteração”.⁷⁵

Por fim, a transparência concerne à imprescindibilidade da publicidade dos critérios e dos procedimentos de avaliação do cumprimento das ações para alcançar os objetivos estabelecidos, através de um contínuo processo de monitoramento e revisão, que permite identificar o que houve de certo e errado, aprimorar as medidas futuras e, assim, obter sucesso e dotar a instituição de autonomia.⁷⁶ Dessa forma, “procura aumentar-se a quantidade de informações e a flexibilidade e contínua revisão, de modo que possíveis efeitos não desejados ou não imaginados não se concretizem ou ao menos não se consolidem”.⁷⁷

73 FERRARO, 2005, p. 115.

74 FERRARO, 2005, p. 115.

75 FERRARO, 2005, p. 115.

76 FERRARO, 2005, p. 116.

77 FERRARO, 2005, p. 116-117.

Não obstante, ainda que a perspectiva experimentalista “não seja a única possibilidade ou nem sempre encontre condições favoráveis para desenvolver ou para desenvolver-se por completo, [...] é útil [...] na conformação de um processo coletivo-estrutural no Brasil”,⁷⁸ cujos elementos, na linha do modelo apresentado, e conforme aponta Marcella Ferraro, são a participação e negociação; foco nos resultados; flexibilidade; e transparência. Porém, antes de adentrar neste ponto, seguindo o raciocínio desenvolvido pela referida autora, cumpre esclarecer o intuito da proposta do processo coletivo-estrutural, qual seja, “operar transformações concretas, não decisões autossuficientes”,⁷⁹ portanto, em um viés pragmático.

3.1 Viés pragmático

De acordo com Marinoni, Arenhart e Mitidiero, antes da teorização da autonomia do direito processual civil não havia distinção entre o direito processual e o direito material, pois “o processo nada mais era do que um procedimento ou um rito, visto como mera sequência de atos, destinados a permitir a aplicação do direito material violado”.⁸⁰ Ou seja, “o processo constituía uma série de atos que deveriam ser praticados como consequência da litigiosidade da relação jurídica de direito privado”,⁸¹ uma vez que não possuía outra finalidade senão servir ao direito material violado, por ser, ao fim e ao cabo, um “apêndice” deste, seu simples desenvolvimento.⁸²

Contudo, afirmam os autores que quando a atribuição de solucionar os litígios passou a ser vista como essencial ao Estado, o processo deixou de ser inserido no âmbito do direito privado e se desvinculou da finalidade de

78 FERRARO, 2015, p. 116-117.

79 FERRARO, 2005, p. 118.

80 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 423.

81 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 423.

82 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 423.

servir ao direito material violado, servindo, então, à jurisdição, como um instrumento através do qual “o Estado se manifesta com o objetivo de fazer valer o ordenamento jurídico”.⁸³ Nesta perspectiva, apesar de permanecer necessária a iniciativa das partes e o seu interesse para a instauração do processo, a jurisdição, nele expressa, passou a ser fundamental ao Estado, tendo em vista “a ‘descoberta’ de que o processo não era um mero rito de aplicação judicial do direito material violado, mas sim um instrumento através do qual o Estado exerce o seu poder”.⁸⁴

Esta mudança, conforme os autores, promoveu uma ruptura entre as ideias de processo (cujo fim era a atuação da lei) e de procedimento (ao qual nenhum fim foi atribuído), tendo a autonomia do direito processual se consolidado, sobretudo, com a obra de Oskar Bülow, intitulada Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais, na qual o autor propôs uma explicação da natureza do processo e expôs a sua teoria, conhecida como teoria da relação jurídica processual. Firmada nas premissas da autonomia do processo em relação ao direito material e da sua natureza pública, a teoria de Bülow sistematizou a “existência de uma relação jurídica processual de direito público, formada entre as partes e o Estado”,⁸⁵ com sujeitos determinados (juiz, autor e réu), objeto (prestação jurisdicional) e pressupostos próprios (propositura da ação, capacidade para ser parte e investidura na jurisdição daquele a quem a ação é dirigida),⁸⁶ bem como caracterizada pela existência de poderes, direitos, faculdades e correlatos deveres.⁸⁷

83 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 423.

84 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 425.

85 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 426.

86 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 426.

87 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 426-427.

Ocorre que o conceito de relação jurídica processual, bem como o de relação jurídica de direito privado, devido à sua fonte comum, a pandectística alemã, estão arraigados aos valores dominantes no século XIX e à abstrativização difundida nesta época, que transformou o homem em apenas um dos seus elementos, “sem vida nem humanidade, mais um objeto do que um ser concreto ou um homem de carne e osso”.⁸⁸ Entretanto, hoje, enxergar o processo somente como um instrumento para atuação da lei, de maneira neutra e descompromissada com a realidade social, implica em negar as transformações ocorridas com o advento dos Estados Constitucionais e a expressiva relevância do próprio processo para a efetivação da democracia.⁸⁹

Em vista disso, partindo-se do pressuposto de que a jurisdição tem a função de atribuir significado aos valores públicos contidos na Constituição e de que o processo é o instrumento através do qual esta finalidade é alcançada, mostra-se necessária a sua construção em consonância com as necessidades do direito material, mediante o oferecimento às partes e ao juiz de procedimentos adequados às particularidades da tutela pleiteada.

Mas não apenas isso. Marcella Ferraro ressalta que, embora a adequação do processo civil ao direito material seja essencial à efetividade da tutela jurisdicional, não é, por si só, suficiente para tanto, pois também é imprescindível a consideração das circunstâncias fáticas do caso concreto, como as dificuldades práticas de solucioná-lo.⁹⁰ Ou seja, “o processo não apenas deve, como módulo legal, atender às expectativas do direito material, mas também deve dar ao juiz e às partes o poder de utilizar as técnicas processuais necessárias para atender às particularidades do caso concreto”.⁹¹

88 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 428-429.

89 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 435.

90 FERRARO, 2015, p. 118.

91 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 454.

Por isso, a autora afirma que “não é possível cogitar um ‘procedimento especial’ (único) para os litígios estruturais, [pois] o modelo de processo é outro, e o procedimento tem de variar conforme as necessidades concretas”.⁹² Apesar da teoria da autonomia e neutralidade do processo civil pressupor a possibilidade de existir um único procedimento “suficiente para garantir tutela adequada aos mais variados casos concretos”⁹³ e não haver dúvida de que processo e direito não se confundem, sendo aquele instrumento deste, não é possível cogitá-lo em dissonância com o que ocorre nos planos da realidade social e do direito material.

Em razão disso, a conclusão de que se faz necessária a criação de um procedimento adequado ao caso concreto, em um viés pragmático, que “procura ‘resolver problemas reais, fornecendo meios concretos de atuação e decisão,’ [...] inclusive lançando mão de técnicas e soluções processuais não previstas expressamente na legislação”.⁹⁴ Uma proposta com “base [em] um juízo pragmático acerca de quais são concretamente as capacidades existentes ou não para resolver o litígio estrutural ou sobre como, se inexistentes, gerá-las”,⁹⁵ na tentativa de se operar transformações concretas, distanciada, portanto, das chamadas decisões autossuficientes.⁹⁶

Embora seja possível lidar com alguns problemas estruturais mediante decisões autossuficientes, que independem de uma ordem direta ou da supervisão judicial continuada da medida estabelecida, isso ocorre devido à natureza do que se pleiteia, por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade de determinada norma, a qual, ainda que vise à produção de mudanças concretas, independe de uma atuação positiva, de uma ordem direta ou

92 FERRARO, 2015, p. 119.

93 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 458.

94 FERRARO, 2015, p. 120.

95 FERRARO, 2015, p. 121.

96 FERRARO, 2015, p. 122.

supervisionada, para além da declaração, pois a seu turno produzirá, por si só, as alterações desejadas. Contudo, outro é o foco desta pesquisa. Na linha do trabalho desenvolvido por Marcella Ferraro, a preocupação aqui está voltada à “hipótese da insuficiência das alternativas uma decisão declaratória ou constitutiva ou, até mesmo, de uma decisão de outra natureza, mas que não venha acoplada à supervisão judicial”.⁹⁷ Isto é, “quando é necessário o prolongamento do processo para acompanhar a implementação da solução cogitada ao problema estrutural”.⁹⁸

Portanto, pensar em um processo conforme às próprias características dos casos estruturais (causalidade complexa, prospectividade, imbricação de interesses, factibilidade e participação), casuisticamente, “não só é necessá[ri]o, como possível. Primeiramente, porque o direito à tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva (art. 5º, XXXV, da Constituição) tem como um de seus corolários o direito ao procedimento adequado ao caso concreto”.⁹⁹

3.2 Elementos do processo coletivo-estrutural

Em virtude das próprias características dos casos estruturais (causalidade complexa, prospectividade, imbricação de interesses, factibilidade e participação) e da proposta pragmática do modelo experimentalista, Marcella Ferraro aponta como elementos do processo coletivo-estrutural a participação e negociação, o foco nos resultados, a flexibilidade e a transparência.

Afirmar que a participação e a negociação são elementos do processo coletivo-estrutural implica em afastar o processo do paradigma vencedor-perdedor e pensá-lo a partir de uma lógica diversa, como um espaço

97 FERRARO, 2015, p. 126.

98 FERRARO, 2015, p. 126.

99 FERRARO, 2015, p. 168-169.

aberto para o diálogo não só entre as partes, mas também entre diferentes atores com interesse na causa e *de interesse* para ela, além do próprio juiz, mediante uma participação ativa e abandono de “eventual papel passivo que ainda se entenda que possa desempenhar no processo individual ou coletivo bipolarizado”.¹⁰⁰

Esta mudança de racionalidade no que toca à participação, de acordo com a autora, ocorre, basicamente, em duas dimensões: “a coletivização das partes e a participação para além das ‘partes formais’”.¹⁰¹

Primeiro, em razão do caráter coletivo da violação de direitos, não é possível individualizar o titular ou os titulares do direito violado, sendo necessária a coletivização da parte, caso o próprio titular do direito já não seja a coletividade, hipótese em que um legitimado ativo atuará em seu nome. Tampouco é possível definir os agentes ativos das condutas, porque tendem a abstratizar-se, motivo pelo qual também serão representados pelo ente ou entidade, pública ou privada, juridicamente responsável.¹⁰² Ademais, “podem ser diversos aqueles que seriam responsáveis pela violação dos direitos e, não sendo viável a participação de todos, pode cogitar-se, aí, o uso de uma técnica de coletivização passiva do processo”.¹⁰³

Além disso, Ferraro também destaca a necessidade de ampliação da participação a diferentes atores, de forma espontânea ou mediante provocação, ainda que não enquadrados formalmente como “partes”. Atores estes com interesse na causa e de interesse para a sua solução, ou seja, aqueles afetados pela reforma estrutural que se pretende operar ou com experiência técnica acerca dos problemas postos em questão, bem como aqueles com

100 FERRARO, 2015, p. 129.

101 FERRARO, 2015, p. 128.

102 FERRARO, 2015, p. 129.

103 FERRARO, 2015, p. 129.

poder para auxiliar ou oferecer resistência à sua implementação.¹⁰⁴ Conforme a autora, esta ampliação se estende inclusive aos demais poderes, de modo a viabilizar uma interação interinstitucional na qual todos “de uma maneira conjunta viabilizem o dimensionamento do problema e a construção de potenciais soluções”, o que, no entanto, não se restringe às “autoridades que controlam as respectivas instituições, [alcançando] diferentes órgãos públicos, também os ditos técnicos, para aumentar e aprimorar a informação disponível”.¹⁰⁵ Acrescenta que também deve haver participação da própria Academia e da sociedade civil, bem como de “figuras mistas, já existentes ou criadas em razão do litígio, como comissões para acompanhar a implementação, composta por diferentes agentes, estatais ou não”.¹⁰⁶

Dessa forma, no intuito de alcançar possíveis respostas aos problemas estruturais, “busca-se a criação de um ambiente que visa a facilitar o diálogo e a negociação, de forma continuada”,¹⁰⁷ onde a coerção é tida como última medida, sobretudo, em razão da incerteza e complexidade características dos casos estruturais.

A dinâmica destes casos impossibilita o pleno conhecimento, desde logo, de todas as medidas necessárias a serem adotadas para se implementar a reforma estrutural, bem como as consequências de cada uma delas. Por isso, é preciso formular um processo que permita a ampla participação de todos aqueles que podem contribuir para o alcance destas respostas e que possibilite a negociação entre eles, tendo em vista que as decisões não são auto executáveis e dependem da ação conjunta de diferentes atores, não podendo ser implementadas “da noite para o dia”.¹⁰⁸

104 FERRARO, 2015, p. 129-130.

105 FERRARO, 2015, p. 131.

106 FERRARO, 2015, p. 130.

107 FERRARO, 2015, p. 132.

108 FERRARO, 2015, p. 133-134.

Nesta perspectiva, a opção de adotar desde logo o instrumental coercitivo, além de poder prejudicar o ambiente propício à colaboração e à negociação, acaba sendo uma medida simbólica,¹⁰⁹ visto que reformas estruturais são operadas de maneira gradual e os problemas a elas ligados não derivam “simplesmente da ‘má vontade’ do réu em adequar sua conduta ao direito”.¹¹⁰ Isto, entretanto, não afasta a possibilidade do seu uso quando existam “obrigações específicas, cujo cumprimento ou não [seja] viável de ser controlado, [...] quando na própria negociação são estipuladas as consequências para hipóteses de descumprimento determinadas”¹¹¹ ou de forma criativa, utilizando-se o valor pago no próprio empreendimento da reforma estrutural.

Ademais, o segundo elemento do processo coletivo-estrutural é o foco nos resultados, decorrente do caráter prospectivo dos casos estruturais e da busca de soluções para o futuro, não de “culpados” para posterior responsabilização.¹¹² Conforme Marcella Ferraro, “o que se opera é uma desestabilização da instituição que não tem funcionado adequadamente, para que então seja construída uma resposta (provisória). Isso faz com que se mirem os resultados, procurando amparo na factibilidade”.¹¹³

Nesse sentido, “o processo coletivo-estrutural não aguarda ansiosamente a sentença. Não é ela o momento em que ‘se diz o direito’. A sentença não é final nem o fim”, visto que os problemas são resolvidos à medida que aparecem mediante o emprego de provimentos em cascata. Assim, de acordo com Sérgio Cruz Arenhart, “é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as

109 FERRARO, 2015, p. 134.

110 FERRARO, 2015, p. 134.

111 FERRARO, 2015, p. 135.

112 FERRARO, 2015, p. 136.

113 FERRARO, 2015, p. 136.

diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado”¹¹⁴ e “depois vem a definição, não necessariamente judicial, do que deve ser alcançado ou, eventualmente, tem de ser feito para alterar o *status quo* de violação de direitos”.¹¹⁵

Para tanto, o processo exige flexibilidade e transparência. Flexibilidade, porque o conhecimento do problema é gradual e não é possível em um procedimento rígido, que não permite a revisão e supervisão contínua nas medidas adotadas e transparência porque diversos são os interesses imbricados e sujeitos cujo direitos foram violados, sendo necessário conferir publicidade ao problema, não só com disponibilização dos autos em cartório, secretaria ou plataforma eletrônica, mas também com a divulgação da existência do próprio processo e do seu conteúdo, mediante “campanhas de divulgação, com cooperação de órgãos públicos e entidades privadas, e a criação de *websites* específicos, [...] além de audiências públicas periódicas para publicizar e debater questões determinadas”.¹¹⁶

4. PRESSUPOSTOS PARA AS REFORMAS ESTRUTURAIS

4.1 Revisão da ideia de “separação dos poderes”

O principal campo de atuação das decisões estruturais é o direito público, porém um sistema jurídico baseado na rígida separação de Poderes não permite a intervenção do Judiciário em políticas públicas.¹¹⁷ Por isso, Sérgio Cruz Arenhart afirma que um sistema jurídico, para ter condições de aceitar estas decisões, deve ser maduro o suficiente para considerar “que não

114 ARENHART, 2013.

115 FERRARO, 2015, p. 136.

116 FERRARO, 2015, p. 139-140.

117 ARENHART, 2013.

há Estado contemporâneo que conviva com a radical proibição de interferência judicial nos atos de outros ramos do Poder Público”¹¹⁸ e, assim, “compreender a necessidade de revisão da ideia da separação dos Poderes”.¹¹⁹

Embora os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário sejam independentes, por força do artigo 2º, da Constituição da República, devem ser harmônicos entre si, “mirar as metas constitucionais como referência básica de suas ações”¹²⁰ e compreender que “os compromissos constitucionais só podem ser cumpridos com a atuação das três instituições”.¹²¹ Apesar de a democracia pressupor o consentimento como base de sua legitimidade, de acordo com Owen Fiss, esse consentimento não é dado separadamente a instituições individuais, mas sim para o sistema estatal como um todo. Isto é, a capacidade de cada instituição individualmente considerada não depende do consentimento do povo a ela submetido, mas sim da sua capacidade “para executar uma função social dentro do sistema em questão”.¹²²

No que diz respeito ao Judiciário, a legitimidade advém da sua idoneidade para cumprir sua função social, qual seja, a de “dar aplicação e significado concreto aos valores públicos incorporados à Constituição”.¹²³ Para tanto, porém, Fiss ressalta que não é preciso atribuir aos juízes a sabedoria de reis filósofos. A idoneidade não reside nos sujeitos (em suas aptidões morais especiais), mas sim no processo que limita o poder por eles exercido,¹²⁴ o qual é caracterizado, segundo Fiss, pelo diálogo, responsabilidade e independência. Os juízes têm o dever de conduzir o diálogo, conhecendo

118 ARENHART, 2013.

119 ARENHART, 2013.

120 MENDES apud FERRARO, 2015, p. 53.

121 FERRARO, 2015, p. 53.

122 FISS, 2004, p. 114.

123 FISS, 2004, p. 114.

124 FISS, 2004, p. 114..

de todos os pedidos e considerando uma grande esfera de interesses, bem como de se pronunciar assumindo a responsabilidade individual por suas decisões e permanecendo sempre “independente no que tange aos desejos ou preferências tanto do corpo político quanto dos litigantes particulares que se encontram perante o juízo”.¹²⁵

Dessa forma, uma vez reconhecida a existência de vários enfoques possíveis, que levam a diferentes respostas acerca do que é Direito, de qual é o papel do Estado e de que forma se distribui a justiça, o que se mostra fundamental é transparecer, com o mais alto grau possível, os pressupostos teóricos adotados quanto aos critérios valorativos utilizados para resolver os problemas que se analisa, para que se possa comparar de modo objetivo as diversas possibilidades a serem alcançadas.¹²⁶

4.2 Atenuação do Princípio da Demanda

De acordo com Sérgio Cruz Arenhart, é ponto incontroverso nos sistemas processuais modernos que a jurisdição é função inerte do Estado, sendo necessária para a sua atuação a iniciativa de alguém, cujo estímulo determina o momento e o objeto a respeito do qual esta função será exercida. Conforme o autor, “justamente em razão deste caráter, e como sua contrapartida, coloca-se o princípio da demanda como elemento fundamental do processo civil atual”,¹²⁷ explicado pela doutrina “através da ideia de que o pedido formulado pela parte determina os limites da atuação jurisdicional, importando na razão da atuação do Estado e também na fixação do objeto a ser decidido”.¹²⁸

125 FISS, 2004, p. 114.

126 VALLE, 2018.

127 ARENHART, Sérgio Cruz. **Reflexões sobre o princípio da demanda**. Disponível em: <http://www.academia.edu>. Acesso em: 10 de fev. de 2019.

128 ARENHART. Reflexões sobre o princípio da demanda.

Esta outorga de poder de iniciar a prestação jurisdicional e determinar o seu objeto ao interessado é fundamentada, em especial, por duas razões. A primeira diz respeito ao caráter predominantemente privado dos direitos subjetivos submetidos ao processo civil, regidos pelo “princípio geral que reserva à vontade das partes a disposição de suas relações jurídicas privadas”.¹²⁹ Por se tratarem, em princípio, de direitos disponíveis, a conclusão a que se chega é a de que “disponível também deve ser a sua forma de proteção, [...] [ficando] a atuação estatal condicionada ao pedido formulado pela parte”.¹³⁰ A segunda razão, por sua vez, está ligada à função de preservação da imparcialidade do magistrado mediante a separação das funções de pedir e de julgar.

Além disso, Arenhart ressalta que, embora seja comum o entendimento de que os princípios da demanda e dispositivo são idênticos, a melhor doutrina separa nitidamente estes dois conceitos, associando o princípio da demanda ao objeto do processo e o dispositivo ao modo pelo qual deve o processo ser conduzido, isto é, “se com predominante atuação do juiz ou se prioritariamente segundo as determinações e os impulsos das partes”,¹³¹ prevalecendo o modelo chamado acusatório, em que a vontade das partes é determinante na condução dos atos do processo e ao magistrado é inibido uma atuação ativa na colheita da prova e no andamento do feito. Ademais, o autor acrescenta que o princípio da correlação, vinculado ao princípio da demanda, também é fundamental ao processo civil e impõe a necessária correspondência entre o litígio exposto pelas partes e o conteúdo da sentença.

Ocorre que reger os processos coletivos a partir destes princípios implica em supor que “o titular da ação é também o titular do direito e que, por poder dispor deste, pode formular um pedido que não necessariamente é

129 ARENHART. Reflexões sobre o princípio da demanda.

130 ARENHART. Reflexões sobre o princípio da demanda.

131 ARENHART. Reflexões sobre o princípio da demanda.

aquele que melhor atende às exigências do direito material”.¹³² No entanto, nestes casos, os valores em pauta, de natureza, em regra, indisponível, interessam à toda coletividade ou a um grupo expressivo de pessoas que são “*tão-somente ‘representado[s]’ pelos autores da ação coletiva*”,¹³³ sendo, dessa forma, questionável a possibilidade de alguém, sem ser o titular do direito, “poder dispor do direito alheio no processo, sem qualquer consequência”.¹³⁴

Aliado a isso, a fluidez e mutabilidade característicos dos problemas estruturais e das decisões judiciais de políticas públicas contribuem para a impossibilidade de o autor da demanda, no início do processo, determinar com exatidão tudo “aquilo que será necessário para atender adequadamente ao direito protegido”,¹³⁵ pois “as necessidades de proteção em um determinado momento, muito frequentemente, serão distintas daquelas existentes em outra ocasião”.¹³⁶

Portanto, indaga-se como adotar nos processos coletivos, sobretudo nos estruturais, “a mesma *ratio* aplicada a direitos individuais disponíveis, para os quais o processo civil clássico foi moldado”,¹³⁷ tendo em vista as marcantes diferenças existentes entre estes modelos.

Nesta seara, deve-se conceder ao juiz a possibilidade, em determinadas situações, “diante das evidências no caso concreto da insuficiência ou da inadequação da ‘tutela’ pretendida pelo autor na petição inicial,

132 ARENHART, 2016.

133 ARENHART, 2016.

134 ARENHART, 2016.

135 ARENHART, 2016.

136 ARENHART, 2016.

137 ARENHART, 2016.

extrapolar os limites do pedido inicial”¹³⁸ mediante a atenuação do princípio da demanda, o que, contudo, não viola o dever de imparcialidade do juiz. Isto porque, de acordo com o autor, hoje, a imparcialidade do magistrado deve ser vista como contraponto ao direito de contraditório na medida em que não deve ser equiparada à sua neutralidade, relacionada à ideia de um juiz com um papel passivo no processo, “como um expectador da contenda judicial, sem nela interferir a não ser ao final, para declarar o vencedor”.¹³⁹ Ao contrário, “a decisão judicial deve ser produto do diálogo entre as partes e destas com o juiz”,¹⁴⁰ significando a garantia de imparcialidade a necessidade de o juiz, ainda que não afastado de seus conceitos, preconceitos, preferências e convicção, ter “a capacidade de, apesar destas suas impressões prévias, estar aberto a receber as informações trazidas pelas partes e decidir com a influência destas”.¹⁴¹

Portanto, o juiz deve sair de sua postura passiva e deixar de ser visto com desconfiança, como um “inimigo”, como se via no direito liberal dos séculos XVIII e XIX, e assumir o seu papel de agente político, “como representante de um Estado que tem consciência que a efetiva proteção dos direitos é fundamental para a justa organização social”.¹⁴²

4.3 Colaboração e participação

Sérgio Cruz Arenhart afirma que no processo estrutural são imprescindíveis a colaboração das partes (aqui entendidas não de modo limitado, em um conflito abstrato, mas sim em uma perspectiva ampla, que abrange toda coletividade atingida pela decisão) e sua participação na

138 ARENHART, 2016.

139 ARENHART. Reflexões sobre o princípio da demanda.

140 ARENHART. Reflexões sobre o princípio da demanda.

141 ARENHART. Reflexões sobre o princípio da demanda.

142 ARENHART. Reflexões sobre o princípio da demanda.

formação da(s) decisão(ões) judicial(is), esta entendida, inclusive, como um direito outorgado às partes através do que se denomina de direito ao contraditório.¹⁴³

Por sua vez, Marcella Pereira Ferraro destaca que a necessidade de ampla participação de diferentes atores no processo estrutural deriva, sobretudo, da alta complexidade dos casos estruturais, do seu caráter policêntrico e da consequente impossibilidade do juiz conhecer todos os resultados das várias soluções possíveis para os problemas em questão,¹⁴⁴ sendo necessário, portanto, a mais completa satisfação do contraditório para haver “a mais exata dimensão do problema – e das consequências da decisão judicial – e, assim, tomar a providência mais adequada”.¹⁴⁵

Nesta perspectiva, embora o art. 5º, LV, da CR, disponha que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos *acusados* em geral são assegurados o contraditório e *ampla defesa*, com os meios e recursos *a ela* inerentes”, o direito ao contraditório não pertence apenas à defesa, mas sim a ambas as partes. Isto, porque diz respeito à possibilidade de efetivamente influir sobre o desenvolvimento e o resultado do processo, sobre o convencimento do juiz,¹⁴⁶ que é o destinatário do direito ao contraditório em razão do seu dever de com elas dialogar e de considerar somente o material fático-jurídico já submetido ao debate processual no momento de realizar uma decisão, o que evidencia, assim, a extensão do dever de colaboração a todos os sujeitos do processo: partes e juiz.

É evidente, porém, a inviabilidade de participação no processo de todos os sujeitos individuais afetados, o que não justifica, entretanto, ignorar a reivindicação postulada e não prestar a tutela jurisdicional, se

143 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 310.

144 FERRARO, 2015, p. 157.

145 ARENHART, 2013.

146 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 311.

necessária. Ao contrário, “o juiz deve estar certo de que a vasta gama de interesses envolvidos está devidamente representada”,¹⁴⁷ impondo-se, para tanto, “o emprego de técnicas de representação adequada dos vários interesses em jogo e dos vários segmentos que possam utilmente contribuir para a construção da decisão judicial.”¹⁴⁸

Nessa toada, são fundamentais, segundo Arenhart, instrumentos como audiências públicas e *amicus curiae*, que permitem a absorção, através do processo, da experiência técnica de especialistas no tema abordado na demanda, a qual pode “contribuir tanto no direcionamento adequado do problema a ser examinado, como em alternativas à solução da controvérsia”.¹⁴⁹ Além disso, como acrescenta Ferraro, mostra-se importante e necessária a ampliação da “participação de diferentes órgãos ou setores de uma organização [...], ou seja, não apenas daquele que a representa formalmente, mas também de outros grupos, entre eles os que podem bloquear ou dificultar a realização da decisão coletiva”.¹⁵⁰

Assim, é possível superar a visão dicotômica do processo tradicional e desenvolver uma relação processual “plúrima, multifacetária e não necessariamente na base do antagonismo entre polos”,¹⁵¹ sobretudo, porque os processos estruturais envolvem “várias visões e vários interesses diferentes, que não podem ser agrupados apenas em dois blocos distintos, [e que] não necessariamente são opostos e incompatíveis, podendo em determinadas situações convergir a um denominador comum”.¹⁵²

147 FISS, 2004, p. 81.

148 ARENHART, 2016.

149 ARENHART, 2016.

150 FERRARO, 2015, p. 159.

151 ARENHART, 2016.

152 ARENHART, 2016.

Conforme Ferraro, é preciso compreender que a racionalidade “ganhador-perdedor” não é empregável no processo coletivo-estrutural, tampouco é possível identificar “A” vontade dos grupos ou coletividades envolvidas, até porque ela não existe. O que há, na verdade, é uma diversidade de interesses imbricados que devem ser levados em consideração na busca de uma possível solução para o caso sob análise mediante a instituição do que ela denomina de “multipolaridade processual”.¹⁵³

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A preocupação central deste artigo foi investigar quais contornos o processo civil deve conter a fim de ser adequado ao tratamento de problemas estruturais ligados aos direitos humanos e efetivo para a função jurisdicional de atribuir significado concreto e aplicação aos valores públicos contidos na Constituição. Superando a teoria da autonomia do processo civil, arraigada aos valores dominantes do século XIX e à abstrativização do homem difundidos nesta época, procurou-se repensar o conceito de jurisdição à luz da Constituição e propor um novo procedimento adequado ao caso concreto e, em especial, aos casos estruturais.

Para tanto, foi necessário, primeiro, compreender o que são casos estruturais e, de modo mais específico, qual a sua relação com os direitos humanos. A partir da conjugação das teorias de Owen Fiss e Amartya Sen, chegou-se à conclusão de que situações de violações de direitos podem ser compreendidas como aquelas que ferem o papel constitutivo da liberdade (a oportunidade de pessoas levarem a vida que valorizam e almejam), que ocorre devido a uma interferência no processo de escolha, nas liberdades instrumentais necessárias para se alcançar o fim desejado.

Dessa forma, é possível compreender os casos estruturais como situações ligadas ao papel instrumental da liberdade, que violam alguma ou algumas das liberdades instrumentais necessárias ao desenvolvimento hu-

153 FERRARO, 2015, 157.

mano, em especial os cinco tipo elencados por Amartya Sen (liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora).

Ademais, quanto à compreensão de qual é o papel dos juízes e do processo judicial estrutural, a contribuição da teoria das capacidades advém do seu caráter pragmático e da prioridade atribuída à eliminação da injustiça manifesta, não à busca prolongada da sociedade perfeitamente justa, de modo que o objetivo do juiz deve ser, através do processo, operar mudanças concretas e factíveis na estrutura posta sob questão, em uma perspectiva macro. Ainda que esta postura não gere o resultado mais efetivo do ponto de vista individual, implica em um expressivo ganho social, um sucesso estrutural.

Por isso, a necessidade de repensar o processo civil e construir um procedimento em conformidade com o direito material e o caso concreto que o embasam. Nessa linha, o processo coletivo-estrutural se apresenta como uma interessante proposta. Fundado em um viés pragmático, apresenta, de acordo com Marcella Pereira Ferraro, quatro potenciais elementos: a participação, o foco nos resultados, a flexibilidade e a transparência. Marcado pela ampla participação e pelo estímulo ao diálogo e à negociação entre os diversos interessados, o processo visa a promover, além do acesso ao Poder Judiciário, a produção de resultados individual e socialmente justos, alterando o *status quo*, atribuindo significado concreto e aplicação aos valores públicos contidos na Constituição e, assim, contribuindo para o desenvolvimento humano.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. 2013. Disponível em: <http://www.academia.edu>. Acesso em: 14 jul. 2018.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Reflexões sobre o princípio da demanda**. Disponível em: <http://www.academia.edu>. Acesso em: 10 fev. 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Instituto de Processo Comparado: **Revisão de Processo Comparado**, 2016, p. 8. Disponível em: <http://revista-deprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Deciso-es-estruturais.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. 224f. Dissertação (mestrado em Direito das Relações Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade / Owen Fiss; coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles; tradução Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. **Harvard Law Review**, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil, v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PICOLI, Bruno de Lima. **Processo estrutural**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2018.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

VALLE, Bortolo. Anotações da disciplina Direito, Poder e Justiça. Curitiba: UNICURITIBA, 2018.

VIOLIN, Jordão Violin. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**: o controle jurisdicional de decisões políticas. Salvador: Editora JusPodium, 2013.

Consolidando o pacto federativo e o protagonismo da União na judicialização da saúde: o reconhecimento da obrigatoriedade da presença do ente federal nas ações que buscam o fornecimento de tratamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde

Consolidating the federative pact and the Union's leading role in health judicialization: recognition of the mandatory presence of the federal entity in lawsuits that seeks to provide not incorporated treatments into the Brazilian Unified Health System

Fernando Alcantara Castelo¹

RESUMO: O artigo trata do reconhecimento da obrigatoriedade da presença da União nas demandas que buscam o fornecimento de tratamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde. Demonstra que com o fortalecimento do federalismo cooperativo e o reconhecimento da solidariedade mitigada se consolida o pacto federativo e o protagonismo da União na judicialização da saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da saúde; Sistema Único de Saúde; Solidariedade; Federalismo cooperativo.

ABSTRACT: The article deals with the recognition of the mandatory presence of the Federal Union in the lawsuits that seeks to provide not

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Procurador do Estado do Paraná, com atuação na Procuradoria de Saúde.

incorporated treatments into the Brazilian Unified Health System. It demonstrates that with the strengthening of cooperative federalism and the recognition of mitigated solidarity, the federative pact and the federal entity leading role in the health judicialization are consolidated.

KEYWORDS: Health Judicialization; Brazilian Unified Health System; Solidarity; Cooperative Federalism.

1. INTRODUÇÃO

Embora não tanto quanto gostaria, há algum tempo venho pesquisando e escrevendo sobre o direito à saúde e a sua judicialização. Em ensaios anteriores tratei da necessidade de se atuar com racionalidade e eficiência na judicialização, escrevi sobre a necessidade de se incluir a União nessas demandas, abordei a necessidade de especialização e capacitação dos atores envolvidos, bem como a necessidade de se restabelecer o pacto federativo na judicialização da saúde.

O traço mais marcante de tudo que já escrevi sobre o assunto sempre foi a defesa do respeito à repartição de competências do Sistema Único de Saúde nas ações que envolvem o pedido de fornecimento de tratamentos médicos. Vale dizer, o respeito ao pacto federativo na judicialização da saúde.

Agora, a partir das ideias de federalismo cooperativo e solidariedade mitigada, parece que finalmente estamos chegando no momento de reequilíbrio do pacto, com o Supremo Tribunal Federal reconhecendo o protagonismo da União e consolidando o entendimento de que é necessária a presença do ente federal nas ações que buscam o fornecimento de tratamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde. É o que se passa a demonstrar.

2. FEDERALISMO COOPERATIVO E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

A Constituição Federal de 1988 adotou o federalismo de cooperação, forma de Estado em que União, Estados, Distrito Federal e Municípios combinam esforços e compartilham competências como meio de garantir desenvolvimento equilibrado, harmônico e integrado. O federalismo cooperativo é baseado na ideia de apoio mútuo como meio de evitar choques e dispersão de recursos e esforços, através de ações coordenadas das pessoas políticas com vistas à obtenção de resultados mais satisfatórios.²

O art. 23, II, da Constituição assevera ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde. Já o art. 194 afirma que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinada a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Por outro lado, o art. 198 disciplina que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, com a participação de todos os entes da Federação, que tem como diretrizes essenciais a descentralização, a hierarquização e a regionalização, além da universalidade e integralidade.

Logo, o Sistema Único de Saúde é coordenado para desenvolver ações e serviços por diversos entes, de acordo com a organização social e econômica do país, consoante os critérios de reciprocidade, coordenação e complementariedade.³ É fácil perceber, portanto, pelo seu desenho

2 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 774.

3 SCHULZE, Clênio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde**. 2 ed. rev. e ampliada. Porto Alegre: Verbo Jurídico; 2019, p. 134.

institucional e pela sua forma de organização, que o SUS é a materialização do federalismo cooperativo.⁴

Esse sistema, que pressupõe atuação irmanada dos entes em favor da coletividade, é organizado com base na conjugação de esforços e distribuição de atribuições entre as três esferas de governo, de acordo com a preponderância de interesses e capacidades institucionais, onde os interesses mais amplos, da União, se sobrepõem aos mais restritos, de Estados e Municípios.⁵

Com efeito, a Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica do SUS) disciplina as diversas responsabilidades de cada um dos entes federativos, delimitando o campo de atuação da União, dos Estados e dos Municípios, a fim de integrar e otimizar a prestação do serviço público de saúde.

De fato, o art. 15 da Lei nº 8.080/90 prevê as atribuições administrativas comuns dos entes federados, ao passo que os artigos 16, 17 e 18 preveem as atribuições que competem à União, aos Estados e aos Municípios, respectivamente. Dentre outras competências que lhe foram atribuídas, à União compete planejar, coordenar e controlar as ações do SUS, além de prestar cooperação técnica e financeira aos demais entes. Em outras palavras, a União é a gestora nacional do sistema.

Por esta razão, embora exista obrigação comum dos entes públicos de cuidar da saúde da população, assim como tem defendido a doutrina

4 DANTAS, Andrea de Quadros; PEDROSA, Maria Helena Martins Rocha; PEREIRA, Alessandra Lopes da Silva. A pandemia de Covid-19 e os precedentes do STF sobre as competências constitucionais dos entes federativos: uma guinada jurisprudencial ou mera continuidade da função integrativa da Corte? **Revista Direito Público**. vol. 17. n. 96. Brasília: IDP, 2020, p. 52.

5 DRESCH, Renato Luís. Federalismo solidário: a responsabilidade dos entes federativos na área da saúde. In: **Judicialização da saúde no Brasil**. Org. SANTOS, Lenir; TERRAZ, Fernanda. Campinas: Saberes, 2014, p. 25-57.

especializada,⁶ há bastante tempo afirmo que não haveria que se falar em responsabilidade solidária dos entes públicos, uma vez que as normas do Sistema Único de Saúde preveem um sistema claro de repartição administrativa de competências, com diversidade de obrigações dos entes federativos.

Neste sentido, conforme as regras de repartição de competências do Sistema Único de Saúde, cabe à União o financiamento de medicamentos de alto custo e oncológicos.⁷ Além disso, também é atribuição da União, através do Ministério da Saúde, com a assessoria da CONITEC, deliberar sobre a incorporação de novas de tecnologias ao SUS, como se extrai do art. 19-Q da Lei nº 8.080/90.⁸

Isso acontece porque, obviamente, cada um dos entes tem diferentes possibilidades e capacidades, sobretudo econômicas. É somente assim que se permite a manutenção do equilíbrio financeiro entre as esferas de gestão do Sistema Único de Saúde, sendo certo que a solidariedade enfraquece não apenas o SUS, mas o próprio pacto federativo.

Portanto, é fundamental que se observe a repartição de competências como forma de consolidar o federalismo de cooperação, reconhecendo o exato sentido do pacto federativo na judicialização da saúde.

6 FREITAS, Daniel Castanha de. **Direito fundamental à saúde e medicamentos de alto custo**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 71. Observe-se as lições do autor: “Nada obstante o compromisso [...] agentes políticos.”

7 SANTOS, Bruno Henrique Silva. **Pactuação da assistência farmacêutica no SUS**: de-cifra-me ou te devoro. Direito em comprimidos, 11/10/2020. Disponível em: <https://direitoemcomprimidos.com.br/pactuacao-medicamentos-sus/>. Acesso em: 13 ago. 2021.

8 Lei Federal nº 8080/1990. “Art. 19-Q: A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS”.

3. SOLIDARIEDADE MITIGADA: A FIXAÇÃO DA NOVA TESE DO TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL Nº 793

Como se sabe, há muito tempo o Poder Judiciário vem recebendo e enfrentando uma série descomunal de demandas envolvendo o fornecimento de tratamentos de saúde. Tendo sido o direito à saúde alçado ao patamar de direito social fundamental, previsto nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal, os Tribunais consolidaram o entendimento de que este direito pode ser tutelado judicialmente, notadamente através de ações que buscam o fornecimento gratuito de medicamentos.

Aliado a este fato, os Tribunais passaram a reconhecer a solidariedade dos entes públicos, entendendo que qualquer um deles poderia ser acionado para atender às demandas em saúde, independente das regras de repartição de competências, o que evidentemente provoca um enfraquecimento do Sistema Único de Saúde, na medida em que se permitia impor a entes sem capacidade a responsabilidade pelo cumprimento de demandas judiciais, independente de qualquer contrapartida, gerando um incontestável desequilíbrio das contas públicas, sobretudo dos entes estaduais e municipais.

Neste sentido, o ajuizamento desenfreado de ações buscando o fornecimento de tratamentos não incorporados, aliado ao reconhecimento da pura e simples solidariedade, permitia que os Estados e Municípios fossem obrigados a custear tratamentos de altíssimo custo, cuja responsabilidade deveria ser atribuída à União, acabando por provocar um impacto gigantesco nas contas públicas dos entes menos abastados, dada a impossibilidade de ressarcimento, enfraquecendo o próprio pacto federativo.⁹

Ciente de tais fatores, mas atento à necessidade de se proteger o jurisdicionado, em maio de 2019, apreciando embargos de declaração no Recurso Extraordinário nº 855.178, Tema de Repercussão Geral nº 793, acerca da

9 FREITAS, 2018, p. 73.

solidariedade dos entes federados em prestar assistência à saúde, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Da tese fixada pelo STF é possível extrair que, conquanto a responsabilidade dos entes públicos permaneça sendo solidária, a partir de então o magistrado deve direcionar o cumprimento da ordem de acordo com as regras de repartição de competências, em razão dos critérios de descentralização e hierarquização.

Vale dizer que o julgamento dos embargos de declaração se deu nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, designado para redigir o acórdão. O voto vencedor do Ministro Edson Fachin, redator do acórdão, estabeleceu seis conclusões que bem iluminam o alcance da tese acima transcrita:¹⁰

i) A obrigação a que se relaciona a reconhecida responsabilidade solidária é a decorrente da competência material comum prevista no artigo 23, II, CF, de prestar saúde, em sentido *lato*, ou seja: de promover, em seu âmbito de atuação, as ações sanitárias que lhe forem destinadas, por meio de critérios de hierarquização e descentralização (arts. 196 e ss. CF);

ii) Afirmar que “o polo passivo pode ser composto por qualquer um deles (entes), isoladamente ou conjuntamente” significa que o usuário, nos termos da Constituição (arts. 196 e ss.) e da legislação pertinente (sobretudo a lei orgânica do SUS n. 8.080/90) tem direito a uma prestação solidária, nada obstante cada ente tenha o dever de responder por prestações específicas, que devem ser observadas em suas consequências

10 STF. RE 855178 ED, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2019, p. 36-37.

de composição de polo passivo e eventual competência pelo Judiciário;

iii) Ainda que as normas de regência (Lei 8.080/90 e alterações, Decreto 7.508/11, e as pactuações realizadas na Comissão Intergestores Tripartite) imputem expressamente a determinado ente a responsabilidade principal (de financiar a aquisição) pela prestação pleiteada, é lícito à parte incluir outro ente no polo passivo, como responsável pela obrigação, para ampliar sua garantia, como decorrência da adoção da tese da solidariedade pelo dever geral de prestar saúde;

iv) Se o ente legalmente responsável pelo financiamento da obrigação principal não compuser o polo passivo da relação jurídico processual, sua inclusão deverá ser levada a efeito pelo órgão julgador, ainda que isso signifique deslocamento de competência;

v) Se a pretensão veicular pedido de tratamento, procedimento, material ou medicamento não incluído nas políticas públicas (em todas as suas hipóteses), a União necessariamente comporá o polo passivo, considerando que o Ministério da Saúde detém competência para a incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos, procedimentos, bem como constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica (art. 19-Q, Lei 8.080/90), de modo que recaia sobre ela o dever de indicar o motivo da não padronização e eventualmente iniciar o procedimento de análise de inclusão, nos termos da fundamentação;

vi) A dispensa judicial de medicamentos, materiais, procedimentos e tratamentos pressupõe ausência ou ineficácia da prestação administrativa e a comprovada necessidade, observando, para tanto, os parâmetros definidos no artigo 28 do Decreto federal n. 7.508/11.

Como se viu no tópico anterior, cada ente tem o dever de responder pelas prestações específicas que lhe impõem as normas de organização e funcionamento do SUS, que devem ser necessariamente observadas pelo órgão judicial.

A responsabilidade pela incorporação de novos tratamentos ao Sistema Único de Saúde é da União, conforme as regras de repartição de competências do SUS. Desta forma, em casos em que a tecnologia demandada

não está prevista nas políticas públicas do SUS, a tese indica que a União deve necessariamente compor o polo passivo, o que atrai a competência da Justiça Federal para processar tais demandas, privilegiando o disposto no art. 19-Q da Lei Orgânica do SUS.

É dizer, ações que pleiteiam o fornecimento de tratamentos não padronizados devem ter a União como ré, isto porque a tese foi fixada nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, que a detalhou e estabeleceu tal conclusão, como se demonstrou acima. E, se isso não ocorrer, caberá ao juiz determinar a inclusão do ente federal, não havendo que se falar em ilegitimidade passiva.¹¹

Nunca é demais lembrar que tal entendimento é vinculante aos demais juízes e tribunais, conforme art. 927, III, do Código de Processo Civil.

Assim, a partir da fixação da nova tese do Tema de Repercussão Geral nº 793, passa a haver uma solidariedade mitigada, temperada, na medida em que se reconhece que o SUS se assenta num sistema descentralizado e hierarquizado, em que os entes políticos têm distintas responsabilidades, que devem, necessariamente, ser observadas pelo Poder Judiciário.¹²

Neste sentido, a solidariedade ganha matizes, uma vez que, embora quaisquer dos entes públicos possa ser demandado para fornecer tratamentos médicos, quando se tratar de pedidos envolvendo tratamentos não incorporados ao sistema, a União deve ser chamada para compor o polo passivo da demanda.

11 MOROZOWSKI, Ana Carolina. **Tema 793 do STF: pato, coelho ou chinchila?** Direito em comprimidos, 02/08/2020. Disponível em: <https://direitoemcomprimidos.com.br/tema-793-pato-coelho/>. Acesso em 13 ago. 2021.

12 LEITE, Rafael Soares; CASTELO, Fernando Alcantara; LOPES, Fernando Augusto Montai. O restabelecimento do pacto federativo na judicialização da saúde: a paralisia da União e o julgamento do Recurso Extraordinário nº 855.178 pelo Supremo Tribunal Federal. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**. 2019 jul./set.; 8(3): 70-88.

Com isso, garante-se o equilíbrio entre os entes federativos, vale dizer, reequilibra-se o pacto federativo e ganha relevo o federalismo cooperativo delineado no Sistema Único de Saúde e expressamente reconhecido no acórdão dos embargos de declaração no Recurso Extraordinário nº 855.178, que deu ensejo à fixação da nova tese do Tema de Repercussão Geral nº 793.

4. O RECONHECIMENTO DO PROTAGONISMO DA UNIÃO NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Após a fixação da nova tese do Tema de Repercussão Geral acerca da solidariedade dos entes públicos, muito se tem discutido acerca da obrigatoriedade ou não da presença da União nas demandas que buscam o fornecimento de tratamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde.

De fato, embora em alguns Tribunais a questão esteja quase que praticamente pacificada, como acontece no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná¹³ e no Tribunal Regional Federal da 4ª Região,¹⁴ é sabido que em muitos

13 AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PACIENTE PORTADORA DE NEUROMIELEITE ÓPTICA. PLEITO DE FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO RITUXIMABE 100MG, NA MODALIDADE OFF LABEL. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA TUTELA. **NECESSIDADE DE REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA FEDERAL. APLICAÇÃO DA TESE PROFERIDA PELO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 855178 (TEMA 793). FÁRMACO QUE NÃO CONSTA NA LISTA DE MEDICAMENTOS EDITADA PELO MINISTÉRIO DA SAÚDE - SUS. NECESSIDADE DE A UNIÃO COMPOR O POLO PASSIVO DA LIDE. DIREITO DA PACIENTE DEVIDAMENTE COMPROVADO. PREVALÊNCIA DO DIREITO À SAÚDE E À VIDA. REMESSA DOS AUTOS, DE OFÍCIO, À JUSTIÇA FEDERAL.** (TJPR - 5ª C.Cível - 0009987-10.2021.8.16.0000 - Curitiba - Rel.: DESEMBARGADOR LUIZ MATEUS DE LIMA - J. 02.08.2021)

14 O TRF4 pacificou a questão ao analisar Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas ajuizado, em conjunto, pelos Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Na ocasião, o TRF4 entendeu que o IRDR não deveria ser conhecido, tendo em vista ser absolutamente obrigatória a presença da União nas demandas buscando o fornecimento de tratamentos não incorporados. Observe-se a ementa do acórdão proferido pela Terceira Seção: DIREITO DA SAÚDE. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. **LEGITIMIDADE E DO LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO DA UNIÃO PARA PARA AÇÕES SOBRE FÁRMACOS E PRESTAÇÕES NÃO REGISTRADAS NA ANVISA E/OU NÃO INCORPORADAS**

Tribunais ao redor do país a questão ainda não se encontra resolvida.¹⁵⁻¹⁶

Sem embargo, é indubitoso que o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a obrigatoriedade da presença do ente federal nas ações que buscam o fornecimento de tratamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde, reconhecendo que o SUS está baseado no federalismo cooperativo e, sobretudo, consolidando o pacto federativo nas demandas de saúde, na medida que reconhece o papel de protagonista da União no financiamento do sistema único.

AO SUS. EXISTÊNCIA DE PRECEDENTE DO STF FIRMADO EM REPERCUSSÃO GERAL. IRDR INADMITIDO. A questão da legitimidade e do litisconsórcio passivo necessário da UF, tanto para ações sobre fármacos e prestações não registradas na Anvisa e/ou não incorporadas ao SUS, como nas demais, restou pacificada nos temas 500 e 793, já decididos pelo STF, inviabilizando o trânsito do IRDR, nos termos do art. 976, § 4º, do CPC. (TRF4 5051304-03.2020.4.04.0000, TERCEIRA SEÇÃO, Relator para Acórdão PAULO AFONSO BRUM VAZ, juntado aos autos em 18/12/2020). Vale citar trechos do voto vencedor, proferido pelo eminente Des. Paulo Afonso Brum Vaz, redator do acórdão: “Então, se a pretensão, que tenha sido ajuizada na Justiça Estadual, veicular pedido de tratamento, procedimento, material ou medicamento não incluído nas políticas públicas (em todas as suas hipóteses), porque a União deverá figurar como litisconsorte passivo necessário, deve o processo ser encaminhado para a Justiça Federal, que, segundo dispõe o art. 45 do CPC e Súmula 150 do STJ, detém competência exclusiva para decidir sobre a legitimidade da União. Em suma: **a UF é litisconsorte necessário se a pretensão veicular pedido de tratamento, procedimento, material ou medicamento não incluído nas políticas públicas (em todas as suas hipóteses).** A consequência é que se a União não for citada, a ação deve ser extinta por ilegitimidade passiva.”

- 15 MELO, Felipe Barreto de. **O tema 793 do STF e o dissenso jurídico.** Aqui tem SUS? Direito em comprimidos, 18/10/2020. Disponível em: <https://direitoemcomprimidos.com.br/tema-793-stf-dissenso-juridico/>. Acesso em: 13 ago. 2021.
- 16 Há até bem pouco tempo, o Superior Tribunal de Justiça, apreciando conflitos de competência entre juízes estaduais e federais, entendia que deveria prevalecer a opção da parte autora, devendo os feitos tramitarem na justiça estadual quando o autor optasse por não incluir a União. Mais recentemente, em novembro de 2021, apreciando uma série de Recursos Extraordinários interpostos em face destas decisões em conflitos de competência, a Vice-Presidência do STJ entendeu que este entendimento conflitaria com o decidido pelo STF no tema 793, já que seria imperativa a presença da União nas demandas envolvendo o pedido de tratamentos não incorporados ao SUS, razão pela qual devolveu os processos à Primeira Seção para exercício do juízo de retratação. Neste sentido as decisões proferidas nos CC 173950; CC 174256CC; 174281; CC 174545; CC 174675; CC 174694; CC 175588; CC 176482; CC 178101.

Isso porque a solidariedade irrestrita tende a acarretar a falência do sistema, vez que permite que se atribua aos entes estaduais e municipais, sem que se imponha qualquer contrapartida e que se possibilite o ressarcimento dos gastos, o fornecimento de quaisquer tipos de tratamento, inclusive aqueles de altíssimo custo.

Deste modo, é primordial a observância às regras de repartição de competências atribuídas aos entes públicos, o que atrai, obrigatoriamente, a participação da União na hipótese de tratamentos não incorporados, assim como nos casos de tratamentos de alto custo e oncológicos.¹⁷

De fato, em relação à nova tese fixada no tema 793, as recentes decisões dos Ministros que integram a Corte são mais do que recorrentes e têm se consolidado no sentido de que a tese impõe a presença da União nas ações que postulam tratamentos fora das políticas públicas.

No RE 1.332.520-RS,¹⁸ o *Ministro Dias Toffoli*, em decisão monocrática proferida em 02 de agosto de 2021, deu provimento ao recurso extraordinário do Estado do Rio Grande do Sul para determinar a remessa do feito à Justiça Federal, tendo em vista a necessidade de presença da União no polo passivo da demanda.

Já no RE 1.297.448-RS,¹⁹ o *Ministro Edson Fachin*, em decisão unipessoal proferida em 14 de abril de 2021, igualmente deu provimento ao recurso extraordinário do Estado do Rio Grande do Sul por entender que, tratando-se de demanda que buscava o fornecimento de tratamento não incorporado, o feito deveria ser encaminhado à Justiça Federal para inclusão da União.

Por outro lado, a *Ministra Cármen Lúcia*, no RE 1.307.921-PR, em

17 MELO, 2020.

18 No mesmo sentido, também de relatoria do Min. Dias Toffoli: ARE 1.298.536, 1.308.197, 1.298.493.

19 Na mesma linha, também de relatoria do Min. Edson Fachin: ARE 1.298.325

decisão monocrática proferida em 19 de março de 2021, negou provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná em face do acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná que determinara a inclusão da União no polo passivo e a remessa à Justiça Federal, por entender que a decisão local estava em harmonia com a tese fixada pelo STF, uma vez que o medicamento demandado não estava incluído em protocolos do SUS.

Do mesmo modo, o *Ministro Marco Aurélio*, no RE 1.299.593-PR, em decisão unipessoal proferida em 20 de janeiro de 2021, negou provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná em face do acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná por entender que a decisão local, que determinara a inclusão do ente federal, estava em consonância com a jurisprudência do Supremo.

Apreciando a Reclamação nº 41.954-GO,²⁰ o *Ministro Gilmar Mendes*, em decisão prolatada em 26 de abril de 2021, julgou procedente a reclamação do Estado de Goiás, por entender que o Tribunal de Justiça daquele estado desrespeitou a autoridade da tese firmada no tema 793 quando não determinou a inclusão da União em demanda que buscava o fornecimento de tratamento não incorporado.

Na mesma linha, apreciando a Reclamação nº 45.777-GO,²¹ o *Ministro Luís Roberto Barroso*, em decisão proferida em 02 de junho de 2011, também julgou procedente a reclamação do Estado de Goiás, afirmando que a tese fixada no tema 793 não deixa margem de dúvidas, devendo o juiz promover o direcionamento ao responsável primário, segundo a relação do SUS, ainda que tal medida importe na modificação da competência para o feito. O Ministro foi além, afirmando não fazer sentido que caiba aos Estados a entrega de medicamentos de responsabilidade da União, que tem mais condições técnicas e financeiras.

20 No mesmo sentido, também de relatoria do Min. Gilmar Mendes: ARE 1.285.333.

21 De igual modo, também de relatoria do Min. Roberto Barroso: RE 1.303.165.

Por sua vez, analisando o pedido de suspensão de tutela provisória nº 768,²² o *Ministro Luiz Fux*, na qualidade de Presidente da Corte, em decisão proferida em 25 de junho de 2021, determinou a remessa do feito à Justiça Federal, entendendo cabível o chamamento da União ao processo, nos termos do tema 793, por ser o ente que tem mais condições financeiras.

Do mesmo modo, a Primeira Turma, composta pelos Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes, apreciando o ARE 1.301.670-PR,²³ de relatoria do *Ministro Alexandre de Moraes*, por unanimidade, entendeu que a decisão que determinara a inclusão da União no polo passivo de demanda que buscava o fornecimento de medicamento não previsto nos regulamentos do SUS estava em conformidade com a jurisprudência do STF firmada no Tema de Repercussão Geral nº 793.

Na mesma linha, a Segunda Turma, composta pelos Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Carmem Lúcia, Edson Fachin e Nunes Marques, apreciando o ARE 1.298.325-PR, de relatoria do *Ministro Edson Fachin*, por unanimidade, entendeu que a parte final da tese do tema 793 impõe observância da repartição de competências e, consequentemente, a inclusão da União nas demandas que buscam o fornecimento de medicamentos não padronizados.

Percebe-se, assim, que todos os Ministros do STF já se manifestaram, seja através de decisões monocráticas, seja através do colegiado, no sentido de que, após a fixação da nova tese do Tema de Repercussão Geral nº 793, é absolutamente imperativa a presença da União nas demandas que buscam o fornecimento de tratamentos não incorporados ao SUS.

Portanto, não há mais espaço para interpretações no sentido de que

22 No mesmo sentido, também de relatoria do Ministro Presidente, Luiz Fux, as decisões nas STP 649 e STP 694.

23 Na mesma linha, também de relatoria do Min. Alexandre de Moraes: RE 1.299.733.

a solidariedade impediria a participação da União quando não demandada inicialmente pela parte autora. É que a solidariedade foi temperada, ganhou matizes, de modo que a União deverá ser chamada a participar do processo quando a demanda versar sobre o fornecimento de tratamentos não incorporados ao SUS.

O reconhecimento da solidariedade mitigada, que pressupõe a atenção às regras de organização de SUS e a sua distribuição de competências, fortalece a hierarquização e descentralização do sistema, de modo que a presença da União passa a ser fundamental, devendo o magistrado convocá-la, ainda que de ofício, passando o redirecionamento e o ressarcimento a serem impositivos.²⁴

Assim, qualifica-se a judicialização da saúde, uma vez que se evita que entes incompetentes assumam ônus e responsabilidades que não lhes pertencem, vale dizer, impede que entes estaduais e municipais assumam sobrecarga financeira que compete à União, preservando o bom funcionamento e a higidez do SUS.²⁵

A partir da jurisprudência que se consolida no Supremo, esta incongruência deixa de ser possível e definitivamente se reequilibra e se consolida o pacto federativo, na medida em que se respeita a repartição de competências e se reconhece o protagonismo da União na judicialização da saúde, ente que deve ser responsável, especialmente, pelo financiamento de tratamentos de alto²⁶ custo e oncológicos.²⁷

24 MOROZOWSKI, Ana Carolina; OLIVEIRA, Luciana da Veiga. **Da responsabilidade solidária na assistência à saúde no SUS**. Migalhas, 01/07/2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/305311/da-responsabilidade-solidaria-na-assistencia-a-saude-no-sus>. Acesso em: 14 ago. 2021.

25 SANTOS, Bruno Henrique Silva. **Divisão de competências nas ações e serviços públicos em saúde no SUS**: decifra-me ou te devoro – parte II. Direito em comprimidos, 22/11/2020. Disponível em: <https://direitoemcomprimidos.com.br/pactuacao-da-assistencia-farmaceutica-parte-ii/>. Acesso em: 13 ago. 2021.

26 Conforme art. 540, § 3º, da Portaria de Consolidação nº 6/2017 do Ministério da Saúde.

27 Consoante Portaria nº 874/2013 do Ministério da Saúde.

5. CONCLUSÃO

O Sistema Único de Saúde é baseado no federalismo de cooperação, que prevê diferentes atribuições a cada um dos entes públicos, sem embargo da competência comum para cuidar da saúde da população. Neste sentido, cabe à União a incorporação de novas tecnologias em saúde.

Ao estabelecer a nova tese do Tema de Repercussão Geral nº 793, embora tenha reconhecido a responsabilidade solidária dos entes políticos de prestar assistência em saúde, o Supremo Tribunal Federal temperou a solidariedade, atribuindo ao magistrado a responsabilidade de direcionar o cumprimento da decisão judicial conforme as regras administrativas de repartição de competências.

A partir de então, em se tratando de demandas que busquem tratamentos não incluídos nas políticas públicas, quando não propostas inicialmente em face do ente federal, a União deve ser necessariamente chamada para compor o polo passivo, atraindo a competência da Justiça Federal, conforme entendimento que se consolida no STF.

Reconhecido o protagonismo a União, que deve obrigatoriamente integrar o polo passivo em demandas de saúde que requerem tratamentos não incorporados ao SUS, consolida-se o pacto federativo na judicialização da saúde, evitando que os entes estaduais e municipais assumam ônus financeiros que não lhes pertencem.

REFERÊNCIAS

CASTELO, Fernando Alcantara. Direito à saúde e decisões estruturais: por uma judicialização mais racional e eficiente. **Revista de Processo**. Vol. 274. Ano 42. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017, p. 317-342.

CASTELO, Fernando Alcantara. A necessidade de estabelecer a responsabilidade da União nas ações que buscam o fornecimento de medicamentos oncológicos. In: **Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. SANTOS A. O.; LOPES, L. T. (Orgs.). Brasília: Conass, 2018. v.2, p. 132-145.

CASTELO, Fernando Alcantara; FAGLIONI, Aline Fernanda. A especialização das procuradorias dos estados nas questões relativas ao direito à saúde como instrumento eficaz na defesa dos entes estaduais: a experiência da PGE/PR. *In: Coletânea direito à saúde: boas práticas e diálogos institucionais*. SANTOS A. O.; LOPES, L. T. (Orgs.). Brasília: Conass, 2018. v.3, p. 84-90.

DANTAS, Andrea de Quadros; PEDROSA, Maria Helena Martins Rocha; PEREIRA, Alessandra Lopes da Silva. A pandemia de Covid-19 e os precedentes do STF sobre as competências constitucionais dos entes federativos: uma guinada jurisprudencial ou mera continuidade da função integrativa da Corte? **Revista Direito Público**. vol. 17. n. 96. Brasília: IDP, 2020, p. 37-64.

DRESCH, Renato Luís. Federalismo solidário: a responsabilidade dos entes federativos na área da saúde. *In: Judicialização da saúde no Brasil*. Org. SANTOS, Lenir; TERRAZ, Fernanda. Campinas: Saberes, 2014, p. 25-57.

FREITAS, Daniel Castanha de. **Direito fundamental à saúde e medicamentos de alto custo**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LEITE, Rafael Soares; CASTELO, Fernando Alcantara; LOPES, Fernando Augusto Montai. O restabelecimento do pacto federativo na judicialização da saúde: a paralisia da União e o julgamento do Recurso Extraordinário nº 855.178 pelo Supremo Tribunal Federal. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**. 2019 jul./set.; 8(3): 70-88.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELO, Felipe Barreto de. **O tema 793 do STF e o dissenso jurídico**. Aqui tem SUS? Direito em comprimidos, 18/10/2020. Disponível em: <https://direitoemcomprimidos.com.br/tema-793-stf-dissenso-juridico/>. Acesso em: 13 ago. 2021.

MELO, Felipe Barreto de. **O tema 793 do STF, o dissenso jurídico e o SUS**. Empório do direito, 15/11/2020. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-tema-793-do-stf-o-dissenso-juridico-e-o-sus>. Acesso em: 13 ago. 2021.

MOROZOWSKI, Ana Carolina. **Tema 793 do STF: pato, coelho ou chinchila?** Direito em comprimidos, 02/08/2020. Disponível em: <https://direitoemcomprimidos.com.br/tema-793-pato-coelho/>. Acesso em: 13 ago. 2021.

MOROZOWSKI, Ana Carolina; OLIVEIRA, Luciana da Veiga. **Da responsabilidade solidária na assistência à saúde no SUS**. Migalhas, 01/07/2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/305311/da-responsabilidade-solidaria-na-assistencia-a-saude-no-sus>. Acesso em: 14 ago. 2021.

SANTOS, Bruno Henrique Silva. **Pactuação da assistência farmacêutica no SUS: decifra-me ou te devoro**. Direito em comprimidos, 11/10/2020. Disponível em: <https://direitoemcomprimidos.com.br/pactuacao-medamentos-sus/>. Acesso em: 13 ago. 2021.

SANTOS, Bruno Henrique Silva. **Divisão de competências nas ações e serviços públicos em saúde no SUS: decifra-me ou te devoro – parte II**. Direito em comprimidos, 22/11/2020. Disponível em: <https://direitoemcomprimidos.com.br/pactuacao-da-assistencia-farmaceutica-parte-ii/>. Acesso em: 13 ago. 2021.

SCHULZE, Clênio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde**. 2 ed. rev. e ampliada. Porto Alegre: Verbo Jurídico; 2019.

O controle *ope judicis* da representatividade adequada das associações civis¹

The *ope judicis* control of the adequacy of representation of civil associations

Luisa Doria de Oliveira Franco²

RESUMO: O presente artigo procura examinar a possibilidade de controle judicial da representatividade adequada das associações civis enquanto legitimadas para a propositura da ação civil pública. Assim, busca-se compreender o controle da representatividade adequada a partir do atual regime de legitimidade *ad causam* no Brasil, bem como a legitimidade das associações civis na ação civil pública, considerando a existência de requisitos legais para o manejo da tutela coletiva. Além disso, procura-se analisar os principais entendimentos relativos ao controle *ope judicis* da representatividade adequada, considerando a ausência de previsão legal expressa no sistema brasileiro. Quanto às associações civis, busca-se analisar se os referidos requisitos legais constituem mecanismos de aferição da

1 Artigo escrito em 10 de agosto de 2021, apresentado ao Curso de graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná, como requisito para a aprovação na Disciplina Tópica Processo Coletivo (DC067), ministrada pelo Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart.

2 Acadêmica de Direito do 4º ano (8º período) da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Membro e Coordenadora do Grupo de Pesquisa de Direito Societário Aplicado da Universidade Federal do Paraná (DSA – UFPR). Membro do Grupo de Estudos em Arbitragem e Direito Comercial da Universidade Federal do Paraná (GEAC-UFPR). Secretária do Centro Acadêmico Hugo Simas (CAHS – UFPR). Estagiária no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR).

representatividade adequada e se são suficientes para um efetivo controle da representação dos interesses coletivos. Conclui-se, portanto, que existe um enfraquecimento da visão puramente legalista de que inexistia previsão expressa acerca deste controle judicial, com uma maior preocupação em impedir uma representação inadequada dos interesses da coletividade.

PALAVRAS-CHAVE: Controle Judicial; *Ope Judicis*; Representatividade Adequada; Associações Cívicas; Ações Coletivas.

ABSTRACT: This article examines the possibility of judicial control of the adequacy of representation of civil associations as legitimized for filing a public civil action. The purpose is to understand the control of the adequacy of representation from the current Brazilian system of legitimacy *ad cause*, as well as from the legitimacy of civil associations in public civil action, considering the existence of legal requirements for the management of collective protection. In addition, this article analyzes the main understandings related to the *ope judicis* control of the adequacy of representation, considering the absence of express legal provision in the Brazilian system. As for the civil associations, it analyzes whether the aforementioned legal requirements constitute mechanisms for measuring the adequacy of representation and whether they are sufficient for an effective control of the representation of collective interests. In conclusion, there is a weakening of the purely legalistic view that there is no express provision about this judicial control, with a greater concern to prevent an inadequate representation of the interests of the collectivity.

KEYWORDS: Judicial Control; *Ope Judicis*; Adequacy of Representation; Civil Associations; Class Actions.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo procura analisar a possibilidade de controle judicial da representatividade adequada dos legitimados para a propositura das ações coletivas, em especial quanto à legitimidade conferida às associações na ação civil pública, tendo em vista os requisitos exigidos pelo art. 5º, inc. V, da Lei nº 7.347/85 (“Lei de Ação Civil Pública”) e pelo art. 82, inc. IV, do Código de Defesa do Consumidor (“CDC”), que apresentam as suas raízes na noção de representatividade adequada desenvolvida pelo modelo norte-americano.

Em um primeiro momento, busca-se compreender, de maneira geral, o controle da representatividade adequada, verificando o atual regime de legitimidade *ad causam* e as principais problemáticas relacionadas ao modelo adotado pelo sistema brasileiro, considerando o possível distanciamento entre aquilo que os legitimados buscam no processo coletivo e aquilo que, possivelmente, seria o real interesse da coletividade.

Em um segundo momento, o trabalho analisa a legitimidade ativa das associações civis na ação civil pública, a fim de compreender os requisitos legais de pré-constituição mínima e de adequação entre a propositura da medida e os seus fins institucionais para o manejo da tutela coletiva. Além disso, investigam-se algumas limitações à atuação das associações, como aquela imposta pelo art. 2º-A da Lei nº 9.494/97 (na redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35/01).

Por fim, procura-se analisar os principais entendimentos, favoráveis e contrários, ao controle *ope judicis* da representatividade adequada, especialmente em relação à atuação das associações civis. Conclui-se que, embora existam divergências quanto à admissibilidade do controle *ope judicis* da representatividade adequada, há uma tendência em introduzir a representatividade adequada no processo coletivo brasileiro, ou ao menos de aumentar o debate acerca do tema, haja vista a insuficiência de uma legitimação coletiva meramente abstrata, prevista em lei, mas distante da realidade, sem corresponder com os reais interesses da coletividade.

2. A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA

Ainda que exista previsão de legitimação individual e direta ao cidadão no caso da ação popular, “a legitimação por corpos intermediários da sociedade civil vem sendo a tônica do processo civil coletivo brasileiro”.³ Observa-se que as ações coletivas possuem regime próprio de legitimidade *ad causam*, em que se considera como suficiente a observância dos requisitos legais para que o interesse metaindividual ou individual de massa esteja adequadamente tutelado em juízo.

Nesse sentido, os legitimados coletivos passaram a ter uma presunção de representatividade adequada, ou seja, a adequação do representante é *ex lege*, a partir do pressuposto de que teriam condições de representar de forma adequada os interesses dos titulares de direito material.

Contudo, ainda que a amplitude do rol de legitimados demonstre a preocupação em assegurar a máxima efetividade à tutela coletiva, Sérgio Arenhart e Gustavo Osna destacam que “parece ser irracional acreditar que o simples fato de haver previsão em lei de certa legitimação seja suficiente para ensejar a adequada proteção dos interesses metaindividuais e individuais de massa objeto da demanda”.⁴ Assim, a mera autorização em abstrato, na lei, não seria suficiente para garantir uma tutela adequada dos direitos individuais de massa ou metaindividuais, considerando que não há nenhuma garantia de que o legitimado possua compromisso com o direito a ser protegido, ou conhecimento técnico suficiente para a correta defesa desse interesse.

A opção do direito nacional pela legitimação *ex lege*, conferida a instituições normalmente afastadas da realidade, acaba por conceber um processo muitas vezes “descolado” da realidade, que não representa exatamente a tutela que a sociedade deseja ou necessita. Esses agentes

3 SCARPARO, Eduardo. Controle da Representatividade Adequada em Processos Coletivos no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 208, p. 125-146, jun. 2012, p. 126.

4 ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 202.

públicos, apenas por estarem vinculados a uma instituição pública, “acabam por adquirir uma imaginada ‘onisciência’, de modo a conseguir representar com seu pedido de tutela jurisdicional – e, posteriormente, com seu agir processual – todo o anseio da sociedade”⁵

No mesmo sentido, Eduardo de Avelar Lamy e Sofia Orberg Temer afirmam que, conquanto a legitimidade extraordinária tenha reduzido o número de processos, o custo e o tempo para julgamento, “possui grave falha quanto ao distanciamento que pode ocorrer entre o legitimado e os fatos que constituem a causa de pedir, o que não ocorre com a legitimação ordinária, cuja situação legitimadora é justamente o contexto fático”⁶. Desse modo, ocorre um “verdadeiro desalinhamento entre aquilo que se busca no processo coletivo – e a forma como isso é buscado no processo – e aquilo que, possivelmente, seria o real interesse da coletividade”⁷.

Diante desse cenário, o controle de representatividade adequada surge como um instrumento para assegurar que os interesses envolvidos estejam suficiente e adequadamente apresentados no processo, exigindo que, “para além da simples legitimação abstrata, prevista em lei, haja a efetiva e concreta demonstração, por parte do sujeito que se coloca como representante da coletividade, de que realmente ele fala em nome daquela coletividade”⁸.

Nessa hipótese, não se admite a vinculação de interesses de terceiros ao resultado do processo se não houver a adequada representação de seus interesses ou de suas posições, tendo em vista que uma representação

5 ARENHART, Sérgio Cruz. Processo Multipolar, Participação e Representação de Interesses Concorrentes. In: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 803.

6 LAMY, Eduardo de Avelar; TEMER, Sofia Orberg. A Representatividade Adequada na Tutela de Direitos Individuais Homogêneos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 206, p. 167-190, abr. 2012, p. 171.

7 ARENHART, 2019, p. 804.

8 ARENHART; OSNA, 2021, p. 202.

inadequada dos interesses ofenderia a garantia do devido processo legal. Assim, os direitos de ser citado, ouvido e de apresentar defesa em juízo – direitos que consolidam a ideia do devido processo legal – serão exercidos em juízo por meio de um representante reconhecidamente adequado.⁹

Observam-se, ainda, algumas tendências, em diferentes ordenamentos jurídicos, quanto à representatividade adequada. Em alguns sistemas estrangeiros, como na Argentina, projetos de lei vêm sugerindo a utilização de eleições para a escolha do representante adequado do grupo. Contudo, críticas a essa proposta apontam que a maior “popularidade” de alguém não implica, necessariamente, a melhor qualidade da representação.¹⁰ No Japão, optou-se por um cadastro prévio de entidades que apresentariam suficiente grau de representação para ajuizar ações coletivas, devendo buscar sua certificação junto ao Poder Público e demonstrando a satisfação de certos requisitos. Todavia, esse modelo mostra-se muito burocratizado, colocando em risco o acesso à proteção coletiva.

Verifica-se, assim, que “a grande dificuldade em se impor o controle da representatividade adequada de alguém reside exatamente no equilíbrio entre os requisitos a serem exigidos e a necessidade de proteção de certas situações concretas”.¹¹ O Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, por exemplo, propõe alguns parâmetros eficientes, prevendo, em seu art. 2º, § 2º:

na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como: a – a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; c – sua conduta em outros processos coletivos; d – a coincidência entre os interesses dos

9 GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 27, n. 108, p. 61-70, out./dez. 2002.

10 ARENHART, 2019, p. 799-824.

11 ARENHART; OSNA, 2021, p. 210.

membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; e – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

Esse preceito baseia-se no sistema concebido no direito norte-americano, tendo a jurisprudência fixado quatro grandes critérios:

a) a ausência de conflito de interesses entre o representante e a classe; b) a natureza representativa da pretensão individualmente formulada pela parte que representa a classe; c) a habilidade e a vontade do representante em levar adiante a pretensão da classe; e d) a competência do advogado da parte representante.¹²

Além disso, o controle da representação adequada não é feito apenas no início, sendo necessário que o representante guarde a condição de adequação durante todo o curso do processo. Desse modo, alguém que se apresenta como representante adequado no começo do processo não necessariamente manterá essa condição até a sua conclusão.

Por outro lado, o ordenamento jurídico brasileiro não possui previsão em lei de um sistema efetivo para realizar o controle da atuação do representante adequado. Vale ressaltar que, no texto original da Lei da Ação Civil Pública, no Projeto de Lei nº 3.034/1984, a legitimação havia sido definida com base no sistema norte-americano das *class actions*, a partir da verificação, no caso concreto, da representatividade adequada.¹³ Porém, o Projeto de Lei foi alterado e a nova versão foi aprovada sem a disciplina da legitimidade, como havia sido elaborada.

Ainda que o direito positivo brasileiro não apresente regra expressa, alguns legitimados coletivos sujeitam-se a exigências muito semelhantes àquela da representatividade adequada. Cumpre mencionar a legitimação

12 ARENHART, 2019, p. 817.

13 LAMY; TEMER, 2012.

das associações, em que se exige que

inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 5º, inc. V, “b”, da Lei nº 7.347/85).

Nada obstante essa exigência ainda seja muito tênue, “não há dúvida de que elas têm sua raiz na noção de representatividade adequada, desenvolvida no modelo norte-americano”.¹⁴

O requisito da representatividade adequada também consta expressamente no art. 138 do Código de Processo Civil, que trata da admissão do *amicus curiae* no processo brasileiro, pois embora trate especificamente de um instituto qualificado como modalidade de intervenção de terceiro, a previsão expressa desse controle demonstra a tendência à abertura do sistema brasileiro para esse importante mecanismo de filtro.¹⁵

Também têm sido colocados limites à atuação dos legitimados coletivos, apenas autorizando demandas que guardem alguma pertinência com o seu desenho ou com a sua finalidade institucional. Embora legitimado abstratamente para a ação civil pública, os tribunais têm entendido que o Ministério Público, por exemplo, não tem permissão para a tutela de direitos individuais homogêneos de caráter patrimonial e disponível quando desprovidos de relevância social.¹⁶ A atuação das Defensorias

14 ARENHART, 2019, p. 812.

15 ARENHART; OSNA, 2021.

16 O Superior Tribunal de Justiça já negou a possibilidade de o Ministério Público, por meio da ação civil pública, tutelar a nulidade de cláusulas abusivas em contratos de locação residencial (AgRg no REsp 442.822/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, Julgado em 18/09/2003, DJe 13/10/2003), benefícios de aposentadoria a portadores de deficiência (REsp 502.744/SC, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Julgado em 12/04/2005, DJe 25/04/2005), ou de dissolução de sociedade anônima em benefício dos acionistas (REsp 36.098/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, Julgado em 10/12/1999, DJe 03/04/2000).

Públicas,¹⁷ por sua vez, tem sido atrelada à defesa dos necessitados, mesmo que permita que a sua atividade favoreça também interesses de outras pessoas.

Vale ressaltar que o controle de representatividade adequada não representa um critério relacionado à legitimidade processual, tratando-se de elemento ligado à própria legitimidade material da jurisdição e à preservação da autoridade do processo. Assim, a legislação processual pode estabelecer com relativa liberdade o sujeito apto a atuar em juízo em defesa de uma coletividade, mas “ao se colocar em pauta a higidez de que determinado sujeito seja diretamente atingido pela decisão proferida em um processo do qual não participou, é exigida uma investigação que vai além”.¹⁸ Trata-se, portanto, de verdadeira legitimação material da prestação jurisdicional, verificando se o processo foi eficaz, se transcorreu em um ambiente efetivamente idôneo e se o interesse coletivo foi representado de forma satisfatória.

Porém, a representatividade adequada não deve servir como instrumento para inviabilizar ações coletivas ou processos com finalidades estruturais. Como ponto de equilíbrio, Sérgio Arenhart e Gustavo Osna sugerem examinar o impacto que a decisão coletiva poderá ter sobre o grupo ou sobre o interesse protegido, pois “quanto mais grave e oneroso possa ser esse impacto, maiores as exigências que se deve fazer para admitir que alguém fale em nome da coletividade”.¹⁹

Dessa maneira, Eduardo de Avelar Lamy e Sofia Orberg Temer defendem o aprimoramento do sistema brasileiro de tutela coletiva, com uma combinação entre o sistema atual, de elencar em lei os legitimados e

17 O Superior Tribunal de Justiça já decidiu, por exemplo, que a simples “afirmação da Defensoria Pública da União – DPU de atuar em vários processos que tratam do mesmo tema versado no recurso representativo da controvérsia a ser julgado não é suficiente para caracterizar-lhe a condição de *amicus curiae*”. (REsp 1.371.128/RS. Rel. Min. Campbell Marques, Julgado em 10/09/2014, DJe 17/09/2014).

18 ARENHART; OSNA, 2021, p. 224.

19 ARENHART; OSNA, 2021, p. 226.

a posterior análise sobre a sua atuação no caso concreto, “verificando dados como a credibilidade, a seriedade, o conhecimento e a capacidade de produzir uma defesa processual válida, além de verificar se há coincidência entre os interesses a serem tutelados e os interesses da categoria”.²⁰

Contudo, vale mencionar que parte da doutrina critica o controle judicial da representatividade adequada. Para Eduardo Cândia, por exemplo, não há, no sistema brasileiro, espaço para se defender, de *lege lata*, o controle judicial da representação adequada. Isso porque

mesmo no sistema que prevê o controle judicial da representação adequada não há uma certeza ou garantia absoluta de que o Poder Judiciário realizará da forma mais rápida, efetiva e, principalmente, acertada a análise da representação adequada.²¹

Além disso, dificultar-se-ia o acesso à via coletiva, com um filtro maior de admissibilidade das ações coletivas, o que reduziria ainda mais as hipóteses de atuação dos legitimados coletivos.

3. A LEGITIMAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES CIVIS NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A Constituição Federal, em notável estímulo às ações coletivas, estabelece, em seu art. 5.º, inc. XXI que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”. Por sua vez, a Lei de Ação Civil Pública e o CDC permitem o manejo da tutela coletiva por associações civis, desde que:

20 LAMY; TEMER, 2012, p. 175.

21 CÂNDIA, Eduardo. A representação adequada no direito processual civil coletivo brasileiro e o controle judicial em cada caso concreto: uma abordagem de *lege lata*. In: CÂNDIA, Eduardo (Coord.). **Processo coletivo**: do surgimento à atualidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 731.

“(i) haja adequação entre a propositura da medida e as previsões estatutárias da pessoa jurídica autora; e (ii) sua constituição deve datar de período anterior a um ano do ingresso em juízo com a demanda”.²²

A opção do legislador por legitimar as associações assegura à sociedade civil a participação direta na defesa dos interesses coletivos. Todavia, a permissão para que atuem em favor dos interesses metaindividuais e individuais homogêneos não pode ser interpretada de maneira idêntica àquela conferida aos entes de direito público, pois as associações não estão submetidas ao mesmo âmbito de deveres e presunções, exigindo expressamente a legislação determinados requisitos para a propositura da ação civil pública.

Em relação à exigência de pré-constituição mínima, a ausência desse requisito permitiria que pessoas jurídicas fossem criadas exclusivamente para a propositura de determinada ação civil pública, incentivando posturas oportunistas. Por outro lado, acertada “a possibilidade de dispensa do requisito em conformidade às características da situação material litigiosa, conferindo maiores poderes ao julgador para aferição desse elemento”.²³

Quanto à pertinência temática, passou-se a exigir a sua comprovação “não como uma simples referência ao estatuto social de uma dada associação, mas como um verdadeiro vínculo entre a atividade de representação da entidade legitimada com o próprio objeto da ação que move”.²⁴ De acordo com Sérgio Arenhart e Gustavo Osna, “a pertinência temática poderia ser aferida como aspecto relacionado à representação adequada, e não à legitimidade *ad causam*”,²⁵ mas a previsão legal foi expressamente diversa e a divergência de natureza entre os agentes também sustenta a existência de tratamento diverso.

22 ARENHART; OSNA, 2021, p. 320.

23 ARENHART; OSNA, 2021, p. 322.

24 SCARPARO, 2012, p. 130.

25 ARENHART; OSNA, 2021, p. 323.

Teori Zavascki aponta, ainda, para alguns limites da legitimação das entidades associativas, indicando que o objeto material da demanda deve ficar circunscrito aos direitos e interesses dos seus filiados e que a sua atuação deve guardar relação com seus fins institucionais (interesse de agir da instituição legitimada).²⁶

Também cumpre mencionar que a atuação das associações não se restringe à tutela de direitos individuais homogêneos decorrentes das relações de consumo, já tendo o Superior Tribunal de Justiça decidido que

as associações têm legitimidade ativa para propor ação civil pública visando a proteção de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, como substituta processual – legitimação extraordinária, mesmo que não se trate de relação de consumo.²⁷

Ademais, a ausência de preenchimento de algum dos requisitos não deve conduzir à imediata extinção do feito, cabendo ao Ministério Público assumir o polo ativo da demanda.²⁸

No entanto, existem restrições impostas pelo art. 2º-A, da Lei nº 9.494/97 (na redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35/01), que estabelece que as ações coletivas propostas por entidades associativas somente beneficiarão “os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”. Além disso, quando essas entidades associativas ajuizarem demandas contra o Poder Público, é obrigatória a instrução da inicial com a ata da assembleia da

26 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

27 STJ - REsp 667.939/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Julgado em 20/03/2007, DJe 13/08/2007.

28 STJ - REsp 855181/SC, Rel. Min. Castro Meira, Julgado em 01/09/2009, DJe 18/09/2009. No mesmo sentido: REsp 1372593/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Julgado em 07/05/2013, DJe 17/05/2013.

entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e a indicação dos respectivos endereços.

Essas restrições impõem limites à ação coletiva proposta por associação, em que “o único legitimado de direito privado que tem a prerrogativa de realizar a tutela coletiva só pode beneficiar seus próprios associados”,²⁹ além de precisar juntar aos autos a relação de seus associados em demanda contra o Poder Público, o que impede a prerrogativa de defender interesses em favor de toda a comunidade.

Para Sérgio Arenhart e Gustavo Osna, o preceito apresenta manifesta inconstitucionalidade formal, ao ter sido inserido por medida provisória, sem qualquer relevância ou urgência (art. 62, CF), bem como inconstitucionalidade material, pois restringe a tutela prestada por associações para favorecer apenas os seus associados, violando a isonomia “e, principalmente, transforma, na prática, toda ação coletiva proposta por esses legitimados em uma ação comum, em litisconsórcio por representação”.³⁰ Assim, na prática, não há qualquer diferença entre essa ação coletiva e uma demanda individual, proposta pelos associados, em regime de representação processual pela associação, aniquilando-se, por via oblíqua, a possibilidade de as associações ajuizarem ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos.

Do mesmo modo, Rodolfo de Camargo Mancuso afirma que o art. 2º-A da Lei nº 9.494/97 está em descompasso com o sistema de coisa julgada coletiva, pois limitar a abrangência da coisa julgada nas ações civis públicas significa multiplicar demandas, o que contraria a lógica dos processos coletivos, destinados a resolver molecularmente os conflitos de interesses.³¹

29 ARENHART; OSNA, 2021, p. 325.

30 ARENHART; OSNA, 2021, p. 325.

31 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A concomitância de ações coletivas, entre si, e em face das ações individuais. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 96, p. 371-409, jan. 2001. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/>

Contudo, para Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, o art. 2º-A da Lei nº 9.494/97 está de acordo com a sistemática da Constituição, respeitando a liberdade associativa e os limites de representação da associação, também estando em consonância com a legislação processual e com o modelo constitucional de processo que erigem a estabilização da relação processual como uma garantia fundamental das partes.³² Esse dispositivo legal coibiria o abuso das associações, impedindo que atuassem movidas apenas por interesses econômicos.

Nesse cenário, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria afirmam que é importante diferenciar o papel das associações na defesa dos direitos essencialmente coletivos e na defesa de direitos individuais homogêneos.³³ Isso porque, para os primeiros, basta que haja a previsão nos estatutos da associação da finalidade de defesa desses direitos, atendendo à pertinência temática e à adequada representatividade.

Por outro lado, para os direitos individuais homogêneos, a ação coletiva destina-se apenas à tutela dos interesses de seus associados, não sendo possível a representação indistinta de todo e qualquer interesse individual, de modo que a limitação constitucional (art. 5º, inc. XXI, CF) deve ser observada para que seja assegurada a liberdade de associação.

Verifica-se, ainda, que o posicionamento restritivo trazido pela Lei nº 9.494/97 foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal, resultando no Tema de Repercussão Geral nº 82:

rfdusp/article/view/67508. Acesso em: 10 ago. 2021.

32 THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. **Tutela Coletiva dos Direitos Individuais Homogêneos**. Legitimação Processual das Associações no Direito Brasileiro. RKL Advocacia. Publicado em: 14 fev. 2017. Disponível em: [https://www.rkladvocacia.com/tutela-coletiva-dos-direitos-individuais-homogeneos-legitimacao-processual-das-associacoes-no-direito-brasileiro/#:~:text=82%2C%20IV\)%2C%20a%20associa%C3%A7%C3%A3o](https://www.rkladvocacia.com/tutela-coletiva-dos-direitos-individuais-homogeneos-legitimacao-processual-das-associacoes-no-direito-brasileiro/#:~:text=82%2C%20IV)%2C%20a%20associa%C3%A7%C3%A3o). Acesso em: 10 ago. 2021.

33 THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2017.

I – A previsão estatutária genérica não é suficiente para legitimar a atuação, em Juízo, de associações na defesa de direitos dos filiados, sendo indispensável autorização expressa, ainda que deliberada em assembleia, nos termos do artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal; II – As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, são definidas pela representação no processo de conhecimento, limitada a execução aos associados apontados na inicial.³⁴

No entanto, Sérgio Arenhart e Gustavo Osna criticam a tese em questão, apontando que “o posicionamento desconsidera um aspecto central da tutela coletiva: a impossibilidade de que sua disciplina seja compreendida a partir das lentes do processo civil tradicional”.³⁵ Ainda que se argumente que a exigência de autorização expressa seria um dispositivo de prudência, considerando a submissão à coisa julgada em razão de uma ação proposta pela associação, os autores entendem que esse ponto é incompatível com o processo coletivo e que “o único caminho que parece articular as pontas é a realização de um controle de representatividade do ator coletivo; a avaliação, constante, da sua legitimação material”.³⁶

4. O CONTROLE JUDICIAL DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA DAS ASSOCIAÇÕES CIVIS

O controle da representatividade adequada pode ocorrer por meio de duas formas: a partir do controle prévio pelo legislador (*ope legis*), indicando quais os requisitos necessários a legitimar determinados entes a atuar em nome da coletividade, ou mediante o controle tópico do juiz (*ope judicis*) que, ante as especificidades do caso concreto, avalia se aquele que se

34 STF - Tema de Repercussão Geral nº 82. Precedente RE 573.232/SC, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Rel. p/Acórdão Min. Marco Aurélio Mello, Julgado em 14/05/2014, DJe 19/09/2014.

35 ARENHART; OSNA, 2021, p. 328.

36 ARENHART; OSNA, 2021, p. 328.

apresenta tem as condições para cumprir a representação adequadamente.³⁷

Existem divergências doutrinárias quanto à forma em que será feito o juízo de adequação desses representantes, principalmente considerando que inexistente uma previsão expressa nas leis que disciplinam os processos coletivos no Brasil. Parcela da doutrina entende que os representantes adequados foram eleitos pelo legislador brasileiro, afastando-se a possibilidade de aferição de sua atuação no caso concreto pelo juiz. Essa corrente divide-se em duas vertentes.³⁸

Para Rodolfo de Camargo Mancuso, o legislador presumiu que as entidades arroladas como legitimadas coletivas ativas são representantes adequadas dos interesses da coletividade, tendo em vista que não foi positivada a possibilidade deste controle jurisdicional.³⁹ Logo, não haveria controle judicial da adequação do representante nas ações coletivas, bastando que o autor esteja incluído no rol do art. 82 do CDC ou do art. 5.º da Lei de Ação Civil Pública para que possa representar os interesses do grupo.

Desse modo, os requisitos previstos na lei para a atribuição de legitimidade às associações civis “nada tem que ver com a representatividade adequada, que exprime um conjunto de fatores que demonstrariam concretamente ao juiz, durante todo o curso do processo, ser o autor pessoa idônea”.⁴⁰

Por sua vez, conforme sustenta uma segunda vertente, representada por Álvaro Luiz Valery Mirra, o legislador estabeleceu condições expressas para a atuação dos legitimados e a verificação dessas condições é o mais próximo que o juiz poderia chegar para a verificação da representatividade

37 SCARPARO, 2012.

38 FERNANDES, Débora Chaves Martines. **Controle Judicial da Representatividade Adequada das Associações Civis**. 2013. 264 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

39 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

40 MANCUSO, 1999, p. 201-202.

adequada dos legitimados.⁴¹ No mesmo sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam, quanto às associações civis, que

a legitimidade é aferível *ope legis*, bastando à associação preencher os requisitos contidos na lei para considerar-se legitimada ativa para a ACP, ao contrário da ação de classe (*class action*) norte-americana, onde essa legitimidade é aferível *ope judicis*, cumprindo ao juiz verificar se a associação possui adequada representatividade dos membros e da classe que representa. As limitações à legitimação das associações para a propositura da ACP são apenas e tão somente as estipuladas na norma ora comentada (constituição na forma da lei civil há pelo menos um ano; inclusão, entre suas finalidades institucionais, da defesa de um dos direitos protegidos pela LACP). Não tem lugar, por ser ilegal, outra exigência ou distinção, principalmente tendo em vista a qualidade da entidade, que restrinja a legitimação para agir das associações, fora das hipóteses expressamente enunciadas na norma sob exame.⁴²

Por outro vértice, Débora Chaves Martines Fernandes aponta que “aceitar a tese de que determinados entes são, *a priori*, representantes adequados dos interesses da coletividade, já se constitui em uma afronta direta à garantia do devido processo legal”,⁴³ pois esta garantia exige que o legitimado atue com a mesma diligência que o próprio titular do direito atuarial, o que somente pode ser apurado pelo juiz no caso concreto. Com o mesmo entendimento, Antonio Gidi afirma que “pouco importa que a lei infraconstitucional brasileira não preveja expressamente que o juiz deva controlar a adequação do representante. Não se trata aqui de uma questão meramente processual, mas constitucional”.⁴⁴

41 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

42 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 1516.

43 FERNANDES, 2013, p. 168.

44 GIDI, 2002, p. 69.

Em relação às associações civis, os requisitos legais “podem servir como guia aos magistrados na aferição da representatividade adequada, mas certamente não se afiguram suficientes, por si só, para um controle da efetiva representação dos interesses da coletividade pelo legitimado ativo”.⁴⁵ Logo, essas condições devem ser consideradas

não como limitadores para a verificação da adequação do representante, mas como parâmetros a serem utilizados pelos juízes quando interpretados de acordo com as garantias constitucionais e com as cláusulas gerais do direito.⁴⁶

Nesse cenário, “não é possível assumir que todas as associações brasileiras constituídas há mais de um ano defenderão adequadamente os interesses a que se propuseram”.⁴⁷ Uma associação pode ser considerada como representante adequada de determinado grupo, por exemplo, em um determinado contexto, e um representante inadequado em relação aos interesses de um outro grupo. Ademais, pequenas associações podem não possuir conhecimento técnico-científico ou capacidade econômica para atender à demanda de seus associados nas ações coletivas, ou ainda podem formular pedidos manifestamente contrários aos reais interesses da classe.⁴⁸

Antonio Gidi sustenta que “apesar de não estar expressamente previsto em lei, o juiz brasileiro não somente pode, como tem o dever de avaliar a adequada representação dos interesses do grupo em juízo”.⁴⁹

45 FERNANDES, 2013, p. 169.

46 FERNANDES, 2013, p. 195.

47 FERNANDES, 2013, p. 168.

48 CALDO, Diego Santiago y. Legitimidade e a representatividade adequada nas ações coletivas: um estudo comparado entre a legislação brasileira e a experiência norte-americana. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (Coord.). **Processo coletivo: do surgimento à atualidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 871-884.

49 GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos** – as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 134.

Para o autor, o art. 82, § 1º, do CDC atribui ao juiz um poder de análise muito próximo ao do controle da representação adequada, autorizando-o a dispensar a associação do requisito da pré-constituição anual, caso haja manifesto interesse social. Assim, a partir deste dispositivo, o magistrado também estaria autorizado a negar a legitimação da associação se ausentes os requisitos da representação adequada.

Ainda, sustentando o controle judicial da representatividade adequada no Brasil, Eduardo de Avelar Lamy e Sofia Orberg Temer afirmam que “embora o regime processual brasileiro não contenha previsão expressa da ‘representatividade adequada’, ele não seria avesso a este controle pelo órgão jurisdicional, o que se exemplifica pelo próprio art. 82, § 1º, do CDC”.⁵⁰ Kazuo Watanabe também entende que “o sistema brasileiro, embora não afirme expressamente, não é avesso ao controle da representatividade adequada pelo juiz, em cada caso concreto”.⁵¹

Diego Santiago y Caldo afirma que o ajuizamento de ações coletivas sem qualquer controle judicial, pautado exclusivamente no rol dos entes legitimados, expõe a sociedade a um manifesto risco de dano irreparável, considerando a extensão indiscriminada dos efeitos da coisa julgada a todos os membros da classe ou grupo, que somente poderão ajuizar nova ação coletiva se a anterior tiver sido julgada improcedente por insuficiência de provas (art. 103, I e II, do CDC).⁵² Logo, a representatividade adequada torna “legítima e razoável a intenção de vincular terceiros, não participantes do processo, aos efeitos e, sobretudo, à coisa julgada formada em processo coletivo, bem como para preservar, em relação a estes, a garantia do devido processo legal”.⁵³

50 LAMY; TEMER, 2012, p. 174.

51 WATANABE, Kazuo. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (Orgs.). **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 825.

52 CALDO, 2014, p. 871-884.

53 ARENHART; OSNA, 2021, p. 202.

Nesse aspecto, cumpre destacar o posicionamento de Ada Pellegrini Grinover, especificamente sobre as associações civis:

[...] problemas práticos têm surgido pelo manejo de ações coletivas por parte de associações que, embora obedeçam aos requisitos legais, não apresentam a credibilidade, a seriedade, o conhecimento técnico-científico, a capacidade econômica, a possibilidade de produzir uma defesa processual válida, dados sensíveis esses que constituem as características de uma ‘representatividade’ idônea e adequada. [...]

Para casos como esse, é que seria de grande valia reconhecer ao juiz o controle sobre a legitimação, em cada caso concreto, de modo a possibilitar a inadmissibilidade da ação coletiva, quando a ‘representatividade’ do legitimado se mostrar inadequada. Quer me parecer que o sistema brasileiro, embora não o afirme expressamente, não é avesso ao controle da ‘representatividade adequada’ pelo juiz, em cada caso concreto. O art. 82, § 1º do Código de Defesa do Consumidor permite ao juiz dispensar a associação do requisito da pré-constituição há pelo menos um ano, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. A análise atribuída ao juiz no caso concreto, para o reconhecimento da legitimação, está muito próxima do exame da ‘representatividade adequada’, podendo-se afirmar que, *a contrario sensu*, o juiz pode negar a referida legitimação, quando entender não presentes os requisitos da adequação. [...] Vê-se daí que o ordenamento brasileiro não é infenso ao controle da legitimação *ope judicis*, de modo que se pode afirmar que o modelo do direito comparado, que atribui ao juiz o controle da representatividade adequada. (Estados Unidos da América, Código Modelo para a Ibéro-América, Uruguai e Argentina), pode ser tranquilamente adotado no Brasil na ausência de norma impeditiva.⁵⁴

Além disso, “valendo-se do desenvolvimento da legitimidade no controle concentrado de constitucionalidade, vêm os tribunais exigindo

54 GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, p. 98.

um requisito que não resta expressamente presente na lei, para fins de legitimação em ações coletivas: a pertinência temática”.⁵⁵ Assim, “esse desdobramento jurisprudencial aponta para a quebra do fundamento estritamente legalista do controle jurisdicional, que impediria o controle judicial da representatividade”.⁵⁶

Vale destacar que controlar a representatividade adequada não significa exclusivamente extinguir a ação coletiva sem resolução de mérito, pois constatada a grave deficiência do representante da classe, também pode o juiz determinar a sua substituição pelo Ministério Público, ou ainda autorizar *ex officio* a produção de provas que entenda pertinentes, para que a prestação jurisdicional seja efetiva, adequada e justa.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

A norma inserta no art. 13 do CPC deve ser interpretada em consonância com o § 3º do art. 5º da Lei 7.347/85, que determina a continuidade da ação coletiva. Prevalece, na hipótese, os princípios da indisponibilidade da demanda coletiva e da obrigatoriedade, em detrimento da necessidade de manifestação expressa do *Parquet* para a assunção do pólo ativo da demanda.⁵⁷

Desse modo, a “ingerência do magistrado no caminhar do processo decorre não só da relevância dos direitos tutelados, mas também do papel do juiz no processo civil contemporâneo”,⁵⁸ que deve garantir a efetividade da prestação jurisdicional na defesa dos direitos individuais de massa ou metaindividuais. Portanto, conquanto a legitimidade legal abstrata possa ser

55 SCARPARO, 2012, p. 130.

56 SCARPARO, 2012, p. 130.

57 STJ - REsp 855.181/SC, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, Julgado em 01/9/2009, DJe 18/9/2009.

58 CALDO, 2014, p. 882.

um ponto de partida para a análise da representação adequada, esta não é suficiente, também se exigindo outros dados para que se demonstre que o “representante” é o porta-voz do interesse tutelado.⁵⁹

5. CONCLUSÃO

O sistema brasileiro de tutela coletiva apresenta um regime de legitimidade *ad causam*, em que os legitimados coletivos possuem uma presunção de representatividade adequada, supondo-se que teriam condições de representar de forma adequada os interesses da coletividade. Contudo, verifica-se que, em muitos casos, ocorre um distanciamento entre a tutela pleiteada pelo legitimado coletivo e aquilo que a sociedade deseja ou necessita.

O controle de representatividade adequada surge como um instrumento para que os interesses coletivos estejam suficiente e adequadamente apresentados no processo, exigindo a efetiva e concreta demonstração pelo legitimado de que realmente representa aquela coletividade. Apesar de não estar expressamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro, este controle pode se manifestar em algumas exigências impostas pela legislação.

Em relação às associações civis, é possível mencionar os requisitos legais de pré-constituição mínima e de adequação entre a propositura da medida e os seus fins institucionais para o manejo da tutela coletiva, os quais são exigidos pelo art. 5º, inc. V, da Lei de Ação Civil Pública e pelo art. 82, inc. IV, do CDC. Ainda que essas exigências dispostas na legislação sejam muito tênues, parte da doutrina reconhece a sua origem na noção de representatividade adequada desenvolvida no modelo norte-americano, o que enseja discussões acerca da possibilidade de realização de controle *ope judicis* da representatividade adequada.

Para uma primeira corrente, não há qualquer possibilidade deste

59 ARENHART; OSNA, 2021.

controle ser realizado pelo juiz, uma vez que não foi positivado no sistema brasileiro, tendo o legislador presumido que as entidades arroladas como legitimadas ativas seriam representantes adequadas dos interesses da coletividade. Por sua vez, uma segunda vertente defende que basta que a associação preencha os requisitos contidos na lei para se considerar legitimada coletiva ativa, sendo essa verificação pelo juiz o mais próximo que poderia ocorrer de um controle *ope judicis*.

Por fim, uma terceira corrente entende que, embora o regime processual brasileiro não contenha previsão expressa, o art. 82, § 1º, do CDC atribuiu ao juiz um poder de análise muito próximo ao do controle da representação adequada. A partir deste dispositivo, o magistrado também estaria autorizado a negar a legitimação da associação se, com base na análise do caso concreto, estivesse ausente a representatividade adequada.

Essa hipótese seria de grande valia para o caso de associações que, apesar de atenderem aos requisitos legais para a propositura de ações coletivas, não apresentam condições de seriedade, idoneidade, credibilidade, ou conhecimento técnico-científico para que representem de maneira adequada e suficiente os interesses de uma classe ou grupo em juízo. Ainda, os tribunais vêm exigindo um vínculo de afinidade entre o legitimado e o objeto litigioso, o que também demonstraria o rompimento do fundamento estritamente legalista que impediria o controle judicial da representatividade adequada.

Diante do exposto, conclui-se que o modelo de legitimidade *ad causam*, com uma previsão meramente abstrata, em lei, dos legitimados ativos, mostra-se insuficiente para a tutela coletiva. Ainda que existam divergências quanto à admissibilidade do controle *ope judicis* da representatividade adequada, com diferentes correntes doutrinárias acerca do tema, verifica-se uma tendência em introduzir a ideia de representatividade adequada no processo coletivo brasileiro, ou ao menos de incentivar o debate acerca da matéria.

Desse modo, a partir da existência de mecanismos que submetem os legitimados coletivos a exigências muito semelhantes àquela da representatividade adequada, observa-se um enfraquecimento da visão puramente legalista de que inexistia previsão expressa no sistema brasileiro acerca deste controle *ope judicis*, com uma maior preocupação em impedir uma representação inadequada dos interesses da coletividade.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo Multipolar, Participação e Representação de Interesses Concorrentes. In: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 799-824.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 36.098/SP, Rel. Min. Ari Paragender, Julgado em 10/12/1999, DJe 03/04/2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 442.822/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, Julgado em 18/09/2003, DJe 13/10/2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 502.744/SC, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Julgado em 12/04/2005, DJe 25/04/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 667.939/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Julgado em 20/03/2007, DJe 13/08/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 855181/SC, Rel. Min. Castro Meira, Julgado em 01/09/2009, DJe 18/09/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.372.593/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Julgado em 07/05/2013, DJe 17/05/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.371.128/RS. Rel. Min. Campbell Marques, Julgado em 10/09/2014, DJe 17/09/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema de Repercussão Geral nº 82 - Precedente RE 573.232/SC, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Rel. p/Acórdão Min. Marco Aurélio Mello, Julgado em 14/05/2014, DJe 19/09/2014.

CALDO, Diego Santiago y. Legitimidade e a representatividade adequada nas ações coletivas: um estudo comparado entre a legislação brasileira e a experiência norte-americana. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (Coord.). **Processo coletivo**: do surgimento à atualidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 871-884.

CÂNDIA, Eduardo. A representação adequada no direito processual civil coletivo brasileiro e o controle judicial em cada caso concreto: uma abordagem de *lege lata*. In: CÂNDIA, Eduardo (Coord.). **Processo coletivo**: do surgimento à atualidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 719-748.

FERNANDES, Débora Chaves Martines. **Controle Judicial da Representatividade Adequada das Associações Civas**. 2013. 264 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 27, n. 108, p. 61-70, out./dez. 2002.

GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos** – as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II.

LAMY, Eduardo de Avelar; TEMER, Sofia Orberg. A Representatividade Adequada na Tutela de Direitos Individuais Homogêneos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 206, p. 167–190, abr. 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A concomitância de ações coletivas, entre si, e em face das ações individuais. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 96, p. 371-409, jan. 2001. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67508>. Acesso em: 10 ago. 2021.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **A ação civil pública após 20 anos**: efetividade e desafios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SCARPARO, Eduardo. Controle da Representatividade Adequada em Processos Coletivos no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 208, p. 125-146, jun. 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. **Tutela Coletiva dos Direitos Individuais Homogêneos**. Legitimação Processual das Associações no Direito Brasileiro. RKL Advocacia. Publicado em: 14 fev. 2017. Disponível em: [https://www.rkladvocacia.com/tutela-coletiva-dos-direitos-individuais-homogeneos-legitimacao-processual-das-associacoes-no-direito-brasileiro/#:~:text=82%2C%20IV\)%2C%20a%20associa%C3%A7%C3%A3o](https://www.rkladvocacia.com/tutela-coletiva-dos-direitos-individuais-homogeneos-legitimacao-processual-das-associacoes-no-direito-brasileiro/#:~:text=82%2C%20IV)%2C%20a%20associa%C3%A7%C3%A3o). Acesso em: 10 ago. 2021.

WATANABE, Kazuo. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (Orgs.). **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

Instrumentos de coletivização da decisão e a tutela eficiente dos interesses fazendários

Collectivization instruments of the decision and the efficient protection of State's interests

Thiago Simões Pessoa¹

RESUMO: O presente texto busca realizar uma análise dos instrumentos de coletivização da decisão disponíveis no direito processual brasileiro e buscar medir sua importância para a proteção do interesse público e da Fazenda Pública a partir da verificação factual de sua utilização, notadamente nos Tribunais Estaduais e dados do CNJ (Conselho Nacional de Justiça).

PALAVRAS-CHAVE: Instrumentos de coletivização da decisão; Interesse público; Eficiência; Análise empírica; Tribunais Estaduais e CNJ.

ABSTRACT: This text seeks to analyze the collectivization of decision instruments available in Brazilian procedural law and to measure their importance for the protection of the public interest and the public treasury from the factual verification of their use, notably in State Courts and CNJ data.

KEYWORDS: Decision collectivization instruments; Public interest; efficiency; Empirical analysis; State Courts and CNJ.

1 Mestre em direitos fundamentais e democracia. Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar. Pós-graduado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Procurador do Estado do Paraná.

1. INTRODUÇÃO

Eficiência e litigância de massa devem sempre caminhar juntas, pois são conceitos que se complementam reciprocamente. Porém, ao longo dos anos fora possível verificar uma perda significativa de produção, com um esgotamento do Poder Judiciário diante da litigância exacerbada e de massa.

Com o passar dos anos, várias alternativas foram criadas. E em 2015, ao que tudo indica, houve um grande avanço com a criação de formas de coletivização do processo distintas da ação coletiva, a qual vinha se mostrando incapaz de ajudar no combate à litigância de massa.

Assim, aqui se traçarão noções de eficiência processual à luz da economia, trazendo conceitos próprios do processo coletivo, a fim de buscar uma atuação racional dos sujeitos processuais, e mais precisamente da Fazenda Pública, dado ser esta um dos mais importantes litigantes habituais do processo brasileiro.

2 EFICIÊNCIA PROCESSUAL E A SOLUÇÃO ADEQUADA DO CONFLITO

2.1 A questão da economia no processo

Desde o início de 2020, o planeta Terra vivencia uma das maiores crises sanitárias já existentes ao longo de sua história, decorrente da disseminação do vírus da Covid-19, causando a primeira pandemia da era globalizada.

Porém, uma crise sanitária desta magnitude não se limita a causar problemas na área da saúde, mas sim os alastra para todos os campos sociais e econômicos existentes na sociedade, tendo em vista que a interconexão das relações sociais, e mais precisamente a globalização, tornam as relações internacionais (e também o fluxo de informações, pessoas e capital entre as nações) indissociáveis.

Assim, uma crise sanitária também importa necessariamente em uma crise nos processos de produção, bem como na economia, de modo a exigir da sociedade uma rápida transformação a fim de se adaptar às novas exigências do mundo atual.

No caso do Direito, a conclusão não é diferente. Foram exigidas muitas alterações e transformações em seus mais diversos campos, exigindo-se de seus operadores e respectivas instituições que se adaptassem rapidamente e buscassem soluções eficientes para os novos problemas e para aqueles não tão novos assim, como a litigância de massa.

É neste contexto que a eficiência, princípio constitucional há muito constante da Constituição Federal para o direito administrativo e constitucional, e mais recentemente presente expressamente no Código de Processo Civil, ganhou novos contornos e um brilho maior, havendo uma dedicação dos juristas em sua concretização.

A partir desta nova realidade emergiram diversos estudos acerca da aplicação do princípio da eficiência no direito processual civil e mais precisamente nas instituições responsáveis por sua concretização, notadamente o Poder Judiciário.

Porém, muito se fala no Direito sobre eficiência, mas muitas vezes nos esquecemos que este conceito é próprio da Economia, sendo importado para o ramo jurídico, no qual ele é aproveitado para definir nossas próprias categorias jurídicas.

Para a economia, pode-se dizer que um processo de produção é eficiente se: 1. Não se pode gerar a mesma quantidade de produção utilizando uma combinação de insumos de custo menor; 2. Não se pode gerar uma produção maior, utilizando a mesma quantidade de insumos.²

2 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Derecho Y Economía**. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 25.

Assim, a partir destas lições poderíamos trabalhar o conceito de eficiência para o Direito, e mais precisamente para o direito processual.

Transportando as lições da Economia para o direito processual, por exemplo, pode-se afirmar que um processo é eficiente se: 1. É possível produzir a mesma quantidade de prestação jurisdicional com menos recursos; 2. É possível produzir uma quantidade maior de prestação jurisdicional com os mesmos recursos.

É bom que se diga que quando se afirma que o objetivo é produzir uma quantidade maior de prestação jurisdicional, isso deve ser lido de acordo com o objetivo da própria jurisdição, levando em consideração assim não somente seu escopo jurídico (atuação e cumprimento das normas de direito substancial), mas também, e não menos importante, o escopo social, consistente na busca pela pacificação social, mediante a eliminação de conflitos e insatisfações pessoais.³

Entretanto, não se pode esquecer que ainda que se analise neste viés a questão da quantidade (números da atividade jurisdicional), não é possível também deixar de lado a questão da qualidade da prestação jurisdicional. Ressalte-se que o objetivo de um sistema processual, de um ponto de vista econômico, é minimizar a soma dos custos do processo (custos estes não só financeiros), sendo o primeiro destes custos o de proferimento de decisões judiciais equivocadas.⁴

Desta forma, a utilização da eficiência no direito processual tem como fim a busca da maximização da prestação jurisdicional, buscando alternativas para se produzir mais (solucionar mais casos, sejam eles individuais ou coletivos) com menos ou com os mesmos recursos já utilizados, bem como proporcionando decisões mais qualificadas.

3 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. V. 1. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 128.

4 POSNER, Richard A. **El Análisis Económico Del Derecho**. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 54.

2.2 Soluções adequadas do conflito

É certo que a sociedade é dividida em inúmeros grupos e isso poderia acarretar as mais diversas classificações, o que também impactaria nas mais diversas teorias sobre o conflito.⁵

Porém, em uma análise geral acerca da teoria do conflito, poderia se afirmar que são relações de conflitos aquelas em que os indivíduos ou grupos envolvidos possuem objetivos incompatíveis (ou que estes os veem como incompatíveis), de modo que quando seus objetivos não sejam total ou parcialmente incompatíveis, existirão relações de acordo, as quais gerarão condutas cooperativas e não condutas conflitivas, individuais ou coletivas.⁶

Assim, de antemão, já é possível vislumbrar que os conflitos aparecem em relações de incompatibilidade de objetivos (ou crença de incompatibilidade), sendo estes objetos de estudos próprios da Sociologia e Antropologia.

Para a solução dos mais diversos e complexos conflitos, o Direito nos oferece diversos meios de soluções, dentre eles a via judicial e a extrajudicial,⁷ de modo que a jurisdição estatal (e mais propriamente o Poder Judiciário) se apresenta como uma das inúmeras formas de solução.

No campo alheio à jurisdição estatal, inúmeras outras formas de resolução de conflitos existem. John Colley,⁸ em sua obra *A advocacia na mediação*, traça uma linha dos procedimentos de resolução de disputas existentes

5 ENTELMEN, Remo F. **Teoría de Conflictos**: Hacia um Nuevo Paradigma. Barcelona: Gedisa Editorial, 2002, p. 48.

6 ENTELMEN, 2002, p. 49.

7 BEZERRA, Paulo Cezar Santos. **Acesso à Justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 54-55.

8 COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 25.

nos EUA, do menos formal para os mais formais: negociação; conciliação; facilitação; mediação; med.-arb.; arbitragem, procedimentos determinados por tribunal; procedimentos híbridos; julgamento por tribunal.

Outros procedimentos também continuam surgindo a depender da necessidade e da criatividade humana, a exemplo dos *dispute boards*, forma pela qual se busca a resolução de controvérsias na seara extrajudicial e de forma concomitante ao surgimento dos conflitos, geralmente utilizado em contratos de construção e infraestrutura.⁹

Assim, cabe aos operadores do direito, e notadamente aos advogados, atuarem como “arquitetos” na busca da construção e adequação do conflito à melhor forma de resolução existente, seja ela a jurisdição estatal ou outros meios de solução adequada.¹⁰ Somente assim se atingirá o verdadeiro acesso à justiça, o qual não pode ser confundido com o mero acesso ao Poder Judiciário, este somente uma faceta daquele.

2.3 Adequação da jurisdição estatal à natureza do conflito

Apesar de ser possível vislumbrar que a natureza do conflito, seja individual ou coletivo, é hábil a dar ensejo à escolha da forma adequada de sua resolução, também é necessário verificar que também a natureza do conflito deve permear a própria prestação jurisdicional.

Assim, a própria jurisdição estatal também deve apresentar uma resposta adequada aos mais diversos conflitos existentes em sua alçada, sendo cediço que o Poder Judiciário não tem sua atuação limitada a casos homogêneos, mas sim atuação nos mais diversos tipos de conflitos.

9 RAVAGNANI, Giovani dos Santos; NAKAMURA, Bruna Laís Sousa Tourinho; LONGA, Daniel Pinheiro. A utilização de dispute boards como método adequado para a resolução de conflitos no Brasil. **Revista de Processo**. Vol. 300, p. 343-362, Fev/2020.

10 CUÉLLAR, Leila. O advogado como arquiteto de processos. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* (coord.). **Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution**. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 19-20.

Com isso, tem-se que os “juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais”,¹¹ e assim também adequar a prestação da tutela jurisdicional à natureza do conflito, do direito material discutido, bem como à própria autonomia das partes na resolução do seu conflito.

Inicialmente, poderia se afirmar que os conflitos de alçada do Poder Judiciário podem ser de natureza individual ou coletiva, sendo que estes próprios conflitos também se afiguram diferentes entre si.

Os conflitos individuais podem ser de diversas naturezas no campo do direito material, assim podem pertencer à seara do direito de família, ao direito de consumidor, ao direito empresarial, dentre outros. De outro lado, os conflitos coletivos também podem pertencer a inúmeros campos do direito, como ao direito ambiental, ao direito do consumidor, ao direito econômico, dentre outros.

Porém, também do ponto de vista do direito processual, o conflito pode merecer uma forma distinta de tratamento, a depender de sua natureza, complexidade e até mesmo grau de conflituosidade. No campo dos direitos coletivos, Edilson Vitorelli lembra-nos que é possível que, ainda que o direito material seja o mesmo, “as peculiaridades decorrentes da conflituosidade e da complexidade poderão dar ao litígio características distintas nos diferentes casos.”¹²

Assim, levando em consideração os aspectos processuais e materiais, a adequação procedimental na jurisdição estatal pressupõe a utilização da seguinte classificação:

11 GARTH, Bryant; CAPPELLETI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12.

12 VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 26.

Processos individuais: a) processo individual tradicional, devendo se ater também para as peculiaridades de cada direito material discutido e o seu respectivo interesse social; b) processo individual mediante a aglutinação da demanda por meio de litisconsórcio, também se atendo aos anseios do direito material discutido.

Processos coletivos: a) Processo coletivo por meio do emprego de ações coletivas tradicionais (instrumentos, via de regra, de coletivização total); b) Processo coletivo por meio da coordenação de procedimentos ou técnicas processuais coletivas (instrumentos de coletivização parcial) e processos individuais, a exemplo do IRDR, julgamento de recursos repetitivos, ou mesmo a coletivização da prova.

Frise-se que para realização desta classificação, três critérios devem ser elencados: “a) a inviabilidade da formação do litisconsórcio em demanda comum; b) a presença de afinidade de questões; e c) a existência de utilidade predominante para as partes e para o Judiciário no tratamento coletivo dos interesses”.¹³

Cabe esclarecer que também devem os processos individuais e coletivos ser coordenados com meios de solução consensual do conflito, que, a depender da natureza, extensão, conflituosidade e complexidade, poderão se revelar mais adequados em determinado momento processual.

Assim, esta busca pelo processo eficiente (menos custoso, que resolva mais casos e possua decisões mais qualificadas) somente pode ser concretizada a partir de um “autoconhecimento” da jurisdição e de suas limitações, o que deve ser estudado à luz da adequação do conflito à sua melhor forma de solução.

13 ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 153.

E aqui se diz “autoconhecimento”, pois se acredita que o processo deve acontecer de dentro para fora. Explica-se: a jurisdição é o meio de solução de controvérsia mais institucionalizado, seja do ponto de vista econômico e político, sendo a única que detém o poder de reconhecer as matérias que julgará, decidir e de efetivar suas próprias decisões.

Assim, cabe à Jurisdição incentivar as demais formas de solução de controvérsias, bem como, a partir de um processo centrífugo, delegar ou mesmo reconhecer a autoridade própria dos demais meios de soluções, para que estes atuem nos conflitos que não são próprios do Poder Judiciário.

3. EFICIÊNCIA E COLETIVIZAÇÃO DO PROCESSO

3.1 Como concretizar a eficiência no mundo material?

Da análise dos tópicos anteriores, chega-se à conclusão que um processo somente pode ser eficiente a partir da adequação dos conflitos às suas respectivas formas de solução, providenciando um uso racional da jurisdição, para que esta se limite aos conflitos que dela necessitam.

Porém, do ponto de vista prático, verifica-se que a eficiência não é uma regra que pode ser cumprida na base do tudo ou nada, mas sim um princípio, que deve ser efetivado por várias vias a partir de um valor jurídico comum.

Assim, convergem fatores de ordem legislativa (existir uma malha legislativa capaz de atender aos mais diversos problemas jurídicos); de ordem material, consistente na disponibilização de recursos materiais e humanos suficientes para a aplicação das normas processuais existentes; e um fator cultural, decorrente das diversas práticas de um determinado povo.¹⁴

14 CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil primeiras notas sistemáticas. **Revista de Processo**, São Paulo, v.192, p. 397-415, fev. 2011.

No tocante ao fator de ordem legislativa, verifica-se que o Código de Processo Civil de 2015 nos contemplou com os mais diversos institutos para a racionalização da prestação jurisdicional, sendo certo que ainda existem tantos outros espalhados na legislação esparsa, a exemplo de normas de direito coletivo previstas no Código de Defesa do Consumidor, Lei de Ação Civil Pública, Lei de Ação Popular, dentre outras tantas.

De outro lado, no aspecto material, decorrente da disponibilização de recursos materiais e humanos para concretização das normas processuais existentes, vislumbra-se que dificilmente, em razão da crise econômica e suas decorrências (a exemplo do Novo Regime Fiscal, instituído na Constituição por meio da nº EC 95/2016 – popular “teto de gastos”), se haverá um aumento do contingente de servidores no âmbito do Poder Judiciário e demais instituições atuantes como sujeitos processuais.¹⁵

Assim, deve-se pensar na necessidade de uma atuação mais racional, a fim de promover maior prestação jurisdicional com o nível atual de aparato estatal, o que somente ocorrerá a partir da utilização de meios adequados de solução de controvérsias e uma atuação adequada da própria jurisdição aos conflitos existentes.

Por fim, no aspecto cultural, é possível destacar a necessidade de se abandonar uma “mentalidade individual” para se adotar uma “mentalidade coletiva”, na qual os conflitos coletivos e suas diversas formas de solução ganham destaque, e passam a ser resolvidos de forma mais racional, qualificada e adequada.

Somente assim será possível um processo eficiente, partindo-se de um movimento de “desinchar” o Poder Judiciário, seguido de uma

15 A título de curiosidade, em 2019 houve uma diminuição de 0,4% no número de juízes e 2% no número de servidores, se comparado ao ano de 2018. Para mais informações: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: **Relatório Justiça em Números**, 2020, p. 91. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2021.

utilização racional dos recursos materiais e de pessoal, alocando os recursos existentes de forma proporcional aos conflitos que deles demandam, buscando a mudança de paradigma para uma “mentalidade coletiva” de processo.

3.2 Instrumentos de coletivização do processo a serviço da eficiência

Em tópicos anteriores se analisou a questão da adequação dos conflitos às suas formas de solução, bem como a adequação da própria jurisdição, que convive com conflitos individuais e coletivos, apresentando diversos “tipos” de processos para concretizar seu tratamento adequado.

Neste tópico será dada evidência aos “tipos” de processo coletivo, responsáveis por proporcionar respostas adequadas aos conflitos coletivos nas suas diversas vertentes, a partir de instrumentos de coletivização do processo.

Um processo é formado por várias fases, adotando-se para fins didáticos as seguintes: fase postulatória, em que ocorre a dedução da demanda em juízo com a delimitação dos pedidos de tutela ao órgão jurisdicional; fase saneadora, responsável por organizar o feito e fixar os pontos controvertidos para a produção de provas; fase instrutória, na qual se produz as provas necessárias para a verificação dos fatos discutidos; por fim, fase decisória, onde se obtém a resposta jurisdicional da questão submetida a juízo.

Destaca-se que as fases mencionadas acima pertencem todas ao processo de conhecimento, sendo ainda possível uma fase executória, onde se concretiza a resposta jurisdicional emanada do Poder Judiciário.

Dentro do processo de conhecimento, é possível que todas suas fases sejam objeto de coletivização conjunta (ex. ação coletiva de conhecimento para reconhecer a ilegalidade de uma prática ambiental), dando origem assim a uma forma de coletivização total do processo, ou que cada fase seja objeto de coletivização individualizada, dando origem a uma forma de

coletivização parcial do processo.¹⁶

No tocante aos meios de coletivização parcial do processo, verifica-se uma infinidade de possibilidades, dado que surgem de acordo com a necessidade de adequação procedimental aos conflitos que deles necessitam, podendo ser típicos ou atípicos, a depender de sua expressa previsão legal ou não.

Quanto aos meios típicos, podemos elencar diversos, a exemplo do julgamento de recursos repetitivos (coletivização da decisão), incidente de resolução de demandas repetitivas (coletivização da decisão), negócios jurídicos processuais coletivos, que podem ser usados como forma de coletivização do saneamento e da produção de prova, e também a ação coletiva de produção antecipada de provas (coletivização da fase instrutória).¹⁷

Porém, meios atípicos também são possíveis, partindo-se de instrumentos existentes para adequá-los à necessidade do direito material, a exemplo da possibilidade de apensamento de processos por juízos de primeiro grau para decisão única ou mesmo a aglutinação de processos unicamente para a produção de provas comuns no juízo singular, por meio de incidente atípico.

Registre-se que estas possibilidades de medidas atípicas de coletivização parcial do processo encontram respaldo no próprio Código de Processo Civil, que permite, em seu art. 69, a possibilidade de cooperação entre juízos por meio de apensamento de processos e atos concertados entre juízos cooperantes, para obtenção ou apresentação de prova, centralização de processos repetitivos ou mesmo execução de decisão jurisdicional.

16 PESSOA, Thiago Simões. Os novos conflitos coletivos e a readequação da atuação da fazenda pública. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, Ano XVI, n. 95, p. 104, mar-abr/2020.

17 Para maiores informações: PESSOA, Thiago Simões. **Ação Coletiva de Produção Antecipada de Provas**. Curitiba: Juruá, 2020.

Com isso, verifica-se que existem diversos instrumentos de coletivização a serviço da eficiência que devem ser utilizados caso a caso, amoldando-se o processo ao conflito existente, sua complexidade, e maximamente à sua extensão.

Assim, cabe aos operadores do direito se utilizarem desta “mentalidade coletiva” para concretizar estes instrumentos existentes, ou mesmo se encontrarem livres para criarem outros de acordo com as necessidades do direito material.

3.3 Instrumentos de coletivização da decisão e eficiência: análise de dados do CNJ

A coletivização do processo, em todas as suas formas, é importante e necessária para a concretização da eficiência processual. Entretanto, os instrumentos de coletivização da decisão são instrumentos de maior destaque nesta batalha pela eficiência.

A partir destes instrumentos, concretiza-se o julgamento de milhares de processos de forma unificada, a partir de uma decisão qualificada, produzindo efeitos em todas as esferas do Poder Judiciário, e também, por via reflexa, ao próprio Poder Executivo, como será visto tópico posterior.

Registre-se que este efeito vinculante das decisões coletivas encontra previsão no art. 927, do CPC, que criou um regime de precedentes obrigatórios, com a instituição de um sistema próprio de precedentes, com peculiaridades de nosso sistema processual.¹⁸

A título de exemplo, passou-se a se inadmitir novos recursos extraordinários e especiais, após o julgamento de recursos repetitivos, sendo somente passíveis de reclamação, nos casos de aplicação incorreta do precedente pelas Cortes locais, para promover o *distinguishing*, ou no caso de

18 Para maiores informações: MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

necessidade de superação do precedente anterior à luz de novos elementos de fato ou de direito.¹⁹

De outro lado, também ganhou força o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, transferindo para os Tribunais locais um poder maior na busca pela uniformização de sua jurisprudência, nos casos em que houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito e houver risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, conforme o art. 976 do CPC.

Ainda, existem outros incidentes passíveis de serem instaurados para a adequação e uniformização da jurisprudência, como incidentes de constitucionalidade, julgamentos pelos plenários dos tribunais, notadamente os tribunais superiores e o incidente de assunção de competência.

Em consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios,²⁰ fora possível verificar atualmente, em todas as esferas do Poder Judiciário, a existência de 3.592 incidentes instaurados, sendo 2.597 já julgados, encontrando-se ainda 995 pendentes de julgamento.

Destes 3.592 incidentes instaurados, 1.146 se encontram no Supremo Tribunal Federal, 1.599 nos Tribunais Superiores, sendo somente no STJ um total de 1.352, 568 nos Tribunais Estaduais, 132 na Justiça Federal e 147 na Justiça do Trabalho.

Este total de incidentes interferem num total de 3.581.981 processos, sendo que, deste total, 2.458.781 se encontram sobrestados aguardando decisão coletiva a ser proferida, e 1.123.200 processos já foram julgados com base em decisões coletivas proferidas.

19 PESSOA, Thiago Simões. PUGLIESE, William Soares. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, v. 20, ano 13, n. 3, p. 587, set/dez de 2019.

20 Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos. Acesso em: 06 jun. 2021.

Vale salientar que dos 2.458.781 sobrestados, 1.177.102 aguardam decisão de julgamento de recurso repetitivo perante as Cortes Superiores, notadamente o STJ, 1.155.814 aguardam decisão de repercussão geral perante o STF, sendo que já são 308.925 processos que se encontram suspensos aguardando decisão em IRDRs, havendo ainda outros cerca de 60 mil processos aguardando decisão de outros incidentes.

Quanto aos processos já julgados com base em decisões coletivas (atualmente 1.123.200 processos), verifica-se que 585.266 foram julgados com base em recursos repetitivos julgados pelas Cortes Superiores, 533.840 julgados com base em repercussões gerais julgadas pelo STF, e já são 80.673 processos julgados com base em decisões em IRDRs.

Insta frisar ainda que, de acordo com o último relatório Justiça em Números do CNJ, houve uma diminuição de 2,4 milhões no estoque de processos nos últimos 02 anos (2019 e 2018), apesar de ter ocorrido um aumento em 2019 de 6,8% de casos novos se comparado com o ano de 2018.²¹

Destes números já se pode inferir que a criação do instituto do IRDR pelo Código de Processo Civil de 2015 já vem dando frutos no combate à litigiosidade de massa, proporcionando uma maior eficiência do processo civil brasileiro.

De outro lado, os recursos repetitivos e repercussão geral se mantêm como os principais instrumentos de coletivização do processo brasileiro, demonstrando a importância dos Tribunais Superiores e do STF na uniformização da jurisprudência e na concretização da eficiência no processo.

Portanto, apesar de ser uma análise superficial, é possível verificar que a coletivização de decisões tem um papel determinante na diminuição do estoque de processos e assim na consecução do princípio da eficiência, sendo de fundamental importância a sua utilização pelos operadores do direito e instituições.

21 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: 2020, p. 257.

4. COMO TORNAR A FAZENDA PÚBLICA EFICIENTE?

4.1 A Fazenda Pública como litigante habitual

As novas demandas sociais, diante das diversas crises instaladas, alteraram substancialmente o modo de ser do processo judicial. Assim, a invasão do Poder Judiciário de causas repetitivas, o desenvolvimento de técnicas processuais de coletivização do processo e o uso de tecnologias a fim de proporcionar a continuidade da prestação jurisdicional em tempos de pandemia tornaram necessária não só a mudança do modo de ser do processo judicial, mas também do atuar dos sujeitos processuais.

Atualmente, é possível afirmar que o Poder Judiciário se encontra abarrotado de serviço, baseado em causas de natureza repetitiva, nas quais figuram em grande parte dos casos os litigantes habituais.

No âmbito jurisdicional, existem sujeitos processuais que se socorrem esporadicamente do Poder Judiciário, não apresentando uma natureza organizada para esse tipo de atividade.

Porém, a grande maioria de litígios se desenrola envolvendo sujeitos com certa organização, dotados de poderio econômico-financeiro, que se apresentam repetidas vezes em casos similares, chamados de litigantes habituais ou litigantes frequentes,²² sendo a Fazenda Pública um destes litigantes habituais.²³

De acordo com pesquisa realizada pelo CNJ no ano de 2012, acerca dos litigantes habituais, verifica-se que o setor público federal ocupava o 1º lugar como maior litigante habitual, seguido do setor público municipal em

22 CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 209.

23 CUNHA, 2017, p. 210.

3º lugar e do setor público estadual em 4º lugar.²⁴

Apesar de não ser possível cravar factualmente, ante a inexistência de novos estudos sobre litigantes habituais pelo CNJ, é bem provável que este número tenha vindo a subir no desenrolar das últimas décadas, diante da criação dos Juizados da Fazenda Pública (Lei nº 12.153/2009) e sua implementação, bem como da facilitação do acesso à justiça devido à tecnologia e acesso à informação.

É neste viés que a Fazenda Pública também deve se reinventar, buscar meios próprios para lidar com a massividade dos processos judiciais, bem como proporcionar a utilização de novas tecnologias para a manutenção da prestação do serviço público em tempos de pandemia (e pós-pandemia), evitando o dispêndio desnecessário de recursos humanos de seus órgãos de representação, atuando de forma racional e qualificada.

4.2 Coletivização da fase decisória e eficiência na tutela dos interesses fazendários

Em outro texto, já se teve a oportunidade de se desenvolver outras ideias no tocante à conduta eficiente que se espera da Fazenda Pública em tempos de racionalização de recursos.

Lá foram sugeridas algumas medidas como necessárias para a readequação da Fazenda Pública como sujeito processual, sendo elas: a) criação de câmaras de conciliação e mediação prévia; b) criação de súmulas administrativas gerais impedindo a judicialização de casos já decididos por decisões coletivas e/ou com baixo custo benefício; c) edição de súmulas gerais, dispensando os advogados públicos de contestar e recorrer em casos já decididos por decisões coletivas; d) criação de órgão especializado em processo

24 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 Maiores Litigantes**. Brasília: CNJ, 2012. p. 8. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 29 jun. 2021.

coletivo, dando primazia a este modelo de processo; e) investimentos em tecnologia da informação e incentivo ao teletrabalho.²⁵

Porém, neste texto será realizada uma análise mais detalhada de uma das formas de tornar eficiente a atuação da Fazenda Pública como sujeito processual, qual seja: a atuação em casos de coletivização de decisões.

Como já analisado em tópicos anteriores, a coletivização da decisão é um importante instrumento de coletivização do processo e um dos mais eficazes na busca da eficiência processual, diante do seu alto grau de extensão a outros casos semelhantes, em virtude da força vinculante do precedente.

A partir desta simples verificação, chega-se à conclusão que houve uma mudança de paradigma a partir do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que a coletivização do processo, que era uma escolha apenas do autor da demanda coletiva, fora estendida também para o réu, que passou a deter legitimidade para coletivizar a resolução do litígio mediante IRDRs, Incidentes de Assunção de Competência e Julgamento de Recursos Repetitivos.

Até então, cabia apenas ao autor (mais precisamente, apenas aos legitimados do processo coletivo) escolher pela coletivização do litígio, de modo que restava à Fazenda Pública, diante do baixo grau de efetividade da ação coletiva passiva, ver suas discussões pulverizadas e decididas de forma atômica em processos individuais.

Este fato que, a uma visão inicial, poderia se revelar desimportante, gera uma reviravolta na tutela dos interesses fazendários, tendo em vista que é cediço que decisões coletivas são menos tendentes a gerar a concessão de direitos individuais, posto que acrescentam ao debate a visão macro do problema e seus impactos orçamentários, financeiros e também reflexos para os demais sujeitos individuais envolvidos.

25 PESSOA, Thiago Simões. Eficiência Processual, coletivização do processo e readequação da fazenda pública. **Revista ANAPE**. Brasília, v. 1, n. 1, p. 123-125, jan/dez de 2020. Disponível em: <https://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2021/02/Revista-Eletr%C3%B4nica-ANAPE-v.1-n.1-jan-dez.-2020.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2021.

Com isso, gera-se uma maior chance de sucesso ao final do debate, possibilitando à Fazenda Pública não só uma economia de recursos materiais, como também humanos, diante da centralização da discussão, além de indicar uma maior chance de êxito processual.

Registre-se que tal situação fora comprovada por pesquisa realizada pelo CNJ junto a juízes atuantes na área de processo coletivo e direitos coletivos.

Neste estudo, chegou-se ao seguinte resultado: 8,5% dos magistrados afirmaram que ações coletivas solicitando acesso a políticas/bens públicos têm mais sucesso do que ações individuais; 23,4% dos magistrados entrevistados disseram que não veem diferença significativa entre as ações coletivas e individuais em relação ao seu sucesso; enquanto a grande maioria (62,4%) dos magistrados entrevistados afirmaram as ações individuais solicitando acesso a políticas públicas/bens públicos têm mais sucesso que as ações coletivas; 5,7% não souberam opinar.²⁶

Apesar da pesquisa se voltar para a comparação de ações coletivas e ações individuais, verifica-se que a *ratio* é a mesma, tendo em vista que os instrumentos de coletivização da decisão possuem a aptidão de coletivizar o debate, gerando efeitos semelhantes (e em algumas ocasiões até mesmo mais graves para os sujeitos individuais, em razão da força vinculante do precedente) que a ação coletiva.

Daí a importância da mudança da “mentalidade individual” para uma “mentalidade coletiva”, devendo a Fazenda Pública buscar sempre que possível a coletivização do debate por meio de incidentes de coletivização parcial do processo, aproveitando-se da sua nova legitimidade criada pelo Código de Processo Civil de 2015.

26 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Direitos e garantias fundamentais**: ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Brasília: CNJ, 2017, p. 105. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/290/1/Justi%C3%A7a7a%20Pesquisa%20-%20Direitos%20e%20Garantias%20Fundamentais%20-%20A%C3%A7%C3%B5es%20Coletivas%20no%20Brasil.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2021.

Nada obstante, vale frisar que, apesar de um importante instrumento de concretização da eficiência processual, os incidentes de coletivização de decisão não deixam de ser uma forma de coletivização do processo, pertencendo ao campo do processo coletivo, e assim necessitando obedecer a todos os seus princípios fundamentais como competência, representatividade e publicidade adequadas, indisponibilidade da demanda, dentre outros.

Com isso, ao final do incidente se formará uma decisão qualificada e hábil a se tornar vinculante, tanto ao Poder Judiciário, como ao próprio Poder Executivo, que deve utilizar súmulas e atos normativos próprios para evitar a litigância repetitiva após sua resolução.

4.3 Uma análise de dados de IRDRs no TJPR, TJSP e TJSC: demonstrativo da importância da coletivização para a Fazenda Pública

Para finalizar este texto, serão apresentados dados acerca de IRDRs (forma de coletivização da fase decisória) que demonstram a importância de se alocar de forma prioritária recursos humanos e financeiros pelas Fazendas Públicas na sua resolução.

Inicialmente, vale relembrar que já fora demonstrada a importância dos IRDRs na atualidade, demonstrando o número de IRDRs instaurados nos Tribunais Brasileiros, bem como sua aplicação em mais de 300 mil processos (vide item 2.3).

Neste momento, será realizada uma análise de dados coletados em 03 Tribunais Estaduais Brasileiros, sendo eles o Tribunal de Santa Catarina, do Paraná e de São Paulo, utilizando-se como critério de seleção a localidade da qual se escreve este texto e dois estados vizinhos como parâmetro.

No TJSC, fora possível verificar a existência de 24 IRDRs instaurados e admitidos, sendo que, deste total, 18 já foram julgados, encontrando-se 06 pendentes de julgamento. Frise-se que destes 24 incidentes, em 20 deles a Fazenda Pública, seja federal, estadual ou municipal (administração direta e indireta), figura como interessada direta na sua resolução, sendo a maior

parte das causas referentes a direito administrativo.²⁷

No TJPR, fora possível verificar a existência de 31 IRDRs instaurados e admitidos,²⁸ sendo que deste total 12 já foram julgados,²⁹ encontrando-se 19 pendentes de julgamento. Ademais, deste total de 31 incidentes admitidos, após a análise das ementas, fora possível constatar que em 20 deles a Fazenda Pública possui interesse direto em seu resultado.

Por fim, no TJSP, fora possível observar que existem 45 IRDRs instaurados e admitidos, sendo que deste total 29 já foram julgados, bem como pendem de julgamento 16 incidentes. Ademais, a Fazenda Pública possui interesse direto em ao menos 34 incidentes.³⁰

Portanto, da análise destes dados, é possível observar que grande parte das situações conflituosas envolvendo as Fazendas Públicas se encontram coletivizadas mediante a utilização de IRDRs, devendo-se cada vez mais se utilizar desta “mentalidade coletiva” para impulsionar esta forma de solução adequada de conflitos fazendários na via jurisdicional.

Importante que se diga que o grande número de IRDRs instaurados com interesse direto da Fazenda Pública não demonstra necessariamente que as procuradorias dos entes estão optando por esta forma de resolução do conflito, pois a legitimidade para a instauração dos incidentes é ampla, inclusive em muitos casos de ofício pelo próprio Poder Judiciário, que é o maior interessado na resolução eficiente.

27 Análise realizada em dados retirados do sítio do TJSC. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/documents/3133632/3200197/IRDR-COMPLETA/7ab8e228-b5c3-a8ee-8654-2f18a6e23141>. Acesso em: 04 jun. 2021.

28 Análise realizada em dados coletados no sítio do Tribunal. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/nugep-irdr-admitidos>. Acesso em: 04 jun. 2021.

29 Dados coletados no sítio do Tribunal. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/irdr-julgados>. Acesso em: 04 jun. 2021.

30 Análise realizada em dados coletados no sítio do Tribunal. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/NugepNac/Irdre>. Acesso em: 04 jun. 2021.

Insta frisar que os IRDRs ainda são hoje uma pequena fatia dos casos sob julgamento em regime de casos repetitivos, havendo uma predominância, ao menos por ora, do regime de recursos repetitivos e repercussão geral, de competência das Cortes Superiores.

Entretanto, desde 2015, houve um aumento exponencial na utilização dos IRDRs, tendência esta que parece irreversível, cabendo à Fazenda Pública se adequar e buscar sempre que possível a defesa de seus interesses por esta importante forma de coletivização, tendo em vista proporcionar um debate mais amplo, hábil a considerar a visão macro do problema.

Ademais, é certo que um descuido ou um menosprezo a formas de coletivização do processo poderá levar a prejuízos imensuráveis aos cofres públicos, dado que terão a aptidão para se tornarem vinculantes a todos os demais processos existentes e sobrestados acerca da matéria em julgamento.

5. CONCLUSÃO

Da análise dos dados e da doutrina acerca da litigância de massa e consecução do princípio da eficiência, verifica-se que muito se pensa na matéria, ganhando destaque as formas de coletivização do processo.

Dentre elas a coletivização da decisão parece ser o grande sucesso do Código de Processo Civil de 2015, trazendo para a jurisdição uma adequação de sua atuação, que deve ser combinada com as demais formas de adequação do conflito.

Assim, a Fazenda Pública não pode se manter fora deste processo de atualização, devendo estar atenta aos milhares casos de incidentes instaurados pelos Tribunais Brasileiros, produzindo uma atuação racional nos processos, alterando sua mentalidade para uma “mentalidade coletiva” de processo.

Portanto, deve-se deixar de lado o modelo de atuação baseado na atuação individual, buscando sempre que possível a coletivização do debate, sem medo das “consequências” de uma vinculação da decisão, pois somente

neste debate a Fazenda Pública terá oportunidade de trazer aspectos sociais, econômicos e políticos, que são de fundamental importância quando se discute causas de grande impacto.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BEZERRA, Paulo Cezar Santos. **Acesso à Justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil primeiras notas sistemáticas. **Revista de Processo**, São Paulo, v.192, p. 397-415, fev. 2011.

COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Derecho Y Economía**. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 Maiores Litigantes**. Brasília: CNJ, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: **Relatório Justiça em Números**. Brasília: CNJ, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Direitos e garantias fundamentais**: ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Brasília: CNJ, 2017.

CUÉLLAR, Leila. O advogado como arquiteto de processos. *In*: CUÉLLAR, Leila *et al.* (coord.). **Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution**. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 19-22.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. V. 1. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ENTELMEN, Remo F. **Teoría de Conflictos**: Hacia um Nuevo Paradigma. Barcelona: Gedisa Editorial, 2002.

GARTH, Bryant; CAPPELLETI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

PESSOA, Thiago Simões. Eficiência Processual, coletivização do processo e readequação da fazenda pública. **Revista ANAPE**. Brasília, v. 1, n. 1, p. 110-126, jan/dez de 2020.

PESSOA, Thiago Simões. PUGLIESE, William Soares. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, v. 20, ano 13, n. 3, p. 575-596, set/dez de 2019.

PESSOA, Thiago Simões. Os novos conflitos coletivos e a readequação da atuação da fazenda pública. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, Ano XVI, n. 95, p. 101-118, mar-abr/2020.

PESSOA, Thiago Simões. **Ação Coletiva de Produção Antecipada de Provas**. Curitiba: Juruá, 2020.

POSNER, Richard A. **El Análisis Económico Del Derecho**. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

RAVAGNANI, Giovani dos Santos; NAKAMURA, Bruna Laís Sousa Tourinho; LONGA, Daniel Pinheiro. A utilização de dispute boards como método adequado para a resolução de conflitos no Brasil. **Revista de Processo**. Vol. 300, p. 343-362, fev/2020.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PRODUÇÃO JURÍDICA DA PGE

2022

SID Nº 14.365.007-3

PARECER Nº 20 DE 2020/PGE

DER. RODOVIAS ESTADUAIS. FAIXAS DE DOMÍNIO. NATUREZA JURÍDICA. BENS DE USO COMUM DO POVO. ART. 99 DO CÓDIGO CIVIL. PRETENSÃO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO. LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS. IMPOSSIBILIDADE. ORIENTAÇÕES AO ÓRGÃO CONSULENTE. ANÁLISE DE SITUAÇÕES ESPECÍFICAS. ÁREA DE FAIXA “NON AEDIFICANDI”. NATUREZA. RESTRIÇÃO DE PROPRIEDADE. SUPRESSÃO TEMPORÁRIA PELA LEI Nº 13.913/2019. FISCALIZAÇÃO. COMPETÊNCIA MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE DO DER.

Sra. Procuradora-chefe:

O DER-PR consulta sobre como realizar o registro das porções de terras correspondentes às rodovias estaduais, que se constituem nas faixas de domínio, em conformidade com os respectivos Decretos Estaduais que as instituíram, sem ônus para o erário.

Em síntese, a consulta.

Em resposta, gostaria de traçar algumas breves considerações, em linhas gerais, com intuito de responder, de forma ampla, algumas dúvidas apresentadas pelo DER em processos de usucapião em que se depara com imóveis lindeiros às rodovias.

Comumente, há insurgências quanto à planta e memorial descritivo apresentados pela parte usucapiente, onde a autarquia estadual exige

a observância de “modelo” por ela fornecido, o qual teria o intuito de viabilizar o futuro registro das faixas de domínio junto ao respectivo registro imobiliário.

Diante da função do DER, nas ações de usucapião, de mero fiscalizador da preservação da faixa de domínio, onde a Procuradoria-geral do Estado, com fundamento na jurisprudência, afirma que não incumbe à autarquia fazer ingerências no formato das plantas e memoriais apresentados pela parte, surge então questionamentos de seu corpo técnico fazendo um paralelo em relação às anuências concedidas na seara administrativa, onde as partes ficam sujeitas a obedecer a todas as suas exigências.

A manifestação em ações de usucapião, anuências administrativas para construção defronte às rodovias e eventual registros das faixas de domínio são situações absolutamente diversas, exigindo tratamentos diferentes, como a seguir se procede.

Em relação à anuência ou aquiescência formal do DER para edificações, retificações de áreas ou outras medidas na seara administrativa, o ente público, como titular da execução do serviço de rodovia e defensor da faixa de domínio, tem possibilidade de fazer certas exigências em relação aos documentos apresentados pelo interessado para atendimento do pedido, agindo com certa soberania.

Contudo, na ação judicial de usucapião, o único papel do ente público é a verificação se a área usucapienda invade ou não a faixa de domínio, ou seja, se está ou não preservada a área pública. É entendimento recorrente do Tribunal de Justiça que até mesmo a invasão da faixa não edificante sequer é motivo para objeção pelo DER, devendo valer-se da ação apropriada de demolição, se assim desejar e tiver legitimidade.

Aliás, fazendo um parêntesis, com a recente alteração da Lei nº 6.766 de 19/12/79, que trata do parcelamento do solo urbano, o DER sequer possui legitimidade para tanto, passando tal encargo exclusivamente ao Município, que detém o arbítrio, inclusive, de efetuar alterações legislativas para diminuição nas faixas não edificantes.

“Art. 4º, § 5º. As edificações localizadas nas áreas contíguas às faixas de domínio público dos trechos de rodovia que atravessarem perímetros urbanos ou áreas urbanizadas passíveis de serem incluídas em perímetro urbano, desde que construídas até a data de promulgação deste parágrafo, ficam dispensadas da observância da exigência prevista no inciso III do caput deste artigo, salvo por ato devidamente fundamentado do poder público municipal ou distrital. (Incluído pela Lei nº 13.913, de 2019).”

Verifica-se, portanto, que a alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.913, de 26 de novembro de 2019, em relação ao art. 4º da Lei nº 6.766/1979, que estabelece o parcelamento do solo urbano, **expressamente dispensou** a observância de área não edificável (faixa non aedificandi) dos imóveis que confrontem com as faixas de domínio público de rodovias, desde que: a) digam respeito ao perímetro urbano da rodovia ou área urbanizada passível de ser inserida nesse perímetro e b) as construções tenham ocorrido até a data da publicação da lei, ou seja, 26 de novembro de 2019, salvo por ato devidamente fundamento do poder público municipal.

Em suma: as faixas não edificantes ao longo das rodovias dentro do perímetro urbano dos municípios, quaisquer sejam elas, quer federais, estaduais ou municipais, não podem ser exigidas dos proprietários dos imóveis lindeiros que tenham edificado em seus imóveis até 26 de novembro de 2019, bem como é do Município a competência para impor qualquer limitação ou fiscalização.

Também não é preciso dizer que essas limitações somente podiam ser exigidas de quem houvesse edificado após a vigência da lei de parcelamento de solo urbano, em 1979, considerando que construções anteriores à sua vigência não podiam sofrer seus efeitos, face o princípio da irretroatividade da lei.

A bem da verdade, a citada alteração legislativa praticamente suprimiu a restrição das faixas não edificantes ao longo das rodovias que atravessam o perímetro urbano dos municípios, ou áreas urbanizadas, em relação às obras existentes até 26 de novembro de 2019, bem como transferiu

ao Município essa incumbência de fiscalização e, se for o caso, de forma excepcionalíssima e fundamentada, propor a sua manutenção se houver necessidade e interesse público.

Portanto, ainda que se constate, nesses casos, a existência de edificação, por lei, é do Município a competência para fiscalizar e eventualmente impor restrições, bem como, se for o caso, ingressar com a respectiva ação demolitória, não possuindo o DER nenhuma responsabilidade ou competência em verificar as construções irregulares nas faixas não edificantes paralelas às faixas de domínio.

Da mesma forma, o inciso III, do citado art. 4º, também foi alterado pela Lei nº 13.913/2019 para o fim de conferir competência ao Município para modificar os limites da faixa não edificante, podendo inclusive reduzi-los para até cinco metros, o que só vem a demonstrar a plena competência municipal para tratar dessas áreas, que se constituem em uma restrição administrativa. Portanto, estamos no campo das regras de edificação, de natureza e competência locais.

Retornando à questão da faixa de domínio, deve ficar claro que na ação de usucapião o DER não tem como exigir que a parte execute memorial descritivo segundo seu “modelo-padrão”, devendo se restringir à verificação se o documento apresentado preserva a faixa de domínio, valendo-se especialmente da vistoria “in loco” para tanto.

Pode ser, inclusive, que alguns casos aconteçam situações curiosas, onde a parte requeira usucapião deixando de fora área que se encontra entre a faixa de domínio e aquela objeto da usucapião, gerando um hiato de terras sem proprietário formal, mas mesmo assim não tem o DER como se insurgir contra isso, pois ninguém é obrigado a usucapir área superior àquela que entende como a verdadeiramente possuída.

Nessas ações a PGE até vinha apresentado contestações, sem sucesso, e com pesado ônus sucumbencial ao erário, arcando com honorários advocatícios entre 10% a 20% do valor da área usucapienda, o que não é nada recomendável, ao contrário, deve ser evitado.

Portanto, é de se esclarecer que nas ações de usucapião o papel do DER é exclusivamente de constatação da preservação da faixa de domínio, inclusive verificando “in loco” se a área usucapienda ultrapassa ou não aquela destinada à faixa pública, ainda que o levantamento ou memorial da parte apresente algumas inconsistências em relação às descrições.

Nada impede que seja alertado à parte para retificação de seus documentos quando os dados se referirem à descrição da estrada ou trecho da rodovia de forma equivocada, mas isso não enseja uma manifestação sob a forma de contestação, quando muito insistir na retificação, mas sem a conotação de peça contestatória.

Feitos esses esclarecimentos, adentro na terceira situação, objeto da consulta, trazendo as seguintes considerações.

O que são faixas de domínio?

Faixa de domínio, segundo terminologia emanada do então DNER, atual DNIT, seria *“a base física sobre a qual assenta uma rodovia, constituída pelas pistas de rolamento, canteiros, obras-de-arte, acostamentos, sinalização e faixa lateral de segurança, até o alinhamento das cercas que separam a estrada dos imóveis marginais ou da faixa do recuo.”*

Esse o conceito correntemente adotado, que em última análise, significa que a **faixa de domínio é a própria estrada**, com seu leito carroçável, acostamentos, canteiros, recuos, faixas laterais, enfim, tudo o que se encontra inserido dentro da área total destinada à rodovia, a qual vem prevista em atos normativos do ente público responsável pelo serviço rodoviário.

A faixa de domínio é a integralidade da superfície onde passa uma estrada ou rodovia, medida por sua extensão e largura, e dentro desse perímetro são instaladas as pistas de rolamento, acostamentos, canteiros e áreas de segurança. Portanto, a faixa de domínio corresponde à superfície terrestre destinada à implantação da malha asfáltica e as obras adjacentes, enfim, tudo que compõe uma rodovia em sua extensão e largura.

Por isso, não resta a menor dúvida que a faixa de domínio (estrada) **é bem de uso comum do povo**, uma vez assim expressamente prever o Código Civil Brasileiro, art. 99, inciso I, *verbis*:

“Art. São bens públicos:

*I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, **estradas**, ruas e praças.”*

Como tal, os bens de uso comum do povo são inalienáveis, impenhoráveis e não estão sujeitos à usucapião (imprescritíveis) ou desapropriação (inexpropriáveis), na forma dos arts. 102, do CC e 183, § 3º, da CRFB e Súmula 340 do STF.

Portanto, pela sua natureza de bem público de uso comum do povo, descabe a exigência de registro público dessas áreas perante o Serviço de Registro de Imóveis, uma vez que se regulam por um **regime jurídico de direito público-administrativo** e seus princípios, bem como não detêm natureza de propriedade privada, considerando que não há caráter patrimonial em sua constituição e manutenção e, por isso mesmo, **estão fora do trânsito jurídico**.

Os bens de uso comum do povo **não se sujeitam ao direito de propriedade**, uma vez que sobre os mesmos não incidem desapropriação, usucapião, penhora, ou qualquer outra transação imobiliária, até porque estão fora do comércio, do trânsito jurídico, são inalienáveis.

Assim, é da **essência** dos bens públicos de uso comum do povo, tais como rios, mares, praias, estradas, ruas e praças, **a desnecessidade do registro imobiliário**, bastando para sua comprovação os atos e registros administrativos mantidos pelo Poder Público, pois aludidos bens **estão fora do comércio e não se inserem nas exigências inerentes ao regime jurídico da propriedade privada**, em especial, da obrigatoriedade do registro imobiliário como única forma de prova e constituição de sua titularidade.

Em que pese hodiernamente o Código Civil Brasileiro de 2002 tenha suprimido a dicção do art. 69 do Código Civil de 1916, que alçava

os bens de uso comum do povo à categoria de bens fora do comércio, é inegável que por sua própria natureza é possível concluir que tal qualidade ainda permanece na vigência do atual código.

Assim leciona CARLOS ROBERTO DOS SANTOS:

*“embora o atual código não tenha dedicado um capítulo aos bens que estão fora do comércio (extra commercium), como fizera o Código de 1916, art. 69, encontram-se nessa situação os bens naturalmente indisponíveis (insuscetíveis de apropriação pelo homem, como o ar atmosférico, a água do mar), os legalmente indisponíveis (**bens de uso comum** e de uso especial, bens de incapazes) e os indisponíveis pela vontade humana (deixados em testamento ou doados, com cláusula inalienabilidade – CC, art. 1.848 e 1.911).”* (Direito Civil, Parte Geral, vol. I, 17ª edição, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 440/111) – destacou-se.

Aqui é de trazer a clássica lição do festejado CARVALHO SANTOS que, ao comentar o art. 69 do Código Civil de 1916, assevera:

“A palavra comércio está aí empregada em sua acepção técnica, de circulação econômica ou possibilidade de comprar e vender (CLÓVIS, obr. cit., página 321). Fora do comércio, em resumo, se dizem aquelas coisas que não podem ser compradas nem vendidas, não podendo, nem mesmo por prescrição, passar para o patrimônio de uma outra pessoa, quando já têm um proprietário ou quando um obstáculo legal se opõe a que elas façam parte de um patrimônio qualquer” (Código Civil Brasileiro Interpretado, Parte Geral, vol. II, 13ª edição, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1988, p. 179) – destacou-se.

E prossegue o eminente civilista:

“São também consideradas fora do comércio as coisas públicas de uso comum.

...

A jurisprudência de nossos tribunais tem decidido de maneira uniforme de que os bens destinados ao uso comum do povo se tornam fora do comércio. Daí, ficando fora do comércio, atento o destino que lhe foi dado um terreno particular

transformado em via pública, impossível é a sua reivindicação pelo proprietário que se viu dele há anos privado a quem fica ressaltado o direito que porventura tenha à indenização do seu respectivo valor...” (op. cit. p. 180-182).

Portanto, não há lógica jurídica em se levar a registro no Serviço de Registro de Imóveis a propriedade pública, fora do comércio, inalienável, impenhorável, inexpropriável e imprescritível, ou seja, em última razão, não passível de aquisição exclusiva por um particular específico, a qual, enquanto afetada, não permite disposição de espécie alguma.

Nesse sentido:

*“os bens imóveis de uso especial e os dominiais adquiridos por qualquer forma pelo poder público ficam sujeitos a registro imobiliário competente; **os bens de uso comum do povo (vias e logradouros públicos) estão dispensados de registro enquanto mantiverem essa destinação**” (FRANCO, Wanildo José Nobre. Domínio público – bens públicos. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 3, nº 158. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-administrativo/964/dominio-publico-bens-publicos>. Acesso em: 26 dez. 2005).*

Igualmente, a interpretação conferida pelo **Supremo Tribunal Federal**:

*“LOTEAMENTO. APROVADO O ARRUAMENTO, PARA URBANIZAÇÃO DE TERRENOS PARTICULARES, AS ÁREAS DESTINADAS ÀS VIAS E LOGRADOUROS PÚBLICOS PASSAM AUTOMATICAMENTE PARA O DOMÍNIO DO MUNICÍPIO, **INDEPENDENTEMENTE DE TÍTULO AQUISITIVO E TRANSCRIÇÃO**, VISTO QUE **O EFEITO JURÍDICO DO ARRUAMENTO É**, EXATAMENTE, O DE TRANSFORMAR O DOMÍNIO PARTICULAR EM DOMÍNIO PÚBLICO, **PARA USO COMUM DO POVO**. NÃO TEM O LOTEADOR INFRINGENTE DO DL 58/37 MAIS DIREITOS QUE O LOTEADOR A ELE OBEDIENTE. INALTERABILIDADE DAS PLANTAS SEM O CONSENSO DO MUNICÍPIO. RE CONHECIDO, POREM NÃO PROVIDO. (RE 84327, Relator(a): CORDEIRO GUERRA, Segunda Turma, julgado em 28/09/1976, DJ 19-11-1976 PP-00032*

EMENT VOL-01043-02 PP-00309 RTJ VOL-00079-03 PP-00991) – grifou-se.

No corpo do acórdão extrai-se preciosa lição de **HELY LOPES MEIRELLES**, no sentido de que:

“a doutrina moderna considera que não é o título de aquisição civil, nem a transcrição imobiliária, que conferem ao bem o caráter público. É a destinação administrativa, possibilitando o uso comum de todos, que afeta o bem de dominialidade pública.” (grifou-se)

Nesse aspecto, como adiante será visto, sobeja os conceitos de aposamento e afetação, inerentes aos bens de uso comum do povo, que lhe conferem a essência e a própria existência.

Por seu turno, dentre as previsões do art. 167 da Lei nº 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), obviamente não se encontra o registro das estradas e demais bens de uso comum do povo, os quais, repita-se, excluem-se dos conceitos de propriedade privada e posse, uma vez que o Poder Público sobre os mesmos exerce um poder, inerente ao regime jurídico que estão submetidos.

Não cabe aqui ingressar na discussão se a previsão do art. 167 da LRP é taxativa ou não, mas qualquer outra inscrição que não as inseridas no citado rol só pode ser admitida pela existência de lei específica, que assim determine. Nesse diapasão, Lei nº 6.404/1976 (Sociedades Anônimas), Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), Lei nº 10.931/2004 (Patrimônio de Afetação), dentre outras, preveem expressamente títulos registráveis específicos, inexistindo, contudo, instrumento normativo contemplando a possibilidade de registro das faixas de domínio e seus respectivos requisitos.

Por outro lado, é bem verdade que o *item “34”* prevê o registro da desapropriação amigável e das sentenças proferidas nos respectivos processos desapropriatórios, mas isso diz respeito ao conserto do título dominial do particular desapropriado, quer para alterar a metragem

restante da matrícula (desapropriação parcial), quer para ocasionar verdadeiro cancelamento do título registral de domínio privado pela total afetação da propriedade como bem de uso comum do povo.

Isso porque a desapropriação, em relação ao particular, é uma das causas de perda da propriedade (art. 1.275, V, do atual Código Civil), como bem ensinava CLÓVIS BEVILAQUA:

“Embora se enquadre esta matéria no direito constitucional, que a fundamenta, e no administrativo, o que a regula, o direito civil também a considera, como um dos casos de perda da propriedade imovel ou movel. O Código Civil a ella se referiu no art. 590” (Direito das Coisas, volume I, editora Freitas Bastos, São Paulo, 1941, p. 218).

Aliás, os bens de uso comum do povo sequer necessitam constar em um livro especial do patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, pois seria inimaginável o registro de todas as ruas, estradas e praças existentes no Brasil. Situação insólita e absurda seria o registro de rios e mares, daí que não se precisa de muito esforço argumentativo para perceber quão inadequada a eventualidade de se exigir o registro imobiliário das áreas de uso comum do povo, as quais decorrem de previsão legal no próprio ordenamento civil brasileiro e se sujeitam ao regime jurídico de direito público-administrativo, com destaque aos instrumentos jurídicos que as instituíram e aos documentos internos que as comprovam.

Não se concebe, *verba gratia*, a obrigatoriedade do Município de Curitiba registrar a conhecida “Praça Tiradentes” no cartório imobiliário, pois como uma “praça” é local afetado ao uso do povo, os registros administrativos e plantas arquivadas pela municipalidade são mais que suficientes para a comprovação da titularidade e proteção jurídica contra qualquer tipo de ameaça, turbação ou ocupação definitiva pelos particulares.

Esse fetichismo pelos registros cartoriais é um ranço advindo dos colonizadores, cuja atividade sequer é vista em alguns países da Europa, a exemplo da Itália, onde os terrenos e demais propriedades privadas

encontram registros e anotações de transmissões, quer onerosas ou gratuitas, no “*Nuovo Catasto Edilizio Urbano*” (Lei 1.249 de 11 de agosto de 1939), de nível nacional, mas dividido por “*Comune*”, ou seja, sedes das Prefeituras das cidades onde se encontram localizados.

Curioso observar que na Itália são passíveis de registro as estradas, rios, lagos e ferrovias no “*Catasto Rustico*” ou “*Terreni*”, denominado “*Geometrico Particellare*”, mas sem qualquer valor jurídico ou como meio de prova da propriedade.

Portanto, em que pese o Brasil adotar o serviço prestado por cartórios imobiliários como instrumento de prova, constituição e publicidade da **propriedade imobiliária** privada e bens públicos de uso especial e dominicais, suas disposições não alcançam os bens de uso comum do povo, que por sua natureza, destinação e regramento jurídico estão imunes da exigência registral para a sua constituição, comprovação e defesa das prerrogativas que lhe são inerentes, quais sejam, não serem apropriados ou tomados pelos particulares, para uso exclusivo ou sofrerem prescrição aquisitiva pela usucapião.

Não se pode perder de vista que o registro de imóveis tem finalidade de prova da propriedade e prioridade em caso de disputa, bem como a devida publicidade perante terceiros, o que em nada se aplica aos bens de uso comum do povo, que são comprovados por lei, decretos ou outros atos administrativos e, por estarem fora do comércio, não podem ser objeto de disputa de titularidade e cuja publicidade decorre até mesmo da sua existência e uso geral, que lhe dão notoriedade.

Os bens de uso comum do povo são autopoieticos, sustentam-se e comprovam-se por si só, independentemente de registros públicos, pois a sua própria destinação e uso, bem como o regime jurídico a que se sujeitam são, em si mesmos, o que lhes constituem (plano da existência) e lhes dão validade.

Ademais, sequer há “título” para registro das faixas de domínio no Serviço Registral de Imóveis, cuja exigência, inegavelmente, é requisito

inafastável para todo e qualquer registro ou averbação, não podendo o respectivo titular apontar ou levar a registro qualquer situação não documentada através de um “título”, os quais estão enumerados na Lei de Registros Públicos.

Portanto, quando se fala em “registro” das faixas de domínio, este deve ser entendido como o conjunto de atos normativos constitutivos, plantas, memoriais descritivos e demais documentos, anotações e registros administrativos emanados e mantidos pelo Poder Público em seus livros e arquivos, sem qualquer necessidade de se socorrer ao registro de imóveis, o qual serve para registrar as propriedades, públicas e privadas, sujeitas ao tráfego jurídico, o que não acontece com os bens de uso comum.

Não há lei no Brasil, e sequer poderia haver, que contemple a possibilidade ou obrigatoriedade do registro das faixas de domínio pela autarquia que administra uma rodovia pública e que, em última análise, dentro de um critério rigorosamente técnico e dogmático, não se trata de um bem em si, mas de um conjunto de serviços (rodovia) colocados ao uso dos cidadãos.

Afirmção em contrário não encontra apoio na Lei de Registros Públicos que, em nenhuma hipótese, prevê a possibilidade do registro dos bens de uso comum do povo em seus assentos, o que contraria até mesmo a lógica, como visto nos exemplos acima. Isso decorreria mais de um interesse do registrador do que uma necessidade técnica ou jurídica, totalmente desamparada do menor embasamento no ordenamento positivo brasileiro.

É evidente que a faixa de domínio (leia-se: estrada e tudo que a compõe) pode ser originalmente erigida sobre uma propriedade pública preexistente, até mesmo provida de registro imobiliário, e doravante passa de um bem dominical, de propriedade do ente estatal, para um patrimônio coletivo e de uso geral, não mais sujeito a transações jurídicas.

Em outras situações, muito comuns, o Poder Público avança sobre uma área titulada em favor de particulares para fins de abrir uma estrada e, para tanto, deve indenizá-lo mediante processo desapropriatório, administrativo ou judicial, retirando essa propriedade do acervo patrimonial do particular.

Mas ainda nesse caso, como dito alhures, o registro da desapropriação no serviço imobiliário tem apenas o objetivo de excluir parte da área do particular que foi objeto da desapropriação ou, nos casos de apropriação integral, viabilizar o registro, na margem da matrícula, que aquela área, propriedade privada, foi atingida pela desapropriação e passou a integrar um bem de uso comum do povo, inviabilizando futuras transações sobre o mesmo bem.

Com isso, também se consegue evitar que o particular, por desconhecimento ou má-fé, transfira a mesma área a outras pessoas, causando prejuízos a terceiros.

Conclui-se que a previsão na Lei de Registros Públicos quanto ao registro das desapropriações efetuadas, total ou parcialmente, não tem por objetivo criar registro imobiliário de área destinada à faixa de domínio, mas sim solucionar o problema registral do imóvel particular, decorrente do processo desapropriatório, quer para excluir uma porção da área ou anotar a sua total absorção pelo ente público, regularizando a titulação do expropriado.

Corroborando o que acima foi dito o brilhante parecer proferido pela Procuradoria-geral do Ministério dos Transportes, vinculada ao extinto DNER – Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, de lavra do eminente Procurador Haroldo Fernandes Duarte, que sobre o tema assim se manifestou:

“Há que elucidar, outrossim, que quando a Lei de Desapropriações (Decreto-lei nº 3.365/41 cit.) fala em imissão na posse e em transcrição do título no Registro de Imóveis (arts. 15 § 1º e 29) no que é seguida pela Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 167 item 34), o fazem – em se tratando de constituição do uso comum – para fins puramente extintivos de direitos (Cód. Civil, art. 590) e nunca atributivos daqueles (Vd. retro itens 4, 5 e 6).” - destaques do original (<https://www.gov.br/dnit/pt-br/rodovias/operacoes-rodoviaras/faixa-de-dominio>).

Assim, a faixa de domínio, entendida como a área eleita pelo Poder

Público para abertura da estrada com suas adjacências, pode decorrer da escolha de área pública já existente, de natureza dominical, que passa a constituir bem de uso comum do povo ou, o que é mais comum, ocorrer a declaração de utilidade pública com desapropriação do imóvel e pagamento de indenização.

Via de regra, o caminho constitucionalmente previsto é a justa e prévia indenização, em dinheiro, ensejando os procedimentos para se realizar a desapropriação, quer amigável ou judicial. Casos há que primeiro ocorre o apossamento, gerando o direito do particular em exigir indenização, sob o fundamento do instituto da desapropriação indireta, cujo prazo prescricional era vintenário e, a partir do novo Código Civil, em 11 de janeiro de 2003, passou a ser decenal.

Contudo, há situações que escapam desse roteiro, vindo o Poder Público, por qualquer motivo, com ou sem decreto desapropriatório, ocupar durante prolongado período área titulada em nome de particular, integrante de uma transcrição ou matrícula, sem oposição, a qual é apossada e afetada à faixa de domínio.

Nessa hipótese, embora tecnicamente não se possa dizer que o ente público exerça posse sobre essa porção de terras registradas em nome de particular, há proteção jurídica a essa situação, que a meu ver resolve-se pelo instituto da *supressio*, oriundo do direito alemão e largamente aceito pela doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Em breves linhas, a *supressio* consiste na perda do direito pelo titular em decorrência de longo período sem o seu exercício, funcionando como verdadeira “prescrição extintiva”, que induz perda, em contraposição à usucapião, “prescrição aquisitiva”, que decorre do exercício de uma faculdade por longo período sem oposição.

O que se quer dizer, nessa situação, é que necessariamente ocorre um esbulho, ou seja, o Estado exerce atos efetivos de apossamento sobre o imóvel, construindo a rodovia sem respeitar o direito de propriedade do particular, que possui título sobre a área. Até aí, resolve-se pelo instituto da desapropriação indireta, desde que tenha havido efetivo apossamento

(construção da estrada), afetação do imóvel ao uso comum do povo e impossibilidade de retorno à situação anterior.

Esse quadro só ganha relevância quando o particular, deixa transcorrer “in albis” o prazo legal para a propositura da ação indenizatória por desapropriação indireta decorrente do apossamento ou, proposta a medida judicial, o Poder Judiciário venha a reconhecer a prescrição da pretensão indenitária.

Aqui cria-se uma situação jurídica interessante, considerando que o imóvel, notoriamente, passa a constituir bem de uso comum do povo destinado ao trânsito de veículos e pessoas, mas, ao mesmo tempo, possui um título registral em nome do particular que, por desídia, deixou de buscar a indenização em tempo hábil, sujeitando-se à prescrição e convalidação da realidade fática.

Contudo, não há que se confundir o apossamento e instituição da faixa de domínio pela Administração Pública com o direito de indenização do particular, devendo-se atentar que o apossamento efetivo com implantação da faixa de domínio, ainda que não respaldada por lei ou decreto, é situação fática, por si só, configuradora de esbulho, o que obriga o particular, invertendo a ordem normal do procedimento desapropriatório, buscar indenização dentro do prazo legal.

Transcorrido esse prazo, caduca o direito à indenização, mas o apossamento consolidado, com realização da obra pública, desde o início, retira do particular a titularidade sobre a área, com ou sem indenização e assim permanece, enquanto a coisa estiver destinada a servir ao uso público.

No caso de longa ocupação de área particular pelo Poder Público, sem indenização e prescrita a ação, e somente nesse caso, é que pode surgir a necessidade de regularização da faixa de domínio pelo DER, mas não para criar uma matrícula em seu nome e sim expurgar do domínio particular e de seu respectivo título imobiliário aquela área que, por longos anos, já se incorporou ao patrimônio público como uso de bem comum do povo.

Incumbe analisar a ocorrência de mero apossamento fático, sem ato normativo que lhe dê respaldo e os casos onde houve edição de decreto desapropriatório, cuja indenização, pelo longo passar do tempo e inércia do titular, encontra-se prescrita.

Nesses casos, a bem da verdade, incumbiria ao particular ingressar com ação de indenização por desapropriação indireta, acaso não vencido o prazo prescricional.

O transcurso do prazo de vinte anos, sob a égide do Código Civil de 1916 ou de dez anos, sob os auspícios do Código Civil de 2002, fulmina a pretensão indenitária da parte pela prescrição, não mais podendo reclamar pela desapropriação efetuada. Nesse caso específico, só restaria ao particular a ação declaratória para excluir o registro do imóvel em seu nome, quer total ou parcial, mas sem possibilidade de indenização.

Já para o Poder Público, embora não desejável, não há maiores problemas em perpetuar essa situação, pois a realidade fática supera o contido no registro imobiliário, contudo, em sendo do seu interesse, nada impede o manejo de ação declaratória, de natureza imprescritível, para ver reconhecida por sentença a desapropriação indireta do imóvel e a própria prescrição da indenização, viabilizando o registro da sentença no respectivo registro de imóveis, repita-se, tão somente para fazer constar que aquela área não é mais de domínio particular, cancelando total ou parcialmente a propriedade de natureza privada.

Esse apossamento administrativo é reconhecido pela jurisprudência, que lhe empresta valor, ante a natureza e notoriedade da faixa de domínio, viabilizando a sua oposição contra futuros usucapientes.

A propósito, destaca-se o seguinte julgado do Tribunal paranaense:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO. PARTE DO IMÓVEL SITUADO EM FAIXA DE DOMÍNIO INSTITUÍDA POR OCASIÃO DA INSTALAÇÃO DA RODOVIA PR-411, DECRETO ESTADUAL nº 20671/70. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. AGRAVO RETIDO: ART. 523, § 1º DO

CPC. RECURSO NÃO CONHECIDO. RECURSO DE APELAÇÃO Nº 2 INTERPOSTO PELO ESTADO DO PARANÁ: IMÓVEL DECLARADO DE UTILIDADE PÚBLICA PARA FINS DE DESAPROPRIAÇÃO. FAIXA DE DOMÍNIO. RODOVIA ESTADUAL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. APOSSAMENTO ADMINISTRATIVO. POSSE POSTERIOR DOS AUTORES. BEM PÚBLICO PARA OS EFEITOS LEGAIS. SENTENÇA REFORMADA PARA EXCLUIR A DECLARAÇÃO DE DOMÍNIO EM RELAÇÃO A FAIXA DE DOMÍNIO DA RODOVIA PR-411. RECURSO PROVIDO. RECURSO DE APELAÇÃO Nº 1 – PREJUDICADO.

1. “...A hipótese de desapropriação indireta pressupõe (i) que o Estado tome posse do imóvel declarado de utilidade pública, independentemente do processo de desapropriação, (ii) que seja dada ao respectivo bem a utilidade pública indicada pelo poder público, (iii) que seja irreversível a situação fática resultante do apossamento do bem e sua afetação. 5. **O esbulo possessório por parte do Estado pressupõe a prática de atos materiais, não existindo apenas no plano normativo, tal como a edição de decreto de declaração de utilidade pública, mas da qual o Poder Público jamais toma posse ou impede a exploração econômica existente na área**” (REsp 191656 SP, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 19.06.2008). 2. “...Malgrado não tenha se respeitado o procedimento desapropriatório dentro do prazo de 05 (cinco) anos contados da data da edição do decreto, verifica-se que a Administração Pública concorreu ativamente para impedir o exercício da posse e da propriedade do antigo titular do domínio, mormente pela construção da rodovia sobre o local imóvel em meados de 1970, fato este que é incontroverso nos autos. 2. Incumbia ao antigo proprietário, na época da construção da rodovia, pleitear a indenização que lhe era devida correspondente à parcela do imóvel abarcada pela faixa de domínio de 50 metros a partir do eixo central da PR-411, em virtude da desapropriação da área, ainda que de forma indireta, nos termos do Decreto Lei nº 20.671/70. (Apelação Cível nº 1641.881-4, 18ª Câmara Cível, Rel. Desª Denise Krüger Pereira, j. em 26/07/2017) 3. **“No caso, ocorreu o apossamento pela Administração Pública sobre a área, traduzida na construção da rodovia sobre o local do imóvel (PR 411), o que importou no apossamento concomitante da faixa de domínio situada em sua margem, caracterizando a desapropriação indireta e obstando a constituição da posse em favor do particular, porque posterior à posse exercida pelo**

Poder Público. Ainda, **dada a publicidade do Decreto-Lei que reconheceu a utilidade pública da área e a notoriedade do fato de que as rodovias públicas são margeadas por faixas de domínio que constituem propriedade pública, insuscetíveis de apropriação privada,** não se afigura possível acolher a tese de posse com animus domini de modo a reconhecer em favor dos autores a aquisição pela prescrição aquisitiva” (TJPR - 18ª C.Cível – AC - 1699169-0 - Morretes - Rel.: Denise Kruger Pereira - Unânime - J. 27.09.2017).”

(TJPR - 17ª C.Cível - 0001194-97.2013.8.16.0118 - Morretes - Rel.: Desembargador Lauri Caetano da Silva - J. 24.05.2018).

Portanto, os atos de apossamento fático e efetivo (e não apenas expedição de decretos), nessas hipóteses, gera direito ao ente público opo-nível contra particulares, com o reconhecimento de que essa realidade no mundo fenomênico foi suficiente para transformar a natureza da propriedade, a qual passa de um bem particular para bem público de uso comum do povo, com toda a proteção jurídica decorrente, inclusive contra o próprio titular registral em nome de quem se encontra titulada a propriedade no Serviço de Registro de Imóveis.

Portanto, ante a aparência, publicidade e notoriedade das faixas de domínio (estradas, acostamentos, recuos, etc.), não faz sentido exigir sejam as mesmas levadas a registro público para surtir seus efeitos perante terceiros, em especial para obstar eventual ação de usucapião, dada a sua natureza de bem de uso comum da população.

Da mesma forma, transcorridos mais de vinte ou dez anos da efetiva ocupação e construção da rodovia, dependendo qual Código Civil regula o apossamento, torna-se indevida qualquer indenização, pois já se consumou a prescrição.

A afetação e o transcurso do tempo criam direito inafastável da Administração sobre a área destinada ao uso comum do povo, independentemente da edição de decreto anterior.

Nesse diapasão, o Poder Público, realizado o apossamento com a

construção da rodovia, não pode e não deve, posteriormente, editar qualquer decreto, sob pena de reabertura do prazo prescricional e, com isso, causar indevido prejuízo à Administração, fazendo ressurgir o direito do particular em pleitear indenização já prescrita.

Portanto, realizada a obra pública e afetada a área para o uso comum do povo, passado o prazo prescricional de eventual indenização, **não pode e não deve** o administrador, em nenhuma hipótese, sob pena de prejuízo ao erário, editar ou reeditar decreto declarando essa área de utilidade pública, uma vez já consolidado o direito do Estado sobre a propriedade privada.

Essa conduta, por causar prejuízo ao erário, fica sujeita às sanções administrativas e civis, considerando a indevida reabertura de prazo já alcançado pela prescrição, em desrespeito a uma situação consolidada favorável ao Poder Público, inexistindo até mesmo um motivo ou finalidade pública para justificar a edição do ato normativo.

Mas de tudo que foi dito, ainda subsiste a pergunta da autarquia consulente que deve ser respondida de forma objetiva: como registrar as faixas de domínio sem ônus ao erário?

A resposta, obviamente, parte do pressuposto que esse “registro” mencionado pela consulente só pode ser entendido aquele de natureza administrativa, no âmbito interno da autarquia, e nunca o registro imobiliário, no Serviço Registral de Imóveis, totalmente incabível na espécie.

O “registro” da faixa de domínio, portanto, deve ser compreendido como o conjunto de estudos, levantamentos, medições, anotações, atos normativos e administrativos, registros de obras, contratos, etc., que, em seu todo constituam o acervo da autarquia e que permitam identificar e tornar público o perímetro da área ocupada pela faixa de domínio, sem qualquer correlação com o registro imobiliário para a propriedade de natureza privada, como acima já explanado.

Destarte, o serviço de estrada, de responsabilidade do DER, consiste tanto na realização de obras e manutenção da rodovia, como também na fiscalização de todos os fatos relevantes que aconteçam nos limites da faixa de domínio, dentre eles, zelar pela preservação da regular ocupação do bem de uso comum do povo.

Assim, independentemente do que se estenda por “custo ao erário”, esse trabalho de preservação da faixa de domínio é diário e permanente, devendo a autarquia ter em seus arquivos, levantadas e catalogadas, bem como disponíveis para consulta pública, todas as faixas de domínio que constituem as rodovias que cruzam o estado, sob sua administração.

Se levantamento ou trabalho houver que ser feito, por algum setor, departamento ou comissão legalmente instituída, é assunto que diz respeito à iniciativa da autarquia no cumprimento de seu dever legal de manter atualizados os registros (internos, administrativos) da faixa de domínio, com base nos documentos que tiver em seu poder, em especial decretos desapropriatórios, relatórios de obras construídas, vistorias “in loco”, realização de levantamentos topográficos e outros dados que permitam manter atualizados e catalogados todos os registros internos das faixas de domínio.

A propósito, a partir de 1º de julho de 2020 passará a vigor a Instrução Normativa 20, de 03 de junho de 2020, emanada do DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, que constituiu comissão visando identificar e regularizar as faixas de domínio federal para fins de registro (administrativo, repita-se) e sua publicização, conforme documento anexo.

O documento, por si só, é esclarecedor e tem inúmeras diretrizes, devendo o corpo técnico do DER utilizá-la como eventual subsídio para a meta de registrar as faixas de domínio que, a meu ver, para que ocorra mencionado registro, deve ser precedido de trabalho interno de levantamento integral em todo o Estado do Paraná.

Portanto, se essa é a meta ou vontade do DER, quando pergunta como registrar as faixas de domínio, a resposta encontra-se em seu próprio âmbito interno, quer para uma autorização do superior hierárquico dando início dos trabalhos, verificação de disponibilidade orçamentária-financeira, planejamento, análise financeira e de custos, disponibilização de pessoas e instrumentos para tanto, edição de atos normativos, a exemplo do DNIT, nomeação de comissão, levantamento de dados, cronograma de metas e conclusão dos trabalhos, dentre inúmeras outras providências internas, sobre as quais a PGE não tem ingerência ou competência para opinar.

Diante do que foi exposto, é possível estabelecer as seguintes conclusões:

- a) O DER, na ação de usucapião, deve se limitar à constatação do respeito à faixa de domínio, instituída no âmbito administrativo por decreto, lei ou outro ato legal, ainda que não exista desapropriação formal ou pagamento de indenização, bastando a ocorrência de apossamento e sua afetação ao uso comum do povo (existência fática da rodovia no local), devendo-se valer de vistoria “in loco” ou qualquer outro meio sem, contudo, poder exigir do usucapiente a apresentação de memorial ou levantamento planimétrico segundo “modelo” de seu interesse.
- a.1) O DER não tem competência, no âmbito da ação de usucapião, para reclamar de eventual ocupação de faixa “*non aedificandi*”, cuja fiscalização é de incumbência do Município, quer para exigir a desocupação por medida judicial, quer para reduzir os seus limites, em conformidade com a Lei nº 13.913/2019, acima mencionada;
- b) A faixa de domínio, que constitui bem de uso comum do povo, consiste na área de terras, em toda sua extensão e largura, destinada aos serviços de rodovia, sendo composta por pistas de rolamento, acostamentos, faixas de recuos, canteiros, faixas laterais

trevos, etc., enfim, toda e qualquer obra erigida a fim de viabilizar o trânsito de veículos e pessoas, as quais são de livre acesso pela população, ainda que sob imposição de alguma condição (por exemplo, pagamento de pedágio);

- c) Como bem de uso comum do povo, por sua natureza, as faixas de domínio são constituídas pelo apossamento fático e efetivo pelo Poder Público e se materializam por decretos e demais atos legais instituídos pela autoridade pública, sujeitando-se a um regime jurídico de direito público e, igualmente, são bens fora do comércio, não sujeitos ao trânsito jurídico e imunes ao uso exclusivo de apenas um particular ou à desapropriação, alienação, usucapião e penhora;
- d) Os bens de uso comum do povo, dada a sua própria natureza, decorrem do efetivo apossamento e sua afetação aos fins que se destinam, não estando sujeitos à registro no Serviço de Registros de Imóveis, por não se constituírem em propriedade privada passível de alienação, cuja prova de titularidade se faz por leis ou atos administrativos que os instituíram, independentemente de registro imobiliário;
- e) O registro das imissões de posse e das desapropriações no Serviço de Registro de Imóveis é realizado com intuito extintivo da propriedade do particular, visando excluir, total ou parcialmente, a propriedade privada contida em algum registro imobiliário, inexistindo previsão legal na Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) ou em qualquer outra disposição legislativa, da obrigatoriedade do registro dos bens de uso comum do povo que, por sua natureza e uso, estão fora do comércio e da necessidade de registro;
- f) ocorrendo apossamento e destinação do imóvel ao uso comum do povo e, prescrita a pretensão a eventual indenização, é cabível ação declaratória, pelo Poder Público, a qualquer tempo, para,

comprovando a data do apossamento e a destinação do bem, obter declaração judicial visando levar ao registro imobiliário, com intuito de cancelar ou alterar o título de propriedade registrado em nome do particular, sem pagamento de qualquer indenização.

- g) havendo apossamento e realização da obra pública, com ou sem expedição de decreto ou ato normativo na época oportuna, transcorrido o prazo prescricional, não deve o Administrador editar ou reeditar decreto desapropriando a área, sob pena de reabrir o direito ao administrado-proprietário de buscar indenização, em evidente e manifesto prejuízo ao erário, ficando sujeito à consequente responsabilização, quer administrativa ou civil.
- h) se o DER deseja “registrar” as faixas de domínio, a exemplo do DNIT, entendidas como o levantamento e consolidação administrativas de todas as estradas, trata-se de trabalho de natureza interna, cuja autorização, planejamento e realização é de incumbência da autarquia, dentro de suas competências e metas, a ser por ela própria analisado e executado.

É o parecer, sob censura, que submeto à análise da autoridade hierárquica, com recomendação de prévio crivo do GPT.

Curitiba, datado digitalmente.

Edivaldo Aparecido de Jesus,

Procurador de Estado

OAB-PR 20.800

Procuradoria do Patrimônio – Grupo Imobiliário.

Protocolos nº 15.637.913-1, 13.844.766-9 e apensos

Assunto: Revisão de termos de compromisso firmados à luz do Código Florestal de 1965, a fim de adequá-los ao Código Florestal de 2012

DIREITO AMBIENTAL. REVISÃO DE TERMOS DE COMPROMISSO FIRMADOS DURANTE A VIGÊNCIA DO CÓDIGO FLORESTAL DE 1965. ADEQUAÇÃO AO CÓDIGO FLORESTAL DE 2012. ATO JURÍDICO PERFEITO, RELAÇÃO JURÍDICA DE TRATO SUCESSIVO E MUDANÇA NO ESTADO DE DIREITO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DE REVISÃO. AUSÊNCIA DE OFENSA AO ART. 5º, XXXVI, DA CRFB. DIRETRIZES INTERPRETATIVAS SOBRE NORMAS A RESPEITO DO ASSUNTO.

PARECER Nº 28/2020

1. CONSULTA

O Protocolo nº 15.637.913-1 trata de consulta formulada pelo Diretor-Presidente do Instituto Ambiental do Paraná – IAP (autarquia cuja denominação recentemente mudou para **Instituto Água e Terra – IAT**, por força da Lei Estadual nº 20.070/2019), questionando a viabilidade jurídica da revisão dos Termos de Compromisso de Reserva Legal, relacionados a imóveis com dimensão inferior a 04 (quatro) módulos fiscais, que foram celebrados durante a vigência do Código Florestal de 1965 e já averbados na matrícula imobiliária, para adequá-los ao Código Florestal de 2012 e

à legislação estadual posterior a respeito do assunto, visando, inclusive, a baixa de tal averbação (vide Ofício nº 082/2019/IAP/GDP – fl. 15).

Argumenta que há cerca de 14 (quatorze) mil procedimentos dessa natureza, aguardando o posicionamento da autarquia, para prosseguimento do PRA (Programa de Regularização Ambiental).

Anteriormente, a Diretoria de Monitoramento e Restauração Florestal (DIREF) do antigo IAP já havia suscitado diversas dúvidas (Protocolo nº 13.844.766-9 e apensos) acerca da aplicação do Decreto Estadual nº 2.711/2015, então vigente à época, que, ao implantar o PRA (Programa de Regularização Ambiental) no Estado do Paraná, abordava a questão da revisão dos Termos de Compromisso (não apenas daqueles que tratavam de Reserva Legal, mas também de Áreas de Preservação Permanente – APP) firmados à luz do revogado Código Florestal, para adequá-los ao novo, editado em 2012.

Na tentativa de eliminar, ou ao menos diminuir, as dúvidas teóricas e práticas existentes a respeito do assunto, elabora-se o presente parecer jurídico.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Para uma melhor compreensão sobre o tema, antes de apresentar uma resposta jurídica à consulta formulada (o que será feito a partir do item 2.4), é importante abordar alguns institutos existentes em matéria de direito ambiental, razão pela qual serão feitas considerações a respeito de Reserva Legal (RL) Área de Preservação Permanente (APP), Sistema da Manutenção, Recuperação e Proteção da Reserva Florestal Legal e Áreas de Preservação Permanente (SISLEG), Sistema Nacional de Cadastro Ambiental Rural (SICAR) e Cadastro Ambiental Rural (CAR).

2.1. RESERVA LEGAL

2.1.1. Conceito

Com o objetivo de proteger a cobertura florestal do país, surgiu a figura da Reserva Legal, cujo conceito foi introduzido ao antigo Código Florestal (Lei nº 4.771/1965) pela MP 2.166-67/2001,¹ a partir da seguinte definição, presente no seu art. 1º, § 2º, III: *“área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas”*.

Atualmente, o novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012) define Reserva Legal em seu art. 3º, III, como *“área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa”*.

2.1.2. Características básicas

A primeira observação que merece ser feita a respeito do tema é que a Reserva Legal é restrita aos **imóveis rurais**, cujo conceito é motivo de intensa discussão doutrinária e jurisprudencial, prevalecendo atualmente, com certa margem, a *teoria da destinação econômica do imóvel*, de modo que este será rural quando se destinar, ou tiver potencial para tanto, à

1 A ideia de preservação florestal foi inicialmente positivada no Brasil em 1934, a partir do Decreto nº 23.793/1934, que impunha, em seu art. 23, *caput*, o dever ao proprietário de terras de manter pelo menos 25% da vegetação nelas existente, ressalvadas exceções pontuais. Todavia, o conceito de Reserva Legal foi expressamente introduzido na legislação ambiental a partir da MP nº 2.166-67/2001.

exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agroindustrial (art. 4º, I, da Lei nº 8.629/1993, que, sobre o tema, é mais detalhista do que a Lei nº 4.504/1964 – Estatuto da Terra).

Quanto à sua **delimitação**, no caso do Estado do Paraná, a Reserva Legal corresponde a 20% da superfície total da propriedade. Eis o teor do art. 12, II, da Lei nº 12.651/2012:

Art. 12. Todo imóvel rural deve manter área com cobertura de vegetação nativa, a título de Reserva Legal, sem prejuízo da aplicação das normas sobre as Áreas de Preservação Permanente, observados os seguintes percentuais mínimos em relação à área do imóvel, excetuados os casos previstos no art. 68 desta Lei: (Redação dada pela Lei nº 12.727, de 2012). (...)

II – localizado nas demais regiões do País: 20% (vinte por cento).

2.1.3. Principais mudanças trazidas pelo Código Florestal de 2012 (Lei nº 12.651/2012)

Consoante anota Leonardo BARIFOUSE, “*Embora a finalidade da reserva legal sempre tenha sido (e continue sendo) a preservação de um estoque vegetal – seja por questões econômicas, como acontecia inicialmente, seja por questões ambientais propriamente ditas –, a reforma legislativa do Código Florestal alterou substancialmente o modo como deve ser encarado o instituto*”.²

Analisando as principais mudanças a respeito do tema, é válido destacar a questão do **cômputo da vegetação de APP (Área de Preservação Permanente) na Reserva Legal**.

À luz do Código Florestal de 1965, a regra era excluir o cômputo da

2 BARIFOUSE, Leonardo. Aspectos controversos da reserva legal no Código Florestal de 2012. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 21, vol. 82, p. 147-176, abr./jun., 2016. n.p.

APP no cálculo da Reserva Legal. Excepcionalmente, admitia-se tal sobreposição de áreas, especialmente quando a soma da APP com a área da Reserva Legal cobria grande parte do imóvel rural (80% da propriedade, em se tratando de área situada na Amazônia Legal, 50% nas demais regiões e 25% na pequena propriedade), devendo-se ainda observar outros critérios (composição de vegetação nativa na APP e não conversão de novas áreas para o uso alternativo do solo). Tudo isso estava previsto no art. 16, § 6º, do Código Florestal de 1965, com a redação dada pela MP 2.166-67/2001.

O Código Florestal de 2012 foi mais permissivo nesse aspecto. Em seu art. 15, autorizou o benefício de sobreposição de áreas desde que não haja conversão de novas áreas para uso alternativo do solo³ (inciso I), a área a ser computada esteja conservada ou em processo de recuperação (inciso II) e a inclusão do imóvel no CAR já tenha sido requerida (inciso III).

*Portanto, “Ao que parece, a intenção da lei é permitir o benefício do cômputo da APP de per si, independentemente de haver ou não um sacrifício do proprietário no aproveitamento econômico do bem. E, diferentemente do Código Florestal de 1965, o Código Florestal de 2012 não permite a superposição apenas de APPs com vegetação nativa existente (isto é, conservada), mas também aquelas com vegetação em processo de recuperação”*⁴.

Outro aspecto importante é que, nos moldes do Código Florestal de 1965, **a instituição da reserva legal era encarada como condição para o exercício de um direito**, consistente em explorar a vegetação existente na área de sua propriedade (ou posse) rural.

Percebe-se isso a partir da leitura da redação original (antes da alteração promovida pela MP 2.166-67/2001) do art. 16 da Lei nº 4.771/1965

3 Exceto quando a APP, conservada ou em processo de recuperação, somada às demais florestas e outras formas de vegetação nativa existentes no imóvel ultrapassarem 80% do total do imóvel situado em área de floresta na Amazônia Legal (§ 4º do citado art. 15 do Código Florestal de 2012).

4 BARIFOUSE, 2012, n.p.

(grifei): “As **florestas de domínio privado**, não sujeitas ao regime de utilização limitada e ressalvadas as de preservação permanente, previstas nos artigos 2º e 3º desta lei, são suscetíveis de **exploração**, obedecidas as seguintes restrições: (...)”.

Ao utilizar a expressão “florestas de domínio privado”, o Código Florestal de 1965 já indicava que a vegetação deveria ser compreendida como um recurso destinado à apropriação privada.⁵

Posteriormente, a MP 2.166-67/2001 suprimiu a referência a “florestas de direito privado”, mas manteve a ideia de que a vegetação teria um viés puramente privado, substituindo a palavra “exploração” por “supressão” e utilizando a conjunção condicional “desde que” em sua redação, que ficou assim (grifei): “Art. 16. As florestas e outras formas de vegetação nativa, ressalvadas as situadas em área de preservação permanente, assim como aquelas não sujeitas ao regime de utilização limitada ou objeto de legislação específica, são suscetíveis de **supressão, desde que** sejam mantidas, a título de reserva legal, no mínimo: (...)”.

E era justamente por ser encarada como *condição* para o exercício de um direito (sublinha-se o uso da conjunção condicional “desde que” na redação do supracitado art. 16 do Código Florestal de 1965) que não se justificava qualquer ação cuja finalidade fosse obrigar o proprietário a constituir a reserva legal. Afinal, o proprietário ou possuidor do imóvel rural só precisaria constituí-la caso desejasse explorar a cobertura vegetal na área de sua propriedade (ou posse).

Já o Código Florestal de 2012 mudou esse paradigma: a reserva legal passou a ser vista como um dever geral, e não apenas como condição ao direito de livre exploração (ou supressão) vegetal. Nos termos do *caput* do seu art. 12, já transcrito acima e agora reiterado, com grifo adicionado,

5 Não se tinha ainda a compreensão das florestas como um bem ambiental protegido pelo direito difuso ao meio ambiente, algo que se consolidou a partir da Constituição Federal de 1988 (art. 225, *caput*).

*“Todo imóvel rural **deve** manter área com cobertura de vegetação nativa, a título de Reserva Legal, sem prejuízo da aplicação das normas sobre as Áreas de Preservação Permanente, observados os seguintes percentuais mínimos em relação à área do imóvel, excetuados os casos previstos no art. 68 desta Lei: (...) (Redação dada pela Lei nº 12.727, de 2012)”.*

Valendo-nos mais uma vez das lições de Leonardo BARIFOUSE, *“(...) a primeira ideia por trás da reserva legal deixa de ser o interesse privado de exploração econômica – condicionado a um nível mínimo de preservação florestal – para se configurar no interesse difuso de proteção ambiental da vegetação nativa – permitida a exploração privada equilibrada, em observância ao princípio do desenvolvimento sustentável”*.⁶

Outra questão polêmica trazida pelo Código Florestal de 2012 a respeito da figura da Reserva Legal gira em torno do **tratamento dado às áreas rurais consolidadas**, conceituadas como aquelas *“(...) com ocupação antrópica preexistente a 22.07.2008,⁷ com edificações, benfeitorias ou atividades agrossilvipastoris, admitida, neste último caso, a adoção do regime de pousio”* (art. 3º, IV).

Em linhas gerais, o legislador federal buscou enfrentar as situações irregulares consolidadas sob a égide do Código Florestal de 1965 e, para tanto, criou um regime jurídico diferenciado para regê-las de maneira menos rigorosa.

Nessa esteira, o art. 66 do Código Florestal de 2012, que inaugura a seção denominada “Das Áreas Consolidadas em Áreas de Reserva Legal”, dispõe o seguinte:

6 BARIFOUSE, 2012, n.p.

7 Data da edição do Decreto nº 6.514/2008, que dispõe sobre as infrações administrativas ao meio ambiente e respectivas sanções, bem como estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências.

Art. 66. O proprietário ou possuidor de imóvel rural que detinha, em 22 de julho de 2008, área de Reserva Legal em extensão inferior ao estabelecido no art. 12⁸, poderá regularizar sua situação, independentemente da adesão ao PRA, adotando as seguintes alternativas, isolada ou conjuntamente:

I – recompor a Reserva Legal;

II – permitir a regeneração natural da vegetação na área de Reserva Legal;

III – compensar a Reserva Legal.

Ou seja, no caso do Estado do Paraná, o proprietário ou possuidor rural que, **até 22.07.2008**, não detinha 20% de área de Reserva Legal devidamente preservada em seu imóvel ganhou a oportunidade de regularizar sua situação mediante (i) *recomposição*; (ii) *regeneração natural* ou (iii) *compensação* da Reserva Legal.

Sobre a possibilidade compensação de Reserva Legal, os §§ 5º, 6º e 9º do referido dispositivo esclareceram:

Art. 66. (...)

(...)

§ 5º A compensação de que trata o inciso III do caput deverá ser precedida pela inscrição da propriedade no CAR e poderá ser feita mediante:

I – aquisição de Cota de Reserva Ambiental – CRA;

8 **Art. 12.** Todo imóvel rural deve manter área com cobertura de vegetação nativa, a título de Reserva Legal, sem prejuízo da aplicação das normas sobre as Áreas de Preservação Permanente, observados os seguintes percentuais mínimos em relação à área do imóvel, excetuados os casos previstos no art. 68 desta Lei: (Redação dada pela Lei nº 12.727, de 2012).

I - localizado na Amazônia Legal:

a) 80% (oitenta por cento), no imóvel situado em área de florestas;
b) 35% (trinta e cinco por cento), no imóvel situado em área de cerrado;
c) 20% (vinte por cento), no imóvel situado em área de campos gerais;

II - localizado nas demais regiões do País: 20% (vinte por cento).

(...)

II – arrendamento de área sob regime de servidão ambiental ou Reserva Legal;

III – doação ao poder público de área localizada no interior de Unidade de Conservação de domínio público pendente de regularização fundiária;

IV – cadastramento de outra área equivalente e excedente à Reserva Legal, em imóvel de mesma titularidade ou adquirida em imóvel de terceiro, com vegetação nativa estabelecida, em regeneração ou recomposição, desde que localizada no mesmo bioma.

§ 6º As áreas a serem utilizadas para compensação na forma do § 5º deverão:

I - ser equivalentes em extensão à área da Reserva Legal a ser compensada;

II - estar localizadas no mesmo bioma da área de Reserva Legal a ser compensada;

III - se fora do Estado, estar localizadas em áreas identificadas como prioritárias pela União ou pelos Estados.

(...)

§ 9º As medidas de compensação previstas neste artigo não poderão ser utilizadas como forma de viabilizar a conversão de novas áreas para uso alternativo do solo.

Já os imóveis rurais com área de até 04 (quatro) módulos fiscais e que apresentavam, em 22.07.2008, remanescente de vegetação nativa inferior a 20%, receberam flexibilização ainda maior: a Reserva Legal passou corresponder à área então ocupada com a vegetação existente naquela data, deixando de ser necessária a *recomposição*, *regeneração natural* ou a *compensação* da Reserva Legal para regularizar a situação. Eis o teor do art. 67 do Código Florestal de 2012:

Art. 67. Nos imóveis rurais que detinham, em 22 de julho de 2008, área de até 4 (quatro) módulos fiscais e que possuam remanescente de vegetação nativa em percentuais inferiores ao previsto no art. 12, a Reserva Legal será constituída com a área ocupada com a vegetação nativa existente em 22 de julho de 2008, vedadas novas conversões para uso alternativo do solo.

Segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), publicados no Comunicado 96, de 08.06.2011, elaborado com a finalidade de fornecer subsídios para a discussão que estava em curso à época, a respeito do projeto de lei que deu origem ao Código Florestal de 2012, cerca de 90% do total das propriedades rurais no Brasil possuem até 04 módulos fiscais, mas, somadas, essas pequenas propriedades correspondem a apenas 24% da área rural cadastrada no País, de modo que as médias e grandes propriedades do país, que representam 10% dos imóveis rurais, abrangem 76% de toda a área rural cadastrada.

E o cenário não é muito diferente no Estado do Paraná.

Relatório obtido junto ao Instituto Água e Terra – IAT indica que existem 449.991 imóveis rurais no Estado, dos quais 91,74% (ou seja, 412.823) possuem até 04 módulos fiscais, abrangendo cerca de 40% da área rural cadastrada, enquanto que os 8,26% restantes dos imóveis (37.168), composto por médias e grandes propriedades, correspondem a 60% da área rural cadastrada.

Atento a isso, Rodrigo Bernardes BRAGA, citado por Édis MILARÉ, fez a seguinte observação:

A reserva legal se mostrou inviável ao minifúndio – cuja área excedente não seria suficiente ao plantio ou qualquer outra atividade econômica – e altamente custosa para as pequenas propriedades. O ônus da constituição e manutenção da reserva para esse contingente de produtores não se revelou razoável, merecendo, com efeito, a revisão introduzida pelo art. 67. Por outro lado, a isenção não pode prosperar para as médias e grandes propriedades, que gozam das condições necessárias para o cumprimento integral da obrigação de constituição e, quando for o caso, da recomposição da área de mata nativa.⁹

9 MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. n.p.

Por fim, outra mudança digna de nota diz respeito à **desnecessidade de averbação da Reserva Legal junto ao Cartório de Registro de Imóveis**, quando houver o devido registro no Cadastro Ambiental Rural (CAR), sobre o qual se falará melhor adiante.

O Código Florestal de 1965 exigia a averbação cartorária, em seu art. 16, § 8º: *“A área de reserva legal deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área, com as exceções previstas neste Código”*.

Assim, cabia ao proprietário rural proceder à averbação da área de reserva legal na matrícula imobiliária do bem. Quanto ao possuidor rural, a reserva legal era assegurada por Termo de Compromisso, firmado com a autarquia ambiental, e que também deveria ser averbada em cartório.

Todavia, o Código Floresta de 2012 suprimiu tal exigência, nos seguintes termos (grifei):

Art. 18. A área de Reserva Legal deverá ser registrada no órgão ambiental competente por meio de inscrição no CAR de que trata o art. 29, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento, com as exceções previstas nesta Lei.

(...)

§ 4º O registro da Reserva Legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis, sendo que, no período entre a data da publicação desta Lei e o registro no CAR, o proprietário ou possuidor rural que desejar fazer a averbação terá direito à gratuidade deste ato. (Redação dada pela Lei nº 12.727, de 2012).

2.2. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (APP)

2.2.1. Conceito

O art. 3º, II, do Código Florestal de 2012 define Área de Preservação Permanente (APP) como a *“área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas”*.

2.2.2. Características básicas

Como se extrai do próprio conceito legal, os espaços territoriais destinados às APPs podem estar **cobertos ou não por vegetação nativa**, *“(...) o que denota a intenção do novel legislador de dar proteção não exclusivamente às florestas e demais formas de vegetação natural, mas aos próprios locais ou às formações geográficas em que tais áreas estão inseridas funcionalmente”*.¹⁰

Além disso, as APPs podem ser **instituídas por lei**, como é o caso dos espaços territoriais delimitados pelo art. 4º do Código Florestal de 2012, **ou por ato do Poder Público**, conforme autorizado pelo art. 6º do mesmo diploma legal, hipótese em que o Chefe do Poder Executivo pode marcar determinada área como sendo de interesse social, para fins de preservação permanente.

Com relação à intervenção ou supressão de vegetação em APP, o art. 8º do Código Florestal somente as permite nas hipóteses de **utilidade pública**, de **interesse social** ou de **baixo impacto ambiental** previstas em suas próprias disposições (mais precisamente em seu art. 3º, VIII, IX e X).

Sobre o ponto, explica Édis MILARÉ:

10 MILARÉ, 2018, n.p.

Essa flexibilização do ordenamento florestal só se justifica pelo fato de que diversas atividades de infraestrutura (obras de saneamento, transporte, energia etc.) – assim como outras vitais para o desenvolvimento econômico e social do país –, muitas vezes sem qualquer alternativa locacional, só serem viáveis e exequíveis mediante intervenção em áreas classificadas como de preservação permanente (margens de cursos de água, nascentes e reservatórios, entre outras tantas situações).¹¹

2.2.3. Principais mudanças trazidas pelo Código Florestal de 2012 (Lei nº 12.651/2012)

Consoante previsto pelo art. 7º, *caput*, do Código Florestal de 2012, “*A vegetação situada em Área de Preservação Permanente deverá ser mantida pelo proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado*”. Além disso, para os casos de supressão da vegetação, a **obrigação de recompor**, ressalvados os usos autorizados pelo próprio diploma normativo em questão (§ 1º).

Trata-se de uma novidade legislativa, uma vez que o Código Florestal de 1965 somente impunha a obrigação de recuperação quanto às áreas de Reserva Legal. A recuperação das APPs somente era imposta em situações pontuais, por decisões em processos administrativos ou judiciais.

Além disso, tal obrigação tem natureza real (*propter rem*), sendo transmitida ao sucessor no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural (§ 2º).

Por sua vez, o § 3º do aludido dispositivo assevera que “*No caso de supressão não autorizada de vegetação realizada após 22 de julho de 2008, é vedada a concessão de novas autorizações de supressão de vegetação enquanto não cumpridas as obrigações previstas no § 1º*” (grifei).

11 MILARÉ, 2018, n.p.

Quanto às supressões realizadas **até 22.07.2008**, tal como ocorreu com as áreas de RL, já examinadas no tópico 2.1.3, o Código Florestal de 2012 trouxe um regramento especial para a recomposição das APPs nas chamadas áreas rurais consolidadas, cujo conceito, não custa repetir, está estampado em seu art. 3º, IV (*“área de imóvel rural com ocupação antrópica preexistente a 22 de julho de 2008, com edificações, benfeitorias ou atividades agrossilvipastoris, admitida, neste último caso, a adoção do regime de pousio”*).

Nesse sentido, o art. 61-A do Código Florestal de 2012 previu o seguinte:

Art. 61-A. Nas Áreas de Preservação Permanente, é autorizada, exclusivamente, a continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em áreas rurais consolidadas até 22 de julho de 2008.

Ou seja, foi permitida a continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural nas APPs situadas em áreas rurais consolidadas.

Além disso, para tais áreas rurais consolidadas, os parágrafos do aludido dispositivo legal estabeleceram faixas menores de recuperação das APPs situadas (a) ao longo de cursos d’água naturais (§§ 1º, 2º, 3º e 4º); (b) no entorno de nascentes e olhos d’água perenes (§ 5º); (c) no entorno de lagos e lagoas naturais (§ 6º); e (d) em veredas (§ 7º).

Em apertada síntese, o legislador utilizou a dimensão da propriedade rural para estabelecer qual seria o tamanho da faixa de recuperação, abraçando a lógica de que quanto menor for o imóvel (em módulos fiscais), menor deve ser a área a recuperar exigida. A exceção ficou por conta das APPs situadas no entorno de nascentes e olhos d’água perenes, cuja faixa de recuperação foi fixada em 15 metros, independentemente da dimensão da propriedade rural.

Por fim, o art. 61-B estabeleceu, também de acordo com a dimensão do imóvel, limites de reflorestamento, fixados em percentuais sobre o total do imóvel.

As mudanças ficaram conhecidas como “regra da escadinha” e podem ser visualizadas a partir do quadro a seguir:¹²

Localização da APP	Dimensão do imóvel (MF)	Faixa e raio de restauração (m)	Limite a ser reflorestado para quem tinha atividade consolidada em APP até 22.07.2008 (% do imóvel)
Margens de Rios	0 a 1	5	10
	Acima de 1 a 2	8	10
	Acima de 2 a 4	15	20
	Acima de 4	Conforme determinação do PRA, obedecendo ao mínimo de 20 e máximo de 100	
Nascentes e Olhos d'água	Independente do tamanho da propriedade	15	
Lagos e Lagoas Naturais	0 a 1	5	
	Acima de 1 a 2	8	
	Acima de 2 a 4	15	
	Acima de 4 a 10	30	
	Acima de 10	30	
Veredas	0 a 4	30	
	Acima de 4	50	

No ano de 1999, o Estado do Paraná editou o Decreto nº 387/1999, instituindo o Sistema da Manutenção, Recuperação e Proteção da Reserva Florestal Legal e Áreas de Preservação Permanente (conhecido como SISLEG), cuja finalidade, nos termos do art. 3º, consistia em “(...) *levar o Estado do Paraná a ter um índice de no mínimo 20% (vinte por cento) de cobertura florestal, através da conjugação de esforços do Poder Público e da Iniciativa Privada*”.

12 CARVALHO, Edson Ferreira. Código Florestal, Relative Verfassungswidrigkeit “and” die Unterschiedlichkeit der Regelung: O tiro pode sair pela culatra. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 19, vol. 75, p. 261–288, jul./set., 2014. n.p.

Ou seja, o SISLEG foi criado para gerenciar as Áreas de Preservação Permanente (APPs) e facilitar a implantação das áreas de Reserva Legal (RL), preservando-as.

Com a reforma legislativa de 2012, o SISLEG, criado pelo Estado do Paraná, deu lugar ao Sistema Nacional de Cadastro Ambiental Rural (SICAR), criado pela União, por meio do Decreto nº 7.830/2012, cujo objetivo é integrar e gerenciar as informações ambientais dos imóveis de todo o Brasil, e ao qual o Estado do Paraná aderiu por meio do Decreto nº 8.680/2013, fazendo surgir o SICAR/PR.

O SICAR é o responsável por emitir o recibo de inscrição do imóvel no Cadastro Ambiental Rural (CAR), confirmando a efetivação do cadastramento e o envio da documentação exigida para a análise da localização da Reserva Legal, o que é, por exemplo, exigido inclusive por instituições financeiras, para fins de concessão de crédito agrícola. Além disso, o SICAR é composto por diversos módulos, sendo que alguns ainda estão em fase de implantação, como é o caso dos módulos para o Programa de Regularização Ambiental (PRA) e o de Cota de Reserva Ambiental (CRA).¹³

Nos termos do art. 29, *caput*, do Código Florestal de 2012, o Cadastro Ambiental Rural (CAR) é um “(...) registro público eletrônico de âmbito nacional, obrigatório para todos os imóveis rurais, com a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais, compondo base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento”.

Trata-se, portanto, de instrumento criado para melhorar a gestão ambiental no país e que foi efetivamente implantado no dia 06.05.2014, data da publicação da Instrução Normativa nº 02/2014, do Ministério do Meio Ambiente (IN MMA 02/2014).

13 Tais informações foram obtidas diretamente do endereço eletrônico mantido pelo Governo Federal a respeito do assunto: <http://www.car.gov.br/>. Acesso em: 10 fev. 2020.

Ainda de acordo com o citado art. 29, a inscrição no CAR é obrigatória e por prazo indeterminado para todas as propriedades e posses rurais (§ 3º) e aqueles que a fizerem até o dia 31.12.2020 terão direito à adesão ao Programa de Regularização Ambiental – PRA, previsto no art. 59 (§ 4º).

2.4. POSSIBILIDADE DE REVISÃO DOS TERMOS DE COMPROMISSO FIRMADOS ANTES DA VIGÊNCIA DO CÓDIGO FLORESTAL DE 2012, A FIM DE ADEQUÁ-LOS À NOVA LEGISLAÇÃO. SITUAÇÃO EXISTENTE NO ESTADO DO PARANÁ

Feitos os esclarecimentos acima, necessários à exata compreensão da matéria, é possível enfrentar a questão jurídica objeto deste parecer.

Antes, contudo, uma observação a respeito das controvérsias havidas em torno do Código Florestal de 2012 parece pertinente: “(...) *é indispensável superar os ressentimentos e preconceitos que gravitam em torno do novo marco legislativo, de forma a empreender uma interpretação criativa e compromissada com as normas constitucionais de proteção ambiental, respeitando, ao mesmo tempo, o princípio do desenvolvimento sustentável*”.¹⁴

O art. 59, *caput*, do Código Florestal de 2012, impôs à União, Estados e Distrito Federal o dever de implantar, por ato do Chefe do Poder Executivo, **Programas de Regularização Ambiental – PRAs** de posses e propriedades rurais, com o objetivo de adequá-las às disposições transitórias que tratam das áreas consolidadas em Áreas de Preservação Permanente e de Reserva Legal (**Capítulo XIII – arts. 59 a 68**).

Para atender ao supracitado comando normativo, o Estado do Paraná editou a Lei Estadual nº 18.295/2014 e, para regulamentá-la, inicialmente editou o Decreto nº 2.711/2015, já revogado pelo Decreto nº 11.515/2018, atualmente em vigor.

14 BARIFOUSE, 2012, n.p.

Em linhas gerais, o problema atualmente enfrentado pela autarquia ambiental consiste em saber se é possível, do ponto de vista jurídico, revisar os termos de compromisso firmados à luz do Código Florestal de 1965, com proprietários e possuidores rurais, para adequá-los ao Código Florestal de 2012, em especial quanto às disposições transitórias que tratam das áreas consolidadas em Áreas de Preservação Permanente (APP) e de Reserva Legal.

Ou seja, se o Código Florestal de 2012 determina que as posses e propriedades rurais devem a ele ser adaptadas, por meio de Programas de Regularização Ambiental – PRAs, a autarquia ambiental deseja saber se a regra tem aplicação mesmo quando há Termo de Compromisso anteriormente firmado.

No âmbito federal, a resposta da Presidência da República foi afirmativa, por meio da edição do Decreto nº 8.235/2014, cujo art. 12, *caput*, previu o seguinte: “Os termos de compromissos ou instrumentos similares para a regularização ambiental do imóvel rural referentes às Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito, firmados sob a vigência da legislação anterior, deverão ser revistos para se adequarem ao disposto na Lei nº 12.651, de 2012”.

No âmbito estadual, a resposta legislativa veio no mesmo sentido, com a edição da Lei Estadual nº 18.295/2014, cujo art. 5º, *caput*, replicou exatamente o texto do dispositivo federal acima transcrito:

Art. 5º Os Termos de Compromisso ou instrumentos similares para a regularização ambiental do imóvel rural referentes às Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito, firmados sob a vigência da legislação anterior, deverão ser revistos para se adequarem ao disposto na Lei Federal nº 12.651, de 2012.

Em contato com o Instituto Água e Terra – IAT, obteve-se a informação de que existem mais de 16.000 protocolos¹⁵ com pedidos de revisão e a tendência é que tal número ainda suba bastante, uma vez que ele representa apenas 13,32% do total de imóveis rurais com termos de compromisso a respeito de APP ou RL firmados durante a vigência do Código Florestal de 1965, os quais somam 120.114.

Outro dado interessante é que do total de requerimentos já protocolados, o mesmo levantamento do IAT aponta que cerca de 76% dizem respeito a imóveis com área inferior a 04 módulos fiscais, enquanto que 24% estão ligados a imóveis de dimensão superior a 04 módulos fiscais.

Quanto ao conteúdo dos pedidos, eles podem ser divididos basicamente da seguinte maneira:

Tamanho da propriedade	Pretensão	Base legal (Código Florestal de 2012)
Qualquer tamanho	Cômputo da APP no cálculo da RL	Art. 15
	Dispensa da obrigação de recompor APP ou a redução desta	Arts. 61-A e 61-B
Acima de 04 módulos fiscais	Dispensa da obrigação de recompor ou permitir a regeneração natural da área de Reserva Legal no mesmo imóvel, permitindo-se a compensação em outros imóveis	Art. 66, § 5º, IV
Até 04 módulos fiscais	Dispensa da obrigação de recompor, permitir a regeneração natural ou compensar a área de Reserva Legal para garantir o percentual mínimo de 20% da área do imóvel	Art. 67

De logo, é oportuno destacar que as já citadas normas que autorizam a revisão dos termos de compromisso referentes à APP e RL (no

15 Tal número já é superior aos 14.000 protocolos, montante indicado no Ofício nº 082/2019/IAP/GDP, juntado à fl. 15 do Protocolo nº 15.637.913-1, o que confirma o enorme potencial de crescimento dos pedidos de revisão.

âmbito federal, o art. 12 do Decreto nº 8.235/2014, e, no *âmbito estadual*, o art. 5º da Lei Estadual nº 18.295/2014, assim como o próprio Capítulo XIII do Código Florestal de 2012, em que elas se baseiam, estão normalmente em vigor, uma vez que não foram revogadas por ato do Poder Legislativo (no caso das leis), nem por ato do Poder Executivo (no caso do decreto regulamentador), tampouco foram declaradas inconstitucionais por decisão vinculante oriunda do Poder Judiciário.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao analisar a constitucionalidade do novo Código Florestal, considerou quase todos os seus dispositivos constitucionais, em julgamento conjunto, ocorrido em 28.02.2018, das seguintes ações: ADC 42/DF, ADI 4901/DF, ADI 4902/DF, ADI 4903/DF e ADI 4937/DF.

Nessa toada, cumpre expor alguns detalhes sobre o entendimento da Corte Suprema a respeito das normas do Código Florestal de 2012 – elencadas na tabela acima – que são utilizadas como base jurídica dos requerimentos de revisão que têm chegado ao IAT.

Sobre o **art. 15**, que trata da possibilidade de cômputo da Área de Preservação Permanente (APP) como Reserva Legal (RL), quando preenchidos os requisitos fixados para tanto, foi declarada sua **constitucionalidade**, assim se pronunciando o STF:

Em regra, consoante o *caput* do art. 12 do novo Código Florestal, a fixação da Reserva Legal é realizada sem prejuízo das áreas de preservação permanente. Entretanto, a incidência cumulativa de ambos os institutos em uma mesma propriedade pode aniquilar substancialmente a sua utilização produtiva. O cômputo das Áreas de Preservação Permanente no percentual de Reserva Legal resulta de legítimo exercício, pelo legislador, da função que lhe assegura o art. 225, § 1º, III, da Constituição, cabendo-lhe fixar os percentuais de proteção que atendem da melhor forma os valores constitucionais atingidos, inclusive o desenvolvimento nacional (art. 3º, II, da CRFB) e o direito de propriedade (art. 5º, XXII, da CRFB). Da mesma forma, impedir o cômputo das áreas de preservação permanente no cálculo da extensão da Reserva Legal equivale a tolher a prerrogativa da lei de fixar os percentuais de proteção que atendem da melhor forma os valores constitucionais atingidos.

Em relação aos **arts. 61-A, 61-B e 67**, que estabelecem regime especial a ser adotado em áreas rurais consolidadas até 22.07.2008, fixando critérios para recomposição das Áreas de Preservação Permanente ou mesmo para a manutenção de Reserva Legal, de acordo com o tamanho do imóvel, todos foram igualmente declarados **constitucionais**, pelos seguintes fundamentos:

O Poder Legislativo dispõe de legitimidade constitucional para a criação legal de regimes de transição entre marcos regulatórios, por imperativos de segurança jurídica (art. 5º, *caput*, da CRFB) e de política legislativa (artigos 21, XVII, e 48, VIII, da CRFB). Os artigos 61-A, 61-B, 61-C, 63 e 67 da Lei n. 12.651/2012 estabelecem critérios para a recomposição das Áreas de Preservação Permanente, de acordo com o tamanho do imóvel. O tamanho do imóvel é critério legítimo para definição da extensão da recomposição das Áreas de Preservação Permanente, mercê da legitimidade do legislador para estabelecer os elementos norteadores da política pública de proteção ambiental, especialmente à luz da necessidade de assegurar minimamente o conteúdo econômico da propriedade, em obediência aos artigos 5º, XXII, e 170, II, da Carta Magna, por meio da adaptação da área a ser recomposta conforme o tamanho do imóvel rural. Além disso, a própria lei prevê mecanismos para que os órgãos ambientais competentes realizem a adequação dos critérios de recomposição para a realidade de cada nicho ecológico

Por fim, sobre o **art. 66, § 5º, IV**, que cuida da possibilidade de compensação de Reserva Legal para imóveis rurais que, em 22.07.2008, possuíam deficit em relação ao percentual estabelecido pelo art. 12 (20%, no caso do Estado do Paraná), o STF também declarou sua **constitucionalidade**, esclarecendo o seguinte:

(...) a necessidade de compensação entre áreas pertencentes ao mesmo bioma, bem como a possibilidade de compensação da Reserva Legal mediante arrendamento da área sob regime de servidão ambiental ou Reserva Legal, ou, ainda, por doação de área no interior de unidade de conservação, são preceitos legais compatíveis com a Carta Magna, decorrendo de escolha razoável do legislador em consonância com o art. 5º, *caput* e XXIV, da Constituição.

Deve-se afastar, portanto, tese de inconstitucionalidade de tais dispositivos por ofensa ao **princípio da vedação ao retrocesso ambiental**. Sobre o tema, no julgamento acima tratado, o STF expressamente afirmou que:

O Princípio da vedação do retrocesso não se sobrepõe ao princípio democrático no afã de transferir ao Judiciário funções inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo, nem justifica afastar arranjos legais mais eficientes para o desenvolvimento sustentável do país como um todo.

(...)

Afastou-se, assim, a tese de que a norma mais favorável ao meio ambiente deve sempre prevalecer (in dubio pro natura), reconhecendo-se a possibilidade de o regulador distribuir os recursos escassos com vistas à satisfação de outros interesses legítimos, mesmo que não promova os interesses ambientais no máximo patamar possível. Idêntica lição deve ser transportada para o presente julgamento, a fim de que seja refutada a aplicação automática da tese de “vedação ao retrocesso” para anular opções validamente eleitas pelo legislador.

Em outra passagem no mesmo julgamento, a Corte Suprema esclareceu que “(...) a proteção ao meio ambiente, no contexto de um desenvolvimento sustentável, não equivale a uma visão estática dos bens naturais, que pugna pela proibição de toda e qualquer mudança ou interferência em processos ecológicos ou correlatos. A história humana e natural é feita de mudanças e adaptações, não de condições estáticas ou de equilíbrio”.

Dito isso, é válido concluir que as disposições do Código Florestal de 2012 acima referidas não podem deixar de ser aplicadas sob o fundamento de que seriam prejudiciais ao meio ambiente, ferindo o princípio da vedação ao retrocesso ambiental, porque tal tese já foi apreciada e afastada pelo STF.

Retoma-se, então, a análise a respeito da possibilidade jurídica de revisão de termos de compromisso firmados à luz do Código Florestal de 1965, a fim de a eles aplicar as regras acima discutidas.

Há quem defenda que o art. 5º da Lei Estadual nº 18.295/2014 seria incompatível com o art. 5º, XXXVI, da CRFB,¹⁶ por ofender ato jurídico perfeito, ao permitir a revisão de Termo de Compromisso validamente celebrado à luz do Código Florestal de 1965, o qual deveria permanecer hígido, a despeito das mudanças legislativas havidas posteriormente.

O conceito de **ato jurídico perfeito** pode ser encontrado no art. 6º, § 1º, do Decreto-lei nº 4.657/1942, conhecido como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB):

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (*Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957*)

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (*Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957*)

Não se questiona que os termos de compromisso validamente firmados durante a vigência do Código Florestal de 1965 representam atos jurídicos perfeitos, ainda que as obrigações assumidas pelos promitentes não tenham sido devidamente cumpridas.

Nesse sentido, Guilherme José Purvin de FIGUEIREDO e Marcelo Abelha RODRIGUES:

Um termo de compromisso ambiental celebrado entre o Poder Público e o proprietário de uma área para instituir a reserva legal da forma como ali foi pactuada constitui ato jurídico perfeito, mesmo que a recomposição ou o registro da reserva legal ainda não tenha se efetivado. Aí reside a diferença entre a essência e a eficácia. O ato existe, mas se ainda não lhe foi dado cumprimento, isso não elide a sua

16 Art. 5º. (...). XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

condição de “ato jurídico consumado”.¹⁷

Além disso, parece inconteste que o momento em que o Termo de Compromisso se torna um ato jurídico perfeito coincide com o momento de sua assinatura pelos agentes, desde que presentes os requisitos de validade, que são (a) a capacidade do agente; (b) a manifestação livre da vontade (vontade não viciada); e (c) a licitude e a possibilidade do objeto, consoante as lições de Ana Luiza NERY.¹⁸

Juntando a proteção constitucional ao ato jurídico perfeito perante lei nova (art. 5º, XXXVI, da CRFB) com a circunstância de que os termos de compromisso firmados à época do Código Florestal de 1965 são atos jurídicos perfeitos desde quando foram assinados, independente do efetivo cumprimento das obrigações neles previstas, a conclusão mais fácil é que eles não podem ser revisados e que, portanto, o art. 5º da Lei Estadual nº 18.295/2014 seria inconstitucional.

Todavia, a solução não é tão simples assim, sendo necessário examinar a questão mais a fundo.

De logo, é preciso deixar claro que os termos de compromisso ora debatidos encontram previsão legal no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública), cuja redação é a seguinte: “*Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial*”.

17 FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Reserva legal, termo de compromisso ambiental, ato jurídico perfeito e questões de direito intertemporal. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 21, vol. 84, p. 305-318, out./dez., 2016. n.p.

18 NERY, Ana Luiza. **Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. n.p.

A despeito das inúmeras discussões doutrinárias a respeito da natureza jurídica dos termos de compromisso, concorda-se com o posicionamento de Ana Luiza NERY, para quem o termo de compromisso “(...) possui natureza jurídica de transação, em que as partes verdadeiramente negociam, estabelecendo concessões mútuas, a fim de evitar ou pôr fim a demanda judicial, em que se busca a melhor e a mais célere solução para preservar ou reparar o bem de natureza metaindividual”.¹⁹

Em outras palavras, verificado o descumprimento da legislação ambiental (no caso em tela, quanto à instituição e preservação de APP e RL), o proprietário ou possuidor rural, para evitar as penalidades da lei, assume o compromisso de a ela se adequar, **de maneira indefinida no tempo**, aceitando a formação de um título executivo extrajudicial contra si, que será utilizado em caso de inadimplemento das suas obrigações.

É justamente essa indefinição no tempo que faz com que a relação jurídica estabelecida entre as partes seja de **trato sucessivo**, uma vez que as obrigações assumidas pelo proprietário ou possuidor rural não se esgotarão com o atingimento dos índices mínimos de preservação da APP e/ou da RL; é preciso mantê-los de maneira indefinida no tempo (tais obrigações são, inclusive, transmissíveis aos herdeiros e/ou sucessores do bem).

E se tratando de relação jurídica de caráter continuado (ou de trato sucessivo), é preciso considerar as disposições de lei superveniente que gere interferência no objeto do compromisso assumido.

A situação não é estranha ao ordenamento jurídico brasileiro.

O art. 505, I, do CPC, autoriza a revisão da **coisa julgada** (instituto que goza de proteção semelhante ao ato jurídico perfeito, prevista, inclusive, no mesmo dispositivo constitucional – art. 5º, XXXVI, da CRFB)

19 NERY, Ana Luiza. Advento de regulamentação legal no curso da execução de TAC que torne ilícito o objeto nele transacionado: invalidade do ajuste por causa superveniente. In: MILARÉ, Édis. (Coord.). **Ação Civil Pública após 30 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. n.p.

quando, em se tratando de relação jurídica de trato continuado, sobrevém modificação no estado de fato ou de direito:

Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:

I – se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

Assim, em respeito a aplicação das conhecidas regras de hermenêutica jurídica segundo as quais *ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito) e *ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (onde há a mesma razão de ser deve prevalecer a mesma razão de decidir), pode-se validamente concluir que o ato jurídico perfeito (no caso, o Termo de Compromisso), tal como se fosse uma decisão coberta pela coisa julgada, pode ser revisto diante da entrada em vigor do Código Florestal de 2012 e da edição do art. 5º da Lei Estadual nº 18.295/2014, uma vez que presente o binômio necessário para tanto (relação jurídica de trato continuado + modificação no Estado de Direito).

Nesse sentido, anota Luis Antonio Gomes de Souza Monteiro de BRITO: “Com efeito, o que há é a compreensão de que, sobre o ato jurídico perfeito, tal como ocorre com a coisa julgada, existe implícita a abrangência da cláusula *rebus sic stantibus*, que propriamente autoriza a modificação do TAC ante a alteração do quadro fático ou jurídico sobre o qual se assentou. É pressuposto inerente, que, aliás, prescinde de revisão normativa específica”.²⁰

É válido mencionar ainda que a revisão de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) vem sendo admitida no âmbito da Justiça do Trabalho,

20 BRITO, Luis Antonio Gomes de Souza Monteiro de. Novo Código Florestal e revisibilidade de termo de ajustamento de conduta firmado na vigência da lei anterior. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU**, Belo Horizonte, ano 17, n. 99, maio/jun. 2018. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=251296>. Acesso em: 13 fev. 2020.

diante da mera mudança de posicionamento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

No referido caso, uma empresa havia celebrado TAC com o Ministério Público do Trabalho (MPT) em 2004, comprometendo-se a não realizar revistas em pertences dos seus funcionários, em consonância com o entendimento jurisprudencial da época. Todavia, o TST mudou sua posição e passou a entender que tal revista seria legítima, como expressão do poder diretivo do empregador e, a partir de então, autorizou a revisão do TAC, sob o mesmo fundamento jurídico aqui defendido: *“Nas relações jurídicas de trato sucessivo, entre as quais se inserem as constituídas por meio de celebração de um TAC em que previstas obrigações de fazer e não fazer com efeitos permanentes e prospectivos, a alteração do estado de fato ou de direito autoriza a retificação do quanto ajustado, com fundamento no art. 471 do CPC de 1973 (atual art. 501 do CPC de 2015) c/c o art. 769 da CLT”* (RR – 1030-74.2010.5.08.0001, Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 16/11/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2016).

Ora, se a mera mudança de entendimento jurisprudencial é capaz de gerar a revisão de um ato jurídico perfeito, por qual razão uma mudança legislativa que afete relações jurídicas de trato continuado não seria suficiente para tanto?

Voltando a analisar o caso objeto do presente parecer, é preciso atentar para outro aspecto: em matéria ambiental, predomina a **competência legislativa concorrente** entre a União, os Estados e o Distrito Federal (art. 24, VI, da CRFB), hipótese em que cabe à União legislar sobre normas gerais, cabendo aos Estados e o Distrito Federal a competência suplementar, a fim de atender suas peculiaridades (art. 24, §§ 1º e 2º da CRFB).

Aliás, o próprio art. 59, § 1º, do Código Florestal de 2012, previu que na regulamentação dos PRAs, caberia aos Estados e ao Distrito Federal editar normas específicas detalhadas, em razão de suas peculiaridades territoriais, climáticas, históricas, culturais, econômicas e sociais. Eis o

referido dispositivo:

Art. 59. A União, os Estados e o Distrito Federal deverão implantar Programas de Regularização Ambiental (PRAs) de posses e propriedades rurais, com o objetivo de adequá-las aos termos deste Capítulo. (Redação dada pela Lei 13.887, de 2019)

§ 1º Na regulamentação dos PRAs, a União estabelecerá normas de caráter geral, e os Estados e o Distrito Federal ficarão incumbidos do seu detalhamento por meio da edição de normas de caráter específico, em razão de suas peculiaridades territoriais, climáticas, históricas, culturais, econômicas e sociais, conforme preceitua o art. 24 da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei 13.887, de 2019)

Valendo-se aqui mais uma vez de dados fornecidos pelo IAT, tem-se a informação de que a área rural cadastrável no Estado do Paraná corresponde a 15.391.782ha, dos quais cerca de 58%, ou seja, 8.939.917ha possuem termos de compromisso ligados à APP e/ou RL que foram firmados durante a vigência do Código Florestal de 1965.

Assim, ao editar o 5º da Lei Estadual nº 18.295/2014, expressamente permitindo a revisão de tais termos de compromisso, a fim de adequá-los ao Código Florestal de 2012, o legislador estadual atentou para uma importante peculiaridade: sem a revisão, o Programa de Regularização Ambiental no Estado do Paraná, nos moldes desenhados pelo legislador federal (Capítulo XIII – arts. 59 a 68 do Código Florestal de 2012) ficaria restrito a 42% da área rural cadastrável, uma vez que os 58% restantes estariam engessados a termos de compromisso anteriormente firmados.

Tal circunstância reforça ainda mais a constitucionalidade da previsão contida no art. 5º, *caput*, da Lei Estadual nº 18.295/2014, na medida em que o Estado exerceu exatamente a competência legislativa que lhe cabia, viabilizando a efetividade do PRA em seus limites territoriais, atento às suas peculiaridades.

Ademais, como bem pontuado por Luis Antonio Gomes de Souza Monteiro de BRITO, ao tratar do Código Florestal de 2012: *“apesar das fortes críticas, a nova lei é adequada ao princípio do desenvolvimento sustentável, fundamento do direito ambiental, por compatibilizar preservação ambiental com uso racional dos recursos, inclusive por propiciar condições mais favoráveis à regularização daqueles que possuem passivo florestal, o que serve como estímulo à adequação aos termos legais”*.²¹

2.5. CONSIDERAÇÕES ADICIONAIS: INTERPRETAÇÃO DE NORMAS E ESTIMATIVAS SOBRE O IMPACTOS AMBIENTAIS

Fixada como premissa a possibilidade jurídica de revisão dos termos de compromisso firmados à luz do Código Florestal de 1965, a fim de adaptá-los ao Código Florestal de 2012, cumpre analisar, ainda que de maneira breve, os principais tipos de pedidos de revisão que têm chegado ao IAT, os quais já foram indicados em tabela anterior (p. 20), a fim de trazer algumas considerações adicionais sobre a interpretação dos dispositivos relacionados e, quando possível, estimar o potencial de impacto ambiental de cada um deles.

Antes, contudo, é válido esclarecer um problema que é comum a muitos dos requerimentos de revisão que têm chegado ao IAT: a possibilidade de **cancelamento da averbação**, junto ao Cartório de Registro de Imóveis, dos Termos de Compromisso que se pretendem revisar.

Consoante já antecipado no tópico 2.1.3, o art. 18, § 4º, do Código Florestal de 2012 suprimiu a exigência de averbação da Reserva Legal (ou do correspondente Termo de Compromisso), substituindo-a pelo registro da Reserva Legal no CAR.

Sobre o assunto, explica Leonardo BARIFOUSE: *“É compreensível*

21 BRITO, 2018. Acesso em: 13 fev. 2020.

o novo comando legal. A partir do momento em que o legislador pretendeu centralizar todas as informações ambientais dos imóveis rurais no CAR, registro eletrônico e obrigatório, mostra-se contraproducente a obrigatoriedade de averbação no registro de imóveis, uma formalidade em duplicidade e doravante supérflua".²²

Ainda sobre o tema, explica Paulo Affonso Leme MACHADO: "O CAR tem dimensão jurídica especial, pois é um 'registro público'. Esse registro público assemelha-se aos registros feitos nos Cartórios de Registros de Imóveis e seus anexos. Além do caráter de publicidade da matéria registrada, passa a ter também efeitos diante de direitos de terceiros".²³

Assim, ao revisar os termos de compromisso de Reserva Legal, modificando, nos termos do Código Florestal de 2012, sua extensão e/ou localização, torna-se possível cancelar a averbação anterior, sendo que a nova não mais precisará ser averbada, bastando seu registro no CAR.

Todavia, é preciso atentar para um detalhe: a inscrição do imóvel rural no CAR é feita mediante declaração de informações por parte do proprietário ou possuidor rural, acompanhada de alguns documentos (art. 29, § 1º, do Código Florestal de 2012), sendo certo que tais informações ainda serão objeto de análise por parte do competente órgão ambiental (no caso, o IAT). Nesse sentido, uma das informações prestadas pelo proprietário ou possuidor rural diz respeito à **localização da Reserva Legal**, quando existente (art. 29, § 1º, III), sendo certo que o art. 14, § 1º, prevê que "O órgão estadual integrante do Sisnama ou instituição por ele habilitada deverá aprovar a localização da Reserva Legal após a inclusão do imóvel no CAR, conforme o art. 29 desta Lei", regra que é repetida pelo art. 24, § 1º, da Lei Estadual nº 18.295/2014.

22 BARIFOUSE, Leonardo. Integração e fragmentação no Cadastro Ambiental Rural (CAR). **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 19, vol. 75, p. 93-111, jul./set. 2014. n.p.

23 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 914.

Assim, o Decreto Estadual nº 11.515/2018, ao tratar sobre a revisão dos termos de compromisso, dispõe, em seu art. 14, § 3º, que *“Para áreas rurais de até quatro módulos fiscais que, em virtude da Lei Federal nº 12.651, de 2012, não necessitem de qualquer regularização **após a análise pelo órgão ambiental**, a apresentação do CAR, será suficiente para o cancelamento da averbação do Termo”* (grifei).

Fica claro que eventual cancelamento da averbação somente ocorrerá **após** a análise pelo IAT. Logo, o CAR cuja apresentação autoriza o cancelamento da averbação anterior é aquele que já foi analisado e homologado pela autarquia ambiental.

O mesmo raciocínio aplica-se aos casos de realocação de Reserva Legal, uma vez que, nos termos do art. 16 do Decreto Estadual nº 11.515/2018, *“As propostas de realocação de Reserva Legal deverão ser aprovadas pelo órgão ambiental estadual durante o processo de análise do SICAR, sendo esta **aprovação condicionante para eventual alteração ou cancelamento da averbação da reserva legal na matrícula do imóvel**”* (grifei).

Vale acrescentar que o próprio Código de Normas do Foro Extrajudicial, editado pela Corregedoria-Geral da Justiça do TJPR (Provimento nº 249/2013), ao tratar de Reserva Legal, em mais de uma oportunidade (art. 579. §§ 8º e 9º) mencionam que o cancelamento da averbação só poderá ser feito “após a análise do órgão ambiental”, o que parece lógico.

(A) CÔMPUTO DA APP NO CÁLCULO DA RL (ART. 15 DO CÓDIGO FLORESTAL DE 2012)

A mudança legislativa já foi analisada em linhas gerais no tópico 2.1.3, cabendo aqui fazer uma importante observação: o inciso I do art. 15 do Código Florestal de 2012, ao prever que tal benefício não pode implicar na conversão de novas áreas para o uso alternativo do solo, deixa claro que o proprietário ou possuidor rural que já tiver concluído a recomposição estabelecida pelo Termo de Compromisso que busca revisar,

não poderá computar APP no cálculo da RL para diminuir a área da RL já recomposta.

Quem se enquadrar em tal situação, conforme autoriza o § 2º do dispositivo em comento, “(...) *poderá utilizar a área excedente para fins de constituição de servidão ambiental, Cota de Reserva Ambiental e outros instrumentos congêneres previstos nesta Lei*”.

Em suma, o benefício apenas se destina a facilitar a regularização ambiental de quem ainda precisa completar a sua área de RL, autorizando a inclusão da APP nesse cálculo, preenchidos, por evidente, os demais requisitos legais.

Assim, a título de impacto ambiental, é importante perceber que a revisão ora admitida não implicará em diminuição de áreas de RL já preservadas, incidindo apenas sobre áreas de RL pendentes de recuperação.

Como dito anteriormente, a partir de dados obtidos junto ao IAT, 8.939.917ha possuem termos de compromisso ligados à APP e/ou RL que foram firmados durante a vigência do Código Florestal de 1965.

Desse total, 1.304.941ha consistem em áreas de RL, dos quais 813.051ha (62,30%) possuem vegetação preservada, as quais não serão diminuídas pela aplicação do benefício em questão. Portanto, só há potencial de impacto ambiental (eventual diminuição de áreas de RL, pela integração da APP no cálculo) sobre 491.890ha (37,70%).

(B) DISPENSA DA OBRIGAÇÃO DE RECOMPOR APP OU A REDUÇÃO DESTA (ARTS. 61-A E 61-B DO CÓDIGO FLORESTAL DE 2012)

A “regra da escadinha”, expressão utilizada para se referir às mudanças introduzidas pelos arts. 61-A e 61-B do Código Florestal de 2012, já foi abordada no tópico 2.2.3, cumprindo apenas tecer algumas observações adicionais.

Com relação às nascentes e olhos d’água, o STF, no âmbito da ADI 4.903, deu interpretação conforme a Constituição para garantir que o tra-

tamento seja igual às nascentes e olhos d'água perenes e intermitentes. Logo, “(...) *ainda que não tenha havido manifestação expressa quanto ao disposto no § 5º do art. 61-A, entende-se que o dever de recuperação nele previsto deve ser estendido também ao entorno das nascentes e olhos d'água intermitentes, assim como o é para os perenes*”.²⁴

(C) DISPENSA DA OBRIGAÇÃO DE RECOMPOR OU PERMITIR A RE-
 GENERAÇÃO NATURAL DA ÁREA DE RESERVA LEGAL NO MES-
 MO IMÓVEL, PERMITINDO-SE A COMPENSAÇÃO EM OUTROS
 IMÓVEIS (ART. 66, § 5º, IV, DO CÓDIGO FLORESTAL DE 2012)

Uma das formas de regularização ambiental em áreas consolidadas de Reserva Legal consiste na possibilidade de **compensação** (art. 66, III, do Código Florestal de 2012). O mesmo dispositivo, em seu § 5º, elenca as espécies de compensação: aquisição de Cota de Reserva Ambiental – CRA (inciso I), arrendamento de área sob regime de servidão ambiental ou Reserva Legal (inciso II), doação ao poder público de área localizada no interior de Unidade de Conservação de domínio público pendente de regularização fundiária (inciso III) e cadastramento de outra área equivalente e excedente à Reserva Legal, em imóvel de mesma titularidade ou adquirida em imóvel de terceiro, com vegetação nativa estabelecida, em regeneração ou recomposição, desde que localizada no mesmo bioma (inciso IV).

Por sua vez, o § 6º do referido dispositivo esclarece que as áreas a serem utilizadas para compensação deverão: ser equivalentes em extensão à Área de Reserva legal a ser compensada (inciso I), estar localizadas no mesmo bioma da área de Reserva Legal a ser compensada (inciso II) e, se fora do Estado, estar localizadas em áreas identificadas como prioritárias pela União ou pelos Estados (inciso III), sendo certo que a definição destas áreas prioritárias, a teor do § 7º, “(...) *buscará favorecer, entre outros, a*

24 MILARÉ, 2018, n.p.

recuperação das bacias hidrográficas excessivamente desmatadas, a criação de corredores ecológicos, a conservação de grandes áreas protegidas e a conservação ou recuperação de ecossistemas ou espécies ameaçadas”.

Por fim, o § 9º é expresso ao afirmar que “As medidas de compensação previstas neste artigo não poderão ser utilizadas como forma de viabilizar a conversão de novas áreas para uso alternativo do solo”.

A possibilidade de compensação prevista no art. 66. § 5º, IV, do Código Florestal de 2012 (“cadastramento de outra área equivalente e excedente à Reserva Legal, em imóvel de mesma titularidade ou adquirida em imóvel de terceiro, com vegetação nativa estabelecida, em regeneração ou recomposição, desde que localizada no mesmo bioma”) é denominada, pelo Decreto Estadual nº 11.515/2018 de **realocação** da Reserva Legal, cuja conceituação é dada pelo art. 2º, XII do mesmo ato normativo, nos seguintes termos: “alteração da localização da Reserva Legal para outro imóvel, entendida como a substituição da área originalmente designada, sendo proibido o desmatamento, exceto em casos previstos em lei, bem como a sua redução nos termos do § 5º do artigo 66 da Lei Federal nº 12.651, de 2012”.

Referido ato normativo estadual traz algumas disposições adicionais sobre o tema, valendo um breve comentário sobre seu art. 41, assim redigido: “Com a apresentação do CAR ativo constando a compensação de Reserva Legal efetivada em outra área, de acordo com a legislação, os Cartórios de Registro de Imóveis promoverão o cancelamento na averbação da Reserva Legal anterior, promovendo a nova averbação, caso necessário”.

Muito embora tal dispositivo tenha utilizado a expressão “CAR ativo”, pelos motivos já pontuados na abertura deste tópico 2.5, depreende-se que ele quer fazer referência às inscrições cujas informações prestadas pelo proprietário ou possuidor rural já foram analisadas pelo IAT, tendo sido constatada a regularidade da compensação da Reserva Legal, de modo que o eventual cancelamento da averbação da Reserva Legal anterior junto ao Cartório de Registro de Imóveis somente será feito após o CAR ter sido efetivamente analisado.

A dúvida interpretativa pode surgir porque a situação “CAR ativo” também abrange aqueles imóveis que simplesmente concluíram sua inscrição,²⁵ situação que por si só não autoriza a baixa da averbação, como visto.

(D) DISPENSA DA OBRIGAÇÃO DE RECOMPOR, PERMITIR A RE-
GENERAÇÃO NATURAL OU COMPENSAR A ÁREA DE RESERVA
LEGAL PARA GARANTIR O PERCENTUAL MÍNIMO DE 20% DA
ÁREA DO IMÓVEL (ART. 67 DO CÓDIGO FLORESTAL DE 2012)

A novidade legislativa foi referida no tópico 2.1.3, sendo válido fazer alguns esclarecimentos adicionais: o dispositivo em questão (art. 67 do Código Florestal de 2012) prevê que o benefício em análise só pode ser aplicado para aqueles imóveis que possuam, no momento da regularização, **remanescente de vegetação nativa** (“*área com vegetação nativa em estágio primário ou secundário avançado de regeneração*” – art. 2º, IV, do Decreto nº 7.830/2012) e que possuíam, em 22.07.2008, área ocupada com **vegetação nativa** (aqui o legislador não fez uso da palavra “remanescente”, motivo pelo qual é possível concluir que, na identificação da área de vegetação nativa existente em 22.07.2008, também podem ser considerados fragmentos em estágios sucessionais inicial e médio de regeneração).

Além disso, fica claro que para fazer jus ao benefício era preciso ter alguma vegetação nativa em 22.07.2008, o que exclui as propriedades que se encontravam, à época, com déficit total (ou área zero) de reserva legal.

Quanto ao potencial de impacto ambiental, já foi dito que há 491.890ha de áreas de RL a recuperar com termos de compromisso firmados na vigência do Código Florestal de 1965. Dessa área, 340.990ha dizem respeito a imóveis acima de 04 módulos fiscais, de modo que somente o

25 Informação obtida no endereço eletrônico disponibilizado pelo Governo Federal para esclarecer dúvidas sobre o CAR: <http://www.florestal.gov.br/perguntas-frequentes>. Acesso em: 05 mar. 2020.

saldo, 150.900ha, estão inseridos em imóveis de até 04 módulos fiscais e portanto, aptos a serem impactados pela norma do art. 67 do Código Florestal de 2015, com a dispensa da obrigação de recompor, permitir a regeneração natural ou compensar a área de RL.

3. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, é possível extrair as seguintes conclusões:

- (a) É juridicamente permitido que os Termos de Compromisso firmados à luz do Código Florestal de 1965, a respeito de Reserva Legal (RL) e/ou Área de Preservação Permanente (APP), sejam revistos, a fim de adaptá-los ao Código Florestal de 2012;
- (b) Tal possibilidade não ofende o princípio da vedação ao retrocesso ambiental, uma vez que as normas estabelecidas pelo Código Florestal de 2012, cuja aplicação é pretendida pelos proprietários e possuidores rurais, foram declaradas constitucionais pelo STF, em julgamento conjunto, ocorrido em 28.02.2018, das seguintes ações: ADC 42/DF, ADI 4901/DF, ADI 4902/DF, ADI 4903/DF e ADI 4937/DF;
- (c) Também não há que se falar em ofensa ao art, 5º, XXXVI, da CRFB, que protege o ato jurídico perfeito contra as leis que lhes forem posteriores, uma vez que os Termos de Compromisso representam relações jurídicas de caráter continuado, de modo que podem ser atingidos por uma modificação no estado de direito, tal como ocorre com decisões acobertadas pela coisa julgada (art. 505, I, do CPC);
- (d) Além disso, o Estado do Paraná, ao editar o art. 5º da Lei Estadual nº 18.295/2014, autorizando a mencionada revisão, agiu dentro de sua competência suplementar em matéria ambiental e, atentando para a peculiaridade existente em seu território,

58% de toda a sua área rural cadastrável já possui Termos de Compromisso a respeito de RL ou APP firmados durante a vigência do Código Florestal de 1965, permitiu que o Programa de Regularização Ambiental (PRA) desenhado pelo legislador federal (Capítulo XIII – arts. 59 a 68 do Código Florestal de 2012) tivesse aplicabilidade relevante em seus domínios;

- (e) Assim, é constitucional a previsão expressa no art. 5º da Lei Estadual nº 18.295/2014, em todos os seus aspectos (formal e material);
- (f) O eventual cancelamento de averbações de Termos de Compromisso objetos de pedidos de revisão só pode ser feito após a devida análise pelo IAT das informações prestadas pelo proprietário ou possuidor rural no ato de inscrição do imóvel no CAR;
- (g) O proprietário ou possuidor rural que já tiver concluído a recomposição estabelecida pelo Termo de Compromisso que busca revisar não poderá computar APP no cálculo da RL para diminuir a área da RL já recomposta, uma vez que o art. 15, I, do Código Florestal de 2012, impede que tal benefício implique a conversão de novas áreas para o uso alternativo do solo, podendo apenas utilizar o eventual excedente como servidão ambiental, Cota de Reserva Ambiental ou instrumentos congêneres, na forma do § 2º do referido dispositivo.
- (h) Assim, o benefício tratado na alínea anterior não implicará em diminuição de áreas de RL já preservadas, incidindo apenas sobre áreas de RL pendentes de recuperação;
- (i) Sobre as APPs, no que tange às nascentes e olhos d'água, é preciso observar que o STF lhes conferiu idêntica proteção, sejam elas perenes ou intermitentes;
- (j) A compensação de RL por meio de realocação (art. 66, § 5º, IV, do Código Florestal de 2012) deve observar tanto os critérios

estabelecidos pela referida lei federal, quanto os previstos no Decreto Estadual nº 11.515/2018, valendo destacar que a expressão “CAR ativo”, presente em seu art. 41, deve ser interpretada como sendo as inscrições cujas informações prestadas pelo proprietário ou possuidor rural já foram devidamente analisadas pelo IAT, tendo sido constatada a regularidade da compensação da RL, de modo que eventual cancelamento da averbação da RL anterior junto ao Cartório de Registro de Imóveis somente será feito após o CAR ter sido efetivamente analisado, em coerência com a conclusão já exposta na alínea “f”;

- (k) O benefício previsto no art. 67 do Código Florestal de 2012, que trata da regularização ambiental de imóveis rurais que, em 22.07.2008, detinham área inferior a 04 módulos fiscais, só pode ser aplicado aos imóveis que, no momento da regularização, possuam remanescente de vegetação nativa (cujo conceito está no art. 2º, IV, do Decreto nº 7.830/2012) e que possuíam, em 22.07.2008, área ocupada com vegetação nativa (podendo aqui ser considerados fragmentos em estágios sucessionais inicial e médio de regeneração, uma vez que o legislador não utilizou a palavra “remanescente”, cujo conceito está ligado apenas às vegetações nativas em estágio primário ou secundário avançado de regeneração), de modo que estão excluídas do referido benefício as propriedades que se encontravam, em 22.07.2008, com déficit total (ou área zero) de reserva legal;
- (l) Cabe ao IAT, respeitando a legislação ambiental em vigor, e acima tratada, bem como o entendimento aqui exposto, apreciar os requerimentos de revisão de Termos de Compromisso formulados por proprietários e possuidores rurais;

(m) Questões técnicas devem ser resolvidas caso a caso, pelo corpo especializado do IAT, enquanto que outras questões jurídicas relacionadas ao assunto e que não tenham sido abordadas no presente parecer devem ser dirimidas tomando como base as premissas fixadas neste parecer.

Por fim, destaca-se que a presente manifestação possui natureza meramente opinativa, de forma que a autoridade com poder decisório não está vinculada às conclusões aqui exaradas.

À consideração superior.

Curitiba, 05 de março de 2020.

Antônio Sérgio Bione Pinheiro

Procurador do Estado

OAB/PR 85.044

Em 2022, a Procuradoria-Geral do Estado do Paraná publica a 13ª edição da Revista Direito do Estado em Debate.

O periódico contempla trabalhos científicos de autores convidados e artigos selecionados pelo Conselho Editorial que versam sobre temas atuais de interesse dos operadores do Direito, especialmente daqueles que atuam na área do direito público, tais como: Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Convenção 190 da OIT, o "mercado" de solução de litígios com o poder público, processo coletivo, judicialização da saúde e tutela eficiente dos interesses fazendários.

A Revista também veicula dois pareceres elaborados pela Procuradoria do Patrimônio e pela Procuradoria Ambiental, indicados pela Procuradora-Geral do Estado, que apresenta o periódico.

Autores convidados:

Adriane Reis de Araujo
Anderson Sant'Ana Pedra
Antonio Sérgio Bione Pinheiro
Edivaldo Aparecido de Jesus
Fernando Borges Mânica
Guilherme Freire de Melo Barros
Hamilton Bonatto
José Anacleto Abduch Santos
Ronny Charles Lopes de Torres

Autores selecionados pelo Conselho Editorial:

Claudia Beatriz Matos Machado
Fernando Alcantara Castelo
Luisa Doria de Oliveira Franco
Renato Andrade Kersten
Thiago Simões Pessoa