
DIREITO DO ESTADO EM DEBATE

REVISTA JURÍDICA
DA PROCURADORIA-GERAL
DO ESTADO DO PARANÁ

2023

DIREITO
DO ESTADO
EM DEBATE

Conselho Editorial

Adriane Reis de Araújo
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

Conselheiro Ad Hoc

Eduardo Moreira Lima Rodrigues de Castro

Comissão Editorial

Leila Cuéllar (Presidente)
Audrey Silva Kyt
Claudia Picolo
Cristina Bichels Leitão
Fernando Augusto Montai y Lopes

Coordenadoria de Estudos Jurídicos da PGE-PR

Leila Cuéllar

DIREITO DO ESTADO EM DEBATE

REVISTA JURÍDICA
DA PROCURADORIA-GERAL
DO ESTADO DO PARANÁ

Edição n.º 14 – 2023

Dados Internacionais para Catalogação na Publicação (CIP)
Elaborado pela Bibliotecária Patricia Rezende | CRB-9/1879

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), 2023.
304 p. : n.14 ; 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



IMPRESSO NO BRASIL - AGOSTO 2023

Sumário

APRESENTAÇÃO	7
--------------------	---

Autores convidados

TOKENIZAÇÃO, CONSUMO DE INTANGÍVEIS E RESPONSABILIZAÇÃO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS: UM NOVO (VELHO) PROBLEMA? Dayana de Carvalho Uhdre.....	11
--	----

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA E SUA VIABILIDADE NO ESTADO DO PARANÁ Fabio Artigas Grillo	41
--	----

UMA ANÁLISE SOBRE A VIABILIDADE DA RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS INDIRETOS (ART. 166, CTN) Helton Kramer Lustoza e José Ivo de Aguiar Oliveira	79
---	----

TEMA 1157/STF E SEUS REFLEXOS FUNCIONAIS Isabela Cristine Martins Ramos e Karina Locks Passos.....	111
---	-----

O ITCMD E SUAS POTENCIALIDADES EXTRAFISCAIS Izabella Maria Medeiros e Araújo Pinto	129
---	-----

Artigos aprovados

SUSPENSÃO DE LIMINAR E A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA Arthur Sombra Sales Campos	161
---	-----

FAZENDA PÚBLICA E APLICAÇÃO DE TESE DE IRDR Camila Silveira da Rosa, Fernanda Manciola Bonette, Jordana Reckziegel da Frota Moreira e Maria Cristina Staichok.....	183
--	-----

TEMA 793: CONSOLIDAÇÃO NO STF E POSIÇÕES ANTAGÔNICAS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES Guilherme H. Hamada e Eduardo Pedro Souza Borri.....	205
---	-----

A VISUAL LAW APLICADA AO PROCESSO COLETIVO Thiago Simões Pessoa e Bruno Rabelo dos Santos.....	247
---	-----

Produção jurídica da PGE

PARECER N.º 07/2022 – PGE/PR Hamilton Bonatto	277
--	-----

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos a nossa mais recente Revista Jurídica “Direito do Estado em Debate”, buscando disseminar e compartilhar o conhecimento sobre os temas relevantes e atuais do direito público por ela abordados.

O Direito está em constante evolução e adaptação às demandas contemporâneas. A Revista é uma importante e confiável fonte de informações jurídicas e referência para todos os operadores do Direito.

Os artigos tratam de diferentes áreas do Direito Público e foram escritos por Procuradores do Estado, Advogados e Estagiários de Pós-Graduação, oferecendo análises e reflexões sobre as questões jurídicas apresentadas.

Gostaríamos de expressar nosso profundo agradecimento aos escritores que contribuíram com seus valiosos artigos para a Revista da PGE. Seu conhecimento especializado, dedicação e comprometimento foram essenciais para o sucesso desta edição.

Ao Conselho e Comissão Editoriais, nosso reconhecimento e agradecimento pelo seu papel fundamental na seleção e revisão dos artigos. Sua expertise e rigor acadêmico garantem a qualidade e relevância dos conteúdos publicados.

Convido a todos a explorarem a nossa Revista, que está disponível em formato impresso e digital. Através dela, esperamos que encontrem informação e conhecimento tendentes a auxiliar as práticas profissionais e acadêmicas.

Desejamos a todos uma excelente leitura, aproveitando a oportunidade para ampliar seus horizontes jurídicos e enriquecer sua compreensão sobre os temas discutidos.

Que a Revista da PGE seja uma fonte de inspiração e aprendizado a todos os leitores.

Boa leitura!

Curitiba, 2023.

Leticia Ferreira da Silva
Procuradora-Geral do Estado

AUTORES CONVIDADOS

2023

Tokenização, consumo de intangíveis e responsabilização das plataformas digitais: um novo (velho) problema?

Tokenization, consumption of intangibles, and liability of digital platforms: a new (old) problem?

Dayana de Carvalho Uhdre¹

RESUMO: Vivemos uma era de mudanças socioeconômicas, impulsionadas em grande medida pelo evoluir tecnológico. Em que pese tal realidade parecer exigir a construção de novos modelos jurídicos a esse novo cenário mais adequados, o fato é que temos de lidar com os desafios jurídicos impostos pela digitalização com as ferramentas normativas vigentes. E, mais, tendo por contexto a realidade crescentemente digital, é necessário que identifiquemos os pontos de fragilidades desse arcabouço vigente e debatamos eventuais adaptações normativas que busquem endereçá-los, ainda que temporariamente. Esse foi o objetivo do presente artigo: provocar o debate acerca da responsabilização das plataformas digitais pelo recolhimento do imposto incidente sobre o consumo de intangíveis. Adaptada nossa lente à presente era de tokenização da economia (e do consumo de bens digitais), e sua facilitação do consumo transfronteiriço, optamos por trazer a perspectiva internacional (orientações da OCDE) a

1 Doutora pela Universidade Católica de Lisboa. Membro Associada da BABEL-Blockchains and Artificial intelligence for Business, Economics and Law (Universidade de Firenze). Membro do Grupo de Estudos da Tributação do Ambiente Digital (TAD) da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Professora convidada em inúmeros cursos de pós-graduações. Membro da Comissão de Direito Tributário e da Comissão de Direito Digital e Proteção de Dados da OAB/PR. Procuradora do Estado do Paraná.

solo brasileiro. É dizer, nosso intuito foi responder se nosso sistema jurídico poderia ou não aderir às orientações internacionais relacionadas a responsabilização tributária das plataformas digitais pelas operações que intermediam.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade; Plataformas; IVA; Consumo; Digital; Tokenização.

ABSTRACT: We live in an era of socioeconomic change, driven largely by technological developments. Although this reality seems to require the construction of new legal models better suited to this new scenario, the fact is that we have to deal with the legal challenges imposed by digitalization with the existing regulatory framework. Moreover, in the context of an increasingly digital reality, it is necessary to identify the weaknesses of the current regulatory framework and discuss possible regulatory adaptations that seek to solve them, even if temporarily. This was the purpose of this article: to provoke a debate about the liability of digital platforms for the payment of excise tax on intangible goods. Adapting our view to the current era of tokenization of the economy (and the consumption of digital goods), and its facilitation of cross-border consumption, we chose to bring the international perspective (OECD guidelines) to Brazilian soil. That is, our intention was to answer whether or not our legal system could adhere to international guidelines related to the fiscal responsibility of digital platforms for transactions intermediated by them.

KEYWORDS: Liability; Platforms; VAT; Consumption; Digital; Tokenization.

1. INTRODUÇÃO

Foi com muita alegria que recebi o honroso convite para contribuir com a presente edição da já tradicional Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná. Alegria redobrada por poder compartilhar com meus colegas de carreira algumas reflexões que têm sido objeto de meus recentes estudos, a fim de colaborativamente iniciar um debate que possa levar o Estado a ser um dos expoentes na administração dos desafios que a crescente digitalização da vida tem imposto aos sistemas jurídicos e jurídico-tributários vigentes. Uma tal tomada de posição pode mesmo prevenir o surgimento de eventuais litígios entre Administração e administrados relacionados a adequada interpretação e/ou aplicação dos dispositivos normativos.

Pois bem, inegável que vivemos uma era de mudanças socioeconômicas catalisadas pelo desenvolvimento tecnológico, e de busca por novos paradigmas jurídicos a esse novo cenário mais adequados. No entanto, é fato que nesse interregno temos de fazer uso das ferramentas normativas que estão vigentes, e portanto aplicáveis, vis-à-vis identificar pontos de fragilidades e debater eventuais adaptações normativas que busquem endereçá-los, ainda que temporariamente. Nesse contexto, um dos temas que mais tem despertado a atenção e cuidado dos operadores jurídicos reside no relativo a “criptoeconomia”. Ao utilizarmos tal termo queremos nos referir a atual era de tokenização da economia que, em última análise, significa o erigimento de uma infraestrutura de troca de valores mais adequada a uma sociedade digital.

Somos cada vez mais tecnodependentes,² e tal digitalização da vida *pari passu* o avanço da economia tokenizada desafiam os sistemas jurídicos instituídos, e os atingem em suas bases. Afinal, a lógica em

2 Há estimativas de que os brasileiros passam quase 10 horas por dia na internet. Disponível em: <https://www.amper.ag/post/we-are-social-e-hootsuite-digital-2022-resumo-e-relatorio-completo>. Acesso em: 27 nov. 2022.

que são construídos os sistemas legais tem por premissa sociedades de uma era tangível em que o poder coercitivo estatal (e de exequibilidade das normas) assenta-se à ideia de soberania que, a seu turno, atrela-se a de território, população e nação geograficamente delimitados. Já a intangibilização ladeada à tokenização da economia vem acompanhada de sua globalização: somos cada vez mais seres que nos relacionamos social e economicamente de forma transfronteiriça e digital. Nesse contexto, uma das tendências que é possível apontar é a da “globalização do direito”.

Significa, essa expressão, a redefinição de estratégias regulatórias mais adaptadas a uma realidade global, que traz consigo atores adicionais produtores de normas. Referimo-nos aos organismos internacionais e aos relatórios e recomendações (*softlaws*) por eles elaborados. De se alertar que, em que pese não se tratem de diplomas que tenham força cogente, a importância política dos atores envolvidos em sua elaboração, assim como o mecanismo (dialogal) em que construídos, torna suas diretrizes altamente receptíveis pelos Estados de uma forma geral. Dado o objetivo do presente artigo, não desenvolveremos a fundo esse tópico³ aqui. No entanto, o que queremos deixar assente, por ora, é que em um ambiente crescentemente global, o jurista há de necessariamente “olhar para fora”, a fim de identificar as tendências internacionais do assunto em cena (que pretenda estudar e/ou debater). Não por outra razão utilizaremos tal *ratio*, e mais especificamente as Diretrizes da OCDE, na construção do nosso raciocínio.

Para que pensemos de forma crítica sobre tributação das operações com criptoativos, é em todo útil olharmos as tendências internacionais

3 Tivemos a oportunidade de falar um pouco mais sobre isso em outros textos: UHDRE, Dayana de Carvalho. Breves notas sobre a proposta brasileira de regulamentação dos criptoativos à luz das experiências internacionais de Japão, Suíça, Malta e Liechtenstein. In: GOMES, Daniel de Paiva *et al.* (coord). **Criptoativos, Tokenização, Blockchain, Metaverso: Aspectos Filosóficos, Tecnológicos, Jurídicos, econômicos.** São Paulo: Thompsons Reuters Brasil, 2022, p. 501-530; UHDRE, Dayana de Carvalho. Realidade Digital, Tributação Indireta e Tendências Internacionais: o que a blockchain tem (ou pode ter) com isso? In: CRAVO, Daniela Copetti *et al.* (coord.) **Direito Público e Tecnologia.** Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 177-200.

vis-à-vis a nossa realidade. E aqui, poderíamos escolher caminhar pela tripla dos questionamentos afetos a quais hipóteses de incidências, e por conseguinte regimes jurídicos, estariam as operações com criptoativos sujeitos – onde reside grande parte das discussões e debates que se escoram na interpretação das normas vigentes. No entanto, é possível também enveredar para a direção de se buscar olhar o cenário macro a fim de identificar os principais pontos de fragilidades mapeados pela comunidade internacional e quais as eventuais propostas de adaptações normativas em pauta que busquem endereçá-los. Nossa opção aqui foi pelo segundo caminho.

E a primeira pergunta a ser feita é se estamos a falar de novos desafios ou apenas novas camadas de complexidade a desafios já conhecidos? É que se tomarmos em consideração, como tomamos, o comércio de bens digitais e serviços atrelados a NFT's (*non-fungible tokens*) como paradigma ao nosso raciocínio, e olharmos com mais atenção aos desafios por ele impostos aos sistemas de tributação sobre o consumo, perceberemos se tratar de “velhos problemas”. De fato, a questão de como se adaptar os sistemas nacionais de tributação sobre o consumo (IVA) à era da intangibilização da economia é discutida pela comunidade internacional há mais de 20 anos.⁴ Duas as principais preocupações que a digitalização e crescente transfronteiricidade do comércio traziam para os sistemas de IVA então instituídos: (i) qual o critério a se utilizar para fins de atribuição de competência a um país determinado; e (ii) como se garantir que os valores de IVA devidos de fato seriam vertidos ao país

4 Desde a Conferência de Ottawa, de 1998, e tendo por pano de fundo o avanço do e-commerce, os países se debruçam sobre como se adaptar e harmonizar os sistemas jurídicos de IVA a fim de se garantir a tributação do comércio transfronteiriço de intangíveis em uma única jurisdição, bem como que se observe os princípios da neutralidade e livre concorrência no mercado mundial, da eficiência, da efetividade e equidade, da certeza e simplicidade, e da flexibilidade. OECD (1998). **Electronic Commerce: Taxation Framework Conditions**. A Report by the Committee on Fiscal Affairs. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/consumption/1923256.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2022; OECD (2001). **Taxation and Electronic Commerce: Implementing the Ottawa Taxation Framework Conditions**, OECD Publishing, Paris. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264189799-en>. Acesso em: 14 nov. 2022.

competente para recebê-los. Trata-se, a primeira questão, de se optar pela adoção, pelos sistemas nacionais, do princípio do destino ou da origem para fins de definição do Estado competente ao recolhimento do IVA das operações transnacionais. Já a segunda busca endereçar medidas que tornem o *enforcement*⁵ possível, isto é, que possibilitem que o tributo devido seja de fato recolhido e vertido ao país competente. Ora, são justamente esse os dois pontos de maior fragilidade aos sistemas jurídico-tributários de consumo impostos por essa “segunda geração” de *e-commerce*, operacionalizada por tokens. Daí a utilidade em se examinar as propostas já formuladas à luz do sistema brasileiro.

Pois bem, relativamente à primeira questão, optou-se pelo princípio do destino, em que a competência para tributar o consumo é atribuída ao país em que estabelecido, residente ou domiciliado o adquirente. Relativamente à segunda questão, o documento internacional sugere medidas de *enforcement* distintas para os casos de transações B2B e B2C. Apertada síntese, para operações B2B, desde que o compatível com os sistemas internos dos países, é sugerido diferimento do IVA: ao invés de o fornecedor ser o responsável pelo acertamento e pagamento do imposto perante o Estado competente, tal atribuição passa a ser do adquirente. Já nas operações B2C, tendo em conta que é ao fornecedor – não estabelecido no país de destino – que competirá verter os valores de IVA, é sugerido que se estruturarem regimes jurídicos simplificados a fim de estimular o *compliance* voluntário. Essa última sugestão, para além de trazer inúmeros riscos, não é, na opinião do próprio grupo de trabalho formado para auxiliar a elaboração do documento internacional (Diretrizes IVA), a melhor solução à longo prazo.⁶ Daí porque é possível se notar que o foco da estratégia mais

5 Termo em inglês que poderia aqui ser compreendido como “execução”, isto é, medidas aptas a efetividade do recolhimento dos tributos.

6 OECD (2000). **Report by the Technology Technical Advisory Group**; OECD (2001). WP9 Report.

recente tem sido colocar as plataformas digitais como centrais ao *enforcement*.⁷

Inspirados no regramento internacional, e tendo por referência em nosso raciocínio o crescente comércio de bens e serviços (intangíveis) por intermédio de tokens não fungíveis, queremos lançar mais algumas breves linhas sobre esse último ponto: a tendência de responsabilização das plataformas digitais. É que se olharmos o ecossistema de criptoativos, e sobretudo como o consumo nesse contexto é realizado, percebemos que ao fim e ao cabo são plataformas que o viabilizam. Assim é que trazer o assunto a lume se mostra útil, posto tratar a responsabilização tributária das plataformas digitais de tema que está na ordem do dia, especialmente após o julgamento da ADI 0040214-33.2020.8.19.0000 e as propostas de legislação a ele conseguintes, a serem em breve apresentadas pelo Estado do Rio de Janeiro. E é a isso que se propõe o presente artigo: refletir sobre a possibilidade e limites, no sistema normativo brasileiro, à responsabilização das plataformas digitais. Tal debate, repita-se, mostra-se necessário à adequada adaptação do sistema jurídico tributário brasileiro à era da tokenização.

2. ORIENTAÇÕES OCDE PARA RESPONSABILIZAÇÃO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS

O número de consumidores que compram on-line foi estimado em mais de dois bilhões já em 2020.⁸ A pesquisa também inferiu que aproximadamente 57% do fornecimento internacional de bens são adquiridos por

7 OECD (2019). **The Role of Digital Platforms in the Collection of VAT/GST on Online Sales**. OECD Publishing, Paris. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/e0e2dd2d-en>. Acesso em: 14 fev. 2023.

8 Statista (2021), E-commerce worldwide - Statistics & Facts. Disponível em: <https://www.statista.com/topics/871/online-shopping/#dossierSummary>. Apud OECD. **VAT Digital Toolkit for Latin America and the Caribbean**, 2021, p. 85.

meio de três principais plataformas digitais, além da atuação de muitas outras plataformas em nível doméstico e/ou regionais.⁹ Com isso, projeta-se que aproximadamente dois em cada três fornecimentos de produtos para o *e-commerce* sejam feitos por meio de plataformas digitais. No Brasil, relatório da Ebit/Nielsen aponta que 78% do faturamento total em *e-commerce*¹⁰ reside em varejistas de marketplace.¹¹ E, dentre eles, 80% do mercado concentram-se em 04 (quatro) plataformas principais: Mercado Livre (32%), Magazine Luiza (19%), B2W¹² (19%), e Via Varejo¹³ (11%).¹⁴ Tais dados em certa medida dimensionam a constatação de que as plataformas desempenham papel relevante no atual estado da arte do comércio on-line. É dizer, são atores que, por intermediarem a grande parte das trocas econômicas na cadeia de consumo, possuem situação privilegiada tanto para prestarem informações relevantes às autoridades fiscais, quanto para eventualmente responderem pelo recolhimento dos valores tributários devidos nas operações que medeiam.

Não foi outra a razão que inspirou a elaboração, pela OCDE, do seu relatório “The Role of Digital Platforms in the Collection of VAT/GST

9 INTERNATIONAL POST CORPORATION (2017). **IPC Online Shopper Survey 2017 reports**. Disponível em: <https://www.ipc.be/services/markets-and-regulations/cross-border-shopper-survey/2017>. Acesso em: 07 dez. 2021.

10 Consoante pesquisa sobre o perfil de e-commerce brasileiro feito pela empresa PayPal em parceria com a BigDataCorp, são mais de 1,59 milhões de lojas on-line e sites que compõem o comércio digital brasileiro. Disponível em: <https://public.flourish.studio/story/947803/>. Acesso em: 14 nov. 2022.

11 EBIT/NIELSEN. **Webshoppers** 42. ed., 2020. Disponível em: https://myagmexpress.com/downloads/Webshoppers_42.pdf. Acesso em: 14 nov. 2022.

12 Empresa resultante da fusão entre Submarino, Shoptime e Americanas.

13 Composta pelas “marcas” Casas Bahia e Ponto Frio.

14 HIX CAPITAL; ASTELLA. **Whitepaper sobre Marketplaces**. Carta aos Investidores. 1º semestre 2021, p. 22.

on Online Sales”.¹⁵ Apertada síntese, três foram os modelos de responsabilização das plataformas digitais propostos pela OCDE: (i) o de responsabilização exclusiva da plataforma de comércio eletrônico, em que o intermediário assume fictamente a posição de integrante da cadeia de consumo, sendo reputado sujeito passivo adquirente do bem ou serviço; (ii) o de instituição de deveres de colaboração da plataforma para com a fiscalização tributária, e (iii) a de responsabilização subsidiária dela. De se pontuar que a própria organização admite que o primeiro modelo configuraria uma quebra de paradigma significativa para a maioria dos sistemas tributários, e que os países podem preferir escolher uma alternativa mais conservadora, razão pela qual apresenta as outras duas alternativas de modelos, por serem menos invasivas.

O regime de responsabilidade integral das plataformas digitais pelo IVA¹⁶ das vendas que facilitam fora tratado no capítulo 2 do referido relatório da OCDE. Tal regime, que torna a plataforma digital total e exclusivamente responsável pela apuração e recolhimento do imposto sobre o consumo dessas operações de vendas, tem por principal objetivo instituir política fiscal que torne mais efetiva e eficiente (por reduzir os custos administrativos e os riscos relacionados) a fiscalização e recolhimento do IVA sobre os volumes cada vez maiores de vendas on-line. E assim o é por concentrar a atividade administrativa em um número relativamente limitado de plataformas que facilitam grande parte das operações on-line e que sejam capazes de cumprir as obrigações de IVA a elas inerentes.¹⁷

Ao abrigo desse regime de responsabilidade, as plataformas digitais são designadas por lei como sujeitos passivos, para efeitos de IVA,

15 HIX CAPITAL; ASTELLA, 2021, p. 22.

16 O IVA (ou Imposto sobre valor agregado) é o sistema de tributação sobre o consumo utilizado como paradigma no relatório da OCDE em razão de ser a sistemática presente em mais de 170 países. Informação disponível em: <https://taxfoundation.org/publications/value-added-tax-rates-vat-by-country/>. Acesso em: 22 mar. 2023.

17 Vide parágrafos iniciais ao presente tópico.

das operações que intermedeiam. É dizer, a plataforma digital seria única e integralmente responsável pela apuração, cobrança e recolhimento do IVA, relativo às vendas on-line por meio dela efetuadas, às jurisdições de tributação competentes. Erige-se uma presunção de que esses intermediários adquirem os bens e/ou serviços dos fornecedores e os revendem aos consumidores finais. Dessa forma, os fornecedores cadastrados nos *marketplaces* ficam isentos de responsabilidade pelo recolhimento do IVA. De se ressaltar porém que, nesse caso, a OCDE recomenda que tal atribuição de responsabilidade exclusiva às plataformas deva estar atrelada à verificação de que essas possuam acesso a informações suficientes e aos meios necessários para se efetuar o recolhimento.

Em relação a esse último ponto em específico, ficara assente no Relatório a necessidade de as plataformas digitais não arcarem, com patrimônio próprio, com os valores de IVA relativos às operações que facilitem. É ponderado que o cliente pode efetuar o pagamento dos bens adquiridos às plataformas digitais ou diretamente aos fornecedores. Daí que, caso o pagamento seja efetuado para a plataforma digital, a plataforma digital remeterá a parte correspondente ao IVA para a autoridade tributária da jurisdição competente. Porém, se o pagamento for feito ao fornecedor, terão de ser previstos mecanismos aptos a que a plataforma recupere a parcela do valor pago, correspondente ao IVA, do fornecedor, para remetê-lo às autoridades fiscais.¹⁸ Nesse último caso, é ponderado no relatório, ainda, ser razoável prever-se eventual “acordo de inadimplência”, ou outros mecanismos apropriados à limitação do risco potencial de inadimplência por parte dos fornecedores ao remeter o IVA para a plataforma digital, uma vez que a plataforma digital tenha envidado esforços razoáveis para garantir a conformidade.

O regime de responsabilidade solidária e subsidiária, proposto como alternativo ao de responsabilização integral, constitui mecanismo de apoio ao recolhimento de IVA sobre as vendas on-line. Destarte, restou

18 OECD (2019), p. 25 e p. 35.

salientado no capítulo 3 do Relatório da OCDE que a responsabilização solidária e subsidiária das plataformas não constitui ferramenta cujo escopo principal seja garantir a cobrança de IVA nas vendas on-line, já que a responsabilidade legal permanece com os (milhares) fornecedores. No entanto, pode ser útil como instrumento de apoio às autoridades fiscais em casos de incumprimento pelos sujeitos passivos, ao dissuadir comportamentos não conformes. Mais especificamente, trata-se de mecanismo que potencialmente oferece forte incentivo às plataformas digitais para que garantam que os fornecedores que delas se utilizam estejam em conformidade com suas obrigações de IVA. Por outro lado, é destacado pelo organismo internacional a conveniência de se evitar a imposição de encargos desproporcionais às plataformas digitais, mormente no que tange às diligências, relativamente à situação dos fornecedores, delas exigidas pelas autoridades fiscais.

A responsabilidade solidária e subsidiária pode ser imposta às plataformas digitais nos casos em que não sejam elas as responsáveis legais pelo recolhimento de IVA correspondente às operações por intermédio delas realizadas, ou seja, quando são os fornecedores usuários da plataforma quem permanecem sendo os responsáveis – principais – pelo imposto. Apenas quando tais sujeitos estejam em desconformidade com as Administrações Fiscais é que as plataformas seriam chamadas a responder pelo tributo, solidariamente a eles. No entanto, para além desse descumprimento por parte do(s) fornecedor(es), para que a responsabilização das plataformas seja legítima, é necessário a imputação de alguma atitude culposa às plataformas – seja o descumprimento de ação esperada ou mesmo omissão do dever de cuidado previamente estabelecido em regramento específico. Duas são as possibilidades de responsabilização aventadas no relatório.

Ao abrigo da primeira hipótese, a autoridade fiscal teria de notificar a(s) plataforma(s) digital(is) da inconformidade do fornecedor nela(s) cadastrado, concedendo a tais agentes um prazo para que tomassem as medidas cabíveis. As ações exigíveis das plataformas seriam no sentido de que (i) agissem em prol da regularização dessa situação e/ou

(ii) remoção do fornecedor de seu ecossistema. Acaso omissa(s), a(s) plataforma(s) passaria(m) a responder, solidariamente aos fornecedores, pelos tributos relativos às operações futuras (vendas realizadas daquele momento em diante). Um ponto de alerta às administrações fiscais, nesse caso, é quanto à possibilidade de o fornecedor inadimplente estar cadastrado em múltiplas plataformas, o que demandaria a notificação de todas elas.¹⁹

Já na segunda hipótese, a plataforma digital pode ser considerada solidariamente responsável pelo IVA não declarado e recolhido pelo fornecedor quando a plataforma digital sabia ou era razoável que soubesse, com base na atividade do fornecedor na plataforma, que o fornecedor deveria ser registrado para IVA, mas não o é. Essa hipótese de responsabilização impõe um ônus às plataformas digitais, a fim de que realizem o *due diligence* (verificações “*know your customer*”) em seus fornecedores, solicitando números de registro de IVA/GST, por exemplo, e realizando verificações para garantir que esses números sejam válidos e ativos. Isso exige, no entanto, que as plataformas tenham os meios legais (regras de confidencialidade, por exemplo) e práticos (dados eletrônicos disponíveis de forma automatizada, por exemplo) para verificar se um fornecedor está exibindo um número de IVA/GST válido associado ao seu nome comercial.

Por fim, é previsto ainda no capítulo 3 do Relatório da OCDE a possibilidade de se atribuir outros papéis às plataformas – cumulativamente, ou não, à atribuição de responsabilidade (exclusiva ou subsidiária e solidária) –, conexos à ideia de dever de cooperação para com a Administração Pública. O objetivo é identificar funções outras que as plataformas podem desempenhar e que podem auxiliar na cobrança eficiente e eficaz do IVA nas vendas on-line. O relatório enumera as seguintes possibilidades: (i) obrigação de compartilhamento de informações, (ii) educação de fornecedores, (iii) a opção de uma plataforma assumir voluntariamente a obrigação de cobrador do IVA/GST, e (iv) celebração de acordos formais

19 OECD (2019), p. 63.

entre autoridades fiscais e plataformas. Ressaltamos que esse “último papel”, atrelado à ideia de regime de *cooperative compliance*, nos parece ser antes um instrumento possível à instituição dos deveres do que uma efetiva alternativa de função a ser exercida pelas plataformas.

Feito esse breve resumo das orientações internacionais para fins de atribuir responsabilidade às plataformas digitais pelo recolhimento dos impostos incidentes sobre as operações de consumo que intermedeiam, é de se indagar sua aplicabilidade em solo brasileiro. É dizer, nos parece necessário perquirir as peculiaridades de nossa legislação e os eventuais limites jurídicos por ela impostos à responsabilização de pessoa não realizadora do evento signo-presuntivo de riqueza. E assim o é porque, em que pese a praticabilidade tributária autorizar o manejo pelas Administrações Públicas de técnicas (tais como a instituição de ficções, presunções ou mesmo de responsabilização de pessoa não realizadora do evento tributável) visando maior eficácia e eficiência na arrecadação fiscal, há princípios outros – igualmente caros – que servem de limite a tais investidas administrativas. A atribuição, a terceiro não realizador do fato gerador, de deveres afetos ao recolhimento fiscal deve, portanto, observar determinados limites jurídicos sob pena de se tornar arbitrária. Antes, porém, é preciso compreender como o instituto da sujeição passiva foi tratado por nosso sistema tributário, a fim de que façamos os raciocínios jurídicos de potencial adesão brasileira às orientações internacionais de forma crítica e adaptada à realidade brasileira.

3. ENTENDENDO AS FIGURAS DE SUJEIÇÃO PASSIVA PRESENTES NO SISTEMA BRASILEIRO

Analisando-se o sistema brasileiro no que tange à sujeição passiva, é estabelecido pelo art. 121 do CTN serem duas as espécies de possíveis devedores da relação jurídica tributária: o contribuinte e o responsável. Contribuinte é aquele que deteria “relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador”; responsável aquele que “sem revestir

a condição de contribuinte” estaria obrigado por decorrência “expressa de lei”. No entanto, há também menção no bojo do próprio CTN à possibilidade de fonte pagadora ser responsável pelo tributo que lhe caiba reter (art. 9º, § 1º e art. 45). Ademais, há ainda previsão na Constituição Federal – nos arts. 155, § 2º, XII, «b» e art. 23, § 9º dos ADCT, e especificamente em relação ao ICMS – do instituto da substituição tributária.

Tais dispositivos legais foram interpretados e sistematizados de inúmeras e distintas formas pelos estudiosos do tema.²⁰ E o mesmo cenário de heterogeneidade na categorização das espécies de sujeição passiva é encontrado em jurisprudência.²¹ No entanto, apesar desse cenário em grande medida confuso (em doutrina e jurisprudência) acerca do tema, ao menos dois pontos parecem não ter maiores divergências: seriam eles as ideias nucleares quanto às figuras do contribuinte e do responsável tributário. Contribuinte seria aquele que realizou a materialidade do fato previsto na hipótese de incidência e que, por essa razão, está obrigado ao adimplemento da prestação tributária. Responsável, a seu turno, seria terceiro, isto é, não realizador do ato ou negócio previsto

20 Vide dentre outros: SOUSA, Rubens Gomes de. **Compêndio de Direito Tributário**. São Paulo: Resenha Tributária; Carvalho, 1975. CARVALHO; Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário** (26. ed.). Saraiva: São Paulo, 2015; TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário** (16. ed.). Rio de Janeiro: Renovar, 2009; COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro** (9. ed.). Rio de Janeiro: Forense, 2008; GRUPENMACHER, Betina Treiger. Art. 122. *In*: GRILLO, Fábio Artigas; RIBEIRO DA SILVA, Roque Sérgio D’Andrea. **Código Tributário Nacional Anotado**. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná, 2014. Disponível em: http://www2.oabpr.org.br/downloads/ctn_v2.pdf.

21 Vide: STJ, REsp n.º 1.036.375/SP, Relator: Ministro LUIZ FUX, Primeira Seção, julgado em 11/03/2009, DJ 30/03/2009; STJ, 2ª Turma, STJ.Resp 86465/RS, Relator Ministro Ari Pargendler, julgado em 05/09/1996, DJ 07/10/1996; TJ, 1ª Turma, Resp 503.406/SC, Rel. TEORI ZAVASCKI julgado em 06/11/2003, Dje 15/03/2004; STJ, 2ª Turma, Resp1229308/MG, Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em 22/02/2011, DJ2 04/03/2011; STF; RE 603191, Relator(a): ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-170 DIVULG 02-09-2011 PUBLIC 05-09-2011 EMENT VOL-02580-02 PP-00185; STF. VRE 603191, Relator(a): ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-170 DIVULG 02-09-2011 PUBLIC 05-09-2011 EMENT VOL-02580-02 PP-00185.

no antecedente da regra-matriz, alçado à categoria de devedor da prestação jurídico-tributária.

Ocorre que tais entendimentos centrais, em que pese aparentemente serem pontos de convergência, acabam sendo a origem de muitas das incompreensões relacionadas ao tema. É que lhes é subjacente a premissa de que se estaria a tratar de apenas uma relação jurídica – cujo objeto seja o pagamento dos tributos – e que os “responsáveis” e “substitutos” seriam “terceiros” chamados a pagar por manifestação de riqueza demonstrado por outrem – o realizador da hipótese de incidência tributária. Assim, para bem compreender esses institutos defendemos ser necessário ampliar o olhar relativo ao fenômeno fiscal, compreendendo-o como uma plêiade de obrigações de natureza distintas (que é), cujo desiderato final é verter aos cofres públicos a tributação devida – ancorada nos eventos reveladores de capacidade contributiva. Ao se vislumbrar a autonomia de cada obrigação jurídica – pelas quais cada um dos responsáveis e/ou substitutos são chamados a colaborar com a tributação –, é possível identificar sua natureza e seus próprios pressupostos de fato, sujeitos e objetos. E mais, ao se analisar cada uma dessas relações jurídicas, conclui-se sequer ser correto chamar o respectivo obrigado de terceiro, posto que se trata de sujeito próprio a ela.

Trata-se de concepção explorada por Marçal Justen Filho²² e Leandro Paulsen²³ em suas teses de doutorado, que, ao se debruçarem no tema, brindaram-nos com leituras mais robustas, apontando para essa multiplicidade de normas – e suas interconexões – regentes da “sujeição passiva tributária” e identificando os limites normativos – conexos à ideia de “capacidade colaborativa” – às escolhas desses outros sujeitos passivos

22 JUSTEN FILHO, Marçal. **Sujeição Passiva Tributária**. Belém: CEJUP, 1986.

23 PAULSEN, Leandro. **Responsabilidade e Substituição Tributárias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado [livro eletrônico], 2012. Ainda: PAULSEN, Leandro. **Capacidade Colaborativa**. Princípio de Direito Tributário para obrigações acessórias e de terceiros. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

pertencentes às relações adjacentes. Assim é que ao olharmos a relação jurídica tributária como um plexo de obrigações jurídicas que, para além do dever de pagar tributo (dita principal), abarca obrigações instrumentais vocacionadas a tornar a essa tributação efetiva e eficaz, podemos melhor identificar os fundamentos de legitimidade e limites à imputação das sujeições passivas.

Em resumo, e ancorando-nos nas lições dos mencionados autores, de um lado temos a obrigação principal, fundamental no princípio da capacidade contributiva, em que é imputado ao sujeito realizador da hipótese tributária o dever principal de pagar o tributo. De outro, a atribuição de responsabilidades *latu sensu* (que abrange a responsabilidade por substituição, e a responsabilidade em sentido estrito), assentes no dever fundamental de cooperação com a Administração Pública, exigem, como condição de legitimidade, que o sujeito chamado a colaborar detenha posição fática de ascendência relativamente ao fato tributável e/ou contribuinte. Mais detidamente, seriam duas situações distintas aptas a justificar, no sistema brasileiro, a responsabilização de “terceiros” não realizadores da hipótese de incidência tributária. A primeira seria a imputação a esses “terceiros” do dever de reter e/ou cobrar os valores devidos a título de tributos, em razão deterem acesso a eles (valores), caso em que falaríamos de responsabilidade por substituição. A segunda corresponderia à hipótese de se exigir desses sujeitos o exercício de sua posição de ascendência sobre os contribuintes, a fim de influenciá-los a adimplirem com seus deveres ao pagamento de tributos, caso em que nos referiríamos à responsabilidade *stricto sensu*.

É dizer, enquanto o fundamento de legitimação, e limite, da obrigação principal – cujo objeto é o pagamento de tributo – reside no princípio da capacidade contributiva, o dos deveres instrumentais atrelam-se ao princípio da capacidade colaborativa. Tendo em conta nossa opção de ser Estado Social e Democrático, assente, entre outros, no princípio da solidariedade social, o pagamento de tributos é verdadeiro dever fundamental, por ser instrumento de implementação de políticas públicas voltadas à

garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. Nesse contexto, é do interesse de toda a sociedade que os valores devidos sejam adequadamente recolhidos aos cofres públicos, de modo a ser justificado eventual atribuição de deveres de colaboração dos cidadãos para com a Administração.

No entanto, ainda que justificável, não significa que a imputação de deveres formais, atrelados à arrecadação fiscal, a pessoas não realizadas das hipóteses de incidência seja legítima, em qualquer circunstância. A praticabilidade fiscal – intentada com essa exigência de colaboração – deve ser sopesada a outros princípios existentes no sistema jurídico (razoabilidade, proporcionalidade). E é nesse contexto que ganha relevância a concepção de capacidade colaborativa enquanto fundamento e limite à instituição de obrigações instrumentais ou de substituição ou responsabilidade tributárias. Em suma, trata-se de atribuir deveres apenas àqueles que, pelas suas situações fáticas, deteriam condições de contribuir (seja prestando informações, exigindo o pagamento do tributo pelo contribuinte ou mesmo retendo o valor devido, por exemplo) para com a Administração Fiscal.

No que tange à instituição de obrigações de substituição e responsabilidade tributárias, casos em que os “terceiros” podem ser chamados a adimplir com o pagamento do tributo devido em razão de omissões suas no desempenho de seus deveres de colaboração que resultaram em prejuízos aos cofres públicos, é exigido proximidade desses eleitos com o fato signo presuntivo de riqueza do tributo. Trata-se de interpretação possível do quanto consubstanciado no art. 128 do CTN (diploma de normas gerais) que limita a escolha, pelos entes federados, de terceiros responsáveis ao recolhimento do imposto àqueles que detenham vinculação indireta com o fato jurídico tributário. Trata-se, aliás, de previsão que é decorrência lógica do princípio da capacidade contributiva, posto estabelecer que apenas os sujeitos detentores de posição de poder, relativamente aos contribuintes, apta à reversão, aos cofres públicos, dos valores relativos à manifestação de riqueza expressada pelo fato jurídico tributário, ou a influenciá-los que o façam, são que potencialmente assumiriam a obrigação

de pagamento do tributos – seja como “substituto” do contribuinte, ou como seu “garante” (“responsável”). Daí, defendermos que o princípio da capacidade contributiva também seria limite – ainda que indireto – à escolha dos sujeitos passivos das relações de substituição e responsabilidade tributária.

Em apertada síntese, nosso sistema jurídico exige, como condição de imputação de responsabilidade *lato sensu*, que os sujeitos a quem imputado tais deveres tenham a possibilidade de acesso aos valores representativos da manifestação de riqueza que a previsão normativa intenta alcançar, ou poder de influência significativo perante os contribuintes relativamente ao adimplemento (por eles) das obrigações tributárias. Sem tais requisitos, ilegítimo se atribuir responsabilidade tributária a qualquer terceiro, inclusive às plataformas digitais intermediadoras das operações de consumo. Tendo em conta tais limites sistêmicos, passamos ao último tópico do presente artigo, qual seja verificar se – e de que forma – seria possível instituir a responsabilização das plataformas de *marketplace* pelo recolhimento dos impostos sobre o consumo incidentes nas operações com intangíveis que intermedeiam.

4. AFINAL, QUAIS OS LIMITES E POSSIBILIDADE DE ADESÃO ÀS ORIENTAÇÕES OCDE *IN TERRA BRASILIS*?

Recordando o quanto mencionado no item 2, três seriam os regimes de responsabilização das plataformas digitais sugeridos pela OCDE: (i) o de responsabilização exclusiva, em que o intermediário assume fictamente a posição de integrante da cadeia de consumo, sendo reputado sujeito passivo adquirente do bem ou serviço; (ii) o de responsabilização subsidiária e solidária; e (iii) o de instituição de deveres de colaboração para com a fiscalização tributária. Mencionamos ainda que a OCDE salienta ser necessário eleger indicadores que autorizem a presunção de que as plataformas estariam em condições fáticas que lhes possibilitem cumprir com o regime de responsabilidade imputado, mormente o integral. Mais

especificamente, consta no relatório ser razoável supor que a plataforma estará em condições de cumprir com as obrigações de IVA, assumindo a responsabilidade exclusiva, se: (i) detiver ou tiver acesso a informações suficientes e precisas conforme necessário para cumprir com as obrigações de IVA pertinentes às operações que facilitam; e (ii) tenha meios para cobrar o IVA relativo ao fornecimento.

Contextualizando essas orientações internacionais ao sistema brasileiro, é possível perceber que tal abordagem (que denominaremos funcionalista), ao buscar limitar a responsabilização das plataformas para os casos em que se observe que elas faticamente deteriam condições de cumprir os deveres que lhes sejam imputados, está alinhada ao sistema brasileiro, que exige “capacidade colaborativa” daqueles chamados a colaborar para com a Administração Fiscal. Em outras palavras, em que pese o relatório da OCDE focar-se na identificação de critérios que autorizassem a imputação de dever exclusivo às plataformas (deter acesso às informações necessárias ao cumprimento do dever e aos meios para cobrar o IVA do fornecedor), a observação da “capacidade colaborativa” no sistema brasileiro é subjacente a qualquer dos regimes de responsabilização propostos, por decorrência lógica dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Assim é que – repita-se – o sistema brasileiro está em consonância a essa condicionante macro de imputação de responsabilização.

No entanto, detemos aqui algumas outras condicionantes, atreladas indiretamente ao princípio da capacidade contributiva e relativamente à imputação do dever de pagar o tributo. Mais especificamente, um primeiro ponto a ser debatido e ultrapassado, em território brasileiro, quanto à possibilidade de se adotar a tendência internacional de responsabilização (exclusiva ou subsidiária) das plataformas de *marketplace* pelo imposto sobre o consumo incidente no caso,²⁴ é quanto ao posicionamento (ou não) desses

24 No caso brasileiro, seria ISS ou ICMS, a depender da conformação - ou não - do evento tributável, respectivamente, aos conceitos de prestação de serviço ou operação de circulação de mercadoria. Não adentraremos aqui na tormentosa discussão sobre os

atores na dinâmica negocial de forma tal a deterem acesso aos valores objeto da tributação, ou a influenciarem no correto adimplemento por parte dos contribuintes.

Ingressando no regime de responsabilização exclusiva, vimos que a proposta da OCDE consiste em se atribuir fictamente ao intermediário a posição de integrante da cadeia de consumo, como se fosse próprio sujeito passivo adquirente do bem ou serviço para seguinte revenda ao consumidor final. Pois bem, partindo da premissa de que a obrigação tributária é conformada, em realidade, por várias e distintas obrigações tributárias, todas vocacionadas ao correto recolhimento dos tributos, a figura do contribuinte estaria atrelada à sujeição passiva apenas da obrigação principal. Logo, a proposta da OCDE acaba por instaurar uma ficção, em prol da praticabilidade fiscal, de que seriam as plataformas de *e-commerce* os agentes “realizadores” do fato signo presuntivo de riqueza. É dizer, ao prever que esses intermediários assumem a posição de integrantes da cadeia de consumo, sendo, para esse fim, considerados fornecedores, e tendo em conta que, na atual sistemática do IVA, são justamente os fornecedores que são considerados os realizadores do fato signo presuntivo de riqueza, é natural se lhes atribuir, com base no princípio da capacidade contributiva, a sujeição passiva da obrigação principal. Ocorre que, como sujeitos passivos da obrigação principal – por serem os realizadores da hipótese –, assumiriam, no sistema brasileiro, a posição de contribuintes, e não de responsáveis, no sentido técnico do termo.

Abstraído o aspecto terminológico, e identificada a categoria de sujeição passiva a que a proposta da OCDE se voltaria no sistema brasileiro, é de se indagar se colocar as plataformas na posição de contribuinte seria

limites entre um e outro. Tivemos a oportunidade de perpassar o tema, voltados os olhos a realidade dos NFT's em: UHDRE, Dayana de Carvalho. Tributação de “NFT” em ambiente metaverso: algumas breves reflexões à luz do sistema brasileiro de tributação indireta. In: GOMES, Daniel de Paiva *et al.* (coord.). **Criptoativos, Tokenização, Blockchain e Metaverso** - Aspectos Filosóficos, Tecnológicos, Jurídicos e Econômicos. Thompsons Reuters: São Paulo, 2022, p. 1421-1446.

uma opção legítima. Pois bem, colocando-se a questão em perspectiva, é de se recordar que a tributação sobre o consumo tem em vista, em realidade, atingir a manifestação de riqueza expressada pelo consumidor ao gastar com a aquisição de bens e/ou serviços. No entanto, por uma questão de praticabilidade fiscal, a opção feita pelos sistemas IVA foi a de se atribuir aos fornecedores – e não aos consumidores – a condição de sujeito passivo da obrigação principal, atrelando-se a ele, fictamente, a realização do “fato gerador” do tributo, lógica essa amplamente aceita como adequada. Assim é que, em um primeiro exame, impor-se mais uma ficção, reputando a realização da hipótese de incidência às plataformas, por equipará-las a condição de fornecedores, não seria opção de toda estranha ao sistema, a fomentar, em tese, grandes celeumas.

Contudo, há um ponto de atenção digno de ser comentado. É que, e é preciso que se tenha isso em consideração, ao se instituir uma ficção atrelada à uma repercussão fiscal, é necessário que o sujeito considerado contribuinte detenha manifestação de capacidade contributiva relativa ao evento tributável. No caso dos fornecedores em geral, é de se perceber que a relação de negócio, cujo objeto é aquisição de um bem e/ou serviço, tem dois sujeitos conectados juridicamente ante interesses contrapostos: de um lado o prestador ou fornecedor, e do outro, o tomador ou adquirente. Assim, os valores atrelados ao evento tributável estão ora nas mãos de um dos lados, ora nas mãos do outro, de forma a ser perfeitamente possível escolher qual dos partícipes da relação jurídica de consumo, que se intenta tributar, será eleito “contribuinte” pelo sistema posto. Não é esse o caso das plataformas: nem sempre elas estarão de fato no outro lado da relação negocial subjacente ao consumo de intangíveis, ou ainda deterão em suas mãos – justamente por não estarem em nexu jurídico aos consumidores – os valores expressivos dessa manifestação de riqueza. Logo, não nos parece adequada, sob a perspectiva da simplicidade e certeza, atribuir às plataformas a posição própria de contribuinte dos tributos justamente porque, diferentemente dos fornecedores, esses atores muitas vezes não estarão conectados – negociavelmente – aos consumidores, e à manifestação de riqueza por eles expressada no gasto com bens e serviços.

Diferente seria o caso de se imputar a esses agentes o papel de substitutos tributários (responsáveis por substituição). É dizer, poder-se-ia pensar em se atribuir a esses atores o dever, *prima facie*, de verterem os valores relativos ao tributo, incidente sobre as operações de consumo, devidos pelos contribuintes, mas aos quais, por uma situação fática de ascendência, deteriam acesso. Nesse caso, teríamos a atribuição à pessoa não realizadora do evento tributável do dever instrumental de colaborar com o Fisco retendo e/ou cobrando (ressarcimento) do contribuinte o valor por ele devido a título de tributo. E, em sendo esse o caminho escolhido, questão a ser debatida e ultrapassada, em território brasileiro, é sobre o posicionamento das plataformas na dinâmica negocial de forma tal a deterem acesso às informações das transações e aos valores objeto da tributação.

Concluimos aqui que a resposta depende do modelo de negócio em causa. No que tange ao acesso às informações relativas aos negócios travados, exceto se o modelo for estruturado para apenas conectar as partes a fim de que elas diretamente acertem entre si valores, forma de pagamento, entrega etc. (caso da plataforma OLX, por exemplo), regra geral, os *marketplaces* detêm sim acesso às informações-chaves dos negócios entabulados em seus ambientes virtuais. Já no que se refere ao acesso aos valores relativos às transações com intangíveis, haveria, em suma, dois cenários possíveis. Um primeiro em que a plataforma de *marketplace* só receberia a remuneração pelos seus serviços, sem ter acesso ao dinheiro dos fornecedores, caso das plataformas que optam por contratar empresas, muitas vezes *fintechs* especializadas em *split* de pagamentos. E um segundo, no qual a plataforma de *marketplace* efetivamente recebe todo o dinheiro relativo às operações que intermedeia, repassando, após a retenção de suas comissões, o saldo devedor aos fornecedores. De se notar, aliás, que nesse último caso, tendo em conta o volume de valores por esses agentes processados, a título de pagamento pelos fornecimentos realizados, e o risco sistêmico ao sistema financeiro nacional, o Banco Central do Brasil emitiu a Circular n.º 3.886/2018, em que sujeita os *marketplaces* à sua regulação prudencial.

Apenas nessa segunda hipótese nos parece ser possível, sim, imputar às plataformas de *marketplace* a responsabilização por substituição, atribuindo a elas o dever de recolherem o imposto sobre intangíveis devidos pelas operações que intermedeiam. É que nesse caso ambas as condicionantes exigidas pelo sistema pátrio estão cumpridas: (i) acesso aos valores relativos às operações de consumo consubstanciares da capacidade contributiva que se intenta atingir; e (ii) acesso às informações relacionadas a essas transações que intermedeia. Aliás, o acesso à informação sobre as transações realizadas, nesse caso, seria mesmo pressuposto, haja vista que sem ela dificilmente seria possível às plataformas repassarem os valores devidos aos fornecedores dos produtos.

Já relativamente à primeira hipótese (plataformas detêm as informações das transações, mas não o acesso aos valores relativos às operações de consumo), em que pese não elegível ao regime de responsabilização exclusiva, duas ordens de questionamentos nos parecem dignas de comentários. Uma primeira consistente em se identificar algum outro papel passível de ser imputado a esses agentes intermediários, em prol da facilitação do recolhimento fiscal, e uma segunda relacionada à possibilidade de se imputar às processadoras de pagamentos, por deterem acesso aos valores objeto da tributação sobre o consumo, a obrigação de reterem os valores devidos e repassá-los ao Fisco, em substituição aos contribuintes.

Quanto à primeira questão, é possível se aventar a possibilidade de, desde que cumpridas as exigências impostas pelo sistema brasileiro, atribuir às plataformas de *marketplace* a responsabilidade subsidiária pelo recolhimento dos valores devidos a título de imposto sobre intangíveis, ou quiçá apenas o dever de cooperar com a Administração Pública por meio do fornecimento de informações (mas, sem responsabilização pelo pagamento do tributo). Em suma, ser-lhes imputado outros regimes de cooperação possíveis. Já no que tange à segunda questão, aventar-se a possibilidade de imputar a responsabilidade por substituição às facilitadoras de pagamento é algo

que a par de encontrar guarida em alguns regimes jurídicos pelo mundo,²⁵ e até mesmo no Brasil,²⁶ não parece ser medida que respeite seja as diretrizes internacionais, seja as condicionantes do sistema brasileiro. É que nesse caso, não há dúvidas de que deteriam (as facilitadoras de pagamento) acesso aos valores correspondentes às transações comerciais, no entanto, é o acesso automático às informações necessárias ao adequado desempenho da retenção e/ou cobrança dos valores devidos a título de IVA que não deteriam (ou dificilmente deteriam).

No regime de responsabilidade subsidiária, as plataformas de *marketplace* só seriam chamadas a responder, solidariamente aos fornecedores, usuários da interface (que continuam a ser os sujeitos passivos prioritários – como contribuintes que são), quando tais sujeitos estejam em desconformidade com as Administrações Fiscais. No entanto, para além do descumprimento por parte do(s) fornecedor(es), a responsabilização das plataformas, para ser legítima, pressupõe imputação de alguma atitude culposa às plataformas – seja o descumprimento de ação esperada ou mesmo omissão do dever de cuidado – que contribua para o não recolhimento do tributo. Afirmamos que o relatório da OCDE traz duas situações em que a imputação dessa responsabilidade seria legítima. Primeira: a autoridade fiscal deveria notificar a(s) plataforma(s) digital(is) da inconformidade do fornecedor nela(s) cadastrado(s), concedendo a tais

25 Argentina, Colômbia, Costa Rica e Paraguai. OECD/WBG/CIAT/IDB (2021). **VAT Digital Toolkit for Latin America and the Caribbean**, p. 154. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/consumption/vat-digital-toolkit-for-latin-america-and-the-caribbean.htm>. Acesso em: 12 fev. 2023.

26 Trata-se de previsão que constava no Convênio n.º 106/2017, e que fora de fato legislado em alguns Estados Brasileiro, como por exemplo no Estado do Rio de Janeiro (art. 8º, VIII, b da Lei n.º 8.795/2020), *verbis*:
“Art. 18. São responsáveis pelo pagamento do imposto:
VIII - nas operações com bens e mercadorias digitais:
b) o intermediador financeiro, inclusive a administradora de cartão de crédito ou de outro meio de pagamento, caso a pessoa jurídica detentora de site ou de plataforma eletrônica apenas realize a oferta ou entrega por meio de transferência eletrônica de dados;”.

agentes um prazo para que tomassem as medidas cabíveis – seja agindo em prol da regularização dessa situação, seja removendo o fornecedor de seu ecossistema –, sob pena de, em se omitindo, responder solidariamente com os fornecedores pelos tributos relativos às operações futuras. Segunda: a plataforma digital pode ser considerada solidariamente responsável pelo IVA não declarado e recolhido pelo fornecedor quando a plataforma digital sabia ou era razoável que soubesse, com base em suas atividades no ecossistema, que o fornecedor deveria ser registrado para IVA, mas não o é. Nota-se que, nessa segunda hipótese, é imposto um ônus às plataformas digitais, a fim de que realizem *due diligence* (verificações “*know your customer*”) em seus fornecedores.

Olhando tais orientações vis-à-vis ao sistema brasileiro, é facilmente perceptível que essas premissas elencadas pela OCDE para atribuição de responsabilidade subsidiária às plataformas são bastante similares às impostas pelo sistema brasileiro para fins de responsabilização tributária *stricto sensu*. É dizer, as condicionantes impostas no Relatório da OCDE para fins de responsabilização subsidiária e solidária das plataformas digitais – quais sejam: ausência de pagamento pelo contribuinte e atitude culposa por parte desses intermediários – também encontram guarida no sistema brasileiro, sendo com ele compatível. Porém, aqui, para além daquelas duas, é exigida uma condicionante a mais, qual seja a posição de ascendência dessas plataformas de *marketplace*, relativamente ao contribuinte, que lhes possibilite influenciar tais sujeitos passivos a cumprirem para com seus deveres tributários. O sistema brasileiro exige que: (i) as plataformas de *marketplace* tenham a possibilidade fática de influenciarem no adimplemento por parte dos contribuintes de suas obrigações tributárias (principais); (ii) em razão desse posicionamento estratégico, seja estabelecido dever de colaborar com a administração para fins de que esses devedores principais (contribuintes) efetivamente recolham os tributos devidos; (iii) descumprimento desse dever de colaboração (focado em influir no pagamento do tributo devido), a influir no (iv) inadimplemento pelo contribuinte do dever de recolher os tributos devidos.

Tendo em conta o protagonismo de poucas plataformas digitais no volume total das transações de *e-commerce*, é possível concluir que dificilmente a grande massa de fornecedores consegue escalar suas vendas à margem desses intermediários digitais (informação essa confirmada nas entrevistas feitas com representantes de alguns dos principais *marketplaces* brasileiros, bem como de análise dos termos de uso de algumas dessas plataformas). Presumível, portanto, que, regra geral, esses intermediários detêm a possibilidade fática de influenciarem os fornecedores (contribuintes) no acertamento de suas obrigações fiscais, sendo possível lhes serem imputados deveres de colaboração para com a Administração, cujo foco é o recolhimento dos tributos por parte dos contribuintes. Logo, os itens (i) e (ii) supramencionados, em tese, seriam de fácil observação. Já os itens (iii) e (iv) chamam a atenção ao fato de ser necessário umnexo causal entre os deveres de colaboração exigidos das plataformas, o seu descumprimento por parte desses intermediários e a ausência de recolhimento dos tributos por parte dos contribuintes. Apenas se verificada tal interconexão é que seria legítimo se exigir da plataforma – enquanto garante – o pagamento dos tributos. E, olhando-se as duas hipóteses de imposição de responsabilidade subsidiária propostas pela OCDE, concluiu-se que em ambas se verifica a certa correlação entre o dever de colaboração imposto à plataforma (agir em prol do acertamento e/ou remover os fornecedores inadimplentes; ou a realização de *due diligence*), o seu descumprimento e o resultado danoso ao erário (não pagamento do tributo pelo contribuinte), o que autorizaria a previsão de tal regime no sistema brasileiro.

Por fim, sobre a possibilidade de se atribuir outros papéis às plataformas – cumulativamente, ou não, à atribuição de responsabilidade exclusiva ou subsidiária –, conexos à ideia de mero dever de cooperação para com a Administração Pública, de se destacar que o objetivo do organismo internacional fora o de identificar outras funções que as plataformas poderiam desempenhar a fim de auxiliarem na cobrança eficiente e eficaz do IVA nas vendas on-line. O relatório enumera as seguintes possibilidades: (i) obrigação de compartilhamento de informações, (ii) educação de fornecedores, (iii) a opção de uma plataforma assumir voluntariamente a

obrigação de cobrador do IVA/GST, e (iv) celebração de acordos formais entre autoridades fiscais e plataformas. Como já destacamos no item antecedente, esse “último papel”, atrelado à ideia de regime de *cooperative compliance*, nos parece ser antes um instrumento possível à instituição dos deveres do que uma efetiva alternativa de função a ser exercida pelas plataformas. De toda forma, todas elas nos parecem de possível adoção no Brasil, desde que o dever de cooperação imposto aos cidadãos tenha por premissa a capacidade fática dos mesmos adimpli-lo.

Em suma, avançar no debate desse tema é em todo relevante, mormente se tivermos em consideração que a tendência de responsabilização das plataformas digitais (na realidade de comércio eletrônico de primeira geração) aqui definidas tendem a ser lá (*e-commerce* de segunda geração, uma economia tokenizada) replicadas. E mais, trazer o contexto internacional é medida indispensável quando olhamos a tendência de crescente tokenização da economia, a potencializar o comércio e consumo transacional, pela facilitação que a infraestrutura blockchain permite a trocas de valores. Eis a pretensão do presente artigo: um convite à comunidade jurídica para que possamos avançar no diálogo acerca do assunto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário** (26. ed.). Saraiva: São Paulo, 2015.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro** (9. ed.). Rio de Janeiro: Forense, 2008.

EBIT/NIELSEN. **Webshoppers** 42. ed., 2020. Disponível em: https://myag-mexpress.com/downloads/Webshoppers_42.pdf. Acesso em: 14 nov. 2022.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Art. 122. *In*: GRILLO, Fabio Artigas; RIBEIRO DA SILVA, Roque Sérgio D'Andrea. **Código Tributário Nacional Anotado**. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná, 2014. Disponível em: http://www2.oabpr.org.br/downloads/ctn_v2.pdf.

INTERNATIONAL POST CORPORATION (2017). **IPC Online Shopper Survey 2017 reports**. Disponível em: <https://www.ipc.be/services/markets-and-regulations/cross-border-shopper-survey/2017>. Acesso em: 14 nov. 2022.

HIX CAPITAL; ASTELLA. **Whitepaper sobre Marketplaces**. Carta aos Investidores. 1º semestre 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Sujeição Passiva Tributária**. Belém: CEJUP, 1986.

OECD (1998). **Electronic Commerce: Taxation Framework Conditions**. A Report by the Committee on Fiscal Affairs. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/consumption/1923256.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2022.

OECD (2000). **Report by the Technology Technical Advisory Group**; OECD (2001). WP9 Report.

OECD (2001). **Taxation and Electronic Commerce: Implementing the Ottawa Taxation Framework Conditions**. OECD Publishing, Paris. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264189799-en>. Acesso em: 14 nov. 2022.

OECD (2019). **The Role of Digital Platforms in the Collection of VAT/GST on Online Sales**. OECD Publishing, Paris. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/e0e2dd2d-en>. Acesso em: 14 fev. 2023.

OECD/WBG/CIAT/IDB (2021). **VAT Digital Toolkit for Latin America and the Caribbean**. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/consumption/vat-digital-toolkit-for-latin-america-and-the-caribbean.htm>. Acesso em: 12 fev. 2023.

PAULSEN, Leandro. **Capacidade Colaborativa**. Princípio de Direito Tributário para obrigações acessórias e de terceiros. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

PAULSEN, Leandro. **Responsabilidade e Substituição Tributárias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado [livro eletrônico], 2012.

SOUSA, Rubens Gomes de. **Compêndio de Direito Tributário**. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário** (16. ed.). Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

UHDRE, Dayana de Carvalho. Breves notas sobre a proposta brasileira de regulamentação dos criptoativos à luz das experiências internacionais de Japão, Suíça, Mata e Liechtenstein. *In*: GOMES, Daniel de Paiva *et al.* (coord.). **Criptoativos, Tokenização, Blockchain, Metaverso**: Aspectos Filosóficos, Tecnológicos, Jurídicos, Econômicos. São Paulo: Thompsons Reuters Brasil, 2022, p. 501-530.

UHDRE, Dayana de Carvalho. Realidade Digital, Tributação Indireta e Tendências Internacionais: o que a blockchain tem (ou pode ter) com isso? *In*: CRAVO, Daniela Copetti *et al.* (coord.) **Direito Público e Tecnologia**. Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 177-200.

UHDRE, Dayana de Carvalho. Tributação de “NFT” em ambiente metaverso: algumas breves reflexões à luz do sistema brasileiro de tributação indireta. *In*: GOMES, Daniel de Paiva *et al.* (coord.). **Criptoativos, Tokenização, Blockchain e Metaverso**: Aspectos Filosóficos, Tecnológicos, Jurídicos e Econômicos. São Paulo: Thompsons Reuters Brasil, 2022, p. 1421-1446.

Considerações acerca da transação tributária e sua viabilidade no Estado do Paraná

Settlement of tax disputes and its feasibility in the State of Paraná

Fabio Artigas Grillo¹

RESUMO: Trata-se de abordagem acerca da validade jurídica e aplicação do instituto da transação tributária enquanto modalidade de extinção do crédito tributário prescrita pelos arts. 171 e 156, III, do Código Tributário Nacional – CTN para os Estados-membros da Federação, de modo específico para a legislação tributária vigente no Estado do Paraná. Para tanto, parte-se da contextualização do quadro de ineficiência e falta de celeridade na função administrativa de cobrança do crédito tributário, mormente se considerados os dados estatísticos correlatos, tais como estoque de processos administrativos e judiciais em curso, assim como os valores inscritos em dívida ativa, estes dependentes do inerte e complexo processo de execução fiscal. São apresentados os aspectos essenciais da transação tributária, notadamente a ausência de contrariedade à noção de indisponibilidade do interesse público, e, por conseguinte, ao próprio princípio da indisponibilidade do crédito tributário. Demonstra-se a ausência de renúncia fiscal por ocasião das concessões recíprocas na transação, ao mesmo tempo em que legislações de alguns Estados-membros são analisadas.

1 Advogado, Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR; Mestre em Política Econômica Internacional pela *Universidad de Belgrano* (Buenos Aires, Argentina); Especialista em Direito Internacional e Comparado pela *CAILAW* (Dallas, EUA); Conselheiro Estadual e Presidente da Comissão de Direito Tributário da OAB/PR; Membro Consultor da Comissão Especial de Direito Tributário do Conselho Federal da OAB; Conselheiro do Instituto de Direito Tributário do Paraná – IDT/PR.

PALAVRAS-CHAVE: Transação tributária; Interesse público; Aspectos essenciais; Estado do Paraná; Validade jurídica e aplicação.

ABSTRACT: This is an approach about the legal validity and application of the settlement for tax disputes institute as a modality of extinguishing the tax credit established by articles 171 and 156, III, of the Brazilian Tax Code (CTN) for the States of the Brazilian Federation, specifically for the tax legislation in force in the State of Paraná. Therefore, it begins showing the context of the inefficiency and lack of speed in the administrative function of collecting the tax credit, especially considering the related statistical data, such as the stock of administrative and judicial proceedings in progress, as well as the amounts due to the State, these dependent on the inert and complex tax foreclosure process. The essential aspects of the settlement of tax disputes are presented, notably the absence of opposition to the notion of unavailability of the public interest, and therefore to the principle of unavailability of the tax credit. It demonstrates the absence of tax waiver on the reciprocal concessions in the settlement of tax disputes, while the legislation of some member states is analyzed.

KEYWORDS: Settlement of tax disputes; Public interest; Main aspects; State of Paraná; Legal validity and application.

1. INTRODUÇÃO

Apesar das previsões expressas dos arts. 171 e 156, III, do Código Tributário Nacional – CTN,² qualificando a transação tributária como uma das modalidades de extinção do crédito tributário, a sua implementação pelas legislações da União Federal, Estados, Distrito Federal e Municípios somente passou a se tornar realidade no ordenamento jurídico mais recentemente.

2 CTN, art. 156: “Extinguem o crédito tributário: (...) III – a transação.”; art. 171: “A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário.”

As razões para essa discrepância são conhecidas. A principal delas sempre foi a prevalência de uma visão cética em relação ao instituto da transação tributária, notadamente em face de um falso óbice verificado a partir da noção de indisponibilidade do interesse público, com a consequente impossibilidade de se fazer qualquer concessão em relação ao crédito tributário. As concessões recíprocas ínsitas à transação tributária seriam, sob esse enfoque, incompatíveis com o interesse público.

No entanto, é importante que se tenha por premissa, nenhum desses dois dispositivos do CTN jamais foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF, mesmo em se tratando de lei ordinária publicada em 1966 e recepcionada pela Constituição Federal de 1988 com *status* de lei complementar.

Foi assim, então, que paulatinamente o instituto da transação tributária passou a ser instituído pelos entes federativos, no âmbito das suas respectivas competências tributárias atribuídas pela Carta da República.

Com efeito, não só municípios passaram a instituir normas jurídicas específicas de transação tributária, a exemplo da Lei Complementar n.º 68/2008, de Curitiba, como, também, Estados e a própria União Federal, com a recente Lei n.º 13.988/2020.

As razões e benefícios dessa tendência exigem que o ordenamento jurídico tributário vigente no Estado do Paraná passe a adotar a transação tributária dentre os métodos alternativos à solução de conflitos dessa natureza, seja no âmbito da esfera administrativa fiscal, seja, também, no que refere aos processos que se encontram ao crivo do Poder Judiciário.

Apesar dos dados disponíveis pela Secretaria de Estado da Fazenda do Paraná não estarem atualizados até o final do exercício de 2022,³ mas

3 SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO PARANÁ. Disponível em: <https://www.fazenda.pr.gov.br/webservices/documentador/Divida-Ativa-Tributaria-Exercicio-atual>. Acesso em: 23 fev. 2023.

tão somente até junho daquele ano, o montante de dívida ativa inscrita, seja de débitos de natureza tributária, seja, também, não-tributários, são impressionantes. Os valores inscritos dos débitos tributários somam R\$ 40.087.971.508,10 (quarenta bilhões, oitenta e sete milhões, novecentos e setenta e um mil e quinhentos e oito reais e dez centavos), sendo que os não-tributários alcançam R\$ 776.839.147,01 (setecentos e setenta e seis milhões, oitocentos e trinta e nove mil, cento e quarenta e sete reais e um centavo), totalizando R\$ 40.864.810.655,11 (quarenta bilhões, oitocentos e sessenta e quatro milhões, oitocentos e dez mil e seiscentos e cinquenta e cinco reais e onze centavos).

Válido notar que esse montante não abrange os valores dos créditos tributários lançados via autos de infração e que ainda estão na etapa de contencioso administrativo fiscal, pendentes, portanto, de decisões na esfera da própria Fazenda Estadual na primeira instância e, posteriormente, perante o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais – CCRF.

Em outras palavras, somente se considerados os dados ora referidos a título de dívida ativa no Estado do Paraná, estes já se revelam suficientes para a idealização e construção, pelo Poder Executivo, de proposta legislativa a fim de instituir, pelo menos, a transação tributária no âmbito judicial, mais especificamente dos processos de execução fiscal regidos pela Lei n.º 6.830/80. Até porque o grande *gargalo* dessa dívida ativa está diretamente relacionado à falta de eficiência na cobrança dos créditos tributários por meio dos processos de execução fiscal.

Nesse contexto, saliente-se o quadro igualmente extraído de alguns dados estatísticos relevantes, notadamente o *Justiça em Números 2022* do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, segundo o qual o Poder Judiciário contava com um acervo de 77 (setenta e sete) milhões de processos pendentes de baixa no final do ano de 2021, sendo que mais da metade desses processos (53,3%) se referia à fase de execução. Aqueles casos pendentes na fase de execução apresentaram, segundo esse levantamento, tendência de crescimento do estoque entre os anos de 2009 e 2017, tendo permanecido quase que estáveis até 2021. Não se pode deixar de destacar

que a maior parte dos processos de execução é composta pelas execuções fiscais, representando 65% do estoque em execução. Esses processos são os principais responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, representando aproximadamente 35% do total de casos pendentes e congestionamento de 90% em 2021. O impacto da execução é significativo principalmente nos segmentos da Justiça Estadual, correspondendo a respectivamente 55,8% do acervo total de cada ramo, frente a 46,1% da Justiça Federal e 47,8% da Justiça do Trabalho.⁴

Outra fonte de dados relevante a justificar o avanço da transação enquanto método alternativo de solução de controvérsias tributárias corresponde ao Diagnóstico do Contencioso Judicial Tributário Brasileiro.⁵ Dentre os processos judiciais por tributo, verifica-se o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS em segundo lugar na listagem geral, representando 16,45% do total volume de contencioso. O Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* – ITCMD está posicionado em quarto lugar, com aproximadamente 7,27% desse volume de processos, ao passo que o Imposto sobre Propriedade Veicular e Automotiva – IPVA, em menor escala e na oitava posição, resulta em 5,48%. Ou seja, os tributos de competência dos Estados têm relevância no imbricado contencioso judicial tributário.

4 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2022**. Brasília: CNJ, 2022, p. 164-165. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/11/justica-em-numeros-2022.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2023. Veja-se, no detalhe, o seguinte trecho desse relevante documento estatístico: “Há de se destacar, no entanto, que há casos em que o Judiciário esgotou os meios previstos em lei e ainda assim não houve localização de patrimônio capaz de satisfazer o crédito, permanecendo o processo pendente. Ademais, as dívidas chegam ao judiciário após esgotados os meios de cobrança administrativos, por isso a difícil recuperação. Nesse contexto, a análise das taxas de congestionamento líquidas e brutas são bastante relevantes, pois nessa fase o processo permanece pendente, com status de suspensão, deixando de impactar na taxa de congestionamento líquida (sem suspensos ou sobrestados ou em arquivo provisório).”

5 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diagnóstico do Contencioso Cudicial Tributário Brasileiro**: relatório final de pesquisa. Brasília: CNJ, 2022, p. 52. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/02/relatorio-contencioso-tributario-final-v10-2.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2023.

Ademais, ineficiência na arrecadação tributária, tempo indeterminado e excessivo de duração da relação jurídica contenciosa, imprevisão e insegurança jurídica com relação ao mérito de sua decisão final implicam, sem exceção, em *custos de manutenção* tanto para o Poder Público,⁶ quanto para os particulares.

Revela-se cristalino um quadro de absoluta falta de efetividade e realização da Justiça por meio dos instrumentos destinados à solução de controvérsias de natureza tributária que hoje se encontram à disposição para tal desiderato. Os dados estatísticos acima apontados são prova real desse contexto.

Está comprovado que os meios administrativo e judicial não mais atendem às demandas originárias da complexidade do sistema jurídico vigente, demonstrando que o instrumental jurídico, além de insuficiente, também é antiquado e deve ser aprimorado.

Do ponto de vista da arrecadação, as informações disponibilizadas pela própria Administração Tributária brasileira dão conta de que não há eficiência suficiente e satisfatória na cobrança e arrecadação dos tributos envolvidos em contenciosos administrativos e judiciais.

6 Como, por exemplo, tem-se estudo de outrora muito bem fundamentado do IPEA sobre o tema: “Tendo em vista os dados sobre o orçamento da Justiça Federal de Primeiro Grau, tem-se que seu custo diário é de R\$ 13,5 milhões e o custo médio do processo no ano de 2009 foi de R\$ 1,58/dia. Logo, o custo médio total provável do Processo de Execução Fiscal Médio (PEFM) é de R\$ 4.685,39. Quando excluídos os custos com o processamento de embargos e recursos, esse valor é de R\$ 4.368,00. Este último valor é o indicador mais adequado à determinação do custo efetivo do processamento da execução fiscal, na Justiça Federal de Primeiro Grau. Entretanto, outros fatores, como complexidade das rotinas e qualidade da mão de obra empregada, não podem ser objeto de cálculo por meio desse método. Por isso, calculou-se o custo-atividade, que é uma diferenciação entre o custo médio de um processo que se encontra parado e o custo médio das movimentações do processo. Sendo assim, o custo médio provável baseado em atividades do PEFM é de R\$ 1.854,23. Esse valor indica o custo dos insumos diretamente empregados no processamento da execução fiscal, na Justiça Federal de Primeiro Grau.” (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal. **Comunicado do IPEA**. N.º 83. Brasília: IPEA, março 2011. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=7844. Acesso em: 23 fev. 2023).

Eis, portanto, a confirmação do diagnóstico da propalada situação caótica no sistema tributário vigente. Uma realidade que exalta ineficiência do sistema tradicional de soluções de controvérsias de natureza tributária, demonstrando letargia estatal.

Não há, com base nesse quadro social evidenciando insegurança jurídica, efetividade na incessante busca da realização do *sobreprincípio da Justiça Tributária*.⁷

Diante dessa realidade de conflito e insegurança jurídica, desvelando a falta de efetividade da almejada Justiça Tributária, revela-se necessário buscar uma coordenação jurídica do sistema tributário. Essa proposta de coordenação sistemática, visando à redução de referida complexidade, tem amparo em critérios e instrumentos objetivos, tais como a utilização de meios consensuais na solução dos conflitos, em especial na temática relacionada aos tributos e sua aplicação.

Daí, então, relevantes as considerações a seguir acerca da *transação em matéria tributária*, notadamente no que refere à sua ampla e necessária aplicabilidade no âmbito do Estado do Paraná.

2. CONSENSO E INTERESSE PÚBLICO

A realidade atual demonstra maior grau de colaboração entre particulares e Poder Público na realização dos fins públicos, concretizado por uma Administração Pública que se utiliza de formas consensuais

7 Veja-se a lição de Paulo de Barros Carvalho acerca do princípio em comento: “O princípio da justiça é uma diretriz suprema. Na sua explicitude, pois está expressa no Preâmbulo da CR/88, penetra de tal modo as unidades normativas do ordenamento que todos o proclamam, fazendo dele até lugar comum, que se presta para justificar interesses antagônicos e até desconcertantes. Como valor que é, participa daquela subjetividade que mencionamos, ajustando-se diferentemente nas escalas hierárquicas das mais variadas ideologias. Os sistemas jurídicos dos povos civilizados projetam-no para figurar no subsolo de todos os preceitos, seja qual for a porção da conduta a ser disciplinada.” (**Direito tributário, linguagem e método**. 2. ed., São Paulo: Noeses, 2008, p. 272).

em substituição às decisões unilaterais típicas do ato administrativo, com nítido caráter participativo.

Nem sempre foi assim. Historicamente a defesa do interesse público sempre foi atribuída de maneira exclusiva à Administração Pública.

A partir de uma noção exacerbada quanto à presunção de legalidade dos atos praticados pela Administração Pública, com prerrogativas e privilégios inerentes à sua autoexecutoriedade, criou-se jurisprudência amparada nessa mesma visão legalista.

Nesse entendimento faz-se referência à circunstância pela qual o interesse público tem como característica essencial sua indisponibilidade, não lhe sendo, por conta disso, aplicável o regime jurídico de soluções convencionais de conflitos.

Essa indisponibilidade decorre do axioma da supremacia do interesse público sobre o particular. A indisponibilidade do interesse público decorre da circunstância pela qual sendo este de titularidade de toda a sociedade, não admite o exercício de poderes de disposição por qualquer pessoa, mormente pelo agente público.

Afigura-se, nessa senda, o entendimento manifestado por Celso Antônio Bandeira de Mello acerca da questão: “A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis.”⁸

Com relação à indisponibilidade do interesse público, mais especificamente dos bens e direitos públicos, essa regra somente pode ser objeto de disposição quando houver deliberação legal nesse sentido. Trazendo posicionamento compatível com os tempos atuais, Marçal Justen Filho ensina que:

8 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 73-74.

Não há pertinência em cogitar da indisponibilidade do interesse público, eis que estão em jogo direitos subjetivos de titularidade pública e privada (...) A ordem jurídica pode autorizar a Administração Pública a entabular negociações e acordos com os particulares, versando sobre os direitos subjetivos públicos, admitindo que tal solução é um meio para a realização mais adequada e satisfatória dos interesses públicos abstratos e concretos que se constituem no fim buscado pela atividade estatal.⁹

Vale dizer, somente a lei poderá afirmar exceção à regra geral da indisponibilidade, reputando um bem ou direito de interesse público como disponível ou não.¹⁰

Ocorre que pressupor que há uma superioridade entre o Estado e o particular, na relação jurídica da qual são partes interessadas, significa presumir-se, desde logo, a existência de um conflito, ainda que latente.¹¹

A participação popular, associada aos demais direitos e garantias fundamentais plasmados na Constituição Federal de 1988, é que serve de

9 JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse público e disponibilidade dos direitos subjetivos da Administração Pública. In: JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique (coord.). **Acordos Administrativos no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 61.

10 “O princípio da legalidade explicita a subordinação da atividade administrativa à lei e surge como decorrência natural da indisponibilidade do interesse público, noção, esta, que, conforme foi visto, informa o caráter da relação de administração.” (MELLO, 2009, p. 75).

11 “Note-se que afirmar uma supremacia do interesse público sobre o particular importa em uma pressuposição da existência de um conflito entre ambos – ainda que em caráter meramente latente, como sói acontecer quando da formação de um contrato – e uma prelázia apriorística do primeiro sobre o segundo (conquanto nada haja que impeça que a solução deste conflito venha a final a propender para o lado do particular).” (ZIMMERMANN, Dennys. Alguns aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos a luz dos princípios da eficiência e do acesso à Justiça: por uma nova concepção de interesse público. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n.º 12, São Paulo: RT-IBDC, jan.-mar. 2007, p. 76).

vetor constitucional para a adoção de um regime jurídico de soluções consensuais de controvérsias, mormente aquelas envolvendo o Poder Público.

Numa perspectiva de administração concertada ou consensual, tal qual extraída do texto da Constituição Federal, identifica-se a presença da democracia participativa em que o Poder Público procura ou atrai os particulares para chegar a um acordo em situações envolvendo interesses comuns.

O modo tradicional de atuação da Administração Pública, privilegiando, como regra, o formato unilateral, encontra-se, desde o advento da Constituição Federal de 1988, em fase de releitura, especialmente pelas novas formulações de participação do administrado na decisão e atuação do Poder Público.¹²

Percebe-se, notadamente nas questões de Direito Público, que, mais além do quadro normativo atual, ainda se verifica espaço amplo e aberto para o debate acerca da instituição e aplicação de mecanismos consensuais de solução de conflitos não somente no âmbito das relações regidas pelo Direito Privado, mas, também, nas relações jurídicas conflitantes em que figure como parte interessada o Poder Público.

Em suma, o desenvolvimento e incorporação de meios consensuais de resolução de controvérsias visa justamente dar cumprimento aos objetivos da Constituição Federal, proporcionando aos particulares sua participação e colaboração, e, ao próprio Estado, um acesso mais amplo aos instrumentos que dão efetividade à Justiça.

12 Cf. DÁCOMO, Natalia De Nardi. **Direito Tributário Participativo**: transação e arbitragem administrativas da obrigação tributária. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 74-75. Registre-se, também, a seguinte passagem de Marçal Justen Filho: “A situação se alterou com a CF/88, que consagrou um Estado Democrático de Direito, centrado em torno dos direitos fundamentais. Ainda que essas inovações tenham apresentado uma dimensão parcialmente semântica, o cenário jurídico passou por alterações radicais. (...) A sistemática consagrada pela CF/88 produziu uma série de implicações no tocante à temática do interesse público.” (JUSTEN FILHO, 2020, p. 42-43).

3. A TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA: ASPECTOS ESSENCIAIS

Assim como no Direito Administrativo a consensualidade acompanhou o quadro evolutivo do Estado e a variação do grau de participação dos particulares nas tarefas públicas, a relação jurídica tributária também demonstra ter sofrido reflexos dessa natureza.

De acordo com Eduardo Paz Ferreira, considerada a relação jurídica tributária, trata-se de “um processo em que o Estado cada vez menos recorre a poderes de autoridade e, cada vez, mais procura conversar com a sociedade, e em especial com os agentes econômicos, com os seus ‘súbditos’ para usar a antiga expressão, que deixam de ser súbditos para passar a ser verdadeiramente parceiros num quadro de concertação social”.¹³

Passam a assumir relevância ímpar os princípios da *proteção da confiança legítima* e da *boa-fé*, a partir dos quais o Estado deve respeitar os direitos e garantias fundamentais dos contribuintes, pois o fato indutor dessa confiança deve ser criado pelo Poder Público e seus órgãos.¹⁴

Previsibilidade, transparência, certeza do direito, segurança jurídica na relação entre Fisco e contribuinte, estabilidade nas atividades de interpretação e aplicação da legislação, sedimentação jurisprudencial, observância da moralidade e eficiência administrativas, enfim, todos esses princípios devem ser estritamente observados e preservados no Estado Democrático Fiscal.¹⁵

13 FERREIRA, Eduardo Paz. A possibilidade de arbitragem tributária. In: **I Conferência AIBAT-IDEFF: a arbitragem em direito tributário**. Colóquios IDEFF, n. 2. Lisboa: Almedina, 2010, p. 19.

14 Cf. BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. Atualizadora Misabel Abreu Machado Derzi. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, N. A., p. 1305-1330. No mesmo sentido: DERZI, Misabel de Abreu Machado. Buena fe en el Derecho Tributario. In: PISTONE, Pascuale; TORRES, Heleno Taveira (orgs.). **Estudios de Derecho Tributario Constitucional e Internacional: homenaje latinoamericano a Victor Uckmar**. Buenos Aires: Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, p. 265-281.

15 Cf. TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica**. RT: São Paulo, 2011, p. 209-297.

Nessa configuração do Estado Democrático Fiscal enquanto Estado Cooperativo,¹⁶ a adoção de métodos consensuais de solução de conflitos de natureza tributária demonstra a existência de um processo de modernização organizativa, do modo de atuação e, também, das formas de realização da função administrativa; introduzindo, assim, certa dose de flexibilidade, com limites na lei, que possibilite à Administração Pública, em especial à Administração Tributária, a consecução eficiente de suas finalidades primordiais.¹⁷

Afastam-se, assim, os pressupostos autoritários de outrora no que diz respeito à relação jurídica tributária, numa perspectiva de reequilíbrio de forças nos vínculos existentes entre Estado e contribuintes.

16 TORRES, Ricardo Lobo. Transação, conciliação e processo tributário administrativo equitativo. In: FILHO, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva; GUIMARÃES, Vasco Branco (orgs.). **Transação e Arbitragem no Âmbito Tributário**: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 95. Válida a transcrição dos ensinamentos de José Casalta Nabais a esse respeito: “Tendo em conta a dimensão do fenómeno fiscal nos países industrializados, expressa sobretudo no facto de os impostos abarcarem mais de um quarto do produto interno bruto, de marcarmos a relação entre o cidadão e o Estado e de influenciarmos de forma assinalável toda a actividade económica e social, não custa compreender que, à semelhança do que sucedeu ao nível mais geral da acção económica do Estado onde se institucionalizou a chamada ‘economia concertada’, o desenvolvimento da colaboração se tenha instalado também na relação entre a Administração fiscal e os contribuintes. (...) Mais que questionarmos acerca da designação, da extensão horizontal e vertical e da natureza jurídica da auto-liquidação, importa aqui assinalar o que uma tal figura significa como ponto de chegada de todo um processo evolutivo que, no decurso de um século, passou, de um estágio em que era natural que o contribuinte assumisse uma atitude puramente passiva face às pretensões do Estado e pagasse os impostos se e nos limites em que ele era fixado por um acto de autoridade (acto autoritário = acto tributário), para um estágio em que domina a ideia de que o contribuinte deve colaborar activamente com a Administração fiscal na prossecução dos objectivos assinalados à aplicação dos impostos.” (NABAIS, José Casalta. **Contratos Fiscais [Reflexões Acerca de sua Admissibilidade]**. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Studia Juridica 5. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 173-175).

17 ANTÓN, Fernando Serrano. **La Resolución de Conflictos en el Derecho Internacional tributario**: procedimiento amistoso y arbitraje. Navarra: Aranzadi-Thompson Reuters, 2010, p. 36.

A transação tributária consiste na celebração de um acordo ou consenso entre os sujeitos da respectiva relação jurídica, com amparo em lei autorizadora, por meio do qual se objetiva alcançar solução satisfatória e definitiva para ambos acerca de uma determinada controvérsia ou conflito dessa natureza.

Conceituando o instituto, e agrupando os elementos que, levados em consideração os pressupostos gerais da transação, Heleno Taveira Torres leciona que a “transação tributária tem como pressupostos o litígio e a vontade de transigir, mediante concessões recíprocas da Administração e dos contribuintes, mediante o acordo obtido.”¹⁸

Assim, denomina-se a transação tributária como sendo o negócio jurídico administrativo, celebrado entre sujeito ativo e passivo de uma determinada relação jurídica tributária controvertida, que, nos termos e condições estabelecidos pela lei, mediante manifestação expressa de suas respectivas vontades, avençam em relação aos seus interesses contrapostos, por meio de concessões mútuas, resultando na extinção do litígio em face do adimplemento do crédito tributário correlato.¹⁹

Da mesma forma, e conforme verificado no Direito Privado, mais especificamente no art. 840 do Código Civil, o Direito Tributário também contempla um conceito legal de transação. Com efeito, o Código Tributário Nacional – CTN inclui a transação entre as modalidades de extinção do crédito tributário, previstas no rol taxativo do art. 156, especificamente em seu inciso III.

18 TORRES, Heleno Taveira. Princípios da segurança jurídica e transação em matéria tributária: os limites da revisão administrativa dos acordos tributários. *In*: FILHO, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva; GUIMARÃES, Vasco Branco (orgs.). **Transação e Arbitragem no Âmbito Tributário**: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 312.

19 GRILLO, Fabio Artigas. **Transação e Justiça Tributária**. Tese de Doutorado em Direito do Estado, UFPR: Curitiba, 2012, p. 170. Disponível em: <https://educapes.capes.gov.br/handle/1884/28525>. Acesso em: 23 fev. 2023.

Nesse caso, o fenômeno da desintegração do crédito tributário, originário da respectiva obrigação, e que foi nominado pelo legislador como *extinção* do mesmo, dá-se pelo desaparecimento do objeto da mesma, assim como dos direitos e deveres correlativos.

Como elemento essencial de referido conceito normativo, enquanto acordo celebrado entre os sujeitos ativo e passivo da relação tributária, mediante concessões mútuas, a transação depende de lei específica e autorizativa.

Trata-se de uma decorrência do regime jurídico de Direito Público, mais especificamente do Direito Tributário. Somente com amparo em autorização legislativa específica é que poderá cogitar-se da possibilidade de ser celebrada transação em matéria tributária, ou seja, será com base em condições e requisitos previstos na lei que contribuintes e Administração Tributária poderão alcançar solução consensual para um determinado conflito dessa índole.

A partir da regra geral e abstrata,²⁰ com hierarquia de lei complementar em matéria tributária, que hoje vem entabulada no art. 171 do CTN, poderão os Entes Políticos no exercício de suas respectivas competências normativas instituir, por meio de lei ordinária e não necessariamente complementar, leis gerais ou específicas acerca da transação tributária.

A lei que o art. 171 do CTN menciona pode ser tanto uma lei geral quanto uma lei específica que, como a própria classificação expressamente prevê, a primeira aplicando-se a múltiplos casos e a segunda a uma determinada situação fática ou jurídica.²¹ Assim, o CTN, na qualidade de lei

20 “Conforme determina o Art. 171 do CTN, a lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e consequente extinção do crédito tributário. Portanto, essas condições são os critérios que a lei que estabelecer a transação deve explicitar. Essa lei pertence à classe da norma geral e abstrata; isso significa que seus enunciados são conotativos, ou seja, estabelecem os critérios de identificação de um evento como fato jurídico.” (DÁCOMO, 2009, p. 187).

21 TORRES, 2008, p. 310.

complementar tributária, fixa o poder normativo das pessoas políticas para, através das legislações específicas, disciplinarem a transação.²² Daí a existência de leis gerais e específicas instituidoras de modalidades transacionais no âmbito da União Federal, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Importante notar, da mesma forma, que o referido dispositivo do art. 171 do CTN não exige lei prévia unicamente para autorizar as partes correlatas a celebrar transação tributária, mas, especificamente em seu parágrafo único, encontra-se estabelecido que a competência para que a Administração Tributária enquanto sujeito ativo da relação jurídica possa celebrar transação deve necessariamente estar prescrita por respectiva lei de regência.

A legislação instituidora da transação em matéria tributária deve, nesse aspecto, necessariamente propiciar um maior grau de flexibilidade, conferindo certa margem de discricionariedade à Administração Tributária, com o intuito de compor ou solucionar, a depender da situação, conflitos envolvendo obrigações de cunho tributário.

Paulo Henrique Figueiredo, em obra específica e praticamente pioneira sobre o tema no Brasil, ao discorrer a respeito da transação tributária em face dos princípios, destaca que “para se operar a transação tributária, como dito, é absolutamente necessária a edição de uma norma autorizadora e específica, tendo em vista que a administração não goza de poder discricionário para firmar o pacto.”²³

Rubens Miranda de Carvalho assinala que essa “atribuição de competência imbrica, em um único momento, a restrição quanto a (sic) capacidade de ação do administrador público, que pode fazer o que a lei lhe faculte, ou determine (poder/dever) e que não poderá fazer o que a lei não

22 Cf. DÁCOMO, 2009, p. 191.

23 FIGUEIREDO, Paulo Henrique. **A Transação Tributária como Expressão dos Direitos do Cidadão**. Recife: Bagaço, 2004, p. 142.

lhe haja permitido, sob pena de nulidade do ato praticado.”²⁴

Note-se que o art. 171 do CTN, uma vez estabelecida a legislação tributária condicionante, não obriga os sujeitos da relação jurídica tributária a obrigatoriamente celebrarem transação. O dispositivo é claro ao mencionar que as partes terão a faculdade de fazê-lo, desde que, nos termos da lei, estejam dispostas a fazer concessões mútuas.

Por essa circunstância, e em qualquer situação, a transação tributária deve ser considerada como instrumento subsidiário, suplementar, e não ordinário ou obrigatório, por assim dizer, para fins de composição ou solução de controvérsias dessa natureza. Em outras palavras, o método transacional não deve ser a regra, mas uma opção para solucionar o litígio, desde que observadas as suas condições e pressupostos, colocada à disposição dos administrados pelo ordenamento jurídico.

Vale mencionar, também, que se qualifica como objeto da transação o litígio de natureza tributária, configurado entre os sujeitos ativo e passivo da relação jurídica tributária, conflito este relacionado ao crédito tributário originário da respectiva obrigação principal na sua plenitude, com acréscimos (juros) e penalidades (multas) decorrentes da falta de pagamento do tributo na data de seu vencimento, excluídos os denominados deveres instrumentais.

A prestação do tributo, enquanto dever de adimplir a obrigação tributária, não é passível de transação por se tratar de uma decorrência da aplicação da lei instituidora desse mesmo dever.

De acordo com o disposto no art. 113 do CTN, a transação tributária, nos termos da lei, poderá abranger litígios vinculados a valores constituídos em face do inadimplemento da obrigação tributária principal, fixando somente ser passível de transação as penalidades pecuniárias e

24 CARVALHO, Rubens Miranda de. **Transação Tributária, Arbitragem e outras Formas Convencionadas de Solução de Lides Tributárias**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2008, p. 35.

respectivos acréscimos, excluídas as controvérsias relacionadas ao cumprimento dos deveres instrumentais.

Quanto aos seus efeitos, a transação implica em extinção do conflito, ou seja, do litígio que desde logo exista, ou possa potencialmente vir a se configurar diante de uma situação de incerteza, entre os sujeitos ativo e passivo da relação jurídica tributária.

Há manifesta impropriedade na expressão extraída do CTN, no art. 156, III, especificamente. A transação não extingue o crédito tributário. O que promove a extinção do crédito tributário é o pagamento resultante das concessões mútuas acordadas pelos sujeitos ativo e passivo, ocasionando, simultaneamente, o desaparecimento do direito subjetivo e do seu respectivo dever de prestação.

Em relação à eficácia da transação, ainda que prevista no CTN no rol das modalidades de extinção do crédito tributário, não possui esse atributo. A transação não tem por objetivo e nem eficácia extinguir o crédito tributário, mas, tão somente, o conflito ou litígio a ele vinculado.

Além dos efeitos da coisa julgada, a transação celebrada entre sujeito ativo e passivo tem eficácia de ato jurídico perfeito, nos termos do art. 5º, XXXVI, da CF88, impondo-se o fiel cumprimento do acordo celebrado com base nos princípios da confiança legítima e da boa-fé objetiva do sujeito passivo.

Caso ausente a observância dos pressupostos da competência para atuar como representante da parte relacionada no respectivo acordo, bem como do detalhamento da situação de fato e de direito vinculadas ao litígio ou controvérsia objeto, a transação tributária será nula em caráter absoluto.

Quanto às espécies, a transação será preventiva se ainda não verificado o nascimento da obrigação e do crédito tributário, pois caso já constatada a sua ocorrência ou formalizado o lançamento tributário (cf. art. 142 do CTN), caberá à transação terminar litígio existente e decorrente de crédito tributário já constituído.

A transação tributária também assume modalidades administrativa e judicial, a depender do foro em que o respectivo contencioso se desenvolver, podendo ser na esfera administrativa, concretizada pelo procedimento administrativo de formação, ou perante o Poder Judiciário, nos autos do processo judicial.²⁵

No âmbito judicial, distinguem-se as ações entre processos de execução fiscal, tipicamente de cobrança da dívida ativa, ao lado das ações antiexecucionais promovidas pelos sujeitos passivos, tais como as tutelas de urgência, os procedimentos comuns e os embargos à execução, além, também, das ações de mandado de segurança. Em todos esses casos aplica-se a título de premissa normativa o disposto pelo art. 3º, § 2º e § 3º, do Código de Processo Civil – CPC, pelos quais o “Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, sendo que a “conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

No tocante à aplicação dos métodos consensuais ao poder público, o art. 174 do CPC prevê expressamente que os entes da Administração direta deverão criar câmaras de mediação e conciliação para a resolução de conflitos no âmbito administrativo, além dos *negócios jurídicos processuais* previstos pelo art. 190 do mesmo Diploma Processual Civil.²⁶

25 “Assim como no Direito Civil, é imprescindível a existência de litígio como pressuposto da transação tributária, litígio esse que não precisa, necessariamente, ser deduzido judicialmente. A eliminação da controvérsia por meio da transação, em ambos os ramos, pode ser anterior à dedução de determinada pretensão em juízo (preventiva) ou deduzida com o objetivo de encerrar conflitos judicializados (terminativa).” (PINHEIRO, Hendrick. **Transação Tributária**: planejamento e controle. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 38).

26 CPC, art. 190: “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.” Segundo Juliana Furtado Costa Araújo, a transação não deve ser confundida com o negócio jurídico processual: “Daí se extrai que a transação ao ser pactuada e quanto todos os seus termos forem concreti-

Marco importante para a transação tributária é o Enunciado n.º 60 do Conselho da Justiça Federal, na *I Jornada de Prevenção e Solução de Conflitos*, realizada em 2016: “As vias adequadas de solução de conflitos previstas em lei, como a conciliação, a arbitragem e a mediação, são plenamente aplicáveis à Administração Pública e não se incompatibilizam com a indisponibilidade do interesse público, diante do Novo Código de Processo Civil e das autorizações legislativas pertinentes aos entes públicos.”²⁷

Tudo isso até culminar no advento da Lei n.º 13.988, de 14 de abril de 2020, que estabelece, a partir do juízo de oportunidade e conveniência estatais, os requisitos e as condições para que a União, as suas autarquias e fundações, e os devedores ou as partes adversas realizem transação resolutiva de litígio relativo à cobrança de créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária. Ou seja, referida Lei aplica-se unicamente aos conflitos tributários federais já existentes, não fixando a modalidade preventiva como cabível.

De acordo com referida legislação federal, a mesma aplica-se, de modo específico, (i) aos créditos tributários sob a administração da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil – RFB, do Ministério da

zados, necessariamente encerrar-se-á o litígio, exigindo-se que o contribuinte renuncie às discussões administrativas ou judiciais que o envolvam. (...) O negócio jurídico processual, por outro lado, não encerra o litígio. Quem o fará é a autoridade judicial que conduz o processo. Ele apenas adianta fases e busca que sua solução se dê de forma mais efetiva, levando em conta o princípio da duração razoável do processo. (...) Outra importante distinção entre a transação e o NJP está na forma como a negociação atinge o montante do crédito tributário devido. A transação, na modalidade de dívida ativa, pode oferecer descontos sobre juros, multas e encargo legal e, na modalidade de contencioso administrativo ou judicial, pode reduzir, inclusive o valor principal do débito. No negócio jurídico processual, inexistente previsão de concessão de descontos sobre o crédito tributário. Concessões dessa natureza desvirtuariam o campo de abrangência do instituto, que é estritamente processual.” (COSTA, Juliana Furtado Araújo; CONRADO, Paulo Cesar. **Transação Tributária na Prática da Lei n.º 13.988/2020**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 72).

27 Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>. Acesso em: 23 fev. 2023.

Economia; (ii) à dívida ativa e aos tributos da União, cujas inscrição, cobrança e representação incumbam à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN; e, da mesma forma, no que couber, (iii) à dívida ativa das autarquias e das fundações públicas federais, cujas inscrição, cobrança e representação incumbam à Procuradoria-Geral Federal, e aos créditos cuja cobrança seja competência da Procuradoria-Geral da União.

Entre as modalidades de transação federal previstas, estão a de natureza *individual*, e que dependem do preenchimento de condições específicas pelo sujeito passivo (v.g. demonstração de incapacidade financeira para pagamento, entre outros), bem como as *por adesão*, nas quais implica-se aceitação pelo devedor de todas as condições fixadas no edital que a propõe.

Enfim, com esse importante marco legislativo na esfera dos tributos federais, sem que sequer o STF tenha sido, até o presente momento, acionado para fins de controle de constitucionalidade dessa Lei n.º 13.988/2020, estão dadas as condições para que os demais entes federativos avancem no mesmo sentido, inclusive o Estado do Paraná, mediante inovação legislativa com esse objetivo.

4. INDISPONIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO: RENÚNCIA FISCAL NA TRANSAÇÃO?

A indisponibilidade do crédito tributário sempre foi qualificada como um dogma no Direito Tributário, partindo-se do pressuposto segundo o qual a obrigação tributária é derivada da lei, não podendo a Administração Tributária, nesses termos, deixar de exigir o cumprimento da mesma, eis que a função administrativa tem natureza a ela vinculada. Trata-se de uma decorrência da noção acima delineada a respeito da indisponibilidade do interesse público.

Ao se debruçar sobre o princípio da indisponibilidade do crédito tributário, Iñaki Bilbao Estrada afirma que “*nos hallaríamos ante una*

*prohibición de disposición sobre el resultado de la obligación tributaria principal, es decir, sobre un derecho adquirido y cierto, dado que ésta ha nacido y ha sido liquidada con arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento; en definitiva, el crédito tributario.*²⁸

Assevera Heleno Taveira Torres, tal como evidenciado em relação ao ocorrido no Direito Administrativo, o “princípio da indisponibilidade do patrimônio público, e no caso em apreço, do crédito tributário, desde a ocorrência do fato jurídico tributário, firmou-se como dogma quase absoluto do direito em Estados ocidentais, indiscutível e absoluto na sua formulação, a tal ponto que sequer a própria legalidade, seu fundamento, poderia dispor em contrário.”²⁹

Ocorre que, *prima facie*, não se verifica na Constituição Federal, tampouco no CTN, qualquer dispositivo que impeça expressamente a adoção de soluções convencionais de cunho tributário,³⁰ possibilitando

28 ESTRADA, Iñaki Bilbao. **Los Acuerdos Tendentes a la Determinación de la Obligación Tributaria en la Nueva Ley General Tributaria**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2006, p. 178.

29 TORRES, 2008, p. 300. Confira-se o mesmo entendimento por parte de Rubens Miranda de Carvalho: “O princípio da indisponibilidade do crédito de origem tributária, corolário do princípio administrativo da indisponibilidade dos bens públicos e, este mesmo, caudatário do princípio da prevalência do interesse público, tem sido tratado quase que como dogma de fé, merecendo por parte dos administradores públicos e dos procuradores judiciais uma veneração que beira a superstição, pois inibe-lhes a busca do seu real significado e trava o pensamento analítico das questões por ele geradas, levando, por paradoxo, ao cometimento ou à omissão de atos que acabam por resultar em dano ao interesse público” (CARVALHO, p. 99). Da mesma forma, Hendrick Pinheiro: “Por fim, entabula-se que a implementação da transação no Direito Tributário não representa uma necessária ofensa aos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público. Trata-se, apenas, de um canal de participação, por meio do qual é aberta ao particular a possibilidade de aderir a um programa e extinguir um conflito que impede o cumprimento de obrigações tributárias, em condição de coordenação com Administração Pública. O resultado da transação – eliminação de controvérsias – consubstancia-se em expressão consensual de interesse público.” (op. cit., p. 72-73).

30 “Como ya ha sido advertido, no existe un principio en el Derecho Tributario que prohíba el uso de las técnicas convencionales.” (ANTÓN, 2010, p. 69).

que a legislação assim o faça, com a fixação de termos e limites razoáveis e que observem o interesse público e, principalmente, a isonomia, uma vez que não podem ser gerados tratamentos desiguais ou privilegiados, quaisquer que sejam. Aliás, nessa mesma senda trilha a precedência do Pretório Excelso:

Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimização deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido. (STF, RE 253885, Relatora Ministra Ellen Gracie, Primeira Turma, julgado em 04/06/2002, DJ 21/06/2002, p. 118)

Nem se diga que o parágrafo único do art. 142 do CTN, ao prescrever que a atividade administrativa de lançamento tem natureza vinculada e, assim, qualifica-se como indisponível, pois a lei, nos termos do art. 3º também do próprio CTN, assim como impõe o poder-dever ao agente público tributário, pode também atribuir-lhe margem de discricionariedade decisória que, observadas as condições e requisitos estabelecidos, poderá ser exercida.

Nesse caso, assim como apontado quando do exame dessa problemática na esfera do Direito Administrativo, no Direito Tributário a regra geral é que, em face da indisponibilidade do interesse público, mais especificamente da receita tributária concretizada no procedimento legal de lançamento tributário, o dever de pagar o tributo e exercício de seu direito de percepção pelo Fisco somente pode ser objeto de disposição quando

houver deliberação legal específica nesse sentido.³¹

Vale então reiterar que somente a lei poderá resultar exceção ao princípio da indisponibilidade, reputando um bem ou direito de interesse público como disponível ou não.³²

Em concreto, uma determinada lei ordinária ou complementar, ainda que suficiente a previsão em lei ordinária, fixa critérios e limites para o exercício do poder discricionário do Administrador Tributário em procedimentos de transação envolvendo obrigações tributárias, possibilitando-lhe exercer sua autonomia privada nos precisos termos e condições

31 “Con anterioridad hemos podido comprobar que, en la actualidad, la indisponibilidad en materia tributaria se interpreta en el sentido de que afecta a los elementos esenciales de la obligación tributaria, pero que cabe, en alguna medida, la convención en relación con otros aspectos no sometidos al principio de legalidad. En este contexto, debemos examinar si las partes – Administración y obligado tributario – pueden disponer de la materia tributaria para que la controversia – surgida o que pueda surgir – se resuelva mediante la técnica arbitral. Negar el planteamiento anterior significaría vetar la posibilidad de introducir el arbitraje en el marco de los procedimientos tributarios, debido a que, como se ha entendido desde antiguo, al tener la obligación tributaria el carácter *ex lege*, cuyo nacimiento y elementos esenciales vienen configurados por la Ley, ninguna de las partes – acreedor y deudor tributario – pueden disponer de algún elemento perteneciente a aquélla. Por el contrario, podría entenderse, como ha sucedido recientemente en la doctrina, que la indisponibilidad afecta a los elementos de la obligación tributaria sometidos al principio de legalidad, pero que aquello no es óbice para admitir la intervención de la voluntad de las partes en alguna otra cuestión no sujeta a aquel principio, siendo, por esta razón, el ámbito más propicio para la intervención del mutuo consentimiento, el relativo a la aplicación de los tributos.” (COLOMA, Paula Vicente-Arche. **El Arbitraje en el Ordenamiento Tributario Español**: una propuesta. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2005, p. 48-49).

32 “Como hemos apuntado, el citado dogma no veda la disposición del crédito tributario por su acreedor, sino que la misma se somete a unos concretos requisitos. Dado el carácter *ex lege* y el interés público tutelado, resultaría en teoría prohibido cualquier acto de disposición de la Administración no consentido expresamente por ley. (...) En suma, podemos concluir que, cuando la intervención del Estado se produce como titular del derecho de crédito, sí que es posible su disposición limitada, siempre y cuando se respeten las cautelas impuestas por el ordenamiento. De esta forma, el Estado autoriza la Administración a llevarla a cabo dentro de unos márgenes que variarán en función de la precisión de la norma que la permite.” (ESTRADA, 2006, p. 179).

fixados na lei, observados os critérios de conveniência e oportunidade.³³

Ao lado da temática relacionada à resistência da validade jurídica e relação-de-pertinência da transação tributária com o sistema jurídico a partir de uma visão absoluta da indisponibilidade do crédito tributário, aponta-se como fator legal supostamente impeditivo à implantação e operacionalização das soluções de controvérsias tributárias, conforme ao início referido, o art. 14, § 1º, da LRF.

Trata-se da hipótese legal de renúncia de receita pública, impondo consequências jurídicas pela sua inobservância. Nos termos da lei, além dos pressupostos de (i) redução indiscriminada das obrigações tributárias e do (ii) tratamento não isonômico na concessão de benefícios dessa natureza, configuram hipóteses de renúncia, nos termos da lei, a anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo.

Com efeito, segundo esse dispositivo de lei complementar de Direito Financeiro, as hipóteses acima referidas, sempre e quando resultem na redução do resultado da arrecadação tributária, são situações vedadas do ponto de vista da responsabilidade e solvabilidade das contas públicas.

Revela-se, a partir dessa circunstância, imprescindível apreciar o tema a partir do disposto pelo art. 150, § 6º, da CF88, que, com base na

33 Destaque-se, nesse aspecto, a referência de Phellipe Toledo Pires de Oliveira: “No entanto, ao contrário do que, eventualmente, possa se pensar, o princípio da legalidade não inibe a outorga de poderes com certa carga de discricionariedade ao administrador. Isso porque, haverá situações em que, por intermédio de uma lei, é possível que os cidadãos entendam por bem outorgar poderes para que o administrador efetue determinada escolha. É justamente aí que se situa o princípio da discricionariedade (ou poder discricionário). (...) Assim, em relação ao princípio da discricionariedade e à transação pela Administração Pública, pode-se diferenciar duas hipóteses: (i) uma, em que a lei delimita todos os contornos do suposto acordo, retirando qualquer margem valorativa por parte da Administração, cabendo ao administrado aderir aos seus termos ou não; e (ii) outra, em que a lei dá uma certa margem de discricionariedade de formação do acordo pela Administração Pública.” (OLIVEIRA, Phellipe Toledo Pires de. *A Transação em Matéria Tributária*. Quartier Latin: São Paulo, 2015, p. 101-102).

alteração promovida pela Emenda Constitucional n.º 3, de 17 de março de 1993, recebeu um maior alcance e extensão. Segundo este dispositivo constitucional, a isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, dependem sempre de lei própria, específica, não podendo, inclusive, ser canceladas por ato do Poder Executivo, mas, unicamente, através da edição de uma nova lei.³⁴

Em referido dispositivo constitucional, ao contrário do que a interpretação meramente literal possa revelar, não se verifica a hipótese de proibição aos mecanismos de exoneração que são, em determinadas situações, utilizados pela legislação veiculadora de regras atinentes à transação. O que se extrai do mesmo é a determinação inserida desde 1993 na CF88 pelo poder constituinte derivado para que as hipóteses enumeradas no referido dispositivo sejam veiculadas por meio de lei específica.

Ademais do caráter de exclusividade da lei tributária para fins de concessão de exonerações, que reduzam ou venham a até mesmo extinguir o crédito tributário, esse art. 150, § 6º, da CF88, também prescreve a condição de exclusividade dessa mesma legislação específica para vedar, na menção feita por Misabel Abreu Machado Derzi, “fórmulas indeterminadas ou delegantes de favores fiscais ao Poder Executivo.”³⁵

A regra é suficientemente clara no sentido da impossibilidade de o Poder Legislativo, ou até mesmo o Poder Constituinte estadual, delegar ao Poder Executivo a competência para tratar, normativamente, acerca da concessão de anistia ou remissão em matéria tributária.

34 De acordo com a lição de Misabel Abreu Machado Derzi acerca de referido dispositivo: “Entende-se que apenas o legislador pode avaliar os superiores interesses da coletividade que venham a legitimar a isenção e sua revogação. (...) Igualmente lei nova, que cancela a isenção, a redução do imposto ou o benefício, jamais poderá retroagir, prejudicando o direito adquirido.” (BALEEIRO, 2010, p. 146-147).

35 BALEEIRO, 2010, p. 148.

Inclusive o Pretório Excelso, também nessa situação, já solidificou seu entendimento por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.462, movida pelo Procurador-Geral da República contra a expressão “remissão, anistia” constante do art. 25 da Lei n.º 6.489/2002, do Estado do Pará, dispondo sobre a Política de Incentivos ao Desenvolvimento Socioeconômico daquele Estado.³⁶

A constitucionalmente qualificada “lei específica”, que poderá, além de outras situações, também contemplar mecanismos de transação tributária no seu texto, é que deverá respeitar a norma geral estabelecida pelo art. 14, § 1º, da LRF. Assim igualmente entende Priscila Faricelli de Mendonça quando afirma que ao “tratar da transação tributária, o legislador deverá observar as premissas e condicionantes nos casos em que a transação importe em renúncia fiscal por parte do ente tributante, diante da disposição legal acerca dos cuidados necessários em decorrência da existência de renúncia por parte do poder público.”³⁷

Na verdade, confunde-se a transação tributária com a hipótese de

36 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO TRIBUTÁRIO. LEI PARAENSE N.º 6.489/2002. AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA O PODER EXECUTIVO CONCEDER, POR REGULAMENTO, OS BENEFÍCIOS FISCAIS DA REMISSÃO E DA ANISTIA. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA ABSOLUTA DE LEI FORMAL. ART. 150, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A adoção do processo legislativo decorrente do art. 150, § 6º, da Constituição Federal, tende a coibir o uso desses institutos de desoneração tributária como moeda de barganha para a obtenção de vantagem pessoal pela autoridade pública, pois a fixação, pelo mesmo Poder instituidor do tributo, de requisitos objetivos para a concessão do benefício tende a mitigar arbítrio do Chefe do Poder Executivo, garantindo que qualquer pessoa física ou jurídica enquadrada nas hipóteses legalmente previstas usufrua da benesse tributária, homenageando-se aos princípios constitucionais da impessoalidade, da legalidade e da moralidade administrativas (art. 37, caput, da Constituição da República). 2. A autorização para a concessão de remissão e anistia, a ser feita “na forma prevista em regulamento” (art. 25 da Lei n.º 6.489/2002), configura delegação ao Chefe do Poder Executivo em tema inafastável do Poder Legislativo. 3. Ação julgada procedente. (STF, ADI 3462, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2010, DJe-030 15-02-2011).

37 MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem e Transação Tributárias**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 176.

renúncia de receita pública prescrita pela lei complementar, situação esta que não se sustenta do ponto de vista jurídico.

O primeiro fundamento é de ordem interpretativa; vale dizer, a partir de uma interpretação sistemática restritiva, e aplicável à transação, na forma de interpretação exigida pelo regime jurídico administrativo, não se aplica a vedação do art. 14, § 1º, da LRF. Suficiente a leitura de referido dispositivo normativo para que o intérprete perceba que, dentre as hipóteses nele listadas, não se encontra aquela atinente à transação tributária. É certo que lá se encontram alguns dos mecanismos conformadores da transação tributária, mas que, não se pode negar, também são modalidades específicas de extinção do crédito tributário listadas pelo art. 156 do CTN. Portanto, sob esse aspecto, meramente no contexto interpretativo da norma, que deve ser restritiva e não extensiva, ausente a concretização da hipótese legal da renúncia de receita.³⁸

Existe um segundo aspecto insuperável quanto à inaplicabilidade desse dispositivo como impeditivo aos procedimentos de transação em matéria tributária. O sentido de renúncia de receita pública entabulado na previsão legal em comento não guarda correspondência no sistema com o próprio conceito e natureza jurídica do instituto da transação. Efetivamente, como decorrência direta da natureza jurídica bilateral da transação, tem-se como requisito essencial à sua validade jurídica a existência de concessões recíprocas, concretizadas pela declaração de vontade das partes relacionadas, na forma delimitada e condicionada pela lei. Se uma das partes renunciar em favor da outra, sem reciprocidade, não se qualifica o instituto da transação.³⁹

38 Veja-se, em sentido contrário: OLIVEIRA, 2015, p. 164.

39 Cf. MACHADO, Hugo de Brito. Princípios da segurança jurídica e transação em matéria tributária: os limites da revisão administrativa dos acordos tributários. *In*: FILHO, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva; GUIMARÃES, Vasco Branco (orgs.). **Transação e Arbitragem no Âmbito Tributário**: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 119.

5. TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA NOS ESTADOS: E O PARANÁ?

Diversos Estados da Federação já têm a transação inserida, em maior ou menor grau, com condições, modalidades e objetos peculiares, em seus ordenamentos jurídicos locais.

No caso do Estado de São Paulo, tem-se a Lei n.º 17.293/2020, regulamentada pela Resolução PGE n.º 27/2020, autorizando a Procuradoria-Geral do Estado a celebrar transação resolutiva de litígios, de natureza tributária e não tributária, por adesão ou individual do contribuinte, aplicando-se (i) à dívida ativa inscrita; no que couber, (ii) às dívidas ativas inscritas de autarquias e de fundações estaduais, cujas inscrição, cobrança ou representação incumbam à PGE-SP, por força de lei ou de convênio; e, ainda, (iii) às execuções fiscais e às ações antiexacionais, principais ou incidentais, que questionem a obrigação a ser transacionada, parcial ou integralmente.

Está previsto que a proposta de transação, por qualquer das duas modalidades, não suspende a exigibilidade dos débitos a serem transacionados nem o andamento das respectivas execuções fiscais, o que parece um contrassenso porque a proposição, por sua própria natureza, deverá ser apreciada de modo célere e eficiente, ou seja, por se tratar de período curto de tempo é razoável que se altere esse tipo de previsão e, nos termos do art. 151, III, do CTN, fique a exigibilidade dos valores objeto das concessões recíprocas em discussão – até porque a proposta de transação irá tramitar no formato de processo administrativo fiscal. A transação deferida em São Paulo não implica novação dos débitos por ela abrangidos, nem autoriza repetição ou restituição de valores pagos.

Da mesma forma, os valores depositados em juízo para garantia de ações judiciais incluídas na transação paulista serão integralmente imputados no valor líquido dos débitos, resolvendo-se o saldo devedor por meio de pagamento ou parcelamento na própria transação e o saldo credor por devolução em uma das ações em que os depósitos foram efetuados.

Pelo Estado de São Paulo, a transação veda, em qualquer caso, a utilização de direitos, mesmo que líquidos, certos e exigíveis, como os de precatórios ou ordens de pagamento de pequeno valor para liquidação ou parcelamento do débito, e tem por objeto (i) descontos nas multas e nos juros de mora incidentes sobre débitos inscritos em dívida ativa, (ii) prazos e formas de pagamento especiais, incluídos o diferimento de pagamento, o parcelamento e a moratória; e, também, (iii) substituição ou a alienação de garantias e de constrições. Além de outras situações específicas, a legislação paulista proíbe a transação que envolva débitos não inscritos em dívida ativa, ou seja, exclui débitos que estejam ainda no âmbito do processo administrativo fiscal prévio à inscrição; bem como aqueles que têm por objeto redução de multa penal e seus encargos.

Importante que se diga que a transação em São Paulo não autoriza a restituição ou a compensação, a qualquer título, de importâncias pagas, compensadas ou incluídas em parcelamentos, à conta dos débitos transacionados.

Em Minas Gerais, tem-se o art. 218 da Lei Estadual n.º 6.763/75, prevendo que a transação será celebrada nos casos definidos em decreto, observadas as condições estabelecidas no art. 171 do CTN. Apesar da duvidosa constitucionalidade desse tipo de delegação normativa entre a lei e os decretos, o certo é que, tal como acima enaltecido, a disciplina jurídica da transação deve estar prevista em lei ordinária formal e material, jamais em decreto do Poder Executivo. A regulamentação vigente, no entanto, diz respeito ao Decreto n.º 41.417/2000, trazendo algumas diferenças em relação ao regime vigente em São Paulo.

Com efeito, em Minas Gerais o Secretário de Estado da Fazenda, por proposta da Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual, poderá autorizar a celebração de transação para extinguir litígios judiciais de natureza tributária. Excluem-se os débitos que se encontram no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

A transação judicial mineira dá relevância à jurisprudência correlata, restrita às parcelas acessórias da obrigação principal, alcança idêntica matéria discutida pelo mesmo contribuinte na órbita administrativa e tem cabimento quando, em razão de precedentes jurisprudenciais ou da complexidade fático-jurídica ou exclusivamente jurídica da matéria discutida, houver fundadas dúvidas quanto ao êxito da ação. O termo de transação somente ganhará eficácia após homologação judicial, ouvido o Ministério Público de Minas Gerais.

No que refere ao Estado do Espírito Santo, a transação tributária está regida pela Lei Estadual n.º 10.869/2018, autorizando o Poder Executivo estadual, por meio da Secretaria de Estado da Fazenda – SEFAZ ou da Procuradoria-Geral do Estado – PGE/ES, a celebrar acordo com o objetivo de pôr fim a litígios nas áreas administrativa e judicial, visando à extinção de créditos tributários relativos especificamente ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS. Nesse caso, além dos demais tributos estaduais, ficam excluídos da legislação os créditos tributários a título de IPVA e ITCMD, respectivamente.

Em caráter inovador, a legislação capixaba permite a celebração do termo de transação mediante utilização (i) de saldo credor acumulado de ICMS, em razão de saídas amparadas pela não incidência prevista no art. 3º, II, da Lei Complementar Federal n.º 87/1996, promovidas por estabelecimento exportador situado no Estado do Espírito Santo, bem como (ii) de valores referentes a créditos reconhecidos por sentença judicial transitada em julgado, relativos ao ICMS, proferida contra a Fazenda Pública Estadual. O aspecto negativo de referida transação é que a legislação previu data limite para a sua adesão, estabelecendo que o requerimento para celebração do respectivo termo deveria ser apresentado até 30 de setembro de 2018, quando, na verdade, perdeu-se a oportunidade de se manter referida previsão legal em aberto, por tempo indeterminado.

O Estado de Mato Grosso do Sul editou a Lei n.º 6.032/2022, fixando regras para renegociação de dívidas por meio da transação tributária, cuja regulamentação foi idealizada levando em consideração os aspectos relacionados à recuperabilidade do crédito.

Para tanto, com respaldo na normativa, a Procuradoria-Geral do Estado está autorizada a conceder descontos nas multas e juros de mora, prazos e formas especiais de pagamento, além da substituição ou alienação de garantias ou constrições, desde que atendidos os demais requisitos da lei e formalizada a transação, que poderá ocorrer individualmente ou por adesão, a fim de alcançar um número maior de contribuintes. A abrangência de sua aplicação dá-se estritamente em relação aos valores objeto de inscrição na dívida ativa estadual.

Caso a opção do sujeito passivo seja de pagamento parcelado do valor transacionado, os parâmetros são de até 120 (cento e vinte) parcelas quando oferecida garantia real; até 84 (oitenta e quatro) parcelas mensais nos casos de devedor em recuperação judicial ou extrajudicial e insolvência e apresentada garantia; ou, ainda, até 70 (setenta) parcelas mensais nos demais casos.

Registre-se, da mesma forma, que fica vedada a celebração de transação no Mato Grosso do Sul que (i) tenha por objeto redução de multa penal e seus encargos; (ii) envolva devedor do ICMS que, nos últimos 5 (cinco) anos, tenha apresentado inadimplemento de 50% (cinquenta por cento) ou mais da totalidade de suas obrigações vencidas; (iii) reduza o montante principal do débito, assim compreendido seu valor originário, sem os acréscimos legais; (iv) que resulte em reduções de juros ou de multas para dívidas no gozo de benefícios fiscais para pagamento à vista ou à prazo; e, ainda, (v) que envolva pessoa física ou jurídica que tenha praticado quaisquer atos fraudulentos, dolosos ou simulatórios contra a Administração Pública Estadual, assim considerados por decisão definitiva transitada em julgado.

Em relação ao Estado do Ceará, igualmente revela-se a previsão da Lei n.º 17.162/2019, instituindo no âmbito da dívida ativa o Programa “PGE DIALOGA”, com vistas a implantar uma política voltada à consensualidade como alternativa de solução de conflitos.

A PGE-CE, por iniciativa na cobrança da dívida ativa, fica autorizada a celebrar Termo de Cronograma de Ajuste de Dívidas – TCAD, (i) dispondo sobre prazos, forma de pagamento, período de carência, incluída a exclusão temporária do Cadastro de Inadimplentes da Fazenda Pública Estadual pelo período máximo de até 12 (doze) meses, observada a legislação vigente acerca do parcelamento; (ii) fixando o tipo, a substituição ou a alienação de garantias; (iii) suspendendo medidas extrajudiciais de cobrança ou o ajuizamento de execução fiscal por prazo determinado, desde que não exceda o prazo prescricional de cobrança do crédito tributário; e, igualmente, (iv) reconhecendo a manifesta ilegalidade de dívidas inscritas em dívida ativa mediante parecer devidamente fundamentado.

Destaque-se, na mesma esteira, a viabilidade legal quanto à proposta de transação tributária por aderência, obedecidos aos parâmetros não cumulativos de (i) parcelamento em até 84 (oitenta e quatro) meses de débitos inscritos em dívida ativa, valor da dívida, histórico fiscal do devedor, perspectiva de recuperabilidade, idade da dívida inscrita e capacidade econômica do interessado; (ii) concessão de descontos em créditos inscritos em dívida ativa que sejam classificados como irrecuperáveis ou de difícil recuperação, conforme critérios objetivos e desde que inexistam indícios de esvaziamento patrimonial fraudulento; bem como, (iii) a concessão de descontos em créditos inscritos em dívida ativa cujos valores não ultrapassem 20 (vinte) salários mínimos, considerado o insucesso de medidas extrajudiciais de cobrança. Ademais, está vedada a transação que envolva a redução do montante principal inscrito em dívida ativa, de multas criminais ou decorrentes de fraudes fiscais.

Veja-se que no Estado do Pará a transação está disciplinada pela Lei n.º 9.260/2021, com a regulamentação pelo Decreto n.º 1.795/2021, estabelecendo os requisitos e as condições para celebração de transação

resolutiva de litígio relativo à cobrança de créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária.

Aqui o destaque é que a transação pode abranger não somente os débitos objetos de inscrição em dívida ativa, mas, também, aqueles créditos tributários sob a administração da Secretaria de Estado da Fazenda daquele estado, podendo ser realizada nas modalidades individual ou por adesão. Referida transação estadual poderá contemplar como benefícios (i) a concessão de desconto das multas e juros de mora relativos a créditos de natureza tributária e não tributária transacionados; (ii) oferecimento de prazos e formas de pagamento diferenciados, especialmente para empresas em recuperação judicial; e ou (iii) oferecimento, aceitação, substituição ou alienação de quaisquer modalidades de garantias e constringências previstas em lei.

É de se destacar, ainda em relação à legislação em comento, que, em linha com a Lei Federal n.º 13.688/2020, os agentes públicos paraenses que participarem do processo de composição do conflito, judicial ou extrajudicialmente, com o objetivo de celebração de transação, somente poderão ser responsabilizados, inclusive perante os órgãos públicos de controle interno e externo, quando agirem com dolo ou fraude para obter vantagem indevida para si ou para outrem.

Por fim, relevante a referência à legislação do Estado de Pernambuco, notadamente a Lei Complementar n.º 105/2007, que, dentre outras matérias, prevê a autorização para celebração de transações judiciais e extrajudiciais, que serão firmadas pelo Procurador-Geral do Estado após consulta ao Conselho de Programação Financeira, fundamentadas em parecer e observados o interesse público e a conveniência administrativa.

Além de envolver precatórios estaduais, a legislação pernambucana condiciona que as transações referentes a ações judiciais que versem sobre matéria tributária não resultem em dispensa de tributo devido, nem de multa, juros e demais acréscimos porventura cobrados, exceto se cumulativamente atenderem às condições de (i) o litígio envolver matéria em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou STJ, e

desfavorável à Fazenda Pública; bem como (ii) se houver renúncia, por parte do sujeito passivo da obrigação tributária, a eventual direito a verbas de sucumbência, compreendendo os honorários advocatícios, custas e demais ônus processuais.

Diante disso, urge que o Estado do Paraná busque legislar em matéria de transação tributária, mormente se considerado o seu elevado estoque de dívida ativa, situação esta que justificaria, a título de exposição de motivos, encaminhamento de projeto de lei à Assembleia Legislativa visando prescrever autorização legal para a celebração de acordos envolvendo valores inscritos. A mesma lógica aplica-se não só aos detentores de precatórios, que poderiam utilizá-los na quitação de débitos próprios e ou de terceiros, mas, também, aos titulares de créditos de ICMS oriundos de operações de exportação, mediante utilização própria e/ou via cessão de direitos a terceiros interessados.

Em última análise, além da comprovada e testada constitucionalidade dos arts. 156, III, e 171, ambos do CTN, o Estado do Paraná se destaca pela existência de outra norma que dá amparo, a título de norma geral de Direito Tributário, à previsão legal de transação tributária estadual. Trata-se do “Código de Direitos do Contribuinte do Paraná”, instituído pela Lei Complementar n.º 107/2005, que traz pilares relevantes para a construção de lei de transação no Estado, pautando a relação tributária pelos princípios da eficiência econômica, da simplicidade administrativa, da flexibilidade, da responsabilidade e da justiça.

Igualmente há previsão relevante exigindo que Administração Fazendária paranaense, no desempenho de suas atribuições, pautar sua atuação de forma a impor o menor ônus possível aos contribuintes, observados os princípios da justiça, legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Em suma, as bases estão fixadas por esta Lei Complementar para que a transação tributária passe a integrar os meios de solução de conflitos tributários no Estado do Paraná.

6. CONCLUSÃO

Diante da saturação do aparato estatal no atendimento das demandas da sociedade em resolver seus conflitos, desvela-se um quadro de insegurança jurídica, com implicações no Direito Tributário.

A ausência de segurança jurídica retira a efetividade do sobreprincípio da Justiça Tributária, visto que os particulares se tornam eternamente reféns de seus conflitos envolvendo tributos.

No Estado Democrático de Direito, com direitos e garantias fundamentais encartados na Constituição Federal de 1988, os contribuintes não podem estar sujeitos à ineficiência administrativa, suportando sacrifícios de variadas ordens.

A solução passa por novos instrumentos de realização de Justiça, sem prejuízo da prerrogativa constitucional atribuída ao Poder Judiciário pela Constituição Federal de dirimir as controvérsias surgidas no seio social.

Concretamente, por meio da análise jurídica e suas conclusões propostas, evidenciou-se a validade jurídica e aplicação das leis tributárias veiculadoras de meios amistosos ou amigáveis de solução de controvérsias entre a Administração Tributária e o sujeito passivo, seja na qualidade de contribuinte ou responsável.

Apesar da identificação de um histórico refratário, calcado em conceitos e princípios que se valem de premissas equivocadas, da indisponibilidade do interesse público e legalidade absoluta, demonstrou-se objetivamente que a via arbitral vem sendo aceita como meio adequado à composição dos conflitos surgidos no âmbito dos contratos celebrados sob o regime jurídico de Direito Público, com amplo amparo normativo disciplinando esses relacionamentos. Eficiência, celeridade e flexibilidade foram características destacadas nessa perspectiva.

Quanto ao exposto, conclui-se que não se configura ofensa ao princípio da indisponibilidade do interesse público a utilização dos mecanismos

alternativos de soluções de controvérsias nas questões envolvendo o Poder Público e o interesse geral, notadamente no Direito Tributário.

A partir da interpretação sistemática da norma geral do art. 171 do Código Tributário Nacional – CTN, com fundamento de validade na Constituição Federal de 1988, demonstra-se que o sistema jurídico brasileiro reconhece a transação tributária como juridicamente válida, guardando relação de pertinência sistêmica.

Conclui-se que a transação se afigura como alternativa viável do ponto de vista jurídico para tornar efetiva a Justiça Tributária em favor dos sujeitos passivos, aprimorando o sistema normativo e institucional destinado a solucionar de modo amistoso os conflitos de natureza tributária, mormente no que se refere às legislações dos Estados-membros da Federação, já instituídas ou que se espera venham a ser objeto de instituição, tal como indicado, inclusive no âmbito da legislação tributária vigente no Estado do Paraná.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTÓN, Fernando Serrano. **La Resolución de Conflictos en el Derecho Internacional Tributario**: procedimiento amistoso y arbitraje. Navarra: Aranzadi-Thompson Reuters, 2010.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. Atualizadora Misabel Abreu Machado Derzi. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. 2. ed., São Paulo: Noeses, 2008.

CARVALHO, Rubens Miranda de. **Transação Tributária, Arbitragem e Outras Formas Convencionadas de Solução de Lides Tributárias**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2008.

COLOMA, Paula Vicente-Arche. **El Arbitraje en el Ordenamiento Tributario Español**: una propuesta. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/11/justica-em-numeros-2022.pdf>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diagnóstico do Contencioso Judicial Tributário Brasileiro**: relatório final de pesquisa. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/02/relatorio-contencioso-tributario-final-v10-2.pdf>.

DÁCOMO, Natalia De Nardi. **Direito Tributário Participativo**: transação e arbitragem administrativas da obrigação tributária. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. Buena fe en el Derecho Tributario. *In*: PISTONE, Pascuale; TORRES, Heleno Taveira (orgs.). **Estudios de Derecho Tributario Constitucional e Internacional**: homenaje latinoamericano a Victor Uckmar. Buenos Aires: Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005.

CONRADO, Paulo Cesar; COSTA, Juliana Furtado Araújo. **Transação Tributária na Prática da Lei n.º 13.988/2020**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ESTRADA, Iñaki Bilbao. **Los Acuerdos Tendentes a la Determinación de la Obligación Tributaria en la Nueva Ley General Tributaria**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2006.

FERREIRA, Eduardo Paz. A possibilidade de arbitragem tributária. *In*: I Conferência AIBAT-IDEFF: a arbitragem em direito tributário. Colóquios IDEFF, n. 2. Lisboa: Almedina, 2010.

FIGUEIREDO, Paulo Henrique. **A Transação Tributária como Expressão dos Direitos do Cidadão**. Recife: Bagaço, 2004.

GRILLO, Fabio Artigas. **Transação e Justiça Tributária**. Tese de Doutorado em Direito do Estado, UFPR: Curitiba, 2012. Disponível em: <https://educapes.capes.gov.br/handle/1884/28525>.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal. **Comunicado do IPEA**. N.º 83. Brasília: IPEA, março 2011. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=7844.

JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse público e disponibilidade dos direitos subjetivos da Administração Pública. *In*: JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique (coord.). **Acordos Administrativos no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2020.

MACHADO, Hugo de Brito. Princípios da segurança jurídica e transação em matéria tributária: os limites da revisão administrativa dos acordos tributários. *In*: FILHO, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva; GUIMARÃES, Vasco Branco (orgs.). **Transação e Arbitragem no Âmbito Tributário**: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem e Transação Tributárias**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014.

NABAIS, José Casalta. **Contratos Fiscais [Reflexões Acerca de sua Admissibilidade]**. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Studia Juridica 5. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

OLIVEIRA, Phellipe Toledo Pires de. **A Transação em Matéria Tributária**. Quartier Latin: São Paulo, 2015.

PINHEIRO, Hendrick. **Transação Tributária**: planejamento e controle. Belo Horizonte: Forum, 2022.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica**: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. São Paulo: RT, 2011.

TORRES, Heleno Taveira. Princípios da segurança jurídica e transação em matéria tributária: os limites da revisão administrativa dos acordos tributários. *In*: FILHO, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva; GUIMARÃES, Vasco Branco (orgs.). **Transação e Arbitragem no Âmbito Tributário**: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. Transação, conciliação e processo tributário administrativo equitativo. *In*: FILHO, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva; GUIMARÃES, Vasco Branco (orgs.). **Transação e Arbitragem no Âmbito Tributário**: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ZIMMERMANN, Dennys. Alguns aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos a luz dos princípios da eficiência e do acesso à Justiça: por uma nova concepção de interesse público. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n.º 12, São Paulo: RT-IBDC, jan/mar 2007.

Uma análise sobre a viabilidade da restituição de tributos indiretos (art. 166, CTN)

An analysis on the feasibility of refunding indirect taxes (art. 166, CTN)

Helton Kramer Lustoza¹

José Ivo de Aguiar Oliveira²

RESUMO: O artigo analisa a viabilidade das regras do art. 166 do Código Tributário Nacional, demonstrando como este dispositivo legal é aplicado às situações de restituição dos chamados tributos indiretos, aqueles que, nos termos do referido artigo, comportam, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro. A conclusão extraída da pesquisa realizada pode ser resumida na assertiva de que a correta aplicação do art. 166 do CTN depende da prévia verificação, em cada caso concreto, da repercussão jurídica do encargo econômico decorrente do pagamento indevido.

1 Doutorando em Direito Tributário pela Universidade de Marília – UNIMAR; Mestre em Direito Constitucional pela UNIBRASIL, com estudos na UFPR; Especialista em Direito Tributário; Especialista em Processo Civil; Procurador do Estado do Paraná; Professor da Universidade Paranaense – UNIPAR; Professor da Pós-Graduação da PUCPR; Professor convidado do COTEF-RJ, ESAF e ESA-OAB; Secretário da Comissão da Advocacia Pública da Seccional da OAB Paraná; Procurador do Município de São José dos Pinhais-PR (2009/2016); Conselheiro e Vice-Presidente do Conselho de Contribuintes Municipal (2010-2014); Autor do livro *Advocacia Pública em Ação, Impostos Municipais para concurso* e coautor do livro *Tributos em espécie*, pela editora Juspodivm; Autor do livro *Eficiência Administrativa e Ativismo Judicial*, pela editora Íthala; Autor convidado de comentário de questões de tributário em livros da PGE e PGM da editora Juspodivm – www.heltonkramer.com.

2 Mestrando em Direitos Fundamentais e alteridade pela Universidade Católica do Salvador – UCSAL; Especialista em Direito Tributário; Procurador do Estado do Paraná.

PALAVRAS-CHAVE: Direito tributário; Restituição; Tributo indireto; Pagamento indevido; Contribuinte.

ABSTRACT: The article analyzes the viability of the rules of art. 166 of the National Tax Code, demonstrating how this legal provision is applied to situations of restitution of so-called indirect taxes, those which, under the terms of that article, entail, by their nature, transfer of the respective financial burden. The conclusion drawn from the research carried out can be summarized in the assertion that the correct application of art. 166 of the CTN depends on prior verification, in each specific case, of the legal repercussions of the economic burden arising from the undue payment.

KEYWORDS: Tax law; Restitution; Indirect tribute; Overpayment; Taxpayer.

1. INTRODUÇÃO

Segundo dados do Diagnóstico do Contencioso Judicial Tributário realizado pelo CNJ em 2022,³ a ação de repetição de indébito é uma das ações judiciais mais utilizadas pelos contribuintes, considerando o universo de ações antiexacionais, com 12% do total, em posição posterior apenas da ação de mandado de segurança (21%) e da ação declaratória (13%).

A ação de repetição de indébito tributário é utilizada pelo contribuinte para requerer a devolução de valores pagos indevidamente ao Fisco, independentemente da modalidade do pagamento. Por sua vez, o

3 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Sistematização do Diagnóstico do Contencioso Judicial Tributário:** aportes iniciais. Conselho Nacional de Justiça; Coordenação Marcus Livio Gomes, Trícia Navarro Xavier Cabral; Organização Doris Canen, Eduardo Sousa Pacheco Cruz Silva, Manoel Tavares de Menezes Netto. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/02/sistematizacao-do-diagnostico-do-contencioso-judicial-tributario-aportes-iniciais-v10-2.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2023.

pagamento indevido se opera justamente quando alguém, na condição de sujeito passivo ou pondo-se nessa qualidade, recolhe uma dívida tributária, espontaneamente ou à vista de cobrança efetuada por quem se apresenta como sujeito ativo.⁴

Dentre os temas mais polêmicos do Direito Tributário atual, certamente consta o estudo da devolução dos tributos cobrados a maior pelo Fisco, em especial os assim denominados tributos indiretos, considerados aqueles que, por sua natureza, repercutem nas relações econômicas, trasladando o ônus para os consumidores finais.

O Código Tributário Nacional disciplina o tema no art. 166, *in verbis*:

Art. 166. A restituição de tributos que comporem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Este dispositivo legal visa impedir que o contribuinte (denominado “contribuinte de direito”) pleiteie a devolução de indébito de tributo indireto que tenha sido suportado economicamente por terceiro (denominado “contribuinte de fato”), vedação que somente é excepcionada se o terceiro expressamente autorizar o contribuinte a receber tais valores.

A linha de defesa do art. 166 do CTN está pautada no princípio que proíbe o enriquecimento sem causa, uma vez que exige do contribuinte, como condição à repetição de indébito, que ele busque a autorização de quem financeiramente sofreu a exação. Assim, “para viabilizar o pedido de repetição de indébito, não basta a prova do pagamento do tributo,

4 AMARO, Luciano da Silva. **Direito Tributário Brasileiro**. 20. ed. (revista). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 417. O autor defende que a terminologia repetição de indébito é inapropriada, pois se inexistente a obrigação tributária, não se pode falar em tributo, mas mero pagamento indevido.

sendo também imprescindível que tenha havido efetivo empobrecimento do contribuinte (*solvens*), com real e comprovado impacto sobre sua capacidade contributiva”⁵

O presente artigo destina-se a explorar a viabilidade das regras do art. 166 do Código Tributário Nacional, demonstrando como este dispositivo legal é aplicado às situações de restituição dos chamados tributos indiretos, aqueles que, nos termos do referido artigo, comportam, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro. Como consequência, pretende-se ampliar o debate acadêmico sobre a dificuldade enfrentada pelos contribuintes a fim de comprovar a não “repercussão econômica” do tributo.

Pretende-se demonstrar que a aplicação indiscriminada e aleatória das regras do art. 166 do CTN, sem a devida identificação do termo “repercussão econômica”, poderá inviabilizar o exercício do direito à repetição de indébito. Defende-se, portanto, que haja uma interpretação da lei conforme a Constituição, de modo a excluir possíveis injustiças na aplicação do instituto.

2. A LEGITIMIDADE ATIVA NA AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

A doutrina costuma classificar os tributos como diretos e indiretos, o que repercute questões relevantes do ponto de vista jurídico, fazendo surgir a famosa diferença entre o contribuinte de direito e o contribuinte de fato. Como visto, no tributo indireto o contribuinte legalmente definido como tal, dito contribuinte “de direito”, transfere ou repassa o ônus representado pelo tributo a um terceiro, que o suporta economicamente, sendo chamado contribuinte “de fato”. Esta

5 FERNANDES, Regina Celi Pedrotti Vespero. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). **Código Tributário Nacional Comentado**: doutrina e jurisprudência, artigo por artigo, inclusive ICMS e ISS. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 786.

classificação se afigura importante porque interfere na legitimidade ativa em ações de repetições de indébito, nos termos do art. 166 do Código Tributário Nacional.

Em muitos casos envolvendo a repetição de indébito de tributos indiretos, os contribuintes se deparam com dificuldades em se comprovar os requisitos estabelecidos no art. 166 do CTN, quais sejam: a) “somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo” ou b) “no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la”. Depreende-se da simples leitura do art. 166 do CTN que somente estará legitimado a pleitear a restituição quem efetivamente suportou seu ônus econômico, a não ser que o contribuinte de fato expressamente autorize o contribuinte de direito a pleitear a restituição em seu nome.

É interessante notar que inicialmente o anteprojeto do CTN, datado de 1954, de autoria de Rubens Gomes de Souza, não diferenciava a restituição de tributos “diretos” ou indiretos, apenas garantia que o direito à repetição pertencia ao contribuinte. Contudo, posteriormente, com sugestão da Fazenda Pública Federal, o texto foi alterado, incluindo o conhecido art. 166 do CTN.⁶ Nos pronunciamentos da comissão especial responsável pela elaboração do Projeto do Código Tributário Nacional, em substituição ao anteprojeto antes elaborado por Rubens Gomes de Souza, houve a manutenção do referido dispositivo legal, a fim de que “o direito referido no artigo anterior fica subordinado à prova de que a transferência não ocorreu efetivamente, por impossibilidade material ou jurídica, em face das circunstâncias do caso”:

6 Cf. ANDRADE, Leonardo Aguirra de; FRIDMAN, Rosa Sakata. As improbidades do Art. 166 do Código Tributário Nacional e sua Inaplicabilidade ao Levantamento de Depósitos Judiciais de ICMS. **Revista de Direito Tributário Atual n.º 48**, ano 39, p. 242-277. São Paulo: IBDT, 2º quadrimestre de 2021.

Texto dos arts. 130 e 131 do Projeto do Código Tributário Nacional, que vieram a ser positivados nos arts. 165 e 166. Art. 130 — O contribuinte tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade de seu pagamento, nos seguintes casos:

(...)

Art. 131— Existindo disposição legal expressa que determine ou faculte ao contribuinte a transferência do tributo a terceiro, o direito referido no artigo anterior fica subordinado à prova de que a transferência não ocorreu efetivamente, por impossibilidade material ou jurídica, em face das circunstâncias do caso.

Parágrafo único — O terceiro, que faça prova de lhe haver sido transferido o tributo pelo contribuinte nos termos deste artigo, sub-roga-se no direito daquele à respectiva restituição.

(...)

Ao contrário, o Projeto não assegurou a restituição ao contribuinte, qualquer que fosse a natureza do tributo. Visava o Anteprojeto, neste passo, reformar a jurisprudência dominante, que recusava ao contribuinte legal a restituição dos impostos indiretos, sob o fundamento de que o respectivo ônus financeiro terá sido transferido ao contribuinte ‘de fato’ ou ‘econômico’. A Comissão, sem embargo das razões de ordem jurídica aduzidas pelo autor do Anteprojeto em contrário a essa orientação (GOMES DE SOUZA, ‘Restituição de Impostos Indiretos’, em *Revista de Direito Administrativo* 21/24), preferiu mantê-la, no interesse de impedir o enriquecimento ilícito do contribuinte legal, quando o contribuinte de fato não exerça contra ele o direito o direito de regresso (GIULIANI FONROUGE, Anteproyecto de Código Fiscal, p. 420). Todavia, a fim de não impor ao contribuinte legal a prova negativa da transferência do imposto, circunscreveu-se, no art. 131, a hipótese aos casos em que a lei expressamente determine ou faculte aquela transferência; e, para impedir que o fisco possa reter tributos indevidos, assegurou-se, no § único daquele artigo, a sub-rogação, no direito à restituição, ao contribuinte de fato que prove ter suportado o ônus financeiro do tributo (...).

Nota-se que a comissão especial do Código Tributário Nacional buscou restringir o direito à repetição de indébito ao contribuinte, sendo vedado o respectivo direito no caso do tributo repercutir financeiramente no preço. A lógica para limitar o direito à devolução era no sentido de que o contribuinte de direito, ao vender mercadorias com a carga tributária embutida no preço, já fora devidamente ressarcido ou reembolsado. Assim, caso o pagamento do tributo fosse considerado inválido, restituí-lo ao contribuinte de direito implicaria enriquecimento sem causa deste, que receberia o reembolso duas vezes.

O professor Ricardo Lobo Torres⁷ lembra que antes mesmo da edição do Código Tributário Nacional nossa Suprema Corte já havia sumulado o entendimento no sentido de restringir a restituição de impostos indiretos (Súmula 71). Tal súmula foi aprovada na sessão plenária de 13/12/1963, demonstrando o entendimento de que as empresas que recolhem de forma indevida o imposto não têm direito ao efetivo reembolso, por essa razão, não haveria legitimidade para restituir tal valor, já que causaria enriquecimento ilícito.⁸ Inclusive, o entendimento que embasou a edição da Súmula n.º 71 consta na ementa do RE 44.115, que, ao dar provimento ao recurso do Estado do Espírito Santo, assim dispunha:

Os tributos indiretos, embora adiantados pelos produtores ou vendedores das mercadorias, incorporam-se ao preço destas, e, por efeito de translação, repercutem sobre os seus compradores e consumidores. Êstes, portanto, é que na realidade arcam com o onus decorrente dos referidos tributos. E, assim sendo, ainda que indevidamente pagos, falecem aos produtores e vendedores legitimidade ad causam para reavê-los por força do princípio solve et repete. Repetir o tributo a quem não o desembolsou, importa em propiciar enriquecimento injusto e sem causa.

7 TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário** - Valores e princípios constitucionais tributários. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 32.

8 Súmula 71, STF: “Embora pago indevidamente, não cabe restituição de tributo indireto.”

É certo que o consumidor anônimo e inominado dificilmente poderá recuperá-lo. Mas, entre devolvê-lo à quem não pagou ou conserva-los nos cofres públicos, onde entrou indevidamente, é preferível e convincente optar pela última alternativa, que assegura a sua aplicação no interesse geral da coletividade.

Recurso extraordinário conhecido e provido. RE 44115 (DJ de 09/11/1961)

Entretanto, este posicionamento radical, que denegava o direito ao contribuinte legal de repetir em qualquer caso de tributo indireto, não perdurou no STF. Pouco tempo depois, em dezembro de 1969, a Súmula 71 foi complementada pela Súmula 546, aprovada com a seguinte redação:

Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte “*de jure*” não recuperou do contribuinte “*de facto*” o “*quantum*” respectivo.

Em crítica feita ao art. 166 do CTN, Hugo de Brito Machado Segundo faz um comparativo com casos julgados pela CJE – Corte de Justiça Europeia em relação à legitimidade para pleitear restituição de impostos indiretos, chegando à seguinte conclusão:

A CJE nega legitimidade ao contribuinte de fato, em regra, mas a reconhece ordinariamente ao contribuinte de direito sem a exigência de prova do não repasse. Isso faz toda a diferença, pois revela a coerência da CJE, e a total incoerência do STJ. Além disso, em situações nas quais a ilegitimidade do contribuinte de fato poderia conduzir à total impossibilidade de restituição, a CJE admite essa legitimidade, em termos mais amplos que o STJ, que excepciona apenas o caso de consumidores de energia elétrica.⁹

9 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Restituição do tributo “indireto” na jurisprudência brasileira: uma análise comparada. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro n.º 1**. Ano 2, p. 675-698. Lisboa, 2013.

A crítica doutrinária centra-se na necessidade de congruência entre a norma positivada e os pressupostos práticos de sua aplicação, uma vez que a interpretação literal do dispositivo legal poderá praticamente inviabilizar o direito à repetição de indébito, conforme bem assevera Tarcísio Neviani:

Caberia questionar situação recíproca, qual seja: se um contribuinte de imposto tido como indireto (cujo ônus, portanto, se presume, embora erroneamente, transferível a terceiro) deixa de pagar o tributo, a Fazenda Pública vai cobrar o que lhe é devido desse terceiro? É claro que não, pois ele não é contribuinte e a lei não permite à Fazenda Pública cobrar tributo de quem não o deva. Mas, pela malfadada presumida translação, o ônus financeiro desse tributo não recairia sobre esse terceiro? Sim. Mas se, apesar disto, o terceiro não pode ser sujeito passivo do tributo e, portanto, não faz parte da relação jurídico tributária, como, sem arranhar profundamente a sistemática do Direito Tributário, atribuir qualidade a esse terceiro para “autorizar” o contribuinte legal que pagou o indevido a repetir? Não há lógica nisso.¹⁰

Ficou claro, portanto, que a intenção do legislador e do STF era que, no caso de tributo indevido, entre o enriquecimento indevido do contribuinte, de um lado, e o enriquecimento indevido da Fazenda Pública, seria preferível a última alternativa, pois os valores seriam revertidos em benefício do interesse geral da coletividade.

Contudo, interessante julgamento do STF, ao negar o Recurso Extraordinário do Estado do Espírito Santo, no RE 45.977, considerou que a repercussão econômica deve ser analisada no caso concreto, havendo a necessidade de distinção entre situações que, embora similares, possam demonstrar um resultado jurídico diferente:

10 NEVIANI, Tarcísio. **A Restituição de Tributos Indevidos, seus Problemas, suas Incertezas**. São Paulo: Resenha Tributária, 1983a, p. 319.

REPETIÇÃO DE IMPÔSTO INCONSTITUCIONAL

– Em princípio, não se concede a restituição do tributo indireto no pressuposto de que ocasionaria o locupletamento indébito do contribuinte de jure.

- Mas essa regra, consagrada pela súmula n.º 71, deve ser entendida em caso concreto, pois nem sempre há critério científico para diagnosticar-se êsse locupletamento.

- Financistas e juristas ainda não assentaram um standard seguro para distinguir impostos diretos e indiretos, de sorte que, a transferência do ônus, às vezes, é matéria de fato, apreciável no caso concreto. RE 45977 (DJ de 22/02/1967)

Segundo este entendimento do Pretório Excelso, a possibilidade jurídica da repetição de tributos indiretos deve ser apreciada em cada caso concreto, considerando que o mesmo tributo poderá ser direto ou indireto, conforme a técnica de incidência, as oscilantes e variáveis circunstâncias do mercado, a natureza da mercadoria ou a do ato tributado. O que significa que o locupletamento indevido do contribuinte de direito não deveria ser presumido, mas analisado na particularidade de cada situação.

Nesse ponto, interessante observar que nos julgados que deram origem ao entendimento exposto na Súmula 546 do STF, seguido pelo art. 166 do CTN, não há considerações sobre uma eventual repercussão jurídica do tributo. O interesse posto em discussão é de índole econômica, com a prova do empobrecimento do contribuinte de direito.

O entendimento do STF, lastreado na Súmula 546, foi seguido pelo STJ, que, com o advento da Constituição Federal de 1988, passou a ter competência para apreciar, em última instância, questões relacionadas à interpretação da legislação infraconstitucional (CF/88, art. 105, III), conforme ementa abaixo:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO. ICM. FORNECIMENTO DE ALIMENTOS E BEBIDAS EM BARES, RESTAURANTES E ESTABELECIMENTOS SIMILARES.

ÔNUS DA PROVA: CONTRIBUINTE DE DIREITO. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

I - TRATANDO-SE DE AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE ICM, O QUAL É IMPOSTO INDIRETO, É INDISPENSÁVEL QUE O CONTRIBUINTE DE DIREITO COMPROVE QUE NÃO AGREGOU O TRIBUTAO AO PREÇO DA MERCADORIA (QUE NÃO REPASSOU O IMPOSTO AO COMPRADOR DO BEM), OU ENTÃO QUE DEMONSTRE QUE O CONTRIBUINTE DE FATO O AUTORIZOU EXPRESSAMENTE A RECEBER A DEVOLUÇÃO DO TRIBUTAO.

II - APLICAÇÃO DO ART. 166 DO CTN.

III - PRECEDENTES DAS TURMAS DE DIREITO DO STJ: RESP 9.364/SP, RESP 19.995/SP - EDCL, RESP 13.889/SP, RESP 26.085/SP, RESP 17.214/SP E RESP 5.562/SP.

IV - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

(REsp n.º 7.663/SP, relator Ministro Adhemar Maciel, Segunda Turma, julgado em 12/12/1996, DJ de 24/02/1997, p. 3309)

Com relação ao contribuinte de fato, o STJ, inicialmente, reconhecia sua legitimidade ativa, em razão da presunção de transferência do ônus tributário.¹¹ Assim, o contribuinte de fato não precisaria, em tese, prová-la, como ocorreu em julgamentos envolvendo, basicamente, consumidores de energia elétrica¹² e compradores de produtos submetidos à incidência do IPI. Todavia, o referido entendimento foi modificado e esta Corte jurisdicional passou a negar legitimidade ao contribuinte de fato para pleitear a restituição. Assim, a partir do julgamento do REsp 903.394/AL, realizado

11 AgReg no AG n.º 440976/SP, 1ª Turma, DJ de 01/07/2002.

12 “O consumidor de fato que assume o ônus econômico do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica está legitimado a pleitear a repetição do indébito da exação que lhe desfalcou o patrimônio (precedentes do STJ).” (EDcl no REsp n.º 209.485/SP, relator Ministro Francisco Peçanha Martins, relatora para acórdão Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 15/05/2003, DJ de 1/09/2003, p. 243).

sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil (recurso repetitivo) – Tema 173 – ficou decidido que apenas o contribuinte de direito tem legitimidade ativa *ad causam* para demandar judicialmente a restituição de indébito referente a tributos indiretos.

A controvérsia objeto do Recurso Especial n.º 903.394/AL consubstanciava-se sobre a legitimidade ativa *ad causam* do “contribuinte de fato” (*in casu*, distribuidoras/revendedoras de bebidas) para pleitear a repetição de indébito decorrente do IPI (“tributo indireto”), recolhido pelo “contribuinte de direito” (as fabricantes de bebidas), incidente sobre os descontos incondicionais, à luz do disposto no art. 166 do CTN. Pela relevância do julgado, importa transcrever excertos do referido acórdão:

O “contribuinte de fato” (*in casu*, distribuidora de bebida) não detém legitimidade ativa *ad causam* para pleitear a restituição do indébito relativo ao IPI incidente sobre os descontos incondicionais, recolhido pelo “contribuinte de direito” (fabricante de bebida), por não integrar a relação jurídica tributária pertinente...
A exegese do referido dispositivo indica que: “...o art. 166, do CTN, embora contido no corpo de um típico veículo introdutório de norma tributária, veicula, nesta parte, norma específica de direito privado, que atribui ao terceiro o direito de retomar do contribuinte tributário, apenas nas hipóteses em que a transferência for autorizada normativamente, as parcelas correspondentes ao tributo indevidamente recolhido: Trata-se de norma privada autônoma, que não se confunde com a norma construída da interpretação literal do art. 166, do CTN. É desnecessária qualquer autorização do contribuinte de fato ao de direito, ou deste àquele. Por sua própria conta, poderá o contribuinte de fato postular o indébito, desde que já recuperado pelo contribuinte de direito junto ao Fisco. No entanto, note-se que o contribuinte de fato não poderá acionar diretamente o Estado, por não ter com este nenhuma relação jurídica. Em suma: o direito subjetivo à repetição do indébito pertence exclusivamente ao denominado contribuinte

de direito. Porém, uma vez recuperado o indébito por este junto ao Fisco, pode o contribuinte de fato, com base em norma de direito privado, pleitear junto ao contribuinte tributário a restituição daqueles valores. A norma veiculada pelo art. 166 não pode ser aplicada de maneira isolada, há de ser confrontada com todas as regras do sistema, sobretudo com as veiculadas pelos arts. 165, 121 e 123, do CTN. Em nenhuma delas está consignado que o terceiro que arque com o encargo financeiro do tributo possa ser contribuinte. Portanto, só o contribuinte tributário tem direito à repetição do indébito.

Ademais, restou consignado alhures que o fundamento último da norma que estabelece o direito à repetição do indébito está na própria Constituição, mormente no primado da estrita legalidade. Com efeito a norma veiculada pelo art. 166 choca-se com a própria Constituição Federal, colidindo frontalmente com o princípio da estrita legalidade, razão pela qual há de ser considerada como regra não recepcionada pela ordem tributária atual. E, mesmo perante a ordem jurídica anterior, era manifestamente incompatível frente ao Sistema Constitucional Tributário então vigente.” (Marcelo Fortes de Cerqueira, in “Curso de Especialização em Direito Tributário - Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho”, Coordenação de Eurico Marcos Diniz de Santi, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, págs. 390/393)

6. Deveras, o condicionamento do exercício do direito subjetivo do contribuinte que pagou tributo indevido (contribuinte de direito) à comprovação de que não procedera à repercussão econômica do tributo ou à apresentação de autorização do “contribuinte de fato” (pessoa que sofreu a incidência econômica do tributo), à luz do disposto no art. 166, do CTN, não possui o condão de transformar sujeito alheio à relação jurídica tributária em parte legítima na ação de restituição de indébito.

A caracterização do chamado contribuinte de fato presta-se unicamente para impor uma condição à repetição de indébito pleiteada pelo contribuinte de

direito, que repassa o ônus financeiro do tributo cujo fato gerador tenha realizado (art. 166 do CTN), mas não concede legitimidade ad causam para os consumidores ingressarem em juízo com vistas a discutir determinada relação jurídica da qual não façam parte.... Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (REsp n. 903.394/AL, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 24/3/2010, DJe de 26/4/2010)

Ao analisar o caso, o Relator, Ministro Luiz Fux, entendeu que o condicionamento do exercício do direito subjetivo do contribuinte que pagou tributo indevido (contribuinte de direito) à comprovação de que não procedera à repercussão econômica do tributo ou à apresentação de autorização do “contribuinte de fato” (pessoa que sofreu a incidência econômica do tributo) não possui o condão de transformar sujeito alheio à relação jurídica tributária em parte legítima na ação de repetição de indébito.

Assim, o STJ assentou que o estabelecimento industrial (*in casu*, o fabricante de bebidas, contribuinte de direito) continua sendo o único sujeito passivo da relação jurídica tributária instaurada com a ocorrência do fato imponible consistente na operação de industrialização de produtos (arts. 46, II, e 51, II, do CTN), sendo certo que a presunção da repercussão econômica do IPI pode ser ilidida por prova em contrário ou, caso constatado o repasse, por autorização expressa do contribuinte de fato (distribuidora de bebidas), à luz do art. 166 do CTN, o que, todavia, não importa na legitimação processual deste terceiro.

Não obstante o referido julgamento, a Primeira Seção do STJ, ao julgar o REsp 1.299.303/SC (Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, DJe de 14/08/2012), sob o rito do art. 543-C do CPC, excepcionou este entendimento no sentido de que o usuário do serviço de energia elétrica (consumidor em operação interna), na condição de contribuinte de fato, é parte legítima para discutir a incidência do ICMS sobre a demanda contratada

e não utilizada de energia elétrica, bem como para pleitear a repetição do indébito referente ao mencionado tributo, não sendo aplicável, na hipótese, a orientação firmada pela Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 903.394/AL (Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 26/04/2010), também submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC.

A excepcionalidade nos casos de fornecimento de energia elétrica foi justificada pelo fato de que o Estado-concedente e a concessionária do serviço público encontram-se lado a lado, no mesmo polo, em situação absolutamente cômoda e sem desavenças, inviabilizando qualquer litígio em casos como o presente. O consumidor da energia elétrica, por sua vez, observada a mencionada relação paradisíaca concedente/concessionária, fica relegado e totalmente prejudicado e desprotegido. Na visão do STJ, portanto, esse quadro revela que a concessionária assume o papel de contribuinte de direito apenas “formalmente”, assim como o consumidor também assume a posição de contribuinte de fato em caráter meramente “formal”.

Após algumas oscilações jurisprudenciais, tanto o STJ, quanto o STF, consolidaram o entendimento que o contribuinte de fato, mesmo na hipótese do art. 166 do CTN, não detém legitimidade ativa *ad causam* para pleitear a restituição do indébito. Em outras palavras, a exigência de autorização deste não o transforma em titular do direito, uma vez que não integra a relação jurídico-tributária.¹³ O entendimento está fundado no fato de que o contribuinte de direito já teria recuperado o valor no preço de venda, e a repetição de indébito representaria um “enriquecimento sem causa”.

Desta forma, desconsiderando a excepcionalidade do caso envolvendo o consumidor de energia elétrica, a jurisprudência atual consolidou o entendimento de que somente o contribuinte de direito possui legitimidade *ad causam* para pleitear a restituição dos pagamentos indevidos, enquanto integrante do polo passivo da relação jurídico-tributária.

13 PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 484.

3. A NATUREZA JURÍDICA DOS TRIBUTOS INDIRETOS E A TRANSFERÊNCIA DO “CUSTO” TRIBUTÁRIO

A classificação de tributos em “indiretos” e “diretos” é feita sob um viés econômico, trazida para o âmbito jurídico, principalmente, pela jurisprudência, para expressar a repercussão financeira do tributo.¹⁴ Neste sentido, o doutrinador Alfredo Augusto Becker¹⁵ chamou a classificação de tributos diretos e indiretos como a “simplicidade da ignorância”:

A erronia das decisões dos tribunais em matéria tributária e a irracionalidade das leis tributárias são devidas, em grande parte, à classificação dos tributos em diretos e indiretos segundo o critério da repercussão econômica. Hoje, praticamente a totalidade da doutrina condena o critério da repercussão, considerando-o absolutamente artificial e sem qualquer fundamento científico. A Ciência das Finanças Públicas e a política fiscal têm demonstrado que aquele critério repousa na simplicidade da ignorância.

[...]

Conclusão - A verdade é que não existe nenhum critério científico para justificar a classificação dos tributos em diretos e indiretos e, além disto, esta classificação é impraticável.

Esta crítica faz referência ao fato de que não existe no direito brasileiro qualquer definição legal de tributo indireto ou direto, deixando a cargo da doutrina e jurisprudência a delimitação da sua aplicação nas relações jurídico-tributárias. Em geral, a doutrina identifica como tributos indiretos aqueles que, em virtude de sua configuração jurídica, permitem

14 BERGAMINI, Adolpho. **Análise de Legislação, Manifestações de Administrações Tributárias, Jurisprudência Administrativa e Judicial e Abordagem de Temas de Gestão Tributária**. Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 9.

15 BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007, p. 569/570.

a transferência de seu encargo econômico-financeiro para pessoa diversa daquela fixada em lei como contribuinte ou responsável tributário, como ocorre com o ICMS, ISSQN¹⁶ e o IPI.

Fica evidente que a “repercussão econômica” acaba criando uma zona nebulosa entre a Economia e o Direito, no qual os doutrinadores identificaram duas figuras na relação jurídico-tributária: o primeiro chamado de contribuinte de direito, como aquele que é o contribuinte ou responsável identificado pela legislação tributária; e segundo, o chamado contribuinte de fato, sendo aquele consumidor final que, teoricamente, arcará com o ônus do tributo. Tanto é assim que Eduardo Marcial Ferreira Jardim¹⁷ chama a atenção que, para o Direito, existe somente a figura do “contribuinte”, ou seja, aquele que ocupa o polo passivo da obrigação tributária, até porque, o que se chama de “contribuinte de fato” não pode jamais ser cobrado ou executado pela Fazenda Pública.

Sobre a questão, Brandão Machado critica a classificação dos tributos como diretos ou indiretos, por carecer de qualquer significação científica. Assim, pontifica que o atual ordenamento jurídico brasileiro em nada contribui para identificar os tributos a que se refere o art. 166, pois todos os tributos comportam, por sua natureza (qualquer que seja ela), a transferência a terceiro do respectivo encargo financeiro.¹⁸

16 “O ISS é espécie tributária que pode se caracterizar como tributo direto ou indireto, sendo necessário avaliar se seu valor é repassado ou não ao preço cobrado pelo serviço. (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/73 – Tema 398).” Precedentes: AgRg no REsp 1225188/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 23/11/2015; AgRg no AREsp 159508/PR, Rel. Ministra ASSULETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 20/11/2015.

17 JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Manual de Direito Financeiro e Tributário**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 410.

18 MACHADO, Brandão. Repetição do Indébito no Direito Tributário. *In*: MACHADO, Brandão (coord.). **Direito Tributário** – Estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira. São Paulo, Saraiva, 1984, p. 59-106.

Estes questionamentos são importantes na medida em que buscam demonstrar que a transferência do custo tributário para terceiros é algo comum na relação comercial, o que não poderia servir como pressuposto para repetição do indébito. Em outras palavras, o critério econômico não permite a colocação dos tributos em uma ou em outra classificação, pois todos eles podem de certa forma ter o seu ônus transferido a um terceiro, na fixação dos preços ao consumidor.

Como reforço ao entendimento desta corrente doutrinária, Brandão Machado, ao estudar a influência dos impostos diretos e indiretos na formação do preço, também informa que as pesquisas sobre o tema se multiplicaram em vários países, para confirmar que um imposto como o de renda, portanto, tributo direto, por exemplo, é repassado a terceiro, como fenômeno cuja ocorrência não pode ser contestada:

Já há mais de cinquenta anos que se começou a considerar seriamente os impostos pessoais como custos ou despesas diretas, isto é, como elementos integrantes de dispêndio necessário à produção do rendimento tributável. O trabalho de Helpenstein (*Die Steuern als Werbungskosten, Rundschau für GmbH, 17:572 e s., 1926*) mostrou que até os impostos tidos por intransferíveis constituem despesas que o contribuinte repassa ao terceiro com quem contrata a venda de bens ou a prestação de serviço. Grabower, em artigo publicado em 1928 (*Zur Steuerüberwälzungslehre, Vierteljahresschrift für Steuer – und Finanzrecht, 2:353 e s.*), fez um resumo de quase tudo quanto se havia escrito até então a respeito de translação dos impostos, desde a contribuição de Seligman (*The Shifting and Incidence of Taxation, Nova Iorque, 1899*) até a de Otto von Mering (*Die Steuerüberwälzung, Jena, 1928*), para concluir que já na década de vinte os maiores financistas do mundo, como Fritz Karl Mann, por exemplo, arrolavam entre os impostos trasladáveis o imposto sucessório e o imposto de renda. Schmölders (*Allgemeine Steuerlehre, Berlim, 1958, p. 142, nota*) refere que o Ministro das Finanças alemão, em memorial preparado em 1924 sobre mudança na lei do imposto de vendas, já observava que, desde havia muito, se

reconhecia o fato de que os impostos diretos também se transladam incorporados no preço. Na década de trinta, Winkel também demonstrou, em dissertação de doutorado apresentada à Universidade de Colônia (*Die Behandlung der Steuern als Aufwand in der Steuerlichen Erfolgsbilanz*, Colônia, 1936, p. 22), que o imposto de renda era ingrediente de custo e, portanto, nominalmente transferível a terceiro.¹⁹

Para se compreender a questão da repercussão econômica do tributo é essencial identificar o processo de formação do preço de venda do produto/serviço, o que reside exatamente no método de custeio utilizado e a metodologia para cálculo da taxa de lucro desejada, sendo que a mais utilizada no mercado é o método Mark-up (taxa de marcação), onde se integram todos os tributos, taxas administrativas e financeiras e o custo de oportunidade, que pode ser o capital investido. Se utilizarmos como exemplo o contrato de seguro, nota-se que, em regra, é o risco que vai direcionar o valor do prêmio do interesse a ser segurado. Ocorre que, além do próprio risco, pode-se identificar os seguintes elementos que interferem diretamente na precificação do preço do prêmio, tais como: a) indenizações, líquidas de franquias e coparticipações, incluindo um carregamento de segurança; b) despesas administrativas; c) despesas comerciais; d) impostos; e) margem de lucro, incluindo o custo de capital.²⁰

Para a formação do preço, o empresário analisará toda sua estrutura e o sistema de custos que lhe permite conhecer todos seus gastos, saber apropriá-los, para diante disso, encontrar uma posição vantajosa perante seus concorrentes, conforme leciona Clóvis Padoveze:

Os conceitos de custos fixos e variáveis permitem uma expansão das possibilidades de análise dos gastos da empresa, em relação aos volumes produzidos

19 MACHADO, 1984, p. 59-106.

20 Cf. <https://cadernosdeseguro.ens.edu.br/pdf/cad-seg-195--artigo-paulo-pereira-ferreira.pdf>.

ou vendidos, determinando pontos importantes para fundamentar futuras decisões de aumento ou diminuição de produção, corte ou manutenção de produtos existentes, mudanças no mix de produção, incorporação de novos produtos ou quantidades adicionais etc. A análise de custo/volume/lucro conduz a três importantes conceitos: Margem de contribuição, ponto de equilíbrio e alavancagem operacional.²¹

As informações contábeis obtidas através dessa análise proporcionam aos administradores o conhecimento necessário do valor que o mesmo dispendeu para obter o produto ou serviço que inserirá no mercado. Este conhecimento é algo comum na sociedade empresária, na medida em que o gestor utilizará as informações a respeito da análise do custo, volume e lucro como importante subsídio para a fixação do preço de seu produto. Dentre os elementos que serão analisados, compreende-se como despesas todos os valores relacionados aos gastos com a estrutura administrativa e comercial, indispensáveis para a comercialização do produto, como o aluguel do prédio, salários, água, propaganda e tributos.

Para uma linguagem contábil, temos a chamada margem de contribuição como o valor que cobrirá os custos fixos e despesas fixas da empresa, e proporcionará o lucro, ou seja, é a diferença entre o preço de venda e a soma dos custos variáveis e despesas variáveis de cada produto ou serviço. Em outras palavras, Warren, Reeves e Fess lecionam que:

A margem de contribuição é a relação entre custo, volume e lucro. É o excesso da receita de vendas sobre os custos variáveis. Especialmente útil no planejamento empresarial porque fornece informações sobre o potencial de lucro da empresa.²²

21 PADOVEZE, Clóvis Luís. **Contabilidade Gerencial**: um Enfoque em Sistema de Informação Contábil. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 368.

22 WARREN, Carl S.; REEVE, James M.; FESS, Philip E. **Contabilidade Gerencial**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2003, p. 96.

Isso significa que o valor que sobrou das vendas permitirá que a empresa possa pagar suas despesas fixas e gerar lucro, e também permite obter informações sobre quais produtos são os mais lucrativos. E o processo de alocação de gastos parte da separação entre custos e despesas até chegar à Demonstração do Resultado do Exercício (DRE), ou seja, as despesas são lançadas diretamente no resultado, enquanto os custos, tanto os diretos quanto indiretos, são apropriados aos bens ou serviços.

Essas informações condensadas são subsídio para que a empresa possa estabelecer o preço de venda, uma vez que o preço das mercadorias, produtos ou serviços prestados podem representar a rentabilidade, isto é, o quanto a empresa será competitiva.

O que se está buscando demonstrar é que as despesas, incluindo os tributos diretos e indiretos, são partes indissociáveis do sistema de custeio da empresa, uma vez que permitem formar o preço que vale aquele determinado produto sem causar prejuízos ao empresário. Para que seja necessário que a empresa estabeleça sua margem de lucro, é inimaginável excluir as despesas tributárias da análise do preço de venda, sendo que o mesmo é consequência daquele.

Não obstante todo este contexto e a exigência do art. 166 do CTN, Sacha Calmon Navarro Coêlho leciona que todos os tributos comportam a possibilidade de transferência. Porém, o professor tributarista esclarece que existem dois tipos de translação ou, se se preferir, de repercussão dos ônus fiscais. Assim, temos: 1) a repercussão econômica, sem maior interesse para o Direito Tributário; 2) a repercussão jurídica, do maior interesse para o Direito Tributário.²³ Nesta leitura, a diferenciação de tributos diretos e indiretos fundamenta-se em critério econômico que não poderia servir de condicionante para a restituição tributária.

23 COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 742.

Neste mesmo sentido, Hugo Machado Segundo leciona que “o problema é que o critério econômico [...] não permite a colocação dos tributos em uma ou em outra classe, pois todos eles podem, conforme as circunstâncias, ter o seu ônus transferido a um terceiro, na fixação dos preços correspondentes”. Prossegue o professor, afirmando que o legislador em momento algum elencou quais seriam os tributos indiretos, sendo que a jurisprudência, sem maiores aprofundamentos, apenas limitou-se a defender uma vaga alusão acerca dos tributos que comportem, por sua natureza, transferência do encargo financeiro.²⁴

Na leitura da doutrina formada pelo professor Sacha Calmon e Hugo Machado Segundo, não seria viável considerar como restituível um tributo somente no caso de não repercussão econômica ou autorizado por terceiro, uma vez que todo o tributo teria potencial de repercutir economicamente e, via de consequência, a regra não estaria adequadamente estabelecida em lei. Em outras palavras, a única transferência do ônus tributário aceitável seria a jurídica, a qual, baseando-se em previsão legal, autorizaria o contribuinte a se utilizar do patrimônio de outrem para adimplir a obrigação de pagar o tributo nascida da incidência da norma.

A regra do art. 166 do CTN se torna inócua na medida em que tudo que gera despesa vai repercutir, direta ou indiretamente, na formação no preço do produto/serviço, sem falar da especificidade da incidência que alguns tributos seriam muito mais relevantes no fenômeno da repercussão. Neste sentido, lembra Ricardo Mariz de Oliveira que “a assunção do custo tributário é matéria estranha à relação jurídica tributária, atendo-se à relação jurídica diversa, de direito privado, e entre partes também diversa, das quais apenas uma integra a relação jurídica tributária juntamente com o sujeito ativo desta. Por isso mesmo, o art. 123 do CTN estatui como regra a inoponibilidade ao fisco

24 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Ainda a restituição dos tributos “indiretos”. **NOMOS**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v. 32, n. 2, 2012, p. 223-259.

das convenções particulares relativas à responsabilidade pelo pagamento dos tributos”.²⁵

De qualquer forma, acreditando que a divisão dos tributos em diretos e indiretos continue sendo utilizada de forma ampla pela jurisprudência, Hugo Machado Segundo defende que “se se pretende empregá-la, que se faça construindo-a de forma menos imperfeita, a saber, partindo não de critérios puramente econômicos, ou atrelados apenas a uma suposta (e efetiva) transferência do ônus econômico.” Para o autor, devem ser considerados indiretos somente os tributos instituídos com o objetivo de onerar fatos reveladores da capacidade contributiva de indivíduos diferentes daqueles apontados pela lei como sujeitos passivos da relação tributária.²⁶

Faz-se indispensável, portanto, diferenciar a repercussão que ocorre com base em normas jurídicas daquela resultante de meras circunstâncias econômicas. A relevância de proceder tal diferenciação mostra-se, por exemplo, no “fato de que o preço do produto, fixado em um contrato de compra e venda, pode ser acrescido do tributo se a repercussão for autorizada por lei”, sem que o comprador possa a este recusar; enquanto que, no mesmo contrato, se “a repercussão não estiver autorizada por lei, o comprador não estará obrigado ao acréscimo”.²⁷

Ademais, se todo e qualquer tributo, apresenta potencial para repercutir economicamente na formação do preço do produto/serviço, torna-se necessário haver uma reanálise para que a jurisprudência não aplique aleatoriamente o art. 166 do CTN. Ora, se o contribuinte precisar comprovar o “incomprovável”, estaríamos diante da chamada

25 OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Repetição do Indébito, Compensação e Ação Declaratória. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). **Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 360.

26 MACHADO SEGUNDO, 2012, p. 223-259.

27 MACHADO SEGUNDO, loc. cit.

prova diabólica.²⁸ A doutrina processualista utiliza o termo “prova diabólica” para situações onde é impossível ou excessivamente difícil de ser produzida. Trata-se de situação frequente na prática e fez o instituto do ônus da prova ser repensado. Exigir que o contribuinte comprove em um processo de repetição de indébito que não repercutiu a despesa com tributos no preço do produto/serviço seria algo impossível. Com isso, a impossibilidade técnica existe na prova negativa de incerta ou difícil confecção, notadamente em virtude do uso indiscriminado de notas fiscais simplificadas, que torna praticamente irrealizável a identificação do comprador que suportou o referido encargo financeiro.

A fim de evitar a aplicação indiscriminada da norma, o STJ exclui as regras do art. 166 do CTN no caso de substituição tributária, sob o fundamento de que os substituídos sofrem o ônus final do débito do ICMS, já que imposto é calculado com base em fato gerador presumido considerado, portanto, o valor agregado em cada etapa da cadeia:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. REVENDA DE MERCADORIA POR PREÇO MENOR DO QUE A BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. ART. 166 DO CTN. INAPLICABILIDADE. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/2015.

II. A Segunda Turma do STJ, no julgamento do REsp 525.625/RS (Rel.Ministro FRANCISCO FALCÃO), em juízo de retratação, por força do art. 1.040 do

28 “Exigir dos agravados a prova de fato negativo (a inexistência de intimação da decisão recorrida) equivale a prescrever a produção de prova diabólica, de difícil produção. Diante da afirmação de que os agravados somente foram intimados acerca da decisão originalmente recorrida com o recebimento da notificação extrajudicial, caberia aos agravantes a demonstração do contrário. Agravo a que se nega provimento.” (AgRg no AgRg no REsp 1187970/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05/08/2010, DJe 16/08/2010).

CPC/2015, revendo sua jurisprudência anterior, firmou o entendimento no sentido da inaplicabilidade do art. 166 do CTN, em caso idêntico, porquanto esse dispositivo do CTN está inserido na seção relativa ao “pagamento indevido”, cujas hipóteses estão previstas no art. 165 do CTN. Em nenhum dos incisos do art. 165 do CTN se encontra a hipótese de que trata o presente feito. O montante pago a título de substituição tributária não era indevido quando da realização da operação anterior. Ao contrário, aquele valor era devido e poderia ser, inclusive, exigido pela Administração tributária. Ocorre que, realizada a operação que se presumiu, a base de cálculo se revelou inferior à presumida. Esse fato superveniente é que faz nascer o direito do contribuinte. Não se trata, portanto, de repetição de indébito, nos moldes do art. 165 do CTN, mas de mero ressarcimento, que encontra fundamento no art. 10 da Lei Complementar 87/96. III. Agravo interno improvido. (AgInt no AgInt no REsp n. 1.755.797/DE, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 1/12/2022)

Percebe-se que esta Corte Jurisdicional tomou como base do entendimento que o contribuinte antecipa o pagamento do imposto referente às demais etapas da cadeia de produção, de maneira que este também suporta o encargo financeiro da operação fiscal antes de efetuar a venda para o consumidor final.

Em outra situação, o STJ também julgou pela inaplicabilidade das regras do art. 166 do CTN no caso de aproveitamento de créditos escriturais de IPI na conta gráfica.²⁹ Também foi possível notar a existência

29 “Além disso, no ponto, o entendimento do Tribunal de origem está conforme a orientação desta Corte Superior segundo a qual eventual possibilidade de aproveitamento dos créditos escriturais dará ensejo à correção monetária sempre que o creditamento não tenha ocorrido por oposição injustificada da Fazenda. Precedentes. Em segundo lugar, quanto à ofensa ao art. 166 do Código Tributário Nacional, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se pela inaplicabilidade de tal dispositivo para fins de aproveitamento de créditos escriturais de IPI como os presentes, uma vez que não se trata de repetição de indébito. Precedentes. 4. Em terceiro e último lugar, no que tange à malversação do art. 49 do CTN, a leitura do acórdão combatido revela que seu

do Acórdão: 19.947/11/3ª perante o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais, onde esta Corte Administrativa acatou o pedido de restituição independente da aplicação dos requisitos do art. 166 do CTN, em benefício de empresa optante do Simples Nacional:

RESTITUIÇÃO - ICMS - SIMPLES NACIONAL - ANTECIPAÇÃO DE IMPOSTO - RECOLHIMENTO INDEVIDO - COMPROVADA A INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO JURÍDICA DO ENCARGO FINANCEIRO - ART. 166 DO CTN - IN SUTRI/SEF N.º 01/10.

Pedido de restituição de valores indevidamente recolhidos a título de antecipação de imposto (diferença entre a alíquota interna e a interestadual), em decorrência da aquisição de mercadorias, por contribuinte optante pelo Simples Nacional. Comprovado o recolhimento indevido, legítimo é o direito à restituição dos respectivos valores corrigidos pela Taxa Selic a partir do pagamento indevido, tendo em vista a comprovação da não repercussão jurídica do encargo financeiro conforme disposto no art. 166 do Código Tributário Nacional. Impugnação procedente. Decisão unânime.

Neste caso, prevaleceu o entendimento de que o valor devido mensalmente pelas empresas optantes pelo Simples Nacional é determinado mediante aplicação das tabelas dos anexos da Lei Complementar n.º 123. Para efeito de determinação do valor devido mensalmente a ser recolhido, será o resultante da aplicação da alíquota correspondente sobre a receita bruta mensal auferida. Isso não implicaria, segundo o Conselho de Contribuintes, repercussão econômica do tributo em relação à terceiros.

fundamento de decidir - como não poderia ser diferente - foi o princípio constitucional da não-cumulatividade, com menção expressa ao art. 153, § 3º, inc. II, da Lei Maior através de julgados (fl. 97). É de se ressaltar, inclusive, que, na análise dos RE 353.657/PR e RE 370.682/SC, o Supremo Tribunal Federal analisou a questão. 5. Tratada a controvérsia com observância da Lei Maior, o recurso especial é via inadequada para debate e reforma da decisão da instância ordinária. Precedentes. 6. Agravo regimental não-provido.” (AgRg no REsp n. 725.126/PR, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/02/2009, DJe de 24/03/2009).

Logo, fica claro que, embora seja muito difícil provar a ocorrência desse “repasse”, é ainda mais difícil, ou mesmo impossível, provar a inocorrência dele, conforme lecionou o ex-ministro do STF, Aliomar Baleeiro:

Sendo objeto de pagamento indevido, não tem o contribuinte o ônus de lhes demonstrar a inexistência de translação. Tal prova é difícilíssima, em muitos casos impossível, sujeitando-se a uma série de variáveis econômicas. Cabe, pois, à Fazenda que, ilegal ou inconstitucionalmente, recebeu pagamento sem causa, demonstrar que o *solvens* não tem legitimidade para pleitear a restituição ou interesse, por não ter suportado o encargo.³⁰

Embora pareça correto, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que esta regra se aplique aos tributos indiretos (ICMS, IPI, ISSQN, etc.), uma vez que tais tributos possuem um ciclo econômico que comporta repercussão econômica, é totalmente questionável a aplicação dessa regra sem uma profunda análise do caso concreto. Considerar os tributos como indiretos a partir de uma definição exclusivamente econômica seria o mesmo que impedir o direito à repetição do indébito.

Neste sentido, Luciano Amaro assevera que:

Em rigor, é inadequada a atribuição desta ou daquela natureza ao valor recolhido, pois, se se trata de indébito, aquilo que se recolheu não foi tributo, nem direito nem indireto. Se, numa dada situação, não havia tributo a recolher, e alguém foi posto na condição de devedor, o direito à restituição deriva do fato do pagamento indevido, independentemente da análise que se possa fazer sobre as características do tributo a cujo título (indevidamente) tenha sido feito o recolhimento.³¹

30 BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misael Abreu. **Direito Tributário Brasileiro**. 14. ed., rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 2290.

31 AMARO, 2014, p. 422.

Em respeito ao princípio da capacidade contributiva e outros princípios constitucionais, a classificação entre tributos diretos e indiretos deve partir de uma perspectiva jurídica, para se aferir se realmente o patrimônio do terceiro foi atingido pela exação tributária, de forma autorizada pelo ordenamento. Ressalte-se, por oportuno, que em algumas decisões o STJ decidiu no sentido da inaplicabilidade de critérios econômicos para qualificação de um tributo como direto ou indireto, mas visualizando a questão jurídica da autorização do destaque do respectivo imposto na nota fiscal.³²

Desta forma, defende-se que a aplicação do art. 166 do CTN depende da prévia verificação, em cada caso concreto, se houve a repercussão jurídica do encargo econômico decorrente do pagamento indevido. Ainda que se respeite a aplicabilidade do referido dispositivo sobre restituição dos chamados tributos indiretos, o mesmo não deve ser exigido aleatoriamente a toda e qualquer situação em que se constate o pagamento indevido de valores a título desses tributos.

Por fim, cumpre assentar que existirão casos em que a repercussão jurídica do encargo econômico não ocorrerá, ora em razão da natureza da operação, ora do fato ou da circunstância em que se der o pagamento indevido, ora em virtude do contribuinte de direito confundir-se com o de fato, ora quando não houver a obrigatoriedade ou for vedado o destaque do imposto.

32 “TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - ISS - AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO - APRECIÇÃO APENAS DA LEGITIMIDADE PARA A AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO - OMISSÃO - NULIDADE - REPERCUSSÃO JURÍDICA DO TRIBUTO - INEXISTÊNCIA - LEGITIMIDADE DO CONTRIBUINTE DE DIREITO. [...] 3. Na hipótese, restou comprovado por prova pericial a ausência de destaque do tributo na nota fiscal da prestação de serviço, de modo que se afasta a restrição contida no art. 166 do CTN quando o prestador não repassou o tributo no preço do serviço, assumindo o seu encargo financeiro. 4. Recurso especial provido para anular o acórdão dos embargos de declaração, e determinar à Corte de origem que aprecie a pretensão declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária.” (REsp n.º 1.009.518/RS, relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 6/08/2009, DJe de 21/08/2009).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto ao longo deste artigo, pode-se concluir que:

- 1) A inserção do art. 166 no CTN partiu do entendimento de que o contribuinte de direito, ao vender mercadorias com a carga tributária embutida no preço, já fora devidamente ressarcido ou reembolsado. Assim, caso o pagamento do tributo fosse considerado inválido, restitui-lo ao contribuinte de direito implicaria enriquecimento sem causa deste, que receberia o reembolso duas vezes. Ademais, depreende-se da análise dos julgados que deram origem ao entendimento exposto na Súmula 546 do STF, seguido pelo art. 166 do CTN, que não houve um aprofundamento sobre a repercussão jurídica do tributo. O interesse posto em discussão foi sempre de índole econômica;
- 2) Após intensa oscilação no entendimento jurisprudencial, o STJ pacificou o entendimento de que apenas o contribuinte de direito tem legitimidade ativa *ad causam* para demandar judicialmente a restituição de indébito referente a tributos indiretos, com exceção de alguns casos, como o do usuário do serviço de energia elétrica, que na condição de contribuinte de fato, é considerado parte legítima para pleitear a repetição do indébito referente ao ICMS;
- 3) As despesas operacionais de uma empresa, incluindo os tributos diretos e indiretos, são parte indissociável do sistema de custeio da empresa, uma vez que permitem formar o preço que vale aquele determinado produto, sem causar prejuízos ao empresário. Portanto, para que seja necessário que a empresa estabeleça sua margem de lucro, é inimaginável excluir as despesas tributárias da análise do preço de venda;
- 4) É inegável que todos os tributos possuem repercussão econômica, ou seja, repercutem no preço, pois comportam, por sua natureza (qualquer que seja ela), a transferência a terceiro do respectivo encargo financeiro. Faz-se indispensável, portanto, diferenciar

- a repercussão jurídica daquela resultante de meras circunstâncias econômicas, pois o critério econômico não serve de condicionante para a restituição tributária;
- 5) A única transferência do ônus tributário aceitável seria a jurídica, a qual, baseando-se em previsão legal, autorizaria o contribuinte a se utilizar do patrimônio de outrem para adimplir a obrigação de pagar o tributo nascida da incidência da norma. Nesse sentido, a classificação entre tributos diretos e indiretos deve partir de uma perspectiva jurídica, para se aferir se realmente o patrimônio do terceiro foi atingido pela exação tributária, de forma autorizada pelo ordenamento;
- 6) É preciso repensar a restituição dos tributos indiretos, notadamente para que não se aplique aleatoriamente o art. 166 do CTN, como sói ocorrer na jurisprudência nacional, pois considerar os tributos como indiretos a partir de uma definição exclusivamente econômica seria o mesmo que impedir o direito à repetição do indébito, na medida que o contribuinte precisa comprovar o “incomprovável” (prova diabólica). Portanto, defende-se que a correta aplicação do art. 166 do CTN depende da prévia verificação, em cada caso concreto, da repercussão jurídica do encargo econômico decorrente do pagamento indevido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano da Silva. **Direito Tributário Brasileiro**. 20. ed. (revista) São Paulo: Saraiva, 2014.

ANDRADE, Leonardo Aguirra de; FRIDMAN, Rosa Sakata. As improbidades do Art. 166 do Código Tributário Nacional e sua Inaplicabilidade ao Levantamento de Depósitos Judiciais de ICMS. **Revista de Direito Tributário Atual n.º 48**, ano 39. p. 242-277. São Paulo: IBDT, 2º quadrimestre de 2021.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado n.º 11**. Salvador, set./nov. 2007.

BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misael Abreu. **Direito Tributário Brasileiro**. 14. ed., rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007.

BERGAMINI, Adolpho. **Análise de Legislação, Manifestações de Administrações Tributárias, Jurisprudência Administrativa e Judicial e Abordagem de Temas de Gestão Tributária**. Thomson Reuters Brasil, 2020.

CARRAZZA, Roque Antônio. **ICMS**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CASTRO, Eduardo Moreira; LUSTOZA, Helton Kramer; GOUVÊA, Marcus de Freitas. **Tributos em Espécie**. 9. ed. Bahia: Juspodivm, 2022.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FERNANDES, Regina Celi Pedrotti Vespero. *In*: FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). **Código Tributário Nacional Comentado**: doutrina e jurisprudência, artigo por artigo, inclusive ICMS e ISS. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MACHADO, Brandão. Repetição do indébito no direito tributário. *In*: MACHADO, Brandão (coord.). **Direito Tributário**: estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira. São Paulo: Saraiva, 1984.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Ainda a restituição dos tributos “indiretos”. **NOMOS**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v. 32, n. 2, 2012.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Código Tributário Nacional**: anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Restituição do tributo “indireto” na jurisprudência brasileira: uma análise comparada. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro n.º 1**. ano 2, p. 675-698. Lisboa, 2013.

- MARTINS, Eliseu. **Contabilidade de Custos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1990.
- MATARAZZO, D. C. **Análise Financeira de Balanços**: Abordagem básica e gerencial. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- MEGLIORINI, Evandir. **Custos**: Análise e gestão. 2. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.
- NASCIMENTO, Jonilton Mendes do. **Custos**: planejamento, controle e gestão na economia globalizada. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- NEVIANI, Tarcísio. **A Restituição de Tributos Indevidos, seus Problemas, suas Incertezas**. São Paulo: Resenha Tributária, 1983a.
- NEVIANI, Tarcísio. Repetição do indébito. *In*: MARTINS, Ives Gandra (coord.). **Caderno de Pesquisas Tributárias**. São Paulo: Centro de Estudos de Extensão Universitária, 1983b.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Repetição do Indébito, Compensação e Ação Declaratória. *In*: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). **Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 1999.
- PADOVEZE, Clóvis Luís. **Contabilidade Gerencial**: um Enfoque em Sistema de Informação Contábil. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.
- SANTOS, Joel J. **Análise de Custos**. São Paulo: Atlas, 2000.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário** - Valores e princípios constitucionais tributários. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- WARREN, Carl S.; REEVE, James M.; FESS, Philip E. **Contabilidade Gerencial**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2003.
- WERNKE, Rodney. **Gestão de Custos**: uma abordagem prática. São Paulo: Atlas, 2001.

Tema 1157/STF e seus reflexos funcionais

Theme 1157/STF and its functional reflexes

Isabela Cristine Martins Ramos¹

Karina Locks Passos²

RESUMO: O presente trabalho analisa a decisão proferida no Tema 1157, do Supremo Tribunal Federal, que firmou seu posicionamento no sentido de que os servidores públicos, mesmo que beneficiados pela estabilidade excepcional prevista no art. 19 do ADCT da Constituição Federal, mas que foram contratados sem concurso público, não gozam de efetividade e, portanto, não fazem jus ao reenquadramento funcional de carreira própria de Quadro Efetivo do Estado do Acre. A partir dessa decisão analisam-se os conceitos de estabilidade e efetividade dentro do direito administrativo, bem como a repercussão desse julgado na vida funcional dos servidores públicos e seus reflexos financeiros. Ao fim, conclui-se que as vantagens funcionais próprias do regime estatutário não podem ser estendidas aos servidores que foram beneficiados pela estabilização excepcional – eis que não ocupam cargo efetivo – e, muito menos, aos que não preencheram os requisitos do art. 19 do ADCT ou que, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, ingressaram no serviço público sem a necessária aprovação em concurso público.

PALAVRAS-CHAVE: Servidor Público; Tema 1157/STF; Reflexos Funcionais.

1 Procuradora do Estado do Paraná, chefe da Procuradoria Previdenciária Funcional.

2 Procuradora do Estado do Paraná, especialista em Direito tributário pelo IBET – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários.

ABSTRACT: This paper assesses the decision provided in the Theme 1157 of the Federal Supreme Court, which established its position in the sense that public servants, in spite of their benefits regarding exceptional stability set forth in article 19 of the Transitional Constitutional Provisions Act of the Federal Constitution, who were not hired through civil service competitive examination are not eligible to effectiveness and therefore are not entitled to the functional reframing of specific careers of the Effective Staff of the State of Acre. Based on this decision, the concepts of stability and effectiveness under administrative law are analyzed, as well as the impact of this judgment on the functional life of public servants and the financial consequences thereof. In the end, the conclusion is that the functional advantages which are typical of the public regime cannot be extended to civil servants who benefited from exceptional stabilization – as they do not hold an effective position – and, much less, to those who did not fulfill the requirements of article 19 of the Transitional Constitutional Provisions Act or those who, even after the enactment of the 1988 Constitution, entered public service without the necessary approval through a civil service competitive examination.

KEYWORDS: Civil Servant; Theme 1157/STF; Functional Reflexes.

1. INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar Agravo no Recurso Extraordinário 1.306.505 com repercussão geral – Tema 1157 –, fixou a tese seguinte:

É vedado o reenquadramento, em novo Plano de Cargos, Carreiras e Remuneração, de servidor admitido sem concurso público antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, mesmo que beneficiado pela estabilidade excepcional do art. 19 do ADCT, haja vista que esta regra transitória não prevê o direito à

efetividade, nos termos do art. 37, II, da Constituição Federal e decisão proferida na ADI 3609.³

O escopo deste artigo é, precisamente, analisar quais os efeitos da tese acima indicada sobre a vida funcional dos servidores públicos contemplados pela estabilização extraordinária, especialmente no que diz respeito às vantagens funcionais e seus reflexos.

2. DIGRESSÃO HISTÓRICA

Revisitando os textos constitucionais pátrios verifica-se que a Constituição Federal de 1934, em seu art. 169, *caput*, estabelecia que

“os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e, no qual lhes será assegurada plena defesa.”

No mesmo sentido dispunha o art. 156, alínea “c” da Carta Magna de 1937.

A expressão “estável” surgiu pela primeira vez nos arts. 188 e 189 da Constituição Federal de 1946:

Art 188 - São estáveis:

I - depois de dois anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados por concurso;

II - depois de cinco anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados sem concurso.

Parágrafo único - O disposto neste artigo não se aplica aos cargos de confiança nem aos que a lei declare

3 ARE 1306505, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/2022, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-065 DIVULG. 01/04/2022 PUBLIC. 04/04/2022.

de livre nomeação e demissão.

Art 189 - Os funcionários públicos perderão o cargo:

I - quando vitalícios, somente em virtude de sentença judiciária;

II - quando estáveis, no caso do número anterior, no de se extinguir o cargo ou no de serem demitidos mediante processo administrativo em que se lhes tenha assegurado ampla defesa.

Parágrafo único - Extinguindo-se o cargo, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada até o seu obrigatório aproveitamento em outro cargo de natureza e vencimentos compatíveis com o que ocupava.

A Constituição de 1967 cuidou da estabilidade em seu art. 99 e previu, pela primeira vez nas cartas constitucionais brasileiras, a possibilidade de estabilidade extraordinária no art. 177, *caput* e § 2º:

Art 177 - Fica assegurada a vitaliciedade aos Professores catedráticos e titulares de Ofício de Justiça nomeados até a vigência desta Constituição, assim como a estabilidade de funcionários já amparados pela legislação anterior.

§ 2º - São estáveis os atuais servidores da União, dos Estados e dos Municípios, da Administração centralizada ou autárquica, que, à data da promulgação desta Constituição, contém, pelo menos, cinco anos de serviço público.

A Emenda Constitucional n.º 01/69 tratou da estabilidade nos arts. 100, 105 e 109, inciso III.

A Constituição Federal de 1988, em sua redação original, ocupou-se da estabilidade no *caput* do art. 41, instituindo que os servidores nomeados após aprovação em concurso público alcançariam a estabilidade após dois anos de efetivo exercício. A redação atual do mencionado dispositivo de lei foi dada pela EC n.º 19/98, que, além de alterar para três anos o prazo para aquisição da estabilidade, agregou novo requisito para a estabilização, a saber: a obrigatoriedade de avaliação especial de desempenho por comissão instituída com tal finalidade (art. 41, § 4º); e,

no art. 169, § 4º, previu que

“se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.”

A Constituição do Estado do Paraná tratou da estabilidade no serviço público nos mesmos termos do constituinte federal, prevendo – em sua redação original – a estabilização com dois anos de efetivo exercício para servidores nomeados após aprovação em concurso público e, após a ECE 07/2000, a estabilidade com 3 anos de efetivo exercício e a necessidade de avaliação de desempenho, além da possibilidade de perda do cargo para propiciar a conformação do orçamento público aos limites das despesas com pessoal (art. 137, § 4º).

A estabilização extraordinária constou do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nos seguintes termos:

Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

§ 1º O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do «caput» deste artigo, exceto se se tratar de servidor.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei.

O ADCT veicula normas temporárias com efeitos permanentes, e a estabilização extraordinária, como exceção que é ao conceito clássico de estabilização, não deve ser interpretada de forma ampliada. É nessa linha a posição do STF: ADI n.º 100/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 1º/10/04; ADI n.º 289/CE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16/03/07.

3. ESTABILIDADE X EFETIVIDADE

A estabilidade no serviço público e a efetividade do cargo público são institutos jurídicos distintos entre si e que podem – mas não necessariamente – caminhar juntos.

A estabilidade é conceito relacionado à permanência no serviço público, de modo a garantir que o servidor estável somente será destituído de seu cargo nas hipóteses constitucionalmente previstas, ou seja, por sentença transitada em julgado, processo administrativo e processo de avaliação de desempenho em que seja assegurada ampla defesa, necessidade de conformação das despesas com pessoal ao limite constitucional.

A efetividade é atributo próprio do cargo público para o qual foi nomeado servidor aprovado em concurso público de prova ou de provas e títulos, e sujeito ao regime estatutário. A efetividade diz com a forma de provimento do cargo, e isto resta claro da leitura do *caput* do art. 41 da Constituição Federal – “são estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores **nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público**” (grifou-se). Não há efetividade sem concurso público.

Conforme já se anotou, o ordenamento constitucional pátrio previu uma estabilização extraordinária que, também, refere-se à permanência no serviço público, mas foi outorgada pelo art. 19 do ADCT a servidores públicos civis celetistas que não se submeteram a concurso público, mas que, ao tempo da promulgação da Constituição Federal de 1988, já estavam em exercício há pelo menos cinco anos continuados.

O servidor contemplado pela estabilização extraordinária é estável, mas não é efetivo.

O servidor nomeado ante a aprovação em concurso público e que ainda não conte com três anos de exercício é efetivo, mas não é estável. A estabilidade virá após o decurso de três anos e avaliação de desempenho positiva e, então, ele será efetivo e estável.

São elementos próprios da estabilidade, para além da necessária observância das regras constitucionais para a perda do cargo, a disponibilidade remunerada – em caso de extinção do cargo – e o conseqüente reaproveitamento, assim como a reintegração quando sentença judicial invalidar a demissão.

A estabilidade no serviço público é, sem dúvida, um direito do servidor, mas deve ser vista, igualmente, como uma garantia da Administração Pública e dos administrados, na medida em que prestigia os princípios da impessoalidade e da continuidade do serviço público.

A efetividade no cargo público encontra-se ligada às vantagens funcionais próprias da carreira estatutária como, por exemplo, as progressões e promoções.

A distinção entre estabilidade e efetividade encontra-se assentada de forma uníssona em diversos acórdãos do STF. Resta pacificado pela Corte Suprema o entendimento de que a estabilidade excepcional dada pelo art. 19 do ADCT não confere ao servidor por ela beneficiado as vantagens privativas dos ocupantes de cargo efetivo para o qual exige-se aprovação em concurso público. Nesse sentido: ADI 289, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJe 16/3/2007; ADI 3609, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 30/10/2014; ARE 1069876 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 13/11/2017; ARE 1238618 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 04/03/2020.

No Estado do Paraná, a Lei n.º 10.219/92, no art. 70, transformou os empregos públicos em cargos públicos:

Art. 70. Os atuais servidores da administração direta e das autarquias, ocupantes de empregos com regime jurídico definido pela Consolidação das Leis do Trabalho, terão seus empregos transformados em cargos públicos na data da publicação desta Lei.

Frente a esse dispositivo de lei, emergiram interpretações – equivocadas – no sentido de que os servidores ali referidos passariam a ser considerados titulares de cargos efetivos, embora inexista referência expressa nesse sentido no texto legislativo. A aceitar-se essa interpretação, esses servidores gozariam da estabilização extraordinária dada pelo art. 19 do ADCT e pela efetividade, o que implicaria em clara afronta ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal.

Com efeito, a exegese deste artigo de lei foi dada pelo STF no bojo da ADI 1.695/PR, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 28/05/2004. Faz-se oportuna a transcrição de trechos do v. acórdão:

14. A inicial não se insurge contra a transformação dos empregos em cargos públicos, até porque adotada em obediência à orientação para instituição de regime jurídico único ditada pelo art. 39, *caput*, da Constituição, em sua redação original, mas sim contra a remissão indistinta à Lei 6174/70 (Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado do Paraná) que, não podendo ser objeto do controle concentrado dado que editada antes da promulgação da Constituição Federal, clama o exercício de hermenêutica no sentido de explicitar que **a norma contida no citado art. 70 é aplicável aos servidores oriundos do regime celetista para todos os efeitos legais, exceto àqueles em que se exige o requisito da efetividade.**

15. Não há que se confundir estabilidade com efetividade. Esta é atributo do cargo, designando o funcionário desde o instante da nomeação, enquanto aquela é aderência no serviço público, posteriormente ao preenchimento dos requisitos legais. A efetividade é adquirida com a nomeação para cargo público após aprovação em concurso público, na forma dos arts 37, II, e 41, da Constituição Federal. A estabilidade

configura-se depois de decorrido o prazo a que alude esta última regra ou na hipótese do art. 19 do ADCT-CF/88.

16. Os **servidores que tiveram seus empregos públicos transformados em cargos não são efetivos, ainda que seja detentores da estabilidade excepcional previstas nas disposições transitórias.** Isso porque, embora tenham passado a ocupar cargos públicos, não exercem aqueles de provimento efetivo reservados apenas aos nomeados após aprovação em concurso público... (grifou-se)

Assim, em virtude dessa decisão proferida em Ação Direta de Inconstitucionalidade “definiu-se, na jurisprudência do STF, a orientação de que a plena sujeição ao regime jurídico estatutário, com os atributos próprios da efetividade e da estabilidade, apenas ocorre com a aprovação em concurso público.”⁴

4. REFLEXOS DO TEMA 1157/STF SOBRE AS VANTAGENS FUNCIONAIS

No acórdão que fixou a tese estampada no Tema 1157, o STF re-
pisou o entendimento que já havia construído em torno dos conceitos de estabilidade e efetividade, afirmando a imprescindibilidade da aprovação em concurso público para a investidura em cargo público efetivo e declarou textualmente que “não podem ser consolidadas pelo decurso do tempo as situações flagrantemente inconstitucionais” nem mesmo em homenagem ao princípio da confiança, sob pena de subversão de toda a ordem constitucional.

Conforme bem destacado pelo Ministro Alexandre de Moraes no precedente citado (**Tema 1157**),

4 Rcl 51158 ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 22/08/22, publicado em 29/08/2022.

“é inconstitucional a efetivação de servidor admitido sem concurso público, ainda que beneficiado pela estabilidade excepcional da parte transitória da CARTA MAGNA, o que obsta qualquer reenquadramento em Plano de Cargos, Carreiras e Remuneração criado para servidores efetivos”.

Assim, pela tese firmada no precedente citado, o servidor, mesmo que tenha preenchido as condições exigidas pelo art. 19 do ADCT-CR/1988, é estável no cargo para o qual foi contratado, mas não é efetivo, não fazendo jus aos direitos estatutários exclusivos dos servidores ocupantes de cargos públicos efetivos.

É importante salientar que esse entendimento assentado na tese do Tema 1157/STF é vinculante aos demais juízes e tribunais, conforme dicção do art. 927, III, do Código de Processo Civil.

Conforme leciona o jurista Luiz Guilherme Marinoni,

“nenhum juiz de primeiro grau, ainda que premido por um ambiente diverso, deixará de observar precedentes ao ter claro que a legitimidade do exercício de sua função pressupõe o respeito às funções das Cortes Supremas.”⁵

Portanto, o precedente acima deixa claro que o servidor que não fez concurso público não tem direito à efetividade, isto é, não pode usufruir dos direitos estatutários exclusivos e inerentes aos ocupantes de cargos públicos cujas investiduras se deram mediante prévia aprovação em concurso público, fazendo-se por ora a seguinte distinção entre três tipos de situações funcionais de servidores públicos com as quais a Administração Pública Estadual passou a se deparar a partir de CF/1988 e que não fizeram concurso público: *i*) servidor beneficiado pelo art. 19 do ADCT (admissão até 04 de outubro de 1983 e que continuou a exercer o cargo

5 MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes**. 4. ed rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 105.

de forma contínua na vigência da CF/1988), considerado estável e não efetivo; *ii*) servidor que ingressou após 05 de outubro de 1983 mas antes da vigência da CF/1988 sem concurso público, que não seria nem estável e nem efetivo; *iii*) servidor que ingressou após a CF/1988 sem concurso público, que não seria nem estável e nem efetivo, com o ingresso irregular, nos termos do art. 37, II, da CF/1988.⁶

Aliás, no caso específico de servidor que ingressou na carreira pública após a CF/1988 sem concurso público, o STF, inclusive, já havia firmado entendimento pela inconstitucionalidade de provimento derivado conforme Súmula Vinculante 43 do STF, *in verbis*:

Súmula Vinculante 43

É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

Acrescente-se ao acima exposto que esse *enquadramento automático* padece de vício, pois, na lição de Hely Lopes Meirelles,

“o provimento de cargos do Executivo é da competência exclusiva do Chefe deste Poder (CF, art. 84, XXV), uma vez que a investidura é ato tipicamente administrativo. (...) A lei só poderá estabelecer a forma e as condições de provimento e desprovimento; não poderá, entretanto, concretizar investiduras ou indicar pessoas a serem nomeadas, porque isto é missão do Executivo, indelegável ao Legislativo. O provimento feito por lei é nulo, como nula é a criação ou modificação de cargo por decreto ou qualquer outro ato administrativo”⁷

6 Tribunal de Justiça do Estado do Acre, Apelação Cível 0707727.64.2020.8.01.001, Relator Desembargador Júnior Alberto, Órgão Julgador Segunda Câmara Cível, julgado em 03/10/2022, disponibilizado no DJe n.º 7.158 de 04/10/22.

7 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Manuel Burle Filho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 430.

Assim, como bem salientado na decisão oriunda do Tema 1157/STF, eventual situação irregular de determinados servidores em razão de transposição ao regime estatutário não pode servir como fundamento para aquisição de vantagens funcionais exclusivas de servidores efetivos, até porque o reconhecimento da inconstitucionalidade desse enquadramento deve conduzir “à eliminação da vantagem funcional e não à sua extensão àqueles”⁸ que, porventura, dela não tenham se beneficiado.

Ainda: a eventual boa-fé do servidor beneficiado pela estabilização extraordinária garante-lhe apenas que não seja obrigado a devolver valores recebidos até o julgamento desta repercussão geral.

Tendo em vista que a decisão proferida no Tema 1157/STF tem origem em Recurso Extraordinário do Estado do Acre, verifica-se que, após o julgamento da Repercussão Geral, o Tribunal de Justiça do Estado do Acre passou, de pronto, a adotar a tese fixada nas situações por ela abrangidas, conforme se observa das decisões proferidas no Mandado de Segurança n.º 10001913-35.2019.8.01.0000 e da Apelação Cível n.º 0716513-34.2019.8.01.0001.⁹

Diante da tese firmada no precedente ora analisado, passa-se a analisar algumas das vantagens funcionais atribuídas aos servidores efetivos do Estado do Paraná que não podem ser estendidas aos servidores que detenham a estabilidade excepcional do art. 19 do ADCT-CF/1988, bem como àqueles que mesmo sem estabilidade ingressaram no serviço público sem prévia aprovação em concurso público, mas tiveram seu enquadramento automático para o regime estatutário mediante ato normativo (art. 70 da Lei/PR n.º 10.219/92).

8 STF-RE-ED-EDv: 175531 SP, Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 28/02/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 28/06/2002.

9 MS 1001913-35.2019.8.01.0000, Relator Desembargador Samoel Evangelista, Órgão Julgador Pleno Jurisdicional, julgado em 06/10/22 e disponibilizado no DJe n.º 7.161 de 07/10/22 e Apelação Cível 0716513-34.2019.8.01.0001, Relator Desembargador Francisco Djalma, Órgão Julgador Segunda Câmara Cível, julgado em 07/10/22 e disponibilizado no DJe n.º 7.163 de 11/10/2022.

Acerca dessa questão é importante ressaltar que o STF, ao julgar a ADI 1695/PR, já tinha declarado a inconstitucionalidade de equiparação dos servidores que tiveram seu regime de trabalho convertido de celetista para estatutário, após a vigência da Lei Estadual n.º 10.219/1992, para com os servidores efetivos à época, o que foi reafirmado na tese do Tema 1157/STF.

Pois bem. No caso específico de avanço funcional na carreira dos servidores do Quadro Próprio do Poder Executivo do Estado do Paraná, é inequívoco que a Lei n.º 13.666/2002 somente atribui o direito ao avanço funcional (promoções e progressões) aos servidores titulares de cargo efetivo que tenham efetivo tempo de serviço público.

Imprescindível salientar que a própria dicção dos arts. 1º e 2º da Lei n.º 13.666/2002 não deixa dúvidas de que o Quadro Próprio do Poder Executivo será formado por carreiras, as quais constituem “agrupamento de cargos em classes da mesma profissão ou atividade, escalonadas segundo hierarquia de serviço, por acesso dos titulares dos cargos que a integram”, sendo esses cargos de “provimento mediante aprovação em concurso público de provas ou provas e títulos.”

Portanto, os servidores do Estado do Paraná, mesmo que estáveis nos termos do art. 19 do ADCT, mas que ingressaram nos quadros da administração pública estadual sem prévia aprovação em concurso público, não fazem jus aos direitos estatutários exclusivos dos servidores efetivos previstos na legislação paranaense, como os avanços funcionais (promoção e progressão), pois não detêm cargo público efetivo.

Outro exemplo de vantagem funcional exclusiva dos servidores públicos efetivos é o abono de permanência, sendo inequívoco que a Constituição Federal (art. 40, § 19) somente atribui o direito à sua percepção aos “**servidores titulares de cargo efetivo**”. Em igual sentido é a dicção do art. 35, § 20, da Constituição do Estado do Paraná; e do art. 45 da Lei Complementar/PR n.º 233/2021.

Ora, de acordo com o art. 40, § 19 da Constituição Federal,¹⁰ na redação da EC 41/2003, o abono de permanência consubstancia espécie de vantagem financeira paga ao servidor público efetivo em atividade, não possuindo, portanto, natureza previdenciária.¹¹ (grifou-se)

E o STJ pacificou o entendimento de que tal vantagem “possui natureza remuneratória, caracterizando acréscimo patrimonial em benefício do trabalhador que permanece em atividade, mesmo após completado os requisitos legais para a concessão da aposentadoria”.¹² (grifou-se)

Assim, considerando que o abono de permanência também constituiu uma vantagem funcional exclusiva de servidores públicos efetivos, aqueles que não gozam desse atributo, ou seja, que foram admitidos sem concurso público, não fazem jus ao abono de permanência.

Relevante também destacar que, de acordo com o atualmente revogado art. 247 da Lei n.º 6.174/70, na redação anterior à Lei Complementar n.º 217 de 22/10/2019, somente “ao funcionário estável”, ocupante de “car-go efetivo”, era devida a licença especial:

Art. 247. Ao funcionário estável que, durante o período de dez anos consecutivos, não se afastar do exercício de suas funções, é assegurado o direito à licença especial de seis meses, por decênio, com vencimento

10 Art. 40 (...) “§ 19. O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II”.

11 A propósito, o STJ pacificou o entendimento de que tal vantagem “possui natureza remuneratória, caracterizando acréscimo patrimonial em benefício do trabalhador que permanece em atividade, mesmo após completado os requisitos legais para a concessão da aposentadoria” (REsp 1.268.154/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 22/8/2013).

12 Cf. REsp 1.268.154/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 22/8/2013.

ou remuneração e demais vantagens.

Parágrafo único. Após cada quinquênio de efetivo exercício, ao funcionário que a requerer, conceder-se-á licença especial de três meses, com todos os direitos e vantagens inerentes ao seu **cargo efetivo**. (grifou-se)

Logo, a licença especial só poderia ser concedida ao servidor estável que computasse efetivo tempo de serviço. Sublinhe-se que o Supremo Tribunal Federal, em acórdão prolatado em 15.08.2017, rechaçou a possibilidade do “cômputo do período dito celetista para efeito de gozo da licença especial”:

SERVIDOR – TEMPO DE SERVIÇO CELETISTA – CÔMPUTO – LICENÇA ESPECIAL – CONCESSÃO – IMPOSSIBILIDADE. Inviável a concessão de licença especial a servidores oriundos do regime celetista, ante a ausência do atributo efetividade. Precedente: ação direta de inconstitucionalidade n.º 1.695, relator o ministro Maurício Corrêa, acórdão publicado no Diário da Justiça de 28 de maio de 2004.¹³

E em recente decisão, o mesmo STF, com base no precedente supra, decidiu de igual maneira:

Embargos de declaração em reclamação. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, nos termos do art. 1.024, § 3º, CPC. 2. Servidor público estadual. 3. Conversão de regime celetista para estatutário. Lei 10.219/1992. 4. Concessão de licença especial prevista no estatuto dos servidores estaduais (Lei Estadual 6.174/1970) a servidor oriundo do regime celetista. Impossibilidade. Ausência do atributo da efetividade. 5. Alegada violação ao entendimento firmado na ADI 1.695. Inexistência. 6. Falta de argumentos capazes de

13 RE 354859 ED-AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 15/08/2017, DJe-198, DIVULG. 01/09/2017, PUBLIC. 04/09/2017.

infirmar a decisão agravada. 7. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.¹⁴

Em caso análogo, o STJ decidiu no mesmo sentido, conforme se verifica na seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL A ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. LICENÇA ESPECIAL. CÔMPUTO DE TEMPO DE SERVIÇO CELETISTA E PRESTADO EM CARGO DE COMISSÃO. IMPOSIBILIDADE. FALTA DE ESTABILIDADE. ART. 247 DA LEI N. 6.174/70. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Licença Especial deve ser concedida ao servidor público estável que, sem afastar de suas atribuições, trabalhou ininterruptamente durante o prazo previsto no art. 247 da Lei n. 6.174/70. Precedentes.

2. No caso dos autos, o vínculo celetista entre o Estado e o servidor antes da CF/88 e o período laborado entre 03.06.1989 e 21.12.1992 exclusivamente em cargo em comissão não podem ser computados para fins de Licença Especial, pois, conforme destacado pelo parecer do Ministério Público Federal, o recorrente 'não ocupava cargo de provimento efetivo, não ensejando, portanto, a aplicação do art. 41 da CF, nem a estabilidade especial do art. 19 do ADCT'.

3. Agravo regimental não provido.¹⁵

Sintetizando, pelos fundamentos declinados acima, não é juridicamente possível reconhecer aos servidores públicos admitidos sem concurso público, ainda que possuam a estabilidade extraordinária, o direito às vantagens funcionais referidas acima por ausência de efetividade.

14 Rcl 51158 ED, Relator(a): GILMARMENDES, Segunda Turma, julgado em 22/08/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-171, DIVULG. 26/08/2022, PUBLIC. 29/08/2022.

15 AgRg no RMS n.º 45.581/PR, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16/12/2014, DJe de 19/12/2014.

5. CONCLUSÃO

Em razão da obrigatoriedade da observância do entendimento fixado pelo STF no Tema 1157, os juízes e Tribunais devem reconhecer que é impossível atribuir aos servidores que não são efetivos, ainda que detenham a estabilidade excepcional do art. 19 do ADCT-CF/1988, os direitos estatutários exclusivos e inerentes aos ocupantes de cargos públicos cujas investiduras se deram mediante o prévio concurso público.

Soa evidente, como consequência, que, tampouco, podem ser entendidos aos servidores que não preencheram os requisitos do ADCT-CF/1988 – ou, ainda, àqueles que, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, ingressaram na administração pública sem concurso público, as vantagens funcionais inerentes aos titulares de cargo público de provimento efetivo.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil** – v. 2. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 34. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Manuel Burle Filho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34. ed. rev. e atual. até a EC99, de 14.12.2017. São Paulo: Atlas, 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2022.

O ITCMD e suas potencialidades extrafiscais

Inheritance taxation and its extrafiscal potentialities

*Izabella Maria Medeiros e Araújo Pinto*¹

RESUMO: O presente artigo trata do imposto sobre a transmissão *causa mortis* e doações de quaisquer bens ou direitos (ITCMD) e seu relevante papel na redistribuição de renda e redução de desigualdades sociais. São abordadas as potencialidades extrafiscais do tributo, cuja importância é maior do que sua finalidade meramente arrecadatória, destacando-se a adoção da alíquota progressiva em razão do valor dos bens e em razão do parentesco. Analisa-se as legislações estaduais que regem o ITCMD e as alíquotas de cada unidade federada, de modo a identificar quais Estados adotam a técnica e como a aplicam. Ainda, são apresentados problemas práticos decorrentes da estruturação do imposto e da utilização de novos instrumentos de planejamento sucessório, que apontam para uma possível guerra fiscal em relação ao ITCMD. Ao final, conclui-se que a função extrafiscal do ITCMD merece maior atenção pelos Estados brasileiros, mediante estudo e amadurecimento das questões relacionadas ao imposto.

PALAVRAS-CHAVE: Tributação; ITCMD; Extrafiscalidade; Alíquota progressiva; *Holding* familiar.

1 Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2022). Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (2010). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2006). Procuradora do Estado do Paraná, lotada na Procuradoria de Brasília e vinculada à Procuradoria de Sucessões da PGE/PR.

ABSTRACT: This article deals with the Brazilian inheritance taxation (ITCMD) and its relevant role in income redistribution and reduction of social inequalities. The extrafiscal potentialities of the tax are addressed, the importance of which is greater than its merely collecting purpose, highlighting the adoption of the progressive rate based on the value of the goods and on the grounds of kinship. The state laws that govern the ITCMD and the rates of each federated unit are analyzed, in order to identify which states adopt the technique and how they apply it. Also, practical problems arising from the structuring of the tax and the use of new instruments of succession planning are presented, which point to a possible tax war in relation to the ITCMD. In the end, it is concluded that the extrafiscal function of the ITCMD deserves greater attention by the Brazilian states, which should study and mature the issues related to the tax.

KEYWORDS: Taxation; Inheritance taxation; Extrafiscality; Progressive rate; Family holding company.

1. INTRODUÇÃO

O imposto sobre a transmissão *causa mortis* e doações de quaisquer bens ou direitos, conhecido comumente como ITCMD, mas também designado pelas siglas ITCM, ITCD ou simplesmente ITD, é um dos três impostos de competência estadual previstos na Constituição Federal. Embora sua arrecadação seja normalmente inferior à dos demais impostos estaduais² – a saber, o imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA) e o imposto sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços (ICMS) –, o ITCMD possui importante função extrafiscal, ainda pouco explorada pelos Estados brasileiros. Num momento em que se discute a reforma tributária, é oportuno chamar a atenção para

2 Vide Boletim de Arrecadação dos Tributos Estaduais divulgado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária CONFAZ. Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/boletim-de-arrecadacao-dos-tributos-estaduais>. Acesso em: 20 fev. 2023.

esse imposto e seu relevante papel na redistribuição de renda e redução de desigualdades sociais.

Os Estados e o Distrito Federal possuem autonomia para instituir e disciplinar o ITCMD no âmbito do seu território, obedecidas às regras de competência fixadas pelo constituinte no § 1º, do art. 155. O imposto compete ao local da situação do bem, relativamente à tributação de bens imóveis e respectivos direitos (inciso I, do § 1º, do art. 155); e ao local do processamento do inventário ou arrolamento (ou do domicílio do doador, no caso da doação), relativamente a bens móveis, títulos e créditos (inciso II, do § 1º, do art. 155). Se houver um elemento relevante de conexão com o exterior, como o domicílio do doador ou do falecido, o processamento do inventário no exterior ou a existência de bens do extinto em território estrangeiro, a competência para instituir o tributo será regulada por lei complementar (inciso III, do § 1º, do art. 155).³

O constituinte previu, ainda, que o imposto terá suas alíquotas máximas fixadas pelo Senado Federal, que o fez através da Resolução n.º 9, de 05 de maio de 1992, vigente até a publicação deste artigo. O Senado Federal estipulou a alíquota máxima de 8% (oito por cento), aplicável a partir de 1º de janeiro de 1992, e permitiu, ainda, a adoção da alíquota progressiva, nos seguintes termos: “As alíquotas dos impostos, fixadas em lei estadual, poderão ser progressivas em função do quinhão que cada herdeiro efetivamente receber, nos termos da Constituição Federal.”

Esse é o delineamento dado pela Constituição Federal para a instituição e cobrança do imposto estadual incidente sobre heranças e doações. Entretanto, nem todos os Estados brasileiros exploram as potencialidades

3 Questão objeto do Tema 825 do Supremo Tribunal Federal, em que restou fixado o seguinte: “É vedado aos estados e ao Distrito Federal instituir o ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal sem a intervenção da lei complementar exigida pelo referido dispositivo constitucional”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 851108**. Relator: Dias Toffoli. Julgamento: 01/03/2021. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-074 Divulg. 19/04/2021 Public. 20/04/2021.

deste tributo, entre as quais se destaca a alíquota progressiva, mecanismo apontado pela doutrina como concretizador do princípio da capacidade contributiva.

No presente artigo, analisamos as legislações estaduais que regem o ITCMD e as alíquotas aplicáveis em cada unidade federada, de modo a ressaltar suas potencialidades extrafiscais. Ainda, elucidamos alguns problemas decorrentes da estruturação do imposto, que revelam uma guerra fiscal latente em relação ao ITCMD, a merecer maior atenção pelos Estados brasileiros.

2. ITCMD E AS GRANDES FORTUNAS

A ausência do imposto sobre grandes fortunas, previsto na Constituição Federal, mas nunca implementado pela União, é frequentemente alvo de críticas. Mas os Estados brasileiros possuem, na tributação da herança, um instrumento de arrecadação que atinge os maiores patrimônios do país e pode, efetivamente, contribuir para a redistribuição de riquezas e redução de desigualdades sociais e regionais.

Fernanda de Paula destaca que um dos fundamentos mais importantes para a escolha da herança como base tributária pelo constituinte é a necessidade de regulação dos efeitos cumulativos da sucessão hereditária, que possui grande repercussão nos níveis de concentração de renda na sociedade. A autora aponta que as sucessivas transmissões hereditárias realizadas de geração em geração, desacompanhadas de um esquema de regulação estatal desses eventos, podem aumentar sobremaneira as desigualdades entre ricos e pobres, razão pela qual a dimensão extrafiscal desse tributo se sobressai em relação à sua finalidade meramente arrecadatória. A tributação da herança é um poderoso instrumento de justiça, e não apenas fonte de arrecadação de receita pública.⁴

4 PAULA, Fernanda de. **A Tributação da Herança sob um Enfoque de Justiça**: considerações e propostas para um correto aproveitamento tributário das heranças nos sistemas do ITCMD e do IRPF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 67, 76.

O papel mais importante do ITCMD seria, portanto, equilibrar a concentração de riqueza, por meio da tributação das transmissões intergeracionais de patrimônio, o que guarda relação com os objetivos fundamentais da República, de construção de uma sociedade justa e solidária e de redução das desigualdades sociais.⁵

Em 2021, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) publicou relatório, que destaca esse caráter extrafiscal do imposto incidente sobre as heranças e doações e recomenda que os países-membros aprimorem o seu funcionamento. A partir de uma avaliação comparativa da tributação sucessória nos países da OCDE e da evolução das riquezas e heranças das famílias, a entidade concluiu que o imposto sobre a herança pode desempenhar importante papel no aumento de receitas públicas, no combate às desigualdades entre ricos e pobres e na melhoria das transferências de riqueza.⁶

Para Daniel Bucar e Caio Ribeiro Pires, a tributação da herança concretiza o princípio da função social da propriedade, pois promove a redistribuição de parte da riqueza recebida de maneira gratuita pelo herdeiro, possibilitando a alocação dos recursos em benefício de direitos sociais, como educação, moradia e saúde.⁷

Para os autores, o regime tributário atualmente incidente sobre a sucessão *causa mortis* não atende aos valores constitucionais, sendo necessário revisar de forma crítica a carga tributária para que efetivamente atinja os maiores patrimônios. Uma das distorções apontadas é que os encargos fiscais incidentes sobre o patrimônio são, em geral, menores do que os

5 PAULA, 2019, p. 2-3.

6 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Inheritance Taxation in OECD Countries. **OECD Tax Policy Studies**, Paris, n. 28, 11 maio 2021. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/inheritance-taxation-in-oecd-countries_e2879a7d-en. Acesso em: 24 out. 2021.

7 BUCAR, Daniel; PIRES, Caio Ribeiro. Sucessão e tributação: perplexidades e proposições equitativas. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 92.

incidentes sobre o consumo e a renda. “Em outras palavras, o valor que se extrai de um ordenamento posto como tal revela ser ontologicamente mais relevante a posição do herdeiro, em detrimento do trabalhador e consumidor.”⁸ Para equilibrar as distorções tributárias em matéria sucessória recomendam, por um lado, a adoção pelos Estados da progressividade de alíquota; por outro, a ampliação das hipóteses legais de isenção, que considerem a essencialidade do bem transmitido, garantindo aos herdeiros um patrimônio mínimo.⁹

Assim, para atender aos ditames constitucionais, um dos caminhos a ser adotado pelos Estados é não só a adoção, mas também um melhor aproveitamento da progressividade de alíquotas, que será detalhada nos próximos itens.

3. EXPECTATIVA: CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E PROGRESSIVIDADE

A alíquota progressiva é apontada como a concretização do princípio da capacidade contributiva, corolário da igualdade na seara tributária,¹⁰ mas, até o ano de 2014, apenas sete Estados brasileiros a aplicavam.¹¹ Com o agravamento da crise econômica atravessada pelo país nesta época, diversos Estados alteraram suas leis para aumentar a alíquota do ITCMD ou para adotar a progressividade – mais oito Estados e o Distrito Federal passaram a adotá-la e, na contramão, Alagoas abandonou a técnica.¹²

8 BUCAR; PIRES, 2019, p. 95-97.

9 Ibid., p. 98-104.

10 AVEIRO, Júlio da Costa Rostirola. **A Regra-matriz de Incidência do Imposto em Razão da Morte**. 143 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2018, p. 121.

11 PAULA, 2019, p. 83.

12 Ibid., p. 83-84.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a constitucionalidade da alíquota progressiva em razão do valor dos bens transmitidos. Em recurso extraordinário com repercussão geral, o STF entendeu que todos os impostos estão sujeitos ao princípio da capacidade contributiva, esculpido no art. 145, § 1º, da Constituição Federal;¹³ mesmo os de caráter real e não pessoal, como é o caso do ITCMD.

O recurso dizia respeito à progressividade adotada pela legislação do Estado do Rio Grande do Sul e restou assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL: PROGRESSIVIDADE DE ALÍQUOTA DE IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE BENS E DIREITOS. CONSTITUCIONALIDADE. ART. 145, § 1.º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL TRIBUTÁRIA. OBSERVÂNCIA DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO (RE 562045, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/2013, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-233 DIVULG 26-11-2013 PUBLIC 27-11-2013 EMENT VOL-02712-01 PP-00001 RTJ VOL-00228-01 PP-00484).¹⁴

13 “Art. 145 [...] § 1.º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitadas os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”

14 No mesmo sentido, da constitucionalidade da progressividade objetiva (em razão do monte): “EXTRAORDINÁRIO – ITCMD – PROGRESSIVIDADE – CONSTITUCIONAL. No entendimento majoritário do Supremo, surge compatível com a Carta da República a progressividade das alíquotas do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação. Precedente: Recurso Extraordinário n.º 562.045/RS, mérito julgado com repercussão geral admitida”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 542485** AgR. Relator: Marco Aurélio. Julgamento: 19/02/2013. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: Acórdão Eletrônico DJe-045. Divulg. 07/03/2013. Public. 08/03/2013).

Daniel Bucar e Caio Ribeiro Pires sustentam, além da progressividade em razão do valor, a tributação da herança que considere a progressividade subjetiva da alíquota, que seja tanto maior quanto mais distante a classe do herdeiro na ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.829 do Código Civil.¹⁵ A mesma lógica se aplica também aos herdeiros e legatários instituídos pela via testamentária que não tenham sido contemplados pelo legislador na sucessão legítima. Para todos esses, os autores defendem que seria razoável diferenciar a forma de tributação da herança, pois os herdeiros necessários são assim considerados em decorrência da proteção à família e da solidariedade familiar, valores eleitos pelo legislador. Vale transcrever os argumentos apresentados pelos autores:

De toda forma, a transmissão patrimonial *causa mortis* aos herdeiros necessários é presumida como solidariedade necessária e imprescindível para a manutenção dos bens na família (tida como) mais próxima, enquanto aos colaterais apenas subsiste sugestão do ordenamento a permitir segurança jurídica, no sentido de que, uma vez morto o autor da herança *ab intestato*, evita-se a inexistência de titular para aquele patrimônio. [...]

Porém, admitir que colaterais, os quais, presumidamente, apresentam menor relação com o patrimônio do autor da herança sejam tributados da mesma forma que herdeiros necessários, é garantir uma transmissão não funcionalizada que atenta contra a (re)distribuição de riquezas. Efetivamente, aqui há um acréscimo patrimonial que deve encontrar guarida na função social da transmissão proprietária.¹⁶

Mas a progressividade em razão do parentesco teve diferente resultado no STF.

15 BUCAR; PIRES, 2019, p. 101.

16 *Ibid.*, p. 102.

Analisando a legislação do Estado de Pernambuco, o STF considerou que a distinção de alíquota com base no grau de parentesco ou em questões relacionadas à proximidade afetiva com o falecido não guarda pertinência com o princípio da capacidade contributiva. Com isso, afastou a aplicação da progressividade em razão do parentesco prevista na lei pernambucana.

Na origem, o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco havia determinado a elaboração de novo cálculo do imposto, com aplicação da alíquota progressiva tão somente quanto ao valor dos bens transmissíveis, sendo afastada a progressividade em razão do parentesco entre o sucessor e o *de cujus*. O Estado de Pernambuco apresentou recurso extraordinário, defendendo o critério adotado pelo legislador estadual.

Em decisão monocrática, o Ministro Luiz Edson Fachin negou seguimento ao recurso extraordinário, considerando inadmissível a utilização do critério do parentesco como meio de efetivação da progressividade tributária. O Ministro entendeu que “não há relação direta entre o parentesco e a manifestação de riqueza que demande do Estado Fiscal a distinção de contribuintes, à luz da equidade vertical”.¹⁷ Contra a decisão monocrática foi interposto agravo regimental, também negado.

Eis o teor da decisão da Primeira Turma do STF, em sede de agravo regimental:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL SOBRE PROGRESSIVIDADE DE ALÍQUOTA DE IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE BENS E DIREITOS. GRAU DE PARENTESCO COMO PARÂMETRO PARA A PROGRESSIVIDADE: IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. O critério de grau de parentesco e respectivas

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 602.256**. Relator: Min. Edson Fachin. Julgamento: 16/02/2016. Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308160156&ext=.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

presunções da proximidade afetiva, familiar, sanguínea, de dependência econômica com o de cujus ou com o doador, não guarda pertinência com o princípio da capacidade contributiva. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, RE 602256 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 16/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 29-02-2016 PUBLIC 01-03-2016)

É preciso pontuar que a decisão do STF não foi submetida à sistemática da repercussão geral e se refere apenas à legislação de Pernambuco, posteriormente revogada. Atualmente, o Estado de Pernambuco prevê a alíquota progressiva apenas em razão do valor, como estabelece o art. 8º, da Lei Estadual n.º 13.974/2009, com redação vigente a partir 1º de janeiro de 2016, variando entre 2% (dois por cento) e 8% (oito por cento).

Bucar e Pires afirmam, com razão, que a questão merece melhor reflexão pela doutrina e propõem uma releitura da temática à luz do caráter interdisciplinar e da interpretação civil-constitucional dos institutos do Direito Privado.¹⁸ Entendem os autores que a diferenciação de alíquotas em razão do parentesco entre o falecido e herdeiros é consentânea com a solidariedade familiar,¹⁹ o que permite concretizar, em matéria tributária, a proteção constitucional da família.

O relatório da OCDE, acima mencionado, trata do assunto. Há um capítulo dedicado a analisar os limites de isenção fiscal para membros mais próximos da família, herdeiros menores e herdeiros com necessidades especiais; sendo identificada uma tendência nos países analisados no sentido de beneficiar a família imediata ou os familiares mais próximos. Na maioria deles, os membros mais próximos da família geralmente possuem tratamento tributário mais favorável, sendo mais benéfico o tratamento tributário de pais e avós quando comparados aos

18 BUCAR; PIRES, 2019, p. 100.

19 Ibid., p. 103.

primos, tios e tias. Há, ainda, limites de isenção fiscal especialmente aplicados a herdeiros menores e herdeiros com deficiência em alguns países.²⁰ Portanto, o tratamento tributário diferenciado em razão do parentesco ou da condição do herdeiro é algo que já é realidade em outros países e pode ser adotado no Brasil, por ser consentâneo com os valores e princípios constitucionais.

De todo modo, a progressividade de alíquotas – seja em razão do valor dos bens, seja em razão do parentesco – guarda intrínseca relação com a dimensão extrafiscal do ITCMD, cuja importância, como se vê, é muito maior do que sua finalidade meramente arrecadatória.

4. REALIDADE: AS ALÍQUOTAS ADOTADAS PELOS ESTADOS BRASILEIROS

Em pesquisa realizada junto às legislações estaduais que regem o ITCMD, foi possível constatar que a progressividade em razão do valor dos bens transmitidos é adotada na maioria das unidades federativas. Ao final do artigo, apresenta-se quadro resumo das alíquotas adotadas em cada Estado, especificando se ela é fixa ou progressiva, se há alíquota diferenciada entre doação e sucessão *causa mortis* e qual o percentual adotado por cada unidade federativa.²¹

Muitos Estados alteraram suas legislações e passaram a adotar a alíquota progressiva após a decisão do STF que reconheceu sua constitucionalidade. Apesar disso, ainda há Estados que concentram

20 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), 2021, item 3.5, p. 85 e seguintes.

21 A pesquisa legislativa apresentada neste capítulo, bem como o quadro resumo, são parte da dissertação de Mestrado da autora, disponível na íntegra na Biblioteca Digital de Teses e Dissertações da Universidade Federal do Paraná. In: PINTO, Izabella Maria Medeiros e Araújo. **Planejamento Sucessório, Holding Familiar e Tributação**. 191 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2022. Disponível em: <https://hdl.handle.net/1884/76484>. Acesso em: 25 fev. 2023.

grandes riquezas, mas que possuem alíquotas fixas e inferiores ao máximo estipulado pelo Senado Federal, o que evidencia os desequilíbrios apontados pela doutrina e confirma a tímida utilização de sua função extrafiscal pelos Estados brasileiros.

Há apenas nove Estados que possuem alíquotas fixas (um terço do total). Embora sejam minoria em quantitativo, três dos cinco Estados com maior produto interno bruto do país²² estão nessa lista: São Paulo (com PIB de 2.377.639 em 2020) adota alíquota fixa de 4% (quatro por cento), Minas Gerais (PIB de 682.786 em 2020) adota alíquota fixa de 5% (cinco por cento) e Paraná (PIB de 487.931 em 2020) adota alíquota fixa de 4% (quatro por cento).

Recentemente, o Estado de São Paulo quase reduziu sua alíquota – que já não é das maiores adotadas no país – para o percentual de 1% (um por cento) para transmissões *causa mortis* e de 0,5% (zero vírgula cinco por cento) para as doações. A redução foi objeto do Projeto de Lei n.º 511/2020, aprovado no final do ano de 2022 pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, mas totalmente vetado pelo Governador do Estado em 08 de fevereiro de 2023. O veto do Chefe do Poder Executivo fundamenta-se na ausência de estimativa de impacto orçamentário-financeiro e de medidas de compensação, que deveriam acompanhar a proposta, por implicar renúncia de receita de quase R\$ 4 bilhões anuais. Ainda, destaca o pronunciamento da Secretaria Estadual da Fazenda e Planejamento, no sentido de que a proposição legislativa praticamente esvazia a arrecadação do imposto.²³ Com o veto, manteve-se a alíquota de 4% (quatro por cento) para ambas as transmissões (*causa mortis* e doações).

22 Dados disponíveis em: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Produto Interno Bruto - PIB**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php>. Acesso em: 23 fev. 2023.

23 SÃO PAULO (Estado). Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. **Projeto de lei n.º 511, de 07 de agosto de 2020**. Altera o art. 16 da Lei 10.705 de 28 de dezembro 2000, que dispõe sobre a instituição do Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCMD. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000331890>. Acesso em: 21 fev. 2023.

A progressividade está presente de maneira mais frequente apenas em relação ao valor dos bens transmitidos ou doados. Quanto à progressividade em razão do parentesco, apenas o Estado de Santa Catarina (Lei n.º 13.136/2004) e o Estado do Acre (Lei complementar n.º 373/2020) a adotam. Oportuno destacar que a decisão do STF sobre o tema, vista no item anterior, referia-se apenas à legislação do Estado de Pernambuco, posteriormente revogada, e não foi submetida à sistemática da repercussão geral, não atingindo a constitucionalidade das leis ainda vigentes.

A lei catarinense prevê a aplicação da alíquota máxima de 8% (oito por cento) para as seguintes hipóteses: i) quando o sucessor legítimo ou testamentário seja colateral ou não tenha relação de parentesco com o falecido; ou ii) quando o donatário ou cessionário seja parente colateral ou não tenha relação de parentesco com o cedente ou doador (art. 9º, inciso V). Já a legislação do Acre prevê o percentual único de 8% (oito por cento) para a transmissão *causa mortis* a colaterais, independente do total do patrimônio herdado, privilegiando a herança necessária (art. 29, inciso V). Nas transmissões por doação, a lei acreana não estipula a progressividade em razão do parentesco, somente em razão do valor (art. 30).

Analisando-se o quadro resumo apresentado ao final do artigo, constata-se que ainda há Estados na contramão do que recomendam as políticas pautadas na extrafiscalidade do imposto e do que se espera de um sistema tributário orientado pelo princípio da capacidade contributiva – inclusive aqueles que concentram as maiores riquezas do país, que aplicam alíquotas fixas e bem distantes do patamar máximo permitido.

O próprio limite fixado pelo Senado Federal é objeto de críticas. Em outros países, a tributação da herança atinge percentuais muito mais altos; similares ou superiores à tributação incidente sobre a renda, podendo chegar a 40% (quarenta por cento) nos Estados Unidos, por exemplo. Fernanda de Paula defende que, para que seja adequadamente alcançada a dimensão extrafiscal do imposto, deve haver relativa equivalência da tributação

da herança com o índice de tributação da renda.²⁴ Nesse ponto, menciona a proposta de alteração da Resolução do Senado Federal que objetiva a elevação da alíquota máxima de 8% (oito por cento) para 20% (vinte por cento), consentânea com sua diretriz de equivalência da tributação da herança com a renda.²⁵

Observa-se que a estruturação do ITCMD na Constituição Federal privilegia o direito estadual, havendo liberdade dos Estados brasileiros para a definição das regras tributárias aplicáveis a herança e doações, dentro dos parâmetros nela delimitados. Mas essa discrepância em relação às alíquotas, a não adoção da progressividade por alguns Estados, aliada às novas ferramentas aplicadas na prática do Direito de Sucessões, tem chamado a atenção para uma possível guerra fiscal em relação ao ITCMD, que será tratada no próximo item.

5. GUERRA FISCAL IMINENTE?

Nos últimos anos, é crescente a demanda nos escritórios de advocacia por ferramentas de planejamento sucessório, que antecipam a organização patrimonial e familiar das pessoas e facilitam a sucessão. Para Daniele Chaves Teixeira, o planejamento sucessório permite ao titular do patrimônio exercer, dentro da parte disponível, tanto a sua autonomia privada como a solidariedade familiar, além de ampliar as possibilidades de se organizar com harmonia os diversos interesses patrimoniais do autor da herança.²⁶ Os motivos para a realização do planejamento sucessório são

24 PAULA, 2019, p. 86, p. 106-107.

25 Proposta encaminhada pelo Ofício n.º 11/2015, do Consórcio Nacional de Secretarias de Fazenda, Finanças, Receita e Tributação – Confefaz. (PAULA, 2019, p. 83; 112). Cita-se ainda o Projeto de Resolução do Senado n.º 57, de 2019, de autoria do Senador Cid Gomes, que propõe a elevação da alíquota máxima para 16% (dezesesseis por cento).

26 TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento Sucessório**: pressupostos e limites. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 117.

muitos, razão pela qual o tema cresce em relevância e demanda. Entre eles, cita-se: as transformações das famílias e seus desdobramentos jurídicos; a valorização e fluidez dos bens; a possível economia no pagamento de impostos; o maior exercício da autonomia do autor da herança; a celeridade da sucessão; a prevenção de litígios futuros e de dilapidação do patrimônio.²⁷

A pandemia do coronavírus provocou um aumento na procura por planejamento sucessório. Dados do Colégio Notarial do Brasil apontam o crescimento de 133% (cento e trinta e três por cento) no número de testamentos entre abril e julho de 2020 e, na segunda onda da pandemia, um aumento de 14% (catorze por cento) em relação ao ano anterior, havendo procura não só por pessoas com mais de 60 anos, mais suscetíveis ao vírus, mas também de pessoas entre 40 e 50 anos.²⁸

Um instrumento muito buscado nos últimos anos – embora seja apenas uma das múltiplas ferramentas de planejamento sucessório existentes – é a chamada *holding* familiar, que consiste na alocação do patrimônio familiar ao capital social de uma pessoa jurídica, seja ela preexistente ou especialmente constituída para este fim, responsável por sua gestão e administração.

Há um certo modismo em relação à adoção da *holding*, que nem sempre será o instrumento mais indicado para o planejamento sucessório, havendo casos em que não seria recomendada. Em outros, a doutrina indica que pode haver vantagens reais, como a redução da complexidade administrativa na transmissão patrimonial, a antecipação da sucessão corporativa empresarial e uma possível economia de tributos, dentro dos limites do ordenamento jurídico.²⁹ Nesse contexto, Ana Carolina Brochado Teixeira e

27 TEIXEIRA, 2019, p. 67.

28 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; FLEISCHMANN, Simone Tassinari. Futuros possíveis para o planejamento sucessório. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (coord.). **Direito Civil: futuros possíveis**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 87-108, p. 89.

29 Ibid., p. 99.

Simone Tassinari descrevem que há uma tendência crescente à chamada “pejotização familiar”³⁰ – neologismo importado do direito do trabalho e que designa a transformação do patrimônio familiar em pessoas jurídicas.

Independente de sua aplicabilidade, o que convém destacar aqui é que a utilização da *holding* familiar para planejar a sucessão possui consequências diretas na tributação do ITCMD – embora não sejam evidentes à primeira vista, já que o imposto incidirá sobre as quotas ou ações sociais, por ocasião da morte do titular ou de eventual doação realizada em vida. A pejotização do patrimônio tem o potencial de alterar significativamente a cobrança do ITCMD, em razão das normas aplicáveis para a realização do inventário, como será detalhado a seguir.

O art. 155, § 1º, da Constituição Federal estabelece em seus incisos regra de competência tributária que varia conforme a natureza dos bens. Com a integralização de bens *imóveis* ao capital social de pessoa jurídica, o patrimônio do titular deixa de ser formado propriamente pelos imóveis integralizados e passa a ser constituído pelas quotas sociais da *holding* – portanto, somente por bens *móveis*. A integralização de todos os bens ao capital social de uma pessoa jurídica confere mobilidade ao patrimônio da família e pode repercutir na incidência do ITCMD, pois a competência para a tributação dos bens móveis é a do local do processamento do inventário ou arrolamento, no caso do imposto *causa mortis*, ou do domicílio do doador, no caso da doação.

Para compreender a questão, é preciso elucidar as regras de competência para o processamento do inventário e partilha de bens.

A regra de competência territorial para a realização do inventário e partilha está prevista no art. 48 do Código de Processo Civil. Este dispõe que é competente para o inventário, em regra, o foro de domicílio do autor da herança; quando o falecido não possuía domicílio certo, será competente o foro de situação dos bens imóveis ou, na falta destes, o foro do local de qualquer dos bens do espólio.

30 TEIXEIRA; FLEISCHMANN, 2022, p. 98.

Já no inventário extrajudicial, o Conselho Nacional de Justiça estipula, através da Resolução n.º 35, de 24 de abril de 2007, que “é livre a escolha do tabelião de notas, não sendo aplicáveis as regras de competência do Código de Processo Civil”. Tal previsão existe desde a redação original de 24 de abril de 2007, quando se regulamentava a Lei n.º 11.441/07, que possibilitou a realização de inventário, partilha, separação e divórcio pela via administrativa, e persiste até o presente momento, em que a hipótese é regulada pelo art. 610 e seguintes do Código de Processo Civil. O mesmo prevê o art. 8º, da Lei n.º 8.935, de 18 de novembro de 1994, a chamada Lei dos Cartórios, segundo o qual: “É livre a escolha do tabelião de notas, qualquer que seja o domicílio das partes ou o lugar de situação dos bens objeto do ato ou negócio”.

Ao definir que é livre a escolha do tabelião de notas para a lavratura dos atos notariais relacionados ao inventário e partilha, o Conselho Nacional de Justiça firma o entendimento de que as regras de competência previstas no art. 48, do Código de Processo Civil se aplicam apenas para o inventário judicial, que ocorrerá somente quando houver interessado incapaz ou divergência entre os herdeiros. Nem mesmo a existência de testamento é impeditivo para realizar o inventário na via extrajudicial, como estabelece a literalidade do art. 610, *caput* do CPC, pois o Superior Tribunal de Justiça (seguido por Tribunais Estaduais, como o do Paraná) entende possível realizar o inventário extrajudicialmente ainda que exista testamento, desde que este tenha sido previamente registrado judicialmente e haja expressa autorização do juízo competente.³¹

31 RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. SUCESSÕES. EXISTÊNCIA DE TESTAMENTO. INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE OS INTERESSADOS SEJAM MAIORES, CAPAZES E CONCORDES, DEVIDAMENTE ACOMPANHADOS DE SEUS ADVOGADOS. ENTENDIMENTO DOS ENUNCIADOS 600 DA VII JORNADA DE DIREITO CIVIL DO CJF; 77 DA I JORNADA SOBRE PREVENÇÃO E SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS; 51 DA I JORNADA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL DO CJF; E 16 DO IBDFAM. 1. Segundo o art. 610 do CPC/2015 (art. 982 do CPC/73), em havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial. Em exceção ao *caput*, o § 1.º

Portanto, sendo todos os herdeiros maiores, capazes e concordes em relação à partilha dos bens, as partes podem eleger o foro do inventário extrajudicial³² conforme sua livre escolha. Em consequência, poderão eleger o local em que se submeterão à tributação estadual.

Com isso, podem eleger o Estado com menor alíquota para a realização do inventário extrajudicial, ainda que não seja o último domicílio do falecido. Pode ser eleito, por exemplo, o Estado do Amazonas, que adota alíquota fixa de 2% (dois por cento) para toda e qualquer transmissão; ou o Estado de Santa Catarina, que possui alíquotas progressivas que variam de 1% a 8% (um a oito por cento), quando o valor dos bens estiver dentro da faixa de progressividade inferior. Ou ainda, aquele Estado cujos critérios para a avaliação dos bens não sejam tão rigorosos, na percepção das partes.

Assim, a chamada pejetização do patrimônio familiar pode gerar desequilíbrios na arrecadação, pois a tributação incidente sobre os bens imóveis – tornados móveis pela constituição da *holding* – será arrecadada por unidade federada diversa da que seria originalmente destinada, considerando as regras de competência definidas pelo constituinte.

estabelece, sem restrição, que, se todos os interessados forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras. 2. O Código Civil, por sua vez, autoriza expressamente, independentemente da existência de testamento, que, “se os herdeiros forem capazes, poderão fazer partilha amigável, por escritura pública, termo nos autos do inventário, ou escrito particular, homologado pelo juiz” (art. 2.015). Por outro lado, determina que “será sempre judicial a partilha, se os herdeiros divergirem, assim como se algum deles for incapaz” (art. 2.016) - bastará, nesses casos, a homologação judicial posterior do acordado, nos termos do art. 659 do CPC. 3. Assim, de uma leitura sistemática do caput e do § 1º do art. 610 do CPC/2015, c/c os arts. 2.015 e 2.016 do CC/2002, mostra-se possível o inventário extrajudicial, ainda que exista testamento, se os interessados forem capazes e concordes e estiverem assistidos por advogado, desde que o testamento tenha sido previamente registrado judicialmente ou haja a expressa autorização do juízo competente. [...] 6. Recurso especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1808767/RJ**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 15/10/2019. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 03/12/2019).

32 Mesmo no inventário judicial, há uma relativa liberdade de escolha do foro competente, dentre as hipóteses de competência territorial previstas no art. 48 do CPC.

A receita pública que, inexistindo a *holding* familiar, seria destinada ao Estado dos bens de raiz será arrecadada pela unidade federativa eleita pelo contribuinte para a realização do inventário, o que pode provocar uma guerra fiscal entre os Estados quanto ao ITCMD.

Em vida, o titular dos bens também pode se utilizar da mobilidade patrimonial conferida pela *holding* para ampliar suas possibilidades de planejamento. Mas, nesse caso, as alternativas estão limitadas ao domicílio do doador, fixado pela Constituição Federal como o competente para a tributação relativa à doação de bens móveis. Possuindo mais de um domicílio tributário,³³ o doador pode formalizar a operação naquele com menor alíquota, ou cuja legislação estadual incentive a transmissão gratuita em vida (como é o caso de Alagoas, Amapá, Ceará e Mato Grosso do Sul, que possuem alíquotas menores para a doação).

Mas não existem, ainda, mecanismos que possam evitar a arrecadação de receitas por ente diverso do qual situados os bens imóveis integralizados ao capital social da pessoa jurídica. Não se pode invocar, na hipótese, o art. 123 do Código Tributário Nacional,³⁴ que dispõe sobre a responsabilidade pelo pagamento de tributos decorrente de convenções particulares, pois a constituição da *holding* familiar não modifica o sujeito *passivo* da obrigação tributária, mas sim o seu sujeito *ativo* – a pessoa jurídica de direito público, titular da competência para exigir o cumprimento da obrigação tributária.

33 O art. 127 do Código Tributário Nacional estabelece que, na falta de eleição de domicílio tributário pelo contribuinte, considera-se como tal: “I - quanto às pessoas naturais, a sua residência habitual, ou, sendo esta incerta ou desconhecida, o centro habitual de sua atividade; II - quanto às pessoas jurídicas de direito privado ou às firmas individuais, o lugar da sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento [...]”.

34 Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Ainda que o ITCMD não seja a principal receita dos Estados (historicamente, esse imposto sempre possuiu um baixo percentual de arrecadação, quando comparado à tributação total do país),³⁵ uma guerra fiscal relacionada ao ITCMD pode causar graves desequilíbrios na arrecadação, com prejuízos ao sistema federativo como um todo.

Uma alteração legislativa como a do Estado de São Paulo, que pretendia reduzir a alíquota para ínfimos 0,5% (zero vírgula cinco por cento) e 1% (um por cento), certamente representaria um incentivo para herdeiros e proprietários de *holdings* para a escolha de um tabelionato de notas naquele Estado, quando da eleição do foro para a realização do inventário extrajudicial ou de escritura pública de doação.

Outra questão problemática em relação ao ITCMD e que merece destaque é a lacuna legislativa em relação à tributação de bens situados no exterior. Em 2021, o STF decidiu que, na falta da lei complementar de que trata o art. 155, § 1º, inciso III da Constituição Federal, os Estados-membros não podem fazer uso de sua competência legislativa plena, prevista no art. 24, § 3º da Constituição, sendo-lhes vedado instituir e cobrar o ITCMD nas hipóteses de conexão relevante com o exterior. Com isso, abriu-se uma brecha para maior migração de bens para o exterior, no intuito de escapar à tributação incidente sobre heranças e doações.

Para Ana Carolina Brochado Teixeira e Simone Tassinari, a decisão oportuniza o deslocamento de recursos para o exterior e a realização de atos que, no país, seriam considerados tributáveis; algo que não atinge a maior parte da população, mas apenas os mais abastados. “Cabe questionar se é este o rumo que se deseja, onde quem pode mais paga menos tributos”.³⁶

35 No Brasil, esse percentual foi de 0,24% em 2013; 0,25% em 2014 e 0,34%, em 2015 (PAULA, 2019, p. 76).

36 TEIXEIRA; FLEISCHMANN, 2022, p. 99.

Mais uma vez a função extrafiscal do tributo, que deveria sobresair, é suplantada por outros valores do ordenamento – no caso, prevaleceu a estrita legalidade, o que torna urgente a edição da atrasada Lei Complementar.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ITCMD é, muitas vezes, negligenciado pelos Estados brasileiros. Não há investimentos expressivos voltados à sua cobrança, pois o esforço não se justifica quando comparado à arrecadação atingida pelo ICMS e pelo IPVA. Há ainda um sentimento de injustiça frequentemente associado a esse tributo e que permeia o cidadão comum (ainda que o contribuinte não seja ele, e sim o herdeiro): “já se paga tanto imposto durante a vida, ainda há esse, a se pagar após a morte”?

Mas é preciso destacar que o ITCMD possui outras dimensões, que vão muito além da mera arrecadação de receita pública. Esse tributo pode ser sistematizado de modo a atingir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, como visto acima, como a redução de desigualdades sociais. O tratamento tributário dado à herança pode, por um lado, onerar mais aqueles que podem contribuir mais, atingindo vultosos patrimônios e grandes fortunas; por outro, pode privilegiar a solidariedade familiar, com a concessão de isenções para herdeiros menores e portadores de necessidades especiais, por exemplo. Se adequadamente estruturado para este fim, o tributo incidente sobre a herança pode promover a redistribuição de riquezas e concretizar o princípio da capacidade contributiva.

Além da sua dimensão extrafiscal, é preciso atentar para problemas práticos decorrentes da estruturação do imposto na Constituição Federal e que se agravam por ser este muito influenciado pelas normas do Direito de Família e de Sucessões – mais até do que do próprio Direito Tributário.

A regra constitucional de competência tributária aplicável a bens móveis e imóveis é desafiada pelos novos instrumentos de planejamento

sucessório, como a *holding* familiar, que mobilizam o patrimônio e podem causar uma guerra fiscal e desequilíbrios na arrecadação do ITCMD. A ausência de lei complementar disciplinando a tributação de bens situados no exterior é uma lacuna que não se justifica, passados 35 anos da promulgação da Constituição de 1988. Isso sem mencionar as controvérsias envolvendo os planos de previdência privada Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL) e Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL), que não foram aqui tratadas por serem objeto do Tema n.º 1214 do STF, ainda pendente de decisão.

Todas essas questões indicam que o imposto sobre a herança merece maior estudo e aprofundamento, a despeito de sua reduzida arrecadação.

Embora seja esta uma revista científica, permitam-me compartilhar uma lembrança pessoal. Após minha posse como Procuradora do Estado do Paraná em 25 de agosto de 2008, e durante a semana de adaptação dos novos Procuradores, lembro-me que o saudoso colega Sérgio Paulo Barbosa, referência no ITCMD, já alertava para a necessidade de se olhar com atenção para o tributo, sempre preterido quando comparado aos demais impostos estaduais. Por ocasião de sua apresentação aos novos colegas, trouxe-nos um dado importante: no ano anterior, a arrecadação do ITCMD – então considerada diminuta – era suficiente para cobrir o orçamento de toda a PGE. Passados quinze anos, venho aqui, pelo presente artigo, ratificar e corroborar o seu posicionamento.

QUADRO – ALÍQUOTAS ADOTADAS PELOS ESTADOS

ESTADO	TIPO	DIFERENCIADA PARA A DOAÇÃO?	PERCENTUAL
Acre	Progressiva	Sim	<i>Causa mortis</i> : 4% a 8% Doação: 2% a 8% Obs.: faixas de valores diferentes.
Alagoas	Fixa	Sim	<i>Causa mortis</i> : 4% Doação: 2%
Amapá	Fixa	Sim	<i>Causa mortis</i> : 4% Doação: 3%
Amazonas	Fixa	Não	<i>Causa mortis</i> e doação: 2%
Bahia	Progressiva	Sim	<i>Causa mortis</i> : 4% a 8% Doação: 3,5%
Ceará	Progressiva	Sim	<i>Causa mortis</i> : 2% a 8% Doação: 2% a 8% Obs.: faixas de valores diferentes.
Distrito Federal	Progressiva	Não	<i>Causa mortis</i> e doação: 4% a 6%
Espírito Santo	Fixa	Não	<i>Causa mortis</i> e doação: 4%
Goiás	Progressiva	Não	<i>Causa mortis</i> e doação: 2% a 8%
Maranhão	Progressiva	Sim	<i>Causa mortis</i> : 3% a 7% Doação: 1% a 2% Obs.: faixas de valores diferentes.
Mato Grosso	Progressiva	Sim	<i>Causa mortis</i> : 2% a 8% Doação: 2% a 8% Obs.: faixas de valores diferentes.
Mato Grosso do Sul	Fixa	Sim	<i>Causa mortis</i> : 6% Doação: 3%
Minas Gerais	Fixa	Não	<i>Causa mortis</i> e doação: 5%

Pará	Progressiva	Sim	<i>Causa mortis</i> : 2% a 6% Doação: 2% a 4% Obs.: faixas de valores diferentes.
Paraíba	Progressiva	Sim	<i>Causa mortis</i> : 2% a 8% Doação: 2% a 8% Obs.: faixas de valores diferentes.
Paraná	Fixa	Não	<i>Causa mortis</i> e doação: 4%
Pernambuco	Progressiva	Não	<i>Causa mortis</i> e doação: 2% a 8%
Piauí	Progressiva	Sim	<i>Causa mortis</i> : 2% a 6% Doação: 4%
Rio de Janeiro	Progressiva	Não	<i>Causa mortis</i> e doação: 4% a 8%
Rio Grande do Norte	Progressiva	Não	<i>Causa mortis</i> e doação: 3% a 6%
Rio Grande do Sul	Progressiva	Sim	<i>Causa mortis</i> : 3% a 6% Doação: 3% a 4% Obs.: faixas de valores diferentes.
Rondônia	Progressiva	Não	<i>Causa mortis</i> e doação: 2% a 4%
Roraima	Fixa	Não	<i>Causa mortis</i> e doação: 4%
Santa Catarina	Progressiva	Não	<i>Causa mortis</i> e doação: 1% a 8%
São Paulo	Fixa	Não	<i>Causa mortis</i> e doação: 4%
Sergipe	Progressiva	Sim	<i>Causa mortis</i> : 3% a 8% Doação: 2% a 8% Obs.: faixas de valores diferentes.
Tocantins	Progressiva	Não	<i>Causa mortis</i> e doação: 2% a 8%

FONTE: A autora, com dados extraídos das leis estaduais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACRE. **Lei Complementar n.º 373, de 11 de dezembro de 2020.** Dispõe acerca do Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação, de Quais Bens ou Direitos – ITCMD. Disponível em: <http://www.legis.ac.gov.br/detalhar/4164>. Acesso em: 18 set. 2021.

ALAGOAS. **Lei n.º 5.077, de 12 de junho de 1989.** Institui o Código Tributário do Estado de Alagoas. Disponível em: <http://gcs2.sefaz.al.gov.br/#/documentos/visualizar-documento?key=xJSGC3TyDuQ%3D>. Acesso em: 25 set. 2021.

AMAPÁ. **Lei n.º 0400, de 22 de dezembro de 1997.** Dispõe sobre a consolidação e alterações, dando nova redação ao Código Tributário do Estado do Amapá, Lei n.º 0194, de 29 de dezembro de 1994. Disponível em: <https://sigdoc.ap.gov.br/public/verArquivo.jsf?token=MTAxMTcyMDE3LTA0LTAzVDA5OjYyOjU3LjA0Nw%3D%3D&tid=482a7e8f782c4b7023116854d-4821caa>. Acesso em: 18 set. 2021.

AMAZONAS. **Lei Complementar n.º 19, de 29 de dezembro de 1997.** Institui o Código Tributário do Estado do Amazonas e dá outras providências. Disponível em: <https://online.sefaz.am.gov.br/silt/Normas/Legisla%C3%A7%C3%A3o%20Estadual/Lei%20Complementar%20Estadual/Ano%201997/Arquivo/LCE%20019%20097.htm>. Acesso em: 18 set. 2021.

AVEIRO, Júlio da Costa Rostirola. **A Regra-matriz de Incidência do Imposto em Razão da Morte.** 143 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/55769>. Acesso em: 11 out. 2021.

BAHIA. **Lei n.º 4.826, de 27 de janeiro de 1989.** Institui o Imposto sobre Transmissão “CAUSA MORTIS” e doação de quaisquer bens ou direitos (ITD). Disponível em: http://mbusca.sefaz.ba.gov.br/DITRI/leis/leis_estaduais/legest_1989_4826_lei_itd.pdf. Acesso em: 25 set. 2021.

BUCAR, Daniel; PIRES, Caio Ribeiro. Sucessão e tributação: perplexidades e proposições equitativas. *In*: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). **Arquitetura do Planejamento Sucessório.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 91-109.

CEARÁ. **Lei n.º 15.812, de 20 de julho de 2015.** Dispõe acerca do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação, de quaisquer bens ou direitos (ITCD). Disponível em: https://servicos.sefaz.ce.gov.br/internet/itcd/legislacao/Lei_n%C2%BA_15.812,_de_2015.pdf. Acesso em: 25 set. 2021.

DISTRITO FEDERAL. **Lei n.º 3.804, de 08 de fevereiro de 2006.** Dispõe quanto ao Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCD, e dá outras providências. Disponível em: <https://ww1.receita.fazenda.df.gov.br/legislacao/visualizar-legislacao?txtNumero=3804&txtAno=2006&txtTipo=5&txtParte=>. Acesso em: 27 set. 2021.

ESPÍRITO SANTO. **Lei n.º 10.011, de 20 de maio de 2013.** Dispõe sobre o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD). Disponível em: <http://www2.sefaz.es.gov.br/LegislacaoOnline/lpext.dll?f=templates&fn=main-h.htm&2.0>. Acesso em: 03 out. 2021.

GOIÁS. **Lei n.º 11.651, de 26 de dezembro de 1991.** Institui o Código Tributário do Estado de Goiás. Disponível em: <https://www.economia.go.gov.br/component/content/article/237-receita-estadual/itcd/6809-legisla%C3%A7%C3%A3o.html>. Acesso em: 28 set. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Produto Interno Bruto - PIB.** Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php>. Acesso em: 28 fev. 2022.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Planejamento Sucessório:** introdução à arquitetura estratégica - patrimonial e empresarial - com vistas à sucessão causa mortis. São Paulo: Atlas, 2015.

MARANHÃO. **Lei n.º 7.799, de 19 de dezembro de 2002.** Dispõe sobre o Sistema Tributário do Estado do Maranhão. Disponível em: <https://sistemas1.sefaz.ma.gov.br/portalsefaz/files?codigo=13942>. Acesso em: 25 set. 2021.

MATO GROSSO. **Lei n.º 7.850, de 18 de dezembro de 2002.** Dispõe sobre o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação, de quaisquer Bens ou Direitos - ITCD. Disponível em: http://app1.sefaz.mt.gov.br/Sistema/legislacao/legislacaotribut.nsf/07fa81bed2760c6b84256710004d3940/375b8c-284530106704256c9500491df8?OpenDocument#_c9h2ki82ev0g3e-bho6ko2o8248kg32e108h2i0h25b92kqgii9sg48_. Acesso em: 28 set. 2021.

MATO GROSSO DO SUL. **Lei n.º 1.810, de 22 de dezembro de 1997**. Dispõe sobre os tributos de competência do Estado e dá outras providências. Disponível em: <http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/serc/legato.nsf/23b657614c182061042579c80053770d/9b9e5fd2565751de042579cf-004d33a6?OpenDocument>. Acesso em: 29 set. 2021.

MINAS GERAIS. **Lei n.º 14.941, de 29 de dezembro de 2003**. Dispõe sobre o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCMD. Disponível em: http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/leis/114941_2003.html. Acesso em: 03 out. 2021.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Inheritance Taxation in OECD Countries. **OECD Tax Policy Studies**, Paris, n. 28, 11 maio 2021. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/inheritance-taxation-in-oecd-countries_e2879a7d-en. Acesso em: 24 out. 2021.

PARÁ. **Lei n.º 5.529, de 5 de janeiro de 1989**. Estabelece normas à cobrança do Imposto sobre a Transmissão “Causa Mortis” e Doação de quaisquer bens ou direitos. Disponível em: http://www.sefa.pa.gov.br/legislacao/interna/lei/lp1989_05529.pdf. Acesso em: 18 set. 2021.

PARAÍBA. **Lei n.º 5.123, de 27 de janeiro de 1989**. Institui o Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.sefaz.pb.gov.br/legislacao/66-leis/itcd/6138-lei-n-5-123-de-27-de-janeiro-de-1990>. Acesso em: 25 set. 2021.

PARANÁ. **Lei n.º 18.573, de 30 de setembro de 2015**. Instituição do Fundo Estadual de Combate à Pobreza do Paraná, disposição quanto ao Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos, e adoção de outras providências. Disponível em: <https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=147423&indice=1&totalRegistros=1&dt=11.8.2020.10.24.20.513>. Acesso em: 03 out. 2021.

PAULA, Fernanda de. **A Tributação da Herança sob um Enfoque de Justiça**: considerações e propostas para um correto aproveitamento tributário das heranças nos sistemas do ITCMD e do IRPF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PERNAMBUCO. **Lei n.º 13.974, de 16 de dezembro de 2009.** Dispõe sobre a legislação tributária do Estado relativa ao Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ICD. Disponível em: https://www.sefaz.pe.gov.br/Legislacao/Tributaria/Documents/Legislacao/Leis_Tributarias/2009/Lei13974_2009.htm. Acesso em: 26 set. 2021.

PIAUÍ. **Lei n.º 4.261, de 01 de fevereiro de 1989.** Disciplina o Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de quaisquer Bens ou Direitos, previstos na alínea “a”, do inciso I, do art. 155, da Constituição Federal. Disponível em: <https://webas.sefaz.pi.gov.br/legislacao/asset/2f4e45e9-e6b4-47f1-8c9e-5c7ac4bd23c5/LEI+4.261?view=publicationpage1>. Acesso em: 26 set. 2021.

PINTO, Izabella Maria Medeiros e Araújo. **Planejamento Sucessório, *holding* Familiar e Tributação.** 191 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2022. Disponível em: <https://hdl.handle.net/1884/76484>. Acesso em: 25 fev. 2023.

RIO DE JANEIRO (Estado). **Lei n.º 7.174, de 28 de dezembro de 2015.** Dispõe sobre o Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITD), de competência do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/faces/oracle/webcenter/portalapp/pages/navigation-renderer.jsp?datasource=UCMServer%23d-DocName%3AWCC205839&_afrLoop=52372250578992610&_afrWindowMode=0&_afrWindowId=null&_adf.ctrl-state=153ak8c7cd_299. Acesso em: 03 out. 2021.

RIO GRANDE DO NORTE. **Lei n.º 5.887, de 12 de fevereiro de 1989.** Institui o Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens e Direitos - ITCD e dá outras providências. Disponível em: http://www.set.rn.gov.br/contentProducao/aplicacao/set_v2/legislacao/enviados/listagem_filtro.asp?assunto=6&assuntoEsp=23. Acesso em: 26 set. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei n.º 8.821, de 27 de janeiro de 1989.** Institui o Imposto sobre a Transmissão “Causa Mortis” e Doação, de quaisquer bens ou direitos. Disponível em: www.legislacao.sefaz.rs.gov.br/Site/Document.aspx?inpKey=109695&inpCodDispositive=&inpDsKeywords=. Acesso em: 03 out. 2021.

RONDÔNIA. **Lei n.º 959, de 28 de dezembro de 2000.** Institui o Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCMD. Disponível em: <https://legislacao.sefin.ro.gov.br/textoLegislacao.jsp?texto=770>. Acesso em: 19 set. 2021.

RORAIMA. **Lei n.º 59, de 28 de dezembro de 1993.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Estadual e dá outras providências. Disponível em: <https://www.sefaz.rr.gov.br/downloads/category/475-02-codigo-tributario-estadual-actualizado-lei-n-59-93>. Acesso em: 20 set. 2021.

SANTA CATARINA. **Lei n.º 13.136, de 25 de novembro de 2004.** Dispõe sobre o Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCMD. Disponível em: http://legislacao.sef.sc.gov.br/Consulta/Views/Publico/Frame.aspx?x=/html/leis/2004/Lei_04_13136.htm. Acesso em: 03 out. 2021.

SÃO PAULO (Estado). Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. **Projeto de lei n.º 511, de 07 de agosto de 2020.** Altera o art. 16 da Lei 10.705, de 28 de dezembro de 2000, que dispõe sobre a instituição do Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCMD. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000331890>. Acesso em: 21 fev. 2023.

SÃO PAULO (Estado). **Lei n.º 10.705, de 28 de dezembro de 2000.** Dispõe sobre a instituição do Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCMD. Disponível em: <https://legislacao.fazenda.sp.gov.br/Paginas/lei10705.aspx>. Acesso em: 03 out. 2021.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Resolução do Senado n.º 57, de 2019.** Estabelece alíquota máxima para o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação, de que trata o inciso I do caput, e inciso IV do § 1.º do art. 155 da Constituição Federal. Disponível em: <https://www.25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137288>. Acesso em: 20 mar. 2022.

SENADO FEDERAL. **Resolução n.º 9, de 05 de maio de 1992.** Estabelece alíquota máxima para o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação, de que trata a alínea a, inciso I, e § 1.º, inciso IV do art. 155 da Constituição Federal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/590017/publicacao/15785996>. Acesso em: 11 out. 2021.

SERGIPE. **Lei n.º 7.724, de 08 de novembro de 2013**. Dispõe sobre o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de quaisquer Bens ou Direitos –ITCMD, e dá outras providências. Disponível em: <http://legislacaoonline.sefaz.se.gov.br:17501/ITCMD/Leis/2013/lei7724-13.pdf>. Acesso em: 26 set. 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; FLEISCHMANN, Simone Tassinari. Futuros possíveis para o planejamento sucessório. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (coord.). **Direito Civil**: futuros possíveis. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 87-108.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento Sucessório**: pressupostos e limites. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TOCANTINS. **Lei n.º 1.287, de 28 de dezembro de 2001**. Dispõe sobre o Código Tributário do Estado do Tocantins, e adota outras providências. Disponível em: <http://dtri.sefaz.to.gov.br/legislacao/ntributaria/Leis/Lei1.287-01Consolidada.htm>. Acesso em: 20 set. 2021.

ARTIGOS APROVADOS

2023

Suspensão de liminar e a estabilização da tutela provisória

Preliminary injunction suspension and the stabilization of the emergency injunctive relief

Arthur Sombra Sales Campos¹

RESUMO: O presente artigo busca analisar a questão sobre quais instrumentos processuais seriam capazes de impedir a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente com base no art. 304 do CPC. Especificamente, procura responder ao questionamento sobre se seria possível obstar a formação da estabilidade com o manejo do pedido de suspensão de liminar, bem como se esse instrumento seria apto a desfazer uma estabilidade consolidada.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela antecipada; Estabilização da tutela provisória; Suspensão de liminar.

ABSTRACT: This article aims to analyze the issue in which procedural instruments would be able to prevent the stabilization of the emergency injunctive relief requested in advance on the basis of Article 304 of the CPC (Civil Procedure Code). In particular, it aims to answer questions about the possibility of obstructing their stabilization by requesting the preliminary injunction suspension, as well as if this process would be able to disrupt a consolidated stability.

KEYWORDS: Emergency injunctive relief; Stabilization of the emergency injunctive relief; Preliminary injunction suspension.

1 Graduado em Direito na Universidade Federal da Bahia, especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, mestrando pela Universidade Federal do Paraná, Procurador do Estado do Paraná.

1. INTRODUÇÃO

Uma das mais controvertidas inovações do Código de Processo Civil de 2015 é a possibilidade de estabilização da tutela provisória requerida em caráter antecedente. Inspirando-se em institutos já existentes no direito estrangeiro, especialmente no italiano e francês,² o legislador criou uma nova espécie de estabilidade no direito processual civil brasileiro, que não se confunde com a coisa julgada.³

O regramento desse instituto inicia-se no art. 303 do Código, permitindo ao autor postular, em caráter antecedente, apenas a tutela provisória de urgência de caráter satisfativo (“tutela antecipada”, nos termos do CPC-2015). Em caso de concessão da tutela provisória pelo juízo, o réu será citado e intimado da decisão proferida. Segundo o CPC, se o réu não interpuser o “respectivo recurso”, a decisão se torna estável, extinguindo-se o processo, mas conservando-se os efeitos da tutela concedida enquanto não for revista, reformada ou invalidada por uma decisão de mérito proferida em processo ajuizado por qualquer das partes (art. 304 e §§ do CPC).

A previsão dessa estabilização significou uma generalização da técnica monitoria, anteriormente prevista no processo civil nacional apenas na ação monitoria.⁴ Conforme explica Eduardo Talamini, a estabilização

2 SICA, Heitor. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 55, jan./mar. 2015, p. 85-102. Disponível em: publicacao.mprj.mp.br/rmprj/rmprj_55/files/assets/basic-html/index.html#88. Acesso em: 17 mar. 2022, p. 87.

3 É o posicionamento majoritário na doutrina, como aponta Antonio do Passo Cabral em CABRAL, Antonio do Passo. As estabilidades processuais como categoria incorporada ao sistema do CPC. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**, v. 12: Coisa julgada e outras estabilidades processuais. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 35-37.

4 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. vol. 2. 11. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 616-618.

possui as quatro características que definem a tutela monitoria: i) tutela concedida com base em *cognição sumária*; ii) a falta de impugnação do réu lhe provoca consequências graves e imediatas; iii) há uma inversão do ônus de promover a cognição exauriente, haja vista que o autor já obterá de imediato os efeitos da medida urgente; e iv) não há formação de coisa julgada material.⁵

A despeito da boa intenção do legislador, que pretendia conferir maior efetividade ao processo ao abreviar o tempo de tramitação de demandas nas quais o réu não tem interesse em controverter a matéria, não foram poucas as polêmicas doutrinárias suscitadas pelo instituto. O escopo deste trabalho é analisar uma delas: teria o pedido de suspensão de liminar formulado pela Fazenda Pública a capacidade de impedir a formação dessa nova estabilidade processual?

Neste trabalho, pretende-se resolver esse questionamento e avaliar as consequências do posicionamento aqui adotado, a partir de uma revisão da literatura sobre o tema.

2. AS DIFERENTES CORRENTES DOUTRINÁRIAS SOBRE O TEMA

Conforme anteriormente dito, o art. 304 do CPC expressamente alude à não interposição de recurso como conduta do réu capaz de gerar a estabilidade da medida urgente concedida pelo juízo. Todavia, significativa parcela da doutrina passou a entender que não apenas a interposição de recurso poderia impedir a estabilização, pois qualquer conduta do réu que caracterizasse inconformidade com a pretensão do autor teria esta aptidão. Outra parcela igualmente relevante entende o oposto, argumentando que

5 TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, n. 209, v. 37, p. 13-34, 2012.

a escolha do legislador foi expressa no sentido de que somente o recurso cabível poderia impedir que a tutela adquirisse a estabilidade.

Essa corrente mais restritiva defende que o texto do art. 304 do CPC alude de forma expressa à *interposição de recurso* como meio adequado para impedir a formação da estabilidade. Conforme explicam Dierle Nunes e Érico Andrade, a versão final do Código abandonou a redação de versões anteriores do projeto legislativo que se utilizavam da expressão mais abrangente “impugnação da decisão”. Para essa parte da doutrina, “houve uma tomada de posição quanto ao instrumento processual capaz de impedir a estabilização: o recurso”.⁶

Os argumentos são simples, mas relevantes. O dispositivo normativo efetivamente refere-se à *interposição* (vocábulo utilizado no jargão forense quando se utiliza de *recursos* em sentido estrito),⁷ e alude de forma expressa a *recurso*. O Código poderia ter se valido da expressão mais ampla “impugnação”, que abrangeria tanto os recursos quanto quaisquer outros meios de questionamento das decisões judiciais. Contudo, fez uma opção por uma expressão mais restrita, e cujo significado tem um sentido próprio no direito processual.

Além disso, apontam que, embora sejam criticadas interpretações que partem da vontade do legislador, o fato é que o Congresso Nacional expressamente modificou a redação do dispositivo, substituindo a expressão mais abrangente por uma de menor amplitude. E, no entender de Frederico Gomes, não se trata, no caso, de buscar a vontade de um legislador longínquo, que editou ato normativo em outro contexto social, mas sim de edição de ato normativo bastante recente. Assim, realizar

6 NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação da coisa julgada. In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi. **Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 76-78.

7 CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 164-165.

uma interpretação restritiva significaria respeitar o consenso obtido no parlamento.⁸

Entretanto, os autores que sustentam o posicionamento oposto também dispõem de argumentos sólidos. Apontam que o fundamental é que se tenha manifestado uma intenção de insurgir-se contra a pretensão do autor ou contra a decisão que antecipou a tutela pretendida, não sendo a melhor interpretação aquela que se apegue à forma do ato.⁹

Para Luiz Guilherme Marinoni, a estabilização da tutela antecipada implica “generalização da premissa de que a inação do demandado configura desinteresse”. Contudo, como alerta o autor, isso não é necessariamente verdadeiro. Mesmo nos casos de revelia, caso clássico de inação do demandado, pode-se imaginar que o requerido não apresente defesa não porque não tem interesse na causa, mas por não ter condições de contratar advogado ou não compreender a necessidade de apresentar defesa.¹⁰ Portanto, não se pode afirmar categoricamente que a inação do réu implica ausência de interesse no litígio.

Portanto, a técnica da estabilização da tutela, tal como ocorre no procedimento monitorio, deveria ser utilizada unicamente nos casos em que haja elementos que revelem a “evidência do direito”. Somente se justificaria uma medida tão drástica quanto a estabilização em razão da inação do demandado quando existisse uma probabilidade muito alta de êxito do requerente.

8 GOMES, Frederico Augusto. **A Estabilização da Tutela Antecipada** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. Disponível em: <https://proview.thomson-reuters.com/launchapp/title/rt/monografias/160848071/v1/page/RB-2.8>.

9 GODINHO, Robson Renault. Comentários aos arts. 294 a 311. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 479.

10 MARINONI, Luiz Guilherme. Estabilização de tutela. **Revista de Processo**. Vol. 279, p. 225-243, 2018.

Ocorre que, diferente do que acontece na ação monitória, a concessão da tutela provisória depende apenas da demonstração de *probabilidade* das alegações fáticas. Por isso, Marinoni entende que qualquer forma de reação do demandado apta a impugnar as afirmações tidas pelo juízo como prováveis teria o condão de impedir a estabilização, haja vista que ensejaria um questionamento acerca da verossimilhança daquelas alegações fáticas.¹¹

Por outro lado, alguns autores defendem que somente meios de impugnação da decisão com capacidade para gerar a reforma ou invalidação do ato decisório teriam aptidão para impedir a formação da estabilidade da tutela antecipada. É o posicionamento de Lucas Buril Macêdo e Ravi Peixoto, para quem, por exemplo, a reclamação poderia impedir a estabilização.¹²

Daniel Mitidiero, por sua vez, tem interpretação bastante abrangente sobre quais atos poderiam impedir a formação da estabilidade. Para o autor, o fundamental é aferir se o réu tem ou não a intenção de ver a demanda ser apreciada em cognição exauriente. Portanto, até mesmo uma manifestação requerendo a realização da audiência de conciliação ou de mediação seria suficiente para impedir a estabilização da tutela, já que evidencia que o réu pretende a continuidade do feito.¹³

Como aponta Mitidiero, tal solução pode *economizar* a interposição e julgamento do recurso de agravo de instrumento em algumas situações.¹⁴

11 MARINONI, 2018.

12 MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Tutela provisória contra a Fazenda Pública no CPC/2015. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio. **Coleção Repercussões do Novo CPC**, v. 3: Fazenda Pública. 2. ed. rev. ampl e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 376-379.

13 MITIDIERO, Daniel. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no Novo Código de Processo Civil. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**: Edição Especial Novo Código de Processo Civil, v. 4, n. 39, abril/2015, p. 17.

14 MITIDIERO, loc. cit.

De fato, restringir ao recurso a aptidão de impedir a estabilização tem o efeito colateral de gerar a interposição de agravos com o único objetivo de impedir a estabilização da tutela provisória, mesmo que o agravante não tenha interesse real em recorrer da decisão. É o caso, por exemplo, do réu que sabe que somente conseguirá comprovar suas alegações defensivas após instrução em audiência, não tendo interesse em interpor um recurso que sabe que será desprovido.

Nesse ponto, Heitor Sica destaca que compelir o demandado a interpor recurso para evitar a estabilização é algo até antagônico com a intenção do Código em reduzir a recorribilidade imediata das decisões interlocutórias.¹⁵

Por todas essas razões, parece mais acertado o entendimento segundo o qual qualquer manifestação do demandado que demonstre inconformidade com a tutela provisória concedida ou com a pretensão do autor impede a estabilização da tutela antecipada.

Inclusive, parece mais adequado aderir à abrangente posição de Mitidiero, para quem impedem a estabilização não somente as manifestações do réu que demonstrem inconformidade com a concessão de tutela provisória (como a interposição de recurso ou a apresentação do “pedido de reconsideração”), mas também qualquer manifestação de vontade que indique que o demandado pretende ver a demanda ser julgada em sede de cognição exauriente.

De fato, a estabilização da tutela parece ser incompatível com o interesse de uma das partes em levar o processo adiante. Afinal, ainda que se produza a estabilidade, o requerido pode simplesmente propor uma ação de cognição exauriente para rever, reformar ou invalidar a tutela provisória concedida (art. 304, § 2º, do CPC). Portanto, se o réu expressa a intenção de ver o processo ser julgado em cognição exauriente, logicamente evidencia que não se conforma com a estabilização da tutela.

15 SICA, 2015, p. 93.

A interpretação extensiva tem também a vantagem de solucionar de forma menos burocrática alguns problemas práticos. Basta imaginar que, adotando uma interpretação restritiva, o juiz extinga o processo com base na estabilização da tutela antecipada, a despeito do réu ter apresentado um pedido de reconsideração. Nesse caso, o demandado certamente ajuizará uma *nova demanda* com base nos § 2º do art. 304 do CPC para que a questão seja decidida em sede de cognição exauriente.

Ou seja, em vez de simplesmente dar seguimento a um processo já instaurado, em razão da inquestionável intenção do réu em ver a matéria resolvida em cognição exauriente, será necessário o ajuizamento de *outra demanda*. Trata-se de uma solução demasiado burocrática, contrária ao princípio da eficiência do processo, pois implica dispêndio desnecessário de recursos e mobilização da máquina judiciária com atos como nova citação, etc.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, contudo, a matéria é controvertida. No REsp 1.760.966/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, a Terceira Turma decidiu que a leitura do *caput* do art. 304 do CPC deveria ser feita com base em “interpretação sistemática e teleológica” do instituto da estabilização, de modo que ela somente ocorrerá se não houver “qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, sob pena de se estimular a interposição de agravos de instrumento”, o que poderia sobrecarregar os Tribunais, além de estimular o ajuizamento desnecessário de ações autônomas para revisão da tutela provisória estabilizada.

Já a Primeira Turma do STJ, no julgamento do REsp 1.797.365/RS, de relatoria do Ministro Sérgio Kukina, decidiu em sentido diverso. A despeito do voto do Min. Sérgio Kukina, acompanhado pelo Min. Gurgel de Faria, que se alinharam ao posicionamento anteriormente adotado pela Terceira Turma, foi vencida a posição da Ministra Regina Helena Costa, para quem somente a interposição de recurso poderia impedir a estabilização da tutela.

No caso examinado pela Primeira Turma, o STJ analisava se a apresentação de contestação, que expressamente se insurgia contra a estabilização da tutela provisória, poderia impedir a estabilidade. No voto vencedor, a Ministra Regina Helena defendeu que conceder essa aptidão à apresentação de contestação poderia de algum modo esvaziar o instituto da estabilização da tutela provisória, na medida em que a não apresentação de contestação já teria como efeito próprio a revelia e presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte autora. Assim, o recurso e a contestação teriam objetos próprios e distintos, e não se poderia conceder a uma os efeitos do outro, sob pena de tornar inócuo o instituto da estabilização.

Com a devida vênia, o argumento do voto vencedor não parece correto. Em nada esvazia a estabilização a ampliação dos mecanismos de impedi-la. Na realidade, isso somente torna o processo mais eficiente, pois se extrai uma eficácia maior dos atos processuais, tornando desnecessário o ajuizamento da ação de revisão da tutela estabilizada. Afinal, o réu que apresenta contestação manifesta intenção inequívoca de ver a questão julgada em cognição exauriente, motivo pelo qual certamente ajuizará a ação de revisão da tutela estabilizada. Por outro lado, o sujeito que não apresenta recurso ou contestação está manifestando sua conformidade com a estabilização da tutela e certamente não apresentará a ação de revisão.

Assim, a solução apresentada pela Primeira Turma acaba por exigir duas demandas, quando a questão poderia ser solucionada em um único processo, como decidido pela Terceira Turma. E esta última solução não esvazia a estabilização da tutela antecipada, pois esse efeito continuará se produzindo quando o demandado manifestar de forma inequívoca sua conformação com a decisão.

Feitas essas considerações, passa-se a uma análise da controvérsia específica da suspensão de liminar como forma de impedir a estabilização da tutela antecipada.

3. A SUSPENSÃO DE LIMINAR COMO INSTRUMENTO APTO A IMPEDIR A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Para responder ao questionamento sobre se um determinado ato postulatório tem aptidão para impedir a estabilização da tutela antecipada, o primeiro e mais evidente questionamento é analisar a natureza jurídica do instrumento em questão. Afinal, tratando-se de recurso, não haverá controvérsia sobre seu poder de impedir a estabilização da tutela antecipada, como visto anteriormente.

O pedido de suspensão de liminar é previsto em algumas leis esparsas, como no art. 12, § 1º da Lei n.º 7.347/85, tratando de suspensão de liminar em ação civil pública, no art. 16 da Lei n.º 9.507/97, trazendo previsão específica para o *habeas data* e no art. 15 da Lei n.º 12.016/2009, onde rege a suspensão em sede de mandado de segurança. As previsões mais genéricas sobre o pedido de suspensão encontram-se no art. 4º da Lei n.º 8.437/1992 e no art. 1º da Lei n.º 9.494/1997, ampliando o instituto de modo a torná-lo aplicável para a suspensão de todo e qualquer tipo de tutela provisória concedida em face do Poder Público.

A leitura dos diplomas legais mencionados revela que em nenhum deles o pedido de suspensão é elencado como recurso. Também não é previsto em lei um prazo para sua apresentação. Portanto, já esses dois elementos indicam além de qualquer dúvida que não se trata de um recurso, em razão da taxatividade legal dos recursos e da necessidade de haver previsão expressa de um prazo de interposição.¹⁶

16 FRANCO, Marcelo Veiga; OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. A impossibilidade do pedido de suspensão de liminar pela Fazenda Pública para o fim de impedir a estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente. *In*: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio. **Coleção Repercussões do Novo CPC**, v. 3: Fazenda Pública. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 432.

Além disso, o próprio propósito do pedido de suspensão é incompatível com uma natureza recursal. De fato, no pedido de suspensão não se postula a reforma, anulação ou desconstituição da decisão, mas apenas a sua suspensão, ou seja, a retirada da sua executoriedade.¹⁷ A decisão permanece incólume, impedindo-se apenas a sua execução enquanto persistir a suspensão dos efeitos.

Na verdade, é justamente por não ser um recurso que nada impede que uma mesma decisão de juiz singular concedendo tutela provisória contra a Fazenda Pública seja impugnada ao mesmo tempo por agravo de instrumento – objetivando, por exemplo, reforma da decisão – e pedido de suspensão de liminar. Não há, no caso, qualquer violação à unirrecorribilidade, já que a suspensão não é recurso, e tem objeto bastante distinto do agravo.

Isso posto, ainda que haja alguma divergência doutrinária sobre se o pedido de suspensão seria sucedâneo recursal, incidente processual ou ação cautelar específica,¹⁸ é certo que o instituto não possui natureza recursal. E, por isso, surge o questionamento sobre a possibilidade da suspensão de liminar servir para obstaculizar a estabilização da tutela antecipada.

Caso se parta das premissas anteriormente delineadas, de que deve haver uma interpretação ampliativa quanto aos instrumentos aptos a impedir a estabilização da tutela provisória, a resposta deve ser positiva.

Embora não ostente natureza recursal, não há dúvida de que o pedido de suspensão de liminar manifesta clara inconformidade com a decisão concessiva da tutela antecipada. Não caracteriza, portanto, a *inércia do réu* necessária para estabilização da tutela.¹⁹

17 CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 605-606.

18 Sobre a controvérsia, vide CUNHA, op. cit., p. 606.

19 Neste sentido: DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 621.

Ademais, o ente público por vezes não dispõe da prova documental necessária para vencer um recurso interposto contra a decisão que concedeu a tutela antecipada, haja vista que sua defesa depende da apresentação de prova pericial ou testemunhal, por exemplo. Nesses casos, a interposição do recurso simplesmente não é interessante ao demandado, que o faria unicamente para impedir a estabilização. Ao mesmo tempo, caso a decisão seja, por exemplo, apta a causar grave lesão à saúde pública, haveria clara utilidade no manejo do pedido de suspensão de liminar para sustar os efeitos da decisão.

Em situações como essa, exigir a interposição de um recurso inútil é medida absolutamente contraproducente, especialmente quando haverá manejo de outro instrumento mais adequado para obter o resultado pretendido de suspensão da eficácia da decisão. Exigir a interposição do recurso para evitar a estabilização seria estimular a adoção de meio de impugnação que nem mesmo o recorrente acredita que tenha probabilidade de êxito, em clara violação ao princípio da eficiência, como já dito.

A despeito disso, Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto, embora defendam uma interpretação extensiva quanto aos instrumentos aptos a impedir a estabilização, entendem que o pedido de suspensão de liminar não teria essa aptidão. Os autores sustentam que obstariam a estabilização apenas os mecanismos capazes de gerar a invalidação ou reforma da decisão, mantendo a litispendência e impedindo o trânsito em julgado.²⁰ Assim, como o pedido de suspensão não obsta o trânsito em julgado e nem gera reforma ou anulação da decisão, não impediria também que a tutela antecipada se tornasse estável.

Com a devida vênia, discorda-se deste posicionamento. Em primeiro lugar, como visto anteriormente, não parece necessário que o instrumento utilizado objetive reformar ou anular a decisão para que impeça a estabilização da tutela provisória. Qualquer manifestação de vontade do

20 MACÊDO; PEIXOTO, 2016, p. 376-378.

demandado apta a indicar que ele tem interesse na cognição exauriente deve impedir que se torne estável a tutela, já que indica a intenção do réu de ver o processo seguir até o seu final. Essa é a interpretação mais consentânea com o princípio da eficiência.

Desse modo, até porque a suspensão de liminar dura até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal (art. 4º, § 9º, Lei n.º 8.437/1992), é lógico que se houve o requerimento de suspensão, há interesse no seguimento do feito até uma decisão final em cognição exauriente.

Em segundo lugar, é importante abordar a argumentação dos autores segundo a qual, por não obstar o trânsito em julgado de processo sob o procedimento comum, o pedido de suspensão seria incapaz de impedir a estabilização. Afirmam eles que esse instrumento somente seria útil se formulado em conjunto com outro remédio processual porque, como a suspensão dura até o trânsito em julgado, não prolongando a litispendência, ela só persistiria até o fim do prazo recursal. Encerrado este prazo, a eficácia da suspensão cessaria e, conseqüentemente, nada existiria mais para obstaculizar a estabilização da tutela provisória.²¹

Ainda partindo da premissa anteriormente exposta – de que bastaria a intenção do réu em ver a lide resolvida em cognição exauriente para impedir a estabilização –, verifica-se a argumentação não se sustenta. Os autores parecem ver óbice na estabilização por conta da duração de uma suspensão de liminar *concedida* pelo Presidente do Tribunal, já que esta somente dura até o trânsito em julgado da decisão.

No entanto, com a devida vênia, o que parece equívocado no raciocínio dos autores é não levar em consideração que a estabilização é impedida não pelo provimento ou não do recurso interposto, mas sim a mera interposição do recurso, que demonstra a irresignação com a tutela concedida. Conforme explica significativa parte da doutrina, basta a *interposição tempestiva* do recurso para impedir a estabilização, independentemente de

21 MACÊDO; PEIXOTO, 2016, p. 379-380.

uma posterior inadmissão.²² Percebe-se, com isso, que o que realmente importa para obstar a formação da estabilidade é a *prática de ato que demonstra desconformidade com a decisão*, sendo irrelevante o seu provimento ou desprovimento, ou mesmo a regularidade formal deste ato.

Por isso, no caso da suspensão de liminar, a simples *formulação do pedido* impediria a estabilidade, independentemente de haver ou não a sua concessão pelo Presidente do Tribunal. Assim, não parece haver razão para não reconhecer a aptidão da suspensão de liminar de impedir a estabilização da tutela provisória, quando o simples ato de formulação do pedido de suspensão já evidencia a desconformidade com a decisão.

Assim, enquanto manifestação de vontade do réu em impugnar a decisão e ver o feito julgado em cognição exauriente, o simples requerimento de suspensão geraria para o autor o ônus de aditar a petição inicial para formular pedido de tutela final (art. 303, § 1º, I, CPC), sob pena de o processo ser extinto sem resolução do mérito (art. 303, § 2º, CPC).

Note-se que com isso não se está a dizer que excepcionalmente o pedido de suspensão alongaria a litispendência e impediria o trânsito em julgado. Caso o autor não adite a petição inicial para formulação de pedido principal, por exemplo, tão logo encerre o prazo para fazê-lo haverá a extinção do processo sem resolução do mérito (art. 303, § 2º, CPC), independentemente de já ter sido apreciado ou não o pedido de suspensão. O que ocorre é que o ato de requerer a suspensão de liminar – como qualquer outro ato que manifesta a intenção de não ver o processo encerrado com a tutela provisória – impede a estabilização.

Interessante é analisar a posição de Frederico Gomes, para quem o pedido de suspensão formulado dentro do prazo do recurso poderá impedir a estabilização da tutela provisória, caso seja acolhido pelo Presidente

22 SICA, 2015, p. 85-102. Adotando o mesmo entendimento de Heitor Sica, DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 621.

do Tribunal. Embora considere que somente a interposição de um *recurso* tem a aptidão intrínseca de obstar a estabilização, adotando uma interpretação restritiva, entende o autor que caso o pedido de suspensão seja formulado dentro do prazo recursal, seu acolhimento pelo Presidente do Tribunal irá impedir a estabilização, já que os efeitos da tutela estarão suspensos, e “aquilo que está suspenso não pode se tornar estável”. Por outro lado, se o pedido não for acolhido, haverá estabilização, uma vez que os efeitos não terão sido suspensos.²³

Importante analisar também o posicionamento segundo o qual o pedido de suspensão ensejaria o exercício de um exame de caráter predominantemente político por parte do Presidente do Tribunal.²⁴ É necessário abordar este tema porque poder-se-ia afirmar que, ainda que se adote uma interpretação extensiva sobre os instrumentos aptos a evitar a estabilização da tutela antecipada, o pedido de suspensão não teria a capacidade de fazê-lo, já que seria um instrumento “político”, e não propriamente jurídico.

Embora seja forçoso reconhecer que prevalece na jurisprudência o entendimento segundo o qual o juízo exercido no pedido de suspensão tem natureza política,²⁵ esse não parece o posicionamento mais correto.

Conforme alerta Leonardo da Cunha, o pedido de suspensão “não provoca atividade administrativa do Presidente do Tribunal, que, no seu exame, não exerce juízo político”.²⁶ De fato, jamais poderia uma decisão meramente política ou administrativa influir numa decisão judicial, haja vista que é característica fundamental da jurisdição a impossibilidade de

23 GOMES, 2018.

24 FRANCO; OLIVEIRA JÚNIOR, 2016, p. 436.

25 CUNHA, 2016, p. 607.

26 CUNHA, loc. cit.

controle externo. Nas palavras de Fredie Didier Jr., “a jurisdição somente é controlada pela própria jurisdição”.²⁷

Desse modo, ainda que o órgão prolator da decisão “política” ou “administrativa” seja integrante do Poder Judiciário, *no exercício de uma atividade política ou administrativa*, jamais poderia afetar uma decisão proferida no exercício da atividade jurisdicional. Por exemplo, um órgão administrativo do tribunal não poderá sustar os efeitos de uma decisão judicial ou sentença proferida por um juiz, ainda que suspeito de irregularidade na prolação do ato.

Assim, ao apreciar o pedido de suspensão o Presidente do Tribunal está no exercício de função *jurisdicional*, realizando a análise *jurídica* de uma alegada violação a interesses públicos, como segurança, ordem, saúde e economia. Não é que haja um juízo político, mas sim que os fundamentos examináveis no pedido de suspensão são específicos deste mecanismo e bastante restritos, limitando-se à aferição da existência de violação ou não daqueles interesses públicos. Trata-se de um instrumento onde há uma análise *jurídica*, mas restrita à verificação da ocorrência ou não de violação a certos interesses juridicamente protegidos.²⁸

Dito de outra forma, a distinção entre o juízo exercido no pedido de suspensão e na análise da tutela de urgência é de *mérito*. Quando decide sobre se deve ser concedida ou não a tutela provisória de urgência, o julgador analisa se há probabilidade do direito e se existe perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (art. 300, CPC). Por outro lado, ao apreciar o pedido de suspensão, o Presidente do Tribunal não analisa se há probabilidade do direito ou situação de urgência, não adentrando profundamente no âmbito da controvérsia do processo principal. Nesse

27 DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 164-165.

28 CUNHA, 2016, p. 607.

procedimento, a lei estipula que deve ser avaliado apenas o risco à ordem, saúde, segurança ou economia públicas, valores juridicamente protegidos. Este, pois, é o mérito do pedido de suspensão.²⁹

Como se vê, o objeto da cognição dos órgãos julgadores é diverso, mas isso não quer dizer que em um caso haja análise política e, em outro, exame jurídico da questão. Há, simplesmente, um mérito próprio do pedido de suspensão, onde é analisada possibilidade de violação a interesses juridicamente protegidos.

Conclui-se, assim, ser o pedido de suspensão um instrumento plenamente apto a impedir a estabilização da tutela antecipada, na medida em que demonstra uma irresignação do requerido com a tutela provisória concedida, revelando também um interesse em levar a questão à cognição exauriente.

4. PRAZO PARA UTILIZAÇÃO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR PARA IMPEDIR A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

O principal problema prático a se enfrentar ao partir da premissa de que o pedido de suspensão de liminar é apto a impedir a formação da estabilidade diz respeito ao prazo para sua requerer a suspensão e obter esse efeito de obstar a estabilização. Isso porque não há previsão legal de um prazo para requerimento da suspensão, que pode ser formulado “enquanto durar o risco de grave lesão a um dos interesses públicos relevantes”, desde que antes do trânsito em julgado do processo.³⁰

Ocorre, contudo, que isso não pode significar que, manejada a qualquer momento, a suspensão de liminar poderia impedir a estabilização.

29 CUNHA, p. 605-606.

30 Ibid., p. 607.

De fato, mesmo entre aqueles que entendem que diversos instrumentos impedem a formalização da estabilidade, há consenso no sentido de que a manifestação de vontade do réu deve ser realizada *dentro do prazo previsto para interposição do recurso cabível*.³¹

Com efeito, a estabilização da tutela provisória é um efeito automático do decurso do prazo recursal. A decisão que encerra processo em razão da estabilização é apenas *declaratória* e não constitutiva da estabilidade, que já se operou de pleno direito desde o momento em que se encerrou o prazo recursal.³² Por isso, o ato que obstaculiza a estabilização deve ocorrer *antes de findo o prazo recursal*.

A amplitude interpretativa quanto aos instrumentos aptos a impedir a estabilização não se estende a tal ponto que permita interromper a estabilização pela prática de atos posteriores ao prazo recursal. Na verdade, adotando-se essa interpretação mais abrangente, a menção no *caput* do art. 304 a “recurso” teria por utilidade justamente delimitar o marco temporal a partir do qual não seria mais possível impedir a formação da estabilidade.

Portanto, embora não haja prazo legal para requerimento da suspensão de liminar, para que ela tenha a aptidão de impedir a estabilização da tutela provisória, o pedido deve ser formulado dentro do prazo para interposição do recurso cabível contra a decisão que concedeu a tutela antecipada.

Por outro lado, pode surgir dúvida quanto à utilidade do pedido de suspensão de liminar após a formação da estabilidade em razão do § 2º do art. 304, que estabelece que “qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*”. Poderia o demandado, então, valer-se do pedido de suspensão após a estabilização como substitutivo da ação para “rever, reformar ou invalidar” a tutela antecipada?

31 Neste sentido, MITIDIERO, 2015, p. 15-19 e DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 621.

32 Neste sentido, GOMES, 2018.

A resposta só pode ser negativa, e por diversas razões.

A primeira delas é apontada por Marcelo Veiga Franco e Délio Mota de Oliveira Júnior, que destacam que a ação autônoma a que alude o art. 304, § 2º deve ter por objetivo, como é evidente, “rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada”. Contudo, como já visto anteriormente, o pedido de suspensão não acarreta reforma, revisão ou invalidação da decisão impugnada, tendo como objetivo apenas *suspender seus efeitos*. Por essa razão, o pedido de suspensão não se enquadra como alternativa viável de ação autônoma.³³

Ainda de acordo com os autores, a suspensão de liminar seria um *incidente processual*, e não um processo incidente.³⁴ Portanto, não faria sentido que o procedimento da suspensão fosse equiparado a uma ação autônoma, pois lhe falta justamente a autonomia. Como visto, a suspensão concedida só dura até o trânsito em julgado da decisão final do processo, o que indica ser pressuposto lógico da suspensão a existência de um *outro* procedimento onde esteja ocorrendo a discussão da matéria em cognição exauriente.

Por fim, também impede a equiparação do pedido de suspensão à ação do art. 304, § 2º a questão da competência para julgar a ação autônoma de impugnação. O § 4º do art. 304 estipula competir ao juízo que concedeu a tutela estabilizada processar e julgar a ação autônoma. Trata-se de competência *funcional*, ou seja, absoluta.³⁵

Desse modo, é inviável a substituição dessa ação autônoma no juízo originário pela formulação de um pedido de suspensão, cujo julgamento compete a órgão julgador necessariamente diverso, o Presidente do Tribunal ao qual cabe o conhecimento do *recurso* contra a decisão impugnada.

33 FRANCO; OLIVEIRA JÚNIOR, 2016, p. 437.

34 FRANCO; OLIVEIRA JÚNIOR, loc. cit.

35 DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 625.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pode ver, o Código de Processo Civil de 2015 inovou significativamente ao prever a estabilização da tutela satisfativa concedida em caráter antecedente. Entretanto, por culpa de uma redação do texto legal mal elaborada, acabou dizendo menos que pretendia, levando a entender que somente o ato de interposição de recurso por parte do réu teria o condão de impedir a estabilização da tutela.

Diante disso, coube à doutrina e à jurisprudência realizar uma interpretação extensiva do dispositivo legal, de modo a abranger tanto outros atos de impugnação da decisão, quanto atos indicativos da intenção do réu em levar o processo à cognição exauriente.

E, nesse contexto, o pedido de suspensão de liminar é instrumento apto a impedir a estabilização da tutela antecipada, haja vista que caracteriza típico instrumento de impugnação de decisões judiciais. No entanto, salutar que se ressalte que sua utilização deve ser feita antes de findo o prazo do recurso cabível contra a decisão antecipatória da tutela. De fato, embora possa servir para *impedir a formação* da estabilidade da tutela antecipada, o pedido de suspensão não pode ser usado para *revisar, reformar ou anular* a tutela já estabilizada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CABRAL, Antonio do Passo. As estabilidades processuais como categoria incorporada ao sistema do CPC. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**, v. 12: Coisa julgada e outras estabilidades processuais. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 25-60.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. vol. 2. 11. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

FRANCO, Marcelo Veiga; OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. A impossibilidade do pedido de suspensão de liminar pela Fazenda Pública para o fim de impedir a estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente. *In*: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio. **Coleção Repercussões do Novo CPC**, v. 3: Fazenda Pública. 2. ed. rev. ampl e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 419-439.

GODINHO, Robson Renault. Comentários aos arts. 294 a 311. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 456-488.

GOMES, Frederico Augusto. **A Estabilização da Tutela Antecipada** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Tutela provisória contra a Fazenda Pública no CPC/2015. *In*: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio. **Coleção repercussões do Novo CPC**, v. 3: Fazenda Pública. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 347-380.

MARINONI, Luiz Guilherme. Estabilização de tutela. **Revista de Processo**. vol. 279, p. 225-243, 2018.

MITIDIERO, Daniel. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no Novo Código de Processo Civil. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**: Edição Especial Novo Código de Processo Civil. v. 4, n. 39, abril/2015, p. 15-19. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=39>. Acesso em: 13 mar. 2022.

NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação da coisa julgada. *In*: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buriel de Macedo; PEIXOTO, Ravi. **Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada**. Salvador: Juspodivm, 2015.

SICA, Heitor. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 55, jan./mar. 2015, p. 85-102. Disponível em: publicacao.mprj.mp.br/rmprj/rmprj_55/files/assets/basic-html/index.html#88. Acesso em: 17 mar. 2022.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, n. 209, v. 37, p. 13-34, 2012.

Fazenda Pública e aplicação de tese de IRDR*

Public Treasury and application of the IRDR thesis

*Camila Silveira da Rosa de Castro*¹

*Fernanda Manciola Bonette*²

*Jordana Reckziegel Da Frota Moreira*³

*Maria Cristina Staichok*⁴

RESUMO: O presente artigo busca realizar uma análise do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, suas aplicações e subterfúgios diante da Fazenda Pública a partir da análise fática da tese do IRDR 007 de 2022 do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e jurisprudência atual.

* Nota da Comissão Editorial da Revista: artigo elaborado por estagiárias de Pós-graduação da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná.

1 Bacharela em Direito. Pós-graduanda em Direito Público. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná. Pós-graduada em Direito Administrativo pela Faculdade Educacional da Lapa. Estagiária de Pós-graduação da Procuradoria Funcional (PGEPR).

2 Bacharela em Direito. Pós-graduada em Direito Penal pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná. Pós-graduanda em Direito Administrativo pela Gran Cursos. Estagiária de Pós-graduação da Procuradoria Funcional (PGEPR).

3 Bacharela em Direito. Pós-graduada em Direito Tributário Empresarial e Processual Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Faculdade Educacional da Lapa. Estagiária de Pós-graduação da Procuradoria Funcional (PGEPR).

4 Contadora. Pós-graduada em Controladoria pela UNIFAE. Pós-graduada em Inteligência Financeira pela Universidade Positivo. Pós-graduada em Gestão de Pessoas e Liderança pela UniDomBosco. Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Estagiária de Pós-graduação da Procuradoria Funcional (PGEPR).

PALAVRAS-CHAVE: Tese em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas; Fazenda Pública; Reclamação; Revisão.

ABSTRACT: This article seeks to carry out an analysis of the Incident of Resolution of Repetitive Claims, its applications and subterfuges before the Public Treasury based on the factual analysis of the Thesis on IRDR 007 of 2022 of the Court of Justice of the State of Paraná and current jurisprudence.

KEYWORDS: Thesis on Incident of Resolution of Repetitive Claims; Public Treasury; Complaint; Revision.

1. INTRODUÇÃO

Como um instituto de uniformização de demandas em massa, trazendo celeridade para as demandas judiciais, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, é aplicado com grande valia nas demandas envolvendo a Fazenda Pública. Sendo uma inovação formada constitucionalmente e consolidada no Código de Processo Civil de 2015, as teses formuladas por meio do IRDR trazem segurança para questões que são submetidas em massa para julgamento todos os dias no Judiciário.

Diante da grande aplicação do IRDR em litígios envolvendo a Fazenda Pública, surgem questionamentos acerca do instituto quando há entendimentos conflitantes sobre uma mesma tese, considerando a doutrina e o amparo legal aqui serão traçadas noções sobre o IRDR e sobre as possibilidades de esclarecimento e uniformização da aplicação de teses por meio da Reclamação Civil e outros sucedâneos.

Assim, analisando a tese e as aplicações do IRDR 007 de 2022 do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em conjunto com a legislação e jurisprudência, o presente artigo fará um diagnóstico das possibilidades que o IRDR produz junto a Fazenda Pública, a fim de esclarecer as propostas e soluções que esse instituto possui para produzir máxima eficácia nas demandas em massa.

2. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS COMO INOVAÇÃO NA FAZENDA PÚBLICA

2.1 A possibilidade do IRDR e a segurança jurídica

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR é um instituto que foi consolidado no capítulo VIII do Código de Processo Civil de 2015. Descrito nos arts. 976 a 987, é oportuno aplicá-lo quando houver efetiva repetição de processos com controvérsia sobre a mesma matéria tramitando ao mesmo tempo.

O caso de vários processos, individuais ou coletivos, que versem sobre idêntica questão de direito em vias judiciais no mesmo momento, traz o risco de ofensa aos princípios da isonomia e da segurança jurídica. Assim, o IRDR pode ser suscitado junto ao Tribunal de Justiça ou ao Tribunal Regional Federal, no intuito de que a tese jurídica firmada seja aplicada a todos os processos da mesma matéria.

Com isso, é preciso que haja efetiva repetição de processos. Não cabe IRDR preventivo, mas se exige que haja risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.⁵ Esse requisito reforça a vocação do IRDR para a formação de precedentes.

O IRDR é, como seu próprio nome indica, um incidente. Trata-se de um incidente instaurado num processo de competência originária ou em recurso, inclusive na remessa necessária. Instaurado o incidente, transfere-se a outro órgão do mesmo tribunal a competência funcional para julgar o caso e, igualmente, fixar o seu entendimento a respeito de uma questão jurídica que se revela comum em diversos processos.

5 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Civil**. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 18. ed. revista, atualizada e ampliada. Juspodivm, 2021, p. 786-788.

É nesse contexto que, quando houver pluralidade de pedidos de instauração de IRDR perante o mesmo tribunal, todos os processos deverão ser apensados em conjunto, considerando que “a ideia do instituto é exatamente harmonizar entendimentos e proporcionar isonomia e segurança jurídica”⁶

Cabe esclarecer também que a legitimidade para instauração do IRDR encontra guarida no art. 977 do CPC de 2015, que indica a possibilidade da motivação tanto por ofício do juiz ou relator, como por petição pelas partes, pelo Ministério Público ou Defensoria Pública.

2.2 A suspensão em massa de processos e a solução para a coletivização de demandas

Para que seja formada uma tese em IRDR, suspendem-se os processos pendentes, individuais ou coletivos, em que se discute a mesma questão que estejam tramitando no âmbito da competência territorial do tribunal. Se for um Tribunal de Justiça, suspende-se todos os processos em curso no Estado. Sendo um Tribunal Regional Federal, suspendem-se os processos que tramitam em toda a região. Admitido o IRDR num tribunal superior, suspendem-se os processos pendentes em todo o território nacional.

No campo da Fazenda Pública, essa parte do microsistema de gestão de casos repetitivos, o suspender dos processos para que se concentre a discussão no próprio IRDR repercute no resultado de modo uniforme, solucionando a questão dos processos em massa de matéria idêntica interpostos contra o Estado, assim como também garante eficiência e racionalidade no processamento e julgamento de todos eles.⁷

6 THEODORO JR., Humberto. **Processo Civil Brasileiro** - Novos Rumos a partir do CPC/2015. 1. ed. Del Rey, 2016, p. 212.

7 CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 17. ed. Forense, 2020, p. 361-362.

Dessa forma, o tribunal deverá fixar a tese jurídica a ser aplicada nos casos semelhantes, cabendo aos julgadores dos processos pendentes que versem sobre tal tese, tê-la como premissa para decidir o caso concreto, o que, inclusive, mitiga a suscitada inconstitucionalidade por violação à independência funcional do Juiz,⁸ pois após o sobrestamento os processos serão compulsoriamente julgados conforme a tese firmada em IRDR.

2.3 Tese de IRDR e aplicações divergentes

A tese de IRDR vincula os processos anteriormente sobrestados e também os processos que tratam do mesmo assunto tramitando no tribunal prolator da tese. Assim, se não observada a tese adotada no incidente, conforme o art. 985, § 1º e 2º, do CPC de 2015, caberá reclamação.

No tocante da não aplicação de tese, o Código de Processo Civil é claro sobre o instituto da revisão, porém quando uma mesma tese é aplicada de formas diferentes, em dois juízos de um mesmo tribunal, seria esse o meio eficaz e típico para garantir a isonomia e segurança jurídica? Esse é um questionamento que repousa no próprio instituto da reclamação civil e na jurisprudência sobre o tema.

3. A RECLAMAÇÃO CIVIL PARA GARANTIR PRECEDENTE PROFERIDO EM JULGAMENTO DE IRDR

3.1 A reclamação civil

A reclamação civil possui sua origem como ação constitucional. Atualmente, após ser inserida no Código de Processo Civil de 2015, há divergência se a reclamação é ação autônoma, recurso, incidente processual ou medida administrativa. No Código de Processo Civil a reclamação

8 BRITO, Alzemer Martins Ribeiro de; BARIONI, Rodrigo Otávio. **Advocacia Pública e o Novo Código de Processo Civil**. 1. ed. Fórum, 2016, p. 368-373.

tem como finalidade garantir a autoridade das decisões, mas não é taxada em uma classificação específica, cabendo esse entendimento à doutrina e jurisprudência.

Para aqueles que consideram a reclamação como recurso, ela teria fundamento de reformar, invalidar ou esclarecer a decisão judicial impugnada, e acolher tal entendimento significa dizer que cabe reclamação para reforma, anulação ou esclarecimentos⁹ de decisões judiciais. Assim podendo uma reclamação atuar no mérito do litígio, se bem fundamentada. Diante dessa definição, entende-se que se a reclamação for entendida como Recurso ela teria que cumprir com o princípio da taxatividade, tese essa que não prospera na prática legal, pois a reclamação hoje é utilizada somente para forçar cumprimento de decisão superior.

Outrossim, ao olhar pela ótica da reclamação como medida administrativa, é possível verificar a possibilidade de utilizar a reclamação como meio de correção de erros no processo, quando não há mais meios recursais. Essa forma de manejo da reclamação não é usualmente utilizada, pois abre margem para um ciclo de reclamações, que podem ser utilizadas após esgotados os recursos, gerando tumulto processual injustificado e protelatório.

De outro modo, não sendo possível enquadrar a reclamação como recurso ou como medida administrativa, verifica-se a possibilidade de compreender a reclamação como ação autônoma.¹⁰ Devido a sua forma com partes, pedidos e outros pressupostos processuais, a reclamação é facilmente encaixada nessa classificação, porém sem formar nova relação jurídico processual.

Considerando que não se forma nova relação processual, mas que somente se busca esclarecimento no próprio processo, a reclamação pode ser confundida como incidente processual, pois atua diretamente no processo,

9 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 230-234.

10 HOLLIDAY, Gustavo Calmon. **A Reclamação Constitucional no Novo CPC**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 44-57.

mas frisa-se que não corresponde a todas as características de incidente processual, principalmente no que tange à ligação direta entre o questionado em incidente processual e o objeto da ação principal.

Por fim, hoje está se tornando entendimento comum que a reclamação não se enquadra na classificação dos institutos jurídicos de base. Considerando que a definição quanto à classificação deve ser a que mais se aproxima do objeto pretendido,¹¹ com o Código de Processo Civil de 2015 é possível notar que a natureza jurídica que mais se aproxima da reclamação é de ação de procedimento especial. Assim, a reclamação é proposta ao Tribunal, sustentada por prova documental, como meio de provocar a formação de tutela jurisdicional para garantir a competência do Tribunal, autoridade das decisões, observância do enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal ou garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

3.2 A garantia do cumprimento de precedente proferido em IRDR por meio de reclamação e a aplicação indevida da tese jurídica

Considerando a finalidade da reclamação e visando a homogeneização de aplicação de tese jurídica proferida em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, a reclamação pode ser provocada pelo tribunal, de ofício, ou pelos legitimados à instauração do incidente. É importante destacar que o art. 988, IV e § 2º e § 3º do Código de Processo Civil estabelece que a análise da reclamação só pode ser feita pelo próprio tribunal que julgou o IRDR, já que, caso qualquer juiz pudesse entender a tese como superada, deixaria de aplicá-la, e a eficácia vinculante da tese seria seriamente comprometida.¹²

11 HOLLIDAY, 2016, p. 55.

12 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo**. 6. ed. Juspodivm, 2021, p. 1732.

Registra-se que o art. 987 estabelece que do julgamento do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, a saber: a) O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida; b) Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada em todo o território para todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

Assim, entende-se que, para verificação de questões atinentes a aplicações heterogêneas de uma mesma tese de IRDR, legalmente caberia reclamação cível pelo art. 988, IV e § 2º e § 3º do Código de Processo Civil de 2015, e até Recurso Especial para igualar a aplicação de tese de IRDR, como meio de garantir isonomia e segurança jurídica.

4. REVISÃO DA TESE JURÍDICA DE IRDR

A revisão da tese jurídica firmada em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas possui previsão no art. 986 do Código de Processo Civil de 2015. O referido artigo traz como legitimados para requerer a revisão os sujeitos processuais mencionados no art. 977, inciso III, do CPC, sendo eles o Ministério Público e a Defensoria Pública.

No entanto, a supressão das partes como legitimadas para requerer a revisão de IRDR não gerou efeitos práticos. Nas palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves:¹³ “Se a revisão pode ser determinada de ofício, é natural que as partes poderão pedi-la, já que tudo que pode ser realizado ou conhecido de ofício pode ser objeto de provocação das partes”.

A respeito da legitimidade das partes para propor a revisão, a II Jornada de Direito Processual Civil do CJF, realizada no ano de 2018, formulou o Enunciado n.º 143, no sentido de que “O pedido de revisão da tese jurídica

13 NEVES, 2021, p. 1732.

firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas pode ser feita pelas partes, nos termos do art. 977, II, do CPC.”¹⁴

4.1 Revisão de Tese de IRDR e *overruling*

A revisão de IRDR é um instituto que o ordenamento jurídico brasileiro trouxe para possibilitar a superação de precedentes (*overruling* na superação integral e *overriding* na superação parcial), que toma lugar em momentos em que as circunstâncias fáticas e jurídicas que serviram de fundamento para a interpretação da norma se alteraram, de forma que a aplicação do precedente firmado no paradigma anterior já não reflete em solução adequada para os casos concretos.

As mudanças que podem motivar a superação de precedente podem ser percebidas como a alteração ou revogação da lei que deu causa ao julgamento e por alterações políticas, econômicas, sociais e culturais. Nesse sentido é o Enunciado n.º 322 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida”.

Há também que se considerar a segurança jurídica que se extrai da aplicação do precedente, tendo em vista que este tem como razão de ser a uniformização de jurisprudência do tribunal, para assim garantir também a isonomia.

O Código de Processo Civil de 2015 traz pontualmente estes valores a serem observados na modificação de tese adotada em julgamento de casos repetitivos no art. 927, § 4º.

14 CJF. Consulta de Enunciados. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1271>. Acesso em: 12 jan. 2023.

Nesta ótica, Patrícia Perrone Campos Sales¹⁵ esclarece que:

O trabalho com tais ideias e com a decisão sobre a revogação ou não de precedentes se centra, no cotejo do acerto, desacerto, inconveniência ou obsolescência do precedente que se pretende revogar, portanto, de sua (in)congruência social e/ou de sua (in)consistência sistêmica, justamente com os dois valores principais que justificam a adoção de precedentes com efeitos vinculantes: (a) segurança jurídica/proteção da confiança dos cidadãos; e (b) isonomia.

Isso porque, estabelecido um precedente, os jurisdicionados tomam diversas decisões (por exemplo, econômicas), com base no entendimento nele expressado, de modo que sua alteração pode gerar sérias repercussões e um grave sentimento de incerteza. Além disso, a modificação de um entendimento implica em conferir tratamento diferenciado e, por conseguinte, desigual, àqueles que ajuizarão suas demandas após tal evento, efeitos que o sistema de precedentes vinculantes não pode evitar, mas que, em certa medida, objetiva mitigar. Por tal razão, a superação de precedentes sempre levará em conta tais valores de segurança e isonomia, ponderando-os com aqueles que militam em favor da mudança.

Da mesma forma que a adoção de um precedente serve à preservação da segurança jurídica na previsibilidade e homogeneidade das decisões de situações jurídicas idênticas, tal princípio também possui outro viés. Entende-se que existindo incongruência social e inconsistência sistêmica na aplicação do precedente, a segurança jurídica do jurisdicionado está prejudicada, seja porque o precedente é percebido como obsoleto, errado ou injusto, ou ainda porque oferece orientação vaga e indeterminável, deixando de ser praticável no que tange à uniformidade das decisões.

15 MELLO, P. P. C. Precedentes e vinculação. Instrumentos do Stare Decisis e Prática Constitucional Brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, 241, p. 177-208, 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v241.2005.43370>. Acesso em: 17 jan. 2023.

4.2 A revisão de tese de IRDR e a Fazenda Pública

Presente a inconsistência jurídica no ordenamento, a revisão de IRDR é meio oportuno para restaurar a estabilidade almejada. O tribunal que proferiu a decisão do precedente, ao perceber a necessidade de alteração da tese jurídica, pode sinalizar aos jurisdicionados esta possibilidade. Tal qual é o entendimento formulado no Enunciado n.º 320 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte, com a eventual superação ou a criação de exceções ao precedente para casos futuros”.

Como será abordado no tópico seguinte, a revisão já foi utilizada pela Fazenda Pública como instrumento para revisar tese jurídica firmada em sede de Incidente de Recurso Repetitivo.

5. IRDR 007 DE 2022 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

Em relação ao Estado do Paraná, percebeu-se, tanto nos Juizados Especiais, quanto nos juízos de primeiro e segundo grau, a existência de diversas ações de cobrança ajuizadas por Agentes temporários de Cadeia Pública em face da Fazenda Pública Estadual, requerendo o pagamento do Adicional por Atividade Penitenciária (AAP) em equiparação aos agentes penitenciários, cuja temática estava ocasionando divergência jurisprudencial.

Assim, constatada a controvérsia, a fim de uniformizar as decisões judiciais, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná suscitou nos autos da Apelação Cível n.º 0005717-38.2015.8.16.0004 a instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o qual foi admitido no dia 15 de setembro de 2017 e registrado sob o tema n.º 007/TJPR.

Admitido o IRDR, determinou-se a suspensão de todos os processos pendentes de julgamento, individuais ou coletivos, que versassem sobre a seguinte questão jurídica submetida a julgamento: “a possibilidade dos servidores temporários contratados pelo Estado do Paraná mediante processo seletivo simplificado, por desempenharem as mesmas funções dos cargos equivalentes efetivos, poderem receber o Adicional de Atividade Penitenciária (AAP).”

O julgamento da controvérsia suscitada ocorreu na data de 19 de março de 2021 e, após manifestações do Sindicato dos Agentes Penitenciários do Paraná – SINDARSPEN, bem como do Diretor do Departamento Penitenciário, o Órgão Especial do TJ/PR entendeu que os Agentes de Cadeia Pública, Agentes de Monitoramento e Auxiliares de Carceragem temporários estão submetidos aos mesmos perigos dos Agentes Penitenciários efetivos, motivo pelo qual fazem jus ao recebimento do Adicional por Atividade Penitenciária (AAP).

À época, ficou estabelecida a exceção de que apenas não seria devido o pagamento do Adicional por Atividade Penitenciária por parte da Fazenda Pública Estadual aos agentes temporários caso fique comprovado no bojo dos autos que o servidor já recebe algum benefício funcional da mesma natureza, tais como a Gratificação de Atividade em Unidade Penal e Correccional Intramuros (GADI) ou a Gratificação Intramuros (GRAIM), ou seja, não é possível a cumulação das referidas gratificações com o Adicional por Atividade Penitenciária – AAP.

Sendo assim, após o julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR 007, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná firmou a seguinte tese jurídica:

Por possuírem atribuições e exercerem funções similares aos Agentes Penitenciários efetivos, os Agentes de Cadeia, Agentes Penitenciários, Agentes de Monitoramento e Auxiliares de Carceragem temporários, contratados por meio de Processo de Seleção Simplificado (PSS), fazem jus ao pagamento

do Adicional de Atividade Penitenciária (AAP), nos termos do art. 8, inciso IV, da Lei Complementar Estadual n.º 108/2005, e art. 18, inciso I, da Lei Estadual n.º 13.666/2002, exceto nas situações em que resulte comprovado que percebem outra gratificação de igual natureza, observando-se, em todos os casos, o limite estabelecido no art. 8, inciso II, da Lei Complementar Estadual n.º 108/2005.¹⁶

Certificado o trânsito em julgado da decisão judicial proferida pelo Órgão Especial, determinou-se o resgate dos processos sobrestados, a fim de que, nos termos da tese fixada pelo Tribunal de Justiça, fosse dado regular prosseguimento aos feitos.

Por conseguinte, tanto as demandas ajuizadas nos Juizados Especiais, quanto as da Justiça Comum, voltaram a ser julgadas, cujas decisões, em princípio, deveriam seguir a tese fixada no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n.º 007/TJPR, haja vista o caráter vinculante da decisão. Contudo, em que pese o entendimento sedimentado no IRDR n.º 007/TJPR, observa-se que a exceção prevista no acórdão tem acarretado a prolação de decisões conflitantes sobre o tema, expondo novamente a risco a isonomia e a segurança jurídica.

Isto porque, de acordo com a tese fixada no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n.º 007/TJPR, o pagamento do Adicional por Atividade Penitenciária – AAP somente seria devido pela Fazenda Pública Estadual caso o agente temporário não recebesse outras gratificações da mesma natureza, como, por exemplo, a Gratificação de Atividade em Unidade Penal e Correccional Intramuros (GADI) ou a Gratificação Intramuros (GRAIM).

Entretanto, embora tal exceção esteja expressamente prevista no acórdão do IRDR 007/TJPR, no ato do julgamento o Órgão Especial não

16 TJPR - Órgão Especial - 0005717-38.2015.8.16.0004/1 - Curitiba - Rel.: DESEMBARGADOR PAULO ROBERTO VASCONCELOS - J. 16/03/2021.

especificou quais seriam os documentos aptos à comprovação do recebimento de tais gratificações que, conseqüentemente, afastariam a obrigação do pagamento do Adicional por Atividade Penitenciária – AAP por parte do ente Fazendário.

Assim, a partir da análise de demandas que versam sobre a tese estabelecida no IRDR 007/TJPR, percebe-se que, na visão do Estado do Paraná, o fato de estar previsto no edital do processo seletivo, bem como no contrato de trabalho, que a Gratificação de Atividade Penal ou Correccional Intramuros – GADI integra o salário-base é prova suficiente para a comprovação do recebimento da gratificação por parte agente temporário. Por sua vez, no entendimento de alguns magistrados, não basta que o pagamento das gratificações esteja previsto no edital e no contrato de trabalho, pois se faz necessário que tais valores estejam discriminados na folha de pagamento do servidor, indicando especificamente o recebimento da GADI ou GRAIM.

Todavia, o Governo do Estado do Paraná não discrimina os valores das gratificações na folha de pagamento dos servidores e, diante da ausência de indicação no acórdão do IRDR 007/TJPR sobre quais seriam os elementos comprobatórios de seu recebimento, os magistrados têm adotado diferentes critérios para o reconhecimento do pagamento das gratificações, situação que tem causado um aumento expressivo quanto ao número de decisões divergentes sobre a exceção prevista na tese fixada no incidente.

Outrossim, a violação ao princípio da isonomia tornou-se ainda mais evidente a partir do momento em que o Estado do Paraná passou a interpor recurso inominado em face das sentenças que não reconheceram o pagamento das gratificações e condenaram o ente Fazendário ao pagamento do Adicional por Atividade Penitenciária – AAP, mas, no julgamento dos recursos, a 4ª Turma Recursal do Estado do Paraná tem adotado duas linhas de interpretações sobre o tema debatido.

Por exemplo, em algumas decisões, a 4ª Turma Recursal do Estado do Paraná entendeu que, independentemente da previsão editalícia e

contratual de que o pagamento da Gratificação de Atividade em Unidade Penal e Correccional Intramuros (GADI) já está incluso no salário-base do servidor, tal gratificação não está discriminada no contracheque e, portanto, não ficou comprovado o efetivo pagamento da bonificação. Ademais, alegam que a Gratificação de Atividade em Unidade Penal e Correccional Intramuros (GADI) sequer poderia ser paga aos agentes temporários, uma vez que se trata de uma bonificação destinada somente aos servidores ocupantes de cargos administrativos. Por sua vez, outros julgadores entenderam que a previsão editalícia e contratual é suficiente para a comprovação do recebimento da Gratificação de Atividade em Unidade Penal e Correccional Intramuros (GADI), o que afasta a possibilidade do pagamento do Adicional por Atividade Penitenciária – AAP.

5. 1 Os efeitos da reclamação civil

Diante da evidente divergência de entendimentos por parte dos magistrados da 4ª Turma Recursal, a fim de garantir a autoridade e a observância da tese fixada no julgamento de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 007/TJPR, o Estado do Paraná ajuizou as reclamações cíveis (n.º 00028748-55.2022.8.16.0000, n.º 0028576-16.2022.8.16.0000, n.º 0028320-73.2022.8.16.0000, n.º 0028562-32.2022.8.16.000 e n.º 0028189-98.2022.8.16.0000, 0028501-74.2022.8.16.0000) sob o fundamento de que a referida Turma Recursal não está respeitando a tese fixada no incidente, pois, embora tenha sido comprovado que o pagamento da Gratificação de Atividade em Unidade Penal e Correccional Intramuros (GADI) está incluso no salário-base, ora os magistrados decidem que o pagamento da gratificação está comprovado por meio do edital e do contrato de trabalho, ora alegam que, para o reconhecimento do pagamento, é necessário a discriminação da bonificação na folha de pagamento.

No entanto, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em decisão monocrática, indeferiu todas as petições iniciais, sob o argumento de que o Estado do Paraná está utilizando a ação de reclamação

como um meio de sucedâneo recursal, objetivando a reanálise de fatos e provas, o que seria inadmissível. Ademais, os julgadores destacaram que a 4ª Turma Recursal não está descumprindo à tese fixada no IRDR 007, uma vez que compete ao juiz singular ou ao órgão colegiado a análise da comprovação recebimento da Gratificação de Atividade em Unidade Penal e Correcional Intramuros (GADI).

Irresignado com as decisões do Órgão Especial, a Fazenda Pública Estadual interpôs agravo interno contra os acórdãos proferidos pelos relatores, a fim de que fosse dado processamento às reclamações ajuizadas. No entanto, os agravos interpostos restaram improvidos, sendo reforçado o argumento de que o propósito da reclamação ajuizada pelo Estado do Paraná consiste tão somente na reanálise de fatos e provas, ressaltando, ainda, que o argumento de que eventual divergência nos julgados é algo irrelevante para justificar o ajuizamento da reclamação civil, uma vez que tal ação não é destinada à uniformização de jurisprudência.

Diante de todos os indeferimentos, visando eventual interposição de Recurso Especial, a Fazenda Pública Estadual opôs Embargos de Declaração em face dos acórdãos proferidos, para o fim de prequestionamento, objetivando demonstrar o cabimento das Reclamações ajuizadas em razão da multiplicidade de interpretação da aplicabilidade do IRDR 007/TJPR por parte da 4ª Turma Recursal. Ressalta-se que, até o fechamento da presente pesquisa, os Embargos de Declaração opostos pelo Estado do Paraná não haviam sido julgados pelo Tribunal de Justiça.

A partir dos fatos expostos, observa-se que, embora a Fazenda Pública Estadual tenha ajuizado reclamação com o fim de garantir a autoridade e a observância da decisão proferida nos autos do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 007/TJPR, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná não acatou os argumentos aduzidos pelo ente Fazendário, de modo que, até o presente momento, a 4ª Turma Recursal do Estado do Paraná continua proferindo decisões divergentes sobre o mesmo tema.

5.2 Revisão de Incidente de Demandas Repetitiva como meio de uniformização de aplicação de tese

Considerando que, apesar do IRDR 007/TJPR ter sido instaurado com o fim de uniformização de jurisprudência, tal instituto não alcançou o êxito esperado, uma vez que, mesmo após o julgamento do incidente, os magistrados – seja de primeiro ou segundo grau – permanecem proferindo decisões divergentes sobre o tema em discussão, inexistindo, até o presente momento, uma definição sobre qual seria a forma de comprovação do recebimento da Gratificação de Atividade em Unidade Penal e Correcional Intramuros (GADI) ou da Gratificação Intramuros (GRAIM).

Por certo, cabe aos órgãos do Poder Judiciário o dever de manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente, logo, razões extras e até então não cogitadas ou enfrentadas devem ser revistas pelo jurisdicionado. Assim, antevendo a possibilidade de que mesmo após o julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas divergências sobre o tema debatido continuassem existindo, o legislador assegurou uma forma de ajustar eventual imprecisão do acórdão, consistente na possibilidade suscitar a revisão da tese jurídica firmada no IRDR, com previsão legal no art. 986, do Código de Processo Civil.

Nos termos do art. 977, inciso III, do Código de Processo Civil, o pedido de revisão de tese somente poderia ser realizado pelo Órgão Julgador, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública. Entretanto, como visto, tal limitação é duramente criticada pela doutrina, uma vez que indica grave violação ao devido processo legal, ante a ausência de razoabilidade/proporcionalidade nesta limitação, pois a tese jurídica fixada afeta interesses direitos das partes.¹⁷

17 DIAS, Bruno Smolarek; SIMAS, Sivonei; SOUZA, Leonardo Fratini Xavier de. Três impasses do incidente de resolução de demandas repetitivas. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v. 7, n. 9, p. 88920-88935, sep. 2021.

Logo, embora tal limitação seja adequada para evitar tumultos processuais, tal previsão torna-se desproporcional na medida em que impossibilita a parte afetada de rediscutir a tese jurídica firmada e, consequentemente, viola o seu acesso à justiça, sendo, portanto, inconstitucional. Assim, a fim de afastar tal inconstitucionalidade, deve ser feita a interpretação na linha de que todos os legitimados para a instauração de um IRDR são partes legítimas para o pleito de revisão de tese.¹⁸

Em regra, o pedido de revisão somente pode ser fundamentado com base nos parâmetros adotados para o reconhecimento de teses de repercussão geral, ou seja, sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico. No entanto, também existe a possibilidade do pedido ser proposto em casos de violação ao princípio da isonomia e segurança jurídica, devendo ser demonstrada no caso em concreto que a tese fixada tem sido incompatível com a segurança jurídica, a celeridade e eficiência dos julgamentos, não atendendo os objetivos das demandas em massa, de natureza repetitiva.¹⁹

A propósito, em caso análogo, sob a alegação de insegurança jurídica, a Procuradoria-Geral do Estado de Rondônia/PGE-RO ajuizou um pedido de revisão de tese firmada no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n.º 0803446-33.2016.8.22.0000, em razão de um erro material constante no acórdão do julgamento do IRDR, o qual refere-se sobre a suspensão, ou não, do prazo prescricional do crédito tributário ao processo administrativo instaurado de ofício. Ao julgarem o incidente, os Desembargadores julgaram pela suspensão da exigibilidade e, por consequência, do prazo prescricional, do crédito tributário quando submetido à revisão de ofício do auto de infração.

18 ROCHA, Elias Gazal. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Novo Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, (71), 2017.

19 CARDOSO, André Guskow. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR e os serviços concedidos, permitidos ou autorizados. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**. 2016 REDAC VOL. 23 (mar./abr. 2016).

Tal pedido justificou-se em razão de não ter ficado claro no acórdão se houve formação de maioria de votos em relação à questão da limitação temporal à suspensão da exigibilidade do crédito em virtude do prazo para julgamento do PAT, trazida no voto de um dos julgadores. Assim, alega o Estado que, embora restasse claro no acórdão que houve unanimidade no que tange à questão central do IRDR, qual seja, a possibilidade da suspensão da exigibilidade do crédito no PAT de ofício, houve divergência em relação a possibilidade de se incluir limitações a esta suspensão de exigibilidade, bem como quanto a forma de limitar tal suspensão, seja pela comprovação do efetivo cumprimento da lei ou pelo prazo para julgamento administrativo.

Em síntese, a revisão de tese ajuizada pela Procuradoria consistia nos seguintes argumentos: (i) houve omissão na tese central do julgamento, pois não ficou claro na decisão que o processo administrativo de ofício suspende a exigibilidade do crédito tributário; (ii) na tese fixada constam marcos temporais e limitações à tese principal que somente foram expostos em três votos, não tendo sido formado maioria de votos. Assim, observa-se que o Estado de Rondônia solicitou a revisão do IRDR para o fim de ampliar o seu objeto.

A época, alegou a Procuradoria que, embora a norma não conceda ao ente a legitimidade para o ajuizamento do pedido de revisão, por analogia, requereu a extensão da legitimidade dada ao Ministério Público e a Defensoria Pública e, caso não fosse ampliada a sua legitimidade, solicitou que a questão fosse suscitada de ofício pelo Exmo. Desembargador Relator.

No ato do julgamento, a Câmara Especial reconheceu a legitimidade da Procuradoria do Estado de Rondônia – PGE/RO para o ajuizamento da ação, bem como acatou o pedido de revisão, alterando a tese fixada no IRDR n.º 0803446-33.2016.8.22.0000 e, conseqüentemente, sanando as omissões e irregularidades expostas pelo ente Fazendário.

Observa-se que embora exista a possibilidade da interposição de Recurso Especial em face das decisões que indeferiram as petições

iniciais das reclamações ajuizadas pela Fazenda Pública Estadual, tem-se que uma medida cabível para sanar a dúvida sobre qual seria a forma de comprovação do recebimento da Gratificação de Atividade em Unidade Penal e Correcional Intramuros (GADI) ou da Gratificação Intramuros (GRAIM) pelo servidor estadual é o ajuizamento do pedido de revisão de tese firmada em Incidente de Resolução de Demandas Repetitiva por parte do Estado do Paraná, pois, como visto acima, tal requerimento pode, indiscutivelmente, ser ajuizado em casos de violação aos princípios da segurança jurídica e isonomia, para além da existência de precedentes que possibilitam a sua propositura por parte de Procuradores do Estado, em evidente ampliação a legitimidade prevista no Código de Processo Civil, ou por derradeiro, seja suscitada de ofício pelo próprio Relator.

Portanto, é possível vislumbrar na revisão de tese jurídica prevista no art. 986 do Código de Processo Civil a possibilidade da Fazenda Pública de se utilizar de tal instrumento a fim de trazer consistência sistêmica na aplicação de precedentes que lhe dizem respeito.

6. CONCLUSÃO

Da análise da tese de IRDR 007 de 2022 e da jurisprudência acerca da uniformização de entendimento de teses de IRDR, verifica-se que atualmente a reclamação, mesmo que fundamentada para tal propósito, não está sendo aceita pelos tribunais como meio de esclarecimento e uniformização de aplicação de tese. Hoje, muitos tribunais entendem que a Reclamação para esse fim tem sido utilizada como sucedâneo recursal para reanálise de fatos e provas e por esse fundamento não a acolhem.

Há também julgados que apontam que a reclamação para garantir a observância de acórdão de tese proferido em julgamento de IRDR não possui aderência estrita entre o objeto da decisão reclamada e aquele do precedente paradigma, uma vez que esse dá margem interpretativa ao magistrado, o que acarreta em decisões divergentes sobre uma mesma tese. Tal abordagem abre brecha para a violação da segurança jurídica, valor

esse protegido pelo ordenamento jurídico como um todo.

Uma vez que a tese resultante de IRDR serve para uniformizar entendimento quando há demandas em massa, as decisões divergentes originárias da aplicação de uma mesma tese precisam ser combatidas.

Na jurisprudência atual é possível encontrar a utilização da técnica de *overruling* adaptada ao sistema jurídico brasileiro por meio do instituto da Revisão de Incidente de Demandas Repetitivas. Este meio traz solução para qualquer inconsistência sistêmica que possa advir de tese de IRDR, promovendo previsibilidade e homogeneidade das decisões de situações jurídicas idênticas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRITO, Alzemer Martins Ribeiro de; BARIONI, Rodrigo Otávio. **Advocacia Pública e o Novo Código de Processo Civil**. 1. ed. Fórum, 2016.

CARDOSO, André Guskow. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR e os serviços concedidos, permitidos ou autorizados. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**. 2016 REDAC VOL. 23 (mar./abr. 2016).

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 17. ed. Forense, 2020.

CJF. Consulta de Enunciados. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1271>. Acesso em: 12 jan. de 2023.

DIAS, Bruno Smolarek; SIMAS, Sivonei; SOUZA, Leonardo Fratini Xavier de. Três impasses do incidente de resolução de demandas repetitivas. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v. 7, n. 9, p. 88920-88935, sep. 2021.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Civil**. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 18. ed. Revista Atualizada Ampliada. Juspodivm, 2021.

HOLLIDAY, Gustavo Calmon. **A Reclamação Constitucional no Novo CPC**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MELLO, P. P. C. Precedentes e vinculação. Instrumentos do Stare Decisis e Prática Constitucional Brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, 241, p. 177-208, 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v241.2005.43370>. Acesso em: 17 jan. de 2023.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo**. 6. ed. Juspodivm, 2021.

ROCHA, Elias Gazal. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Novo Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, (71), 2017.

THEODORO JR., Humberto. **Processo Civil Brasileiro** - Novos Rumos a partir do CPC/2015. 1. ed. Del Rey, 2016.

TJPR - Órgão Especial - 0005717-38.2015.8.16.0004/1 - Curitiba - Rel.: DESEMBARGADOR PAULO ROBERTO VASCONCELOS - J. 16/03/2021.

Tema 793: consolidação no STF e posições antagônicas nos tribunais superiores

Theme 793: consolidation at the Supreme Court and antagonical positions at the superior courts

Guilherme H. Hamada¹

Eduardo Pedro Souza Borri²

RESUMO: A nova redação do Tema 793 representou a alteração do paradigma até então vigente em relação à solidariedade dos entes federativos em relação ao direito à saúde. Sua aplicação, em especial com as regras enunciadas no voto vencedor, não foi imediata, mesmo na Corte Constitucional. O presente artigo busca descrever como se consolidou a aplicação da nova redação do Tema 793 no STF, analisando decisões proferidas logo após a publicação do inteiro teor do acórdão, em 2020. Um ano após, em meados de 2021, e em 2022, quando há a definição das posições dos Ministros. Por fim, analisa como o IAC 14 e o Tema 1234 de repercussão geral podem ser compreendidos como uma contraposição do STJ e de alguns Ministros do STF em relação aos tratamentos de saúde não incorporados ao SUS, mas com registro na Anvisa.

PALAVRAS-CHAVE: Saúde Pública; Judicialização da saúde; Tema 793 de repercussão geral; Direito Constitucional.

1 Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Escola Paulista de Direito. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Gama Filho. Procurador do Estado do Paraná.

2 Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, estagiário de graduação na Procuradoria-Geral do Estado do Paraná.

ABSTRACT: The new wording of Theme 793 represented a change at the paradigm in force regarding the solidarity of the federal entities relating to the right to health. Its application, especially with the rules enunciated in the winning vote, was not immediate, even in the Constitutional Court. This article seeks to describe how the application of the new wording of Theme 793 was consolidated in the STF, analyzing decisions pronounced shortly after the publication of the entire content of the judgment, in 2020, a year later, in mid-2021, and in 2022, when the Justices' positions were defined. Finally, it analyzes how the IAC 14 and Theme 1234 of general repercussion can be understood as a contrast between the STJ and some STF Justices in relation to health treatments not incorporated into the SUS, but registered with Anvisa.

KEYWORDS: Public health; Health judicialization; Theme 793 of general repercussion; Constitutional Law.

1. INTRODUÇÃO

Em maio de 2019, ao julgar embargos de declaração opostos pela União contra o acórdão que havia estabelecido a redação original do Tema 793 de repercussão geral (Tema 793), o Supremo Tribunal Federal (STF) alterou o paradigma até então vigente nas demandas por tratamentos de saúde ajuizadas em face dos entes públicos. Até aquele momento, a jurisprudência considerava que havia uma solidariedade geral e irrestrita entre os entes federativos que permitia o ajuizamento de uma demanda de saúde contra qualquer deles, independentemente da organização do Sistema Único de Saúde (SUS) ou da incorporação do tratamento pretendido à rede pública.

A nova tese desenvolvida pela Corte Constitucional, embora reconhecendo a existência de solidariedade dos entes federativos nessas demandas, acresceu um trecho final ao enunciado vinculante, exigindo da autoridade judicial o direcionamento do cumprimento de suas determinações

consoante regras de repartição de competências e permitindo o ressarcimento do ente que suportou o ônus financeiro. Em junho daquele ano foi publicada a ata de julgamento, mas não estavam claras as consequências práticas da alteração promovida.

Apenas em maio de 2020, um ano após o julgamento, foi possível compreender o exato significado da alteração promovida no Tema 793. A publicação do inteiro teor do acórdão revelou a existência de teses enunciadas no voto vencedor que integravam o precedente vinculante e explicavam como deveria ser abordada a questão da solidariedade dos entes federativos nas demandas de saúde, que incluíam, inclusive, regras de alteração de competência em razão da necessidade de direcionamento das obrigações para a União.

Como não se trata de procedimento usual a existência de uma tese de repercussão geral cuja aplicação dependa de enunciados disponíveis apenas no voto do Ministro Relator, a aplicação desses enunciados, mesmo no STF, não foi imediata, e até os dias atuais encontra resistência em sua aplicação por alguns órgãos jurisdicionais. Esta resistência se revelou de forma mais contundente na instauração do Incidente de Assunção de Competência n.º 14 (IAC 14) no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e na inauguração do Tema 1234 de repercussão geral (Tema 1234) na própria Corte Constitucional.

O presente artigo irá abordar o Tema 793 sob a óptica da integridade da assistência farmacêutica do SUS e suas consequências na crescente judicialização da saúde pública. Também irá descrever a progressiva consolidação da aplicação dos enunciados que integram o Tema 793 a partir de decisões proferidas pelo STF em três momentos distintos: logo após a publicação do inteiro teor do acórdão, em 2020; um ano depois de sua publicação, em 2021; e dois anos depois, em 2022, quando finalmente foi consolidada a posição da Corte Constitucional.

Por fim, irá analisar como o IAC 14 e o Tema 1234 podem ser compreendidos como uma reação do STJ e de alguns Ministros do próprio

STF contra o novo paradigma estabelecido à solidariedade dos entes federativos nas demandas de saúde, que vigora desde a publicação do inteiro teor do acórdão que originou a nova redação do Tema 793, mas cuja aplicação se consolidou apenas em 2022.

2. O TEMA 793 NO CONTEXTO DA CRESCENTE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA

A crescente busca de tratamentos públicos de saúde através do ajuizamento de demandas é uma realidade do Poder Judiciário brasileiro. Conforme pesquisa elaborada pelo INSPER e divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2019,³ entre 2008 e 2017 houve um crescimento de 130% nas demandas relacionadas ao direito à saúde distribuídas em primeira instância na Justiça Estadual de todo o país. Este crescimento é superior ao crescimento do número total de processos no período, estimado em 50% pelo CNJ.⁴

O fenômeno da judicialização da saúde pública teve início em meados dos anos de 1990. A partir do início da década seguinte houve uma aceleração do aumento do número de novas ações, que superaram 800 mil entre 2014 e 2019, sem tendência de diminuição desse volume.⁵ O Poder Judiciário se tornou um caminho autônomo para obtenção de tratamentos públicos de saúde. Na perspectiva de garantir o direito à saúde, essa via acabou causando distorções no sistema.

3 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da Saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília: CNJ, 2019. 172 p.

4 INSPER – Instituto de Ensino e Pesquisa (contratado pelo Conselho Nacional de Justiça). **Judicialização da Saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília: CNJ, 2019, p. 46.

5 FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 15, n. 3, 2019, p. 2.

Dentro da perspectiva do Estado Democrático de Direito, a judicialização da saúde, por si própria, não é algo negativo, especialmente se relacionada à consciência da população quanto ao seu direito constitucional à saúde.⁶ O uso de ações individuais almejando prestações não disponibilizadas pelo Estado em razão de entraves administrativos ou sua ineficiência é um fenômeno presente em diversos países⁷ e a judicialização da saúde pode ser considerada um desdobramento da conscientização dos direitos que resulta em uma maior cobrança dos entes estatais.⁸

A existência de muitas demandas pleiteando tratamentos médicos poderia significar que o Estado não está desempenhando adequadamente suas funções, seja por deficiências da Administração Pública ou pela previsão de direitos cuja concretização se mostra inviável. Alguns pesquisadores atrelam a judicialização da saúde a problemas do SUS, enquanto outros a inserem no contexto da judicialização das políticas públicas e dos diversos direitos sociais assegurados pela Constituição.

Flávio da Silva Andrade, por exemplo, aponta três falhas do sistema público de saúde que contribuem para o aumento dessas demandas: a) falta de medicamentos que deveriam estar disponíveis administrativamente, por estarem incorporados ao sistema; b) ausência de atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), ainda que o tratamento tenha sido aprovado pelos órgãos técnicos do SUS; e c) ausência de aprovação, pelos órgãos técnicos, para que um tratamento autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) seja incorporado ao SUS.⁹

6 FERRAZ, 2019, p. 2.

7 VASCONCELOS, Natalia Pires. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 83-108, jan/abr 2020, p. 85.

8 LAMARÃO NETO, Homero; TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco; SILVA, Mathus Coelho da. Solidariedade dos entes federativos: lacunas do tema 793. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 242-262, 2021, p. 243.

9 ANDRADE, Flávio da Silva. Reflexões sobre a progressiva judicialização da saúde no Brasil. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, [S. l.], v. 31, n. 03, p. 23-35, 2019, p. 25.

A base jurídica das demandas de saúde está no art. 196 da Constituição, que vincula o exercício do direito à saúde com a universalidade, gratuidade e integralidade.¹⁰ Estes três valores aparentam assegurar a todas as pessoas todos os tratamentos possíveis de forma gratuita, como se houvesse um dever do Estado de disponibilizá-los e um direito das pessoas de reivindicá-los caso não lhes sejam facilmente ofertados administrativamente. Além de se tratar de uma interpretação superficial, há, nesta concepção, uma equivocada suposição de que o alto número de ações judiciais revelaria que o Poder Judiciário estaria concretizando o sistema público de saúde do modo delineado pela Constituição.

Não é isso que ocorre. Ainda que o Poder Judiciário busque a máxima efetividade dos direitos constitucionais, assegurando seu acesso às pessoas em questões cuja atribuição seria, originalmente, dos Poderes Executivo e Legislativo,¹¹ a judicialização da saúde no Brasil tem servido para assegurar privilégios e servido de fonte para desorganização do sistema público de saúde, uma vez que os problemas do SUS não são discutidos nas ações judiciais.¹²

Nas milhares de demandas que compõem o fenômeno da judicialização da saúde, não há investigação dos problemas do sistema público de saúde. Há, por parte dos demandantes, o interesse de obter gratuitamente um tratamento médico, independentemente do restante da população e mesmo que resulte na preterição de pessoas na mesma situação. Por parte do julgador, ainda que possa existir uma preocupação com a totalidade

10 BEZERRA, André Augusto Salvador; SARAIVA, Fabiane Borges. Judicialização das políticas públicas de saúde: efetivar direitos sem violar a isonomia dos entes federativos. **Revista Judicial Brasileira**. Brasília, v. 1, n. 1, p. 227-250, 2022, p. 228-229.

11 FERREIRA, Versalhes Enos Nunes; LAMARÃO NETO, Homero; TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco. A judicialização pela dispensação de medicamentos e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 3, p. 1332-1361, set./dez. 2020, p. 1336.

12 FERRAZ, 2019, p. 2.

do sistema, há apenas a solução de um caso específico, no qual se conclui existir o dever do Estado de oferecer o tratamento pretendido.

A atual situação da judicialização da saúde também decorre do efeito multiplicador gerado pelas decisões anteriores. O aumento do número de demandas afasta dos novos julgamentos a discussão sobre as causas que originaram as primeiras decisões, que acabam replicando a “fórmula” utilizada nos julgamentos pretéritos. As discussões sobre os limites do direito à saúde acabam se restringindo às instâncias recursais, especialmente nos Tribunais Superiores.

No final da década de 2000, o STF teve de decidir a abrangência do direito à saúde previsto na Constituição. Para não o tornar uma mera norma programática, consolidou a posição de que se trata de um direito público subjetivo.¹³ Mas, no impasse entre a efetivação de direitos prestacionais e seu impacto nas políticas públicas, cabe à Corte Constitucional a definição de balizas vinculantes para concessão judicial de tratamentos de saúde.¹⁴

Em 2009 já havia um consenso no meio jurídico de que a judicialização da saúde se tornara um problema. Naquele ano, o Ministro Gilmar Mendes organizou a primeira audiência pública da Corte Constitucional, convidando 37 especialistas para debater sobre a questão. O resultado serviu de subsídio à posição que seria adotada pelo Ministro no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175,¹⁵ julgamento de suma importância por debater no plenário da Corte Constitucional o direito constitucional à saúde e os deveres do Estado para implementá-lo.

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) elaborou a Recomendação n.º 31, contendo um conjunto de sugestões aos juízes na

13 VASCONCELOS, Natalia Pires. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2020, p. 89.

14 FERREIRA; LAMARÃO NETO; TEIXEIRA, 2020, p. 1337.

15 VASCONCELOS, op. cit., p. 90-91.

análise de ações em saúde. O colegiado ainda criou o Fórum da Saúde do Judiciário, constituído por comitês executivos nacional e estaduais, responsável pelo monitoramento de ações e pela realização de três Jornadas da Saúde.¹⁶

Portanto, ao mesmo tempo em que o Poder Judiciário consolidou sua posição em prol da máxima efetividade do art. 196 da Constituição, houve uma preocupação de definição das balizas para concessão judicial dos tratamentos de saúde. Esta preocupação pode ser constatada nos inúmeros temas repetitivos ou com repercussão geral reconhecidos pelo STF e pelo STJ e cuja decisão possui efeito vinculante em relação a todos os órgãos judiciários.

Tiveram a repercussão geral reconhecida questões como a legitimidade do Ministério Público para ajuizar demandas para compelir o Poder Público a disponibilizar tratamentos médicos (Tema 262), a possibilidade de bloqueio de verbas públicas para assegurar tratamentos (Tema 289) e o dever do Estado de fornecer tratamentos não registrados na Anvisa (Tema 500).¹⁷ Na Corte de Justiça também já foram definidos os requisitos para concessão de medicamentos não incorporados ao SUS (Tema 106/STJ).

Uma das questões que teve sua repercussão geral reconhecida pelo STF foi a trazida no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 855.178/SE. Neste recurso, interposto pela União contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que a havia condenado em solidariedade com o Estado de Sergipe a fornecer tratamento médico, o ente federal questionou sua legitimidade ante a descentralização administrativa do SUS.¹⁸

16 VASCONCELOS, 2020, p. 97-99.

17 MICHEL, Voltaire de Freitas; DEITOS, Marc Antoni; ZALAZAR, Claudia Elizabeth. A interpretação da Repercussão Geral pelo STF nos Precedentes sobre Direito Sanitário. *Revista Brasileira de Direito*, v. 15, n. 1, p. 25-38, jan./abr. 2019, p. 32-36.

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855.178/SE**. Relator: Min. Luiz Fux, 05 de março de 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4678356>. Acesso em: 10 jan. 2023, p. 4.

Em julgamento ocorrido no dia 05/03/2015, o plenário do STF reconheceu a constitucionalidade da questão e sua repercussão geral. No mérito, a Corte Constitucional apenas reafirmou a jurisprudência até então dominante editando o seguinte enunciado vinculante: “O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente.”¹⁹

O que a decisão reconheceu foi, em síntese, a existência de uma solidariedade geral e irrestrita dos entes federativos nas prestações de saúde, permitindo que qualquer pessoa ajuizasse uma demanda pleiteando qualquer tratamento médico contra qualquer ente federativo. Além dos valores da universalidade, gratuidade e integralidade, consolidou-se a interpretação do art. 196 da Constituição a partir da responsabilidade solidária prevista no inc. II, do art. 23 e dos dispositivos que tratam do custeio da saúde pública brasileira (arts. 195, 198 e 200), extraindo-se uma solidariedade ilimitada que afastaria dos julgamentos qualquer alegação de ilegitimidade passiva dos entes federativos nas demandas por saúde pública.

3. ALTERAÇÃO DE PARADIGMA NO JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

O julgamento do Recurso Extraordinário 855.178/SE teve, até o julgamento ocorrido em 05/03/2015, o andamento usual de uma demanda que versa sobre tratamentos públicos de saúde. A parte autora pretendia a dispensação do medicamento Bosentana (Tracleer 52,5mg/125mg). Ajuizou a ação contra o Estado de Sergipe e a União, obtendo liminarmente a tutela antecipada. A sentença reconheceu a necessidade de cofinanciamento do custeio da medicação por ambos os entes federativos, fixando o

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855.178/SE**. Relator: Min. Luiz Fux, 05 de março de 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4678356>. Acesso em: 10 jan. 2023.

ressarcimento de 50% dos gastos estaduais pela União.²⁰

A União recorreu, mas o Tribunal Regional Federal da 5ª Região manteve a sentença, sob fundamento de que a responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos é solidária.²¹ Foi, então, interposto pela União o recurso extraordinário que originou a tese vinculante que reconhecia a solidariedade geral e irrestrita dos entes federativos nas demandas de saúde pública.

Como destacam Gustavo da Silva Santanna e Felipe Scalabrin, a decisão do plenário do STF, de que o polo passivo das demandas poderia ser composto por qualquer ente federativo, isolada ou conjuntamente, apenas reafirmava jurisprudência que já estava consolidada na Corte Constitucional após o julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175 ocorrida em 17/03/2010.²² Contra esta decisão foram opostos embargos de declaração pela União, que objetivava a modificação do julgado. O Min. Luiz Fux, Relator do recurso, votou pelo desprovimento dos aclaratórios, mas o Min. Edson Fachin, embora concordando com a rejeição recursal, propôs a elaboração de uma tese esclarecedora quanto à aplicação da solidariedade no âmbito processual.²³

Antes de efetuar a leitura de seu voto-vista, o Min. Edson Fachin destacou a necessidade de aprimoramento e desenvolvimento da tese vinculante, tendo em vista que já haviam passado dez anos da decisão da Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175. Conforme destacou, seu voto reapreciou as bases constitucionais e doutrinárias da judicialização da saúde, analisando a repartição de competências a partir de

20 LAMARÃO NETO; TEIXEIRA; SILVA, 2021, p. 244-245.

21 Ibid., p. 245.

22 SANTANNA, Gustavo da Silva; SCALABRIN, Felipe. A solidariedade no direito à saúde vista pelos tribunais gaúchos após o julgamento do tema 793 pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista da ESDM**, v. 8, n. 15, p. 98-114. 2022, p. 101-102.

23 LAMARÃO NETO; TEIXEIRA; SILVA, op. cit., p. 245.

diversos precedentes.²⁴ Ao final do julgamento, o Tema 793 passou a ter a seguinte nova redação:

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.

O julgamento dos embargos de declaração ocorreu em 22/05/2019. A nova tese fixada foi divulgada no dia 23/05/2019 e a publicação da ata de julgamento ocorreu no Diário de Justiça Eletrônico de 03/06/2019. Ainda que os enunciados que constavam do voto do Min. Edson Fachin para elucidar a tese fossem conhecidos, sem a publicação do inteiro teor do acórdão não havia clareza de como proceder em relação à formação do polo passivo das demandas de saúde pública e havia muita incerteza quanto ao direcionamento das determinações judiciais e eventual deslocamento da competência.²⁵ Como destacou Marcia Coli Nogueira, questões processuais como a inclusão de ofício de um réu e a natureza jurídica do litisconsórcio passivo teriam de ser enfrentadas.²⁶

Apenas em 16/04/2020 o inteiro teor do acórdão foi publicado, revelando os enunciados propostos pelo Min. Edson Fachin nas páginas 76

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855178/SE ED**. Relator: Min. Luiz Fux, Relator p/ acórdão: Min. Edson Fachin, 16 de abril de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur422158/false>. Acesso em: 09 jan. 2023, p. 33.

25 NOGUEIRA, Marcia Coli. O Tema 793 do STF e o direcionamento do cumprimento das prestações na área de saúde conforme as regras de repartição de competências estabelecidas no SUS. **Cad. Ibero-amer. Dir. Sanit.** Brasília, v. 8, n. 4, out/dez, 2019, p. 08-26, p. 12-13.

26 NOGUEIRA, loc. cit.

e 77 de seu voto vencedor.²⁷ Ainda que o STF tenha mantido a solidariedade, afastou de seu conteúdo o caráter civilista que lhe é usualmente atribuído, extraíndo uma noção constitucional a partir do art. 23 da Carta Brasileira. Isto significa, em síntese, que o Poder Judiciário teria de observar as divisões de atribuição dos entes públicos nas prestações de saúde, obrigando, primariamente, o ente federativo responsável pela atuação administrativa que resultaria na disponibilização do tratamento, enquanto os demais entes federativos poderiam compor o polo passivo

27 O voto-condutor do Min. Edson Fachin continha os seguintes enunciados: "(...) 3) Quanto ao desenvolvimento da tese da solidariedade enuncia-se o seguinte: i) A obrigação a que se relaciona a reconhecida responsabilidade solidária é a decorrente da competência material comum prevista no art. 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) Afirmer 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.º 8.080/90) tem direito a uma prestação solidária, nada obstante cada ente tenha o dever de responder por prestações específicas; 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, compete a autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento; 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 art. 28 do Decreto federal n.º 7.508/11." Cf. voto do Min. Edson Fachin, p. 76-77 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855178/SE ED**. Relator: Min. Luiz Fux, Relator para o acórdão: Min. Edson Fachin. Julgamento: 23/05/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4678356B>. Acesso em: 09 jan. 2023.)

da demanda, mas apenas como garantidores da obrigação e com direito de ressarcimento dos valores gastos pelo cumprimento da ordem judicial.

Os enunciados deram forma à solidariedade dos entes federativos na saúde pública reconhecendo as obrigações específicas de cada um. Ainda que a parte autora possa escolher contra quem demandar, o ente federado responsável pelo financiamento do tratamento deve figurar no polo passivo da demanda, permitindo o direcionamento do cumprimento das determinações judiciais e eventual ressarcimento, caso outro ente tenha cumprido a obrigação em face da omissão do devedor principal. Caso o tratamento não esteja incorporado ao SUS, a União deve necessariamente compor o polo passivo da ação.

A principal consequência dessas regras foi trazer às demandas de saúde pública a discussão quanto à repartição de atribuições do SUS, uma vez que o juiz da causa deve analisar o sistema público de saúde para verificar a regularidade da composição do polo passivo da demanda, podendo, inclusive, acarretar na alteração de competência para julgamento da causa. Por outro lado, afastou a ideia da solidariedade geral e irrestrita dos entes públicos, até então dominante na jurisprudência, e impediu eventuais discussões quanto ao conteúdo da expressão solidariedade.

Embora os recursos que originaram o Tema 793 tivessem sido apresentados pela União, este foi o ente federativo mais impactado pelos enunciados, uma vez que a maior parte das demandas de saúde pública envolvem tratamentos não incorporados ao SUS ou de sua responsabilidade financeira. Como destaca Versalhes Enos Nunes Ferreira *et al.*, o Relatório Justiça em Números de 2019 indicou que de 1.778.269 demandas de saúde, apenas 544.378 pleiteavam medicamentos já constantes em políticas públicas.²⁸ Ou seja, mais de dois terços das demandas de saúde pública passaram a exigir a presença da União no polo passivo da demanda em razão de o tratamento não estar incorporado ao SUS.

28 FERREIRA; LAMARÃO NETO; TEIXEIRA, 2020, p. 1334.

Em adição, na mesma sessão de julgamento foi decidido o Tema 500 de repercussão geral, que exige que as demandas que versem sobre tratamentos de saúde não aprovados pela Anvisa sejam necessariamente ajuizadas em face da União.²⁹ Destaca-se que o julgamento dos Temas 500 e 793 de repercussão geral ocorreu após o STJ ter limitado as hipóteses de concessão judicial de tratamentos não incorporados ao SUS no julgamento do Tema Repetitivo 106, em 21 de setembro de 2018.³⁰

Diante da alteração dos paradigmas até então prevalentes na Justiça Brasileira, houve incerteza quanto ao real significado que seria atribuído pelo próprio STF ao Tema 793. Decisões díspares passaram a ser proferidas

29 Tema 500/STF: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei n.º 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 657.718/MG**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 22/05/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 12 jan. 2023.)

30 Tema 106/STJ: “A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.”(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Recurso Especial 1657156/RJ**. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Julgado em: 25/04/2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106. Acesso em: 12 jan. 2023.)

pelos Tribunais Estaduais.³¹ O STJ ainda resiste em aplicar os enunciados do Ministro Relator e no próprio STF a consolidação de sua aplicação foi progressiva. E, quando pacificada a questão na Corte constitucional, tanto o IAC n.º 14 como o Tema 1234 pretendem discutir aspecto já definido nos enunciados do Ministro Relator.

4. PRIMEIRO MOMENTO NA APLICAÇÃO DO TEMA 793 NO STF: DIVERGÊNCIA E NÃO APLICAÇÃO IRRESTRITA

Como o próprio Ministro Relator, Edson Fachin, expressou durante o julgamento dos embargos de declaração no RE 855.178, a nova redação do Tema 793 não buscava contrariar a tese de solidariedade dos entes federativos nas prestações de saúde. Almejava compreender a solidariedade dentro de uma perspectiva de organização do SUS a partir de premissas constitucionais, especialmente os art. 196 e seguintes da Constituição.³²

Além da questão das repartições administrativas, os enunciados que integram a tese vinculante prezam pela noção de sustentabilidade do sistema de saúde brasileiro. Direcionar o cumprimento de um tratamento de baixa complexidade à União, ou o fornecimento de medicamentos de alto custo ao Município ou Estado, contraria princípios norteadores do sistema público de saúde. Ao direcionar o cumprimento de demanda incompatível com a atuação do ente federativo, colocar-se-ia um empecilho na concretização das atribuições regulares deste, de modo a comprometer

31 Marcia Coli Nogueira exemplifica a questão descrevendo decisões dos Tribunais de Justiça da Paraíba, Goiás e São Paulo. A primeira, que apreciava pedido de tratamento oncológico de alta complexidade, determinava a emenda da petição inicial para inclusão da União no polo passivo. A segunda, que também apreciava pedido de tratamento oncológico, extinguiu a ação por ilegitimidade passiva do Estado. A terceira, que tratava de disponibilização de fraldas, condenou apenas o município, excluindo o Estado em razão da sua ilegitimidade passiva (NOGUEIRA, 2019, p. 8-26).

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855178/SE ED**. Relator: Min. Luiz Fux, Relator para o acórdão: Min. Edson Fachin. Julgamento: 23/05/2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur422158/false>. Acesso em: 09 jan. 2023, p. 34-35.

todo sistema de saúde pública.³³

A partir da nova redação dada ao tema de repercussão geral, foi rechaçada a tese de que a solidariedade dos entes federados no cumprimento das demandas de saúde seria irrestrita. Não se negou a competência comum, extraída da redação constitucional, mas houve avanço no sentido da instrumentalização eficaz da solidariedade através da verificação da repartição das atribuições entre União, Estados e Municípios. Contudo, nem sempre é fácil indicar qual o ente federativo responsável por qual atuação na saúde pública.

Dentro da expressão judicialização da saúde pública estão diversas modalidades de tratamento, cuja atribuição administrativa não é facilmente imputada a um único ente federativo. Por vezes, o tratamento depende da iniciativa e colaboração de diversos deles. O voto do Min. Edson Fachin, sem limitar a abrangência da decisão a uma espécie de tratamento médico específico, teve como base o tratamento medicamentoso, haja vista suas referências à RENAME, por exemplo.

Os medicamentos são a intervenção terapêutica mais utilizada no Brasil e sua judicialização é o principal pleito dos cidadãos em face do Estado.³⁴ Como explicam Jorge Antonio Zepeda Bermudez *et al.*, foi na assistência farmacêutica que surgiu o paradigma da integralidade. A previsão de acesso universal à saúde pública brasileira ocorreu apenas após 1988, com a Constituição e o surgimento do SUS (Lei n.º 8.080/1990). Neste momento surge a concepção de assistência farmacêutica com foco no abastecimento de medicamentos.³⁵

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855178/SE ED**. Relator: Min. Luiz Fux, Relator para o acórdão: Min. Edson Fachin. Julgamento: 23/05/2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur422158/false>. Acesso em: 09 jan. 2023, p. 34-35.

34 FERREIRA; LAMARÃO NETO; TEIXEIRA, 2020, p. 1334.

35 BERMUDEZ, Jorge Antonio Zepeda *et al.* Assistência farmacêutica nos 30 anos do SUS na perspectiva da integralidade. **Ciências & Saúde Coletiva**, n. 23, v. 6, p. 1937-1951, 2018, p. 1938.

A Lei Orgânica do SUS prevê a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica (art. 6º, inc. I, “d”, da Lei n.º 8.080/1990). Três períodos podem ser destacados a partir de então: a) até 1997, quando se extingue o sistema de abastecimento de medicamentos do sistema público de saúde, originado no início da década de 1970; b) após a criação da Política Nacional de Medicamentos em 1998, que estabeleceu o tripé descentralização, financiamento e ações logísticas; e c) a partir da reorganização do SUS ocorrida em 2011, através da Lei n.º 12.401/2011 e do Decreto n.º 7.508/2011, que estabeleceu uma articulação interfederativa na assistência farmacêutica e estabeleceu mecanismos para incorporação, exclusão ou alteração de tratamentos no SUS.³⁶

Portanto, o próprio SUS se encontra em processo de organização e consolidação. A partir do momento em que o Poder Judiciário reconheceu o direito constitucional à saúde pública como fundamento para obtenção de tratamentos na via judicial, ingressou nesse processo, cujas maiores atribuições pertencem aos Poderes Executivo e Legislativo. Elogiável que sejam definidas balizas para o exercício desse direito e que o sistema público de saúde seja observado pelas ações judiciais.

Ao determinar o direcionamento das determinações judiciais ao ente federativo administrativamente responsável por sua prestação, o Tema 793 tornou vinculante uma posição já recomendada pelo CNJ no Enunciado n.º 60 das jornadas de direito da saúde.³⁷ O órgão já havia reconhecido que seria benéfico se as decisões judiciais observassem as normas administrativas. A Corte Constitucional apenas incorporou a sugestão, tornando-a obrigatória nos processos judiciais.

36 BERMUDEZ, 2018, p. 1938-1939.

37 LOPES, Fernando Augusto Montai y. O financiamento pelos Estados de política pública de saúde de atribuição da União: a afronta às disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal e à regra de ouro do Direito Financeiro. **Cad. Ibero-amer. Dir. Sanit.**, Brasília, v. 8, n. 3, p. 89-101, jul./set. 2019, p. 94.

Antes da nova redação do Tema 793, havia um descompasso entre a descentralização de competências no âmbito administrativo e a jurisprudência em torno da solidariedade dos entes federativos. Administrativamente, os entes federados se planejam conforme a capacidade organizacional e financeira de cada um. Já na via judicial, a possibilidade de a parte autora escolher contra qual ente poderia exigir a prestação produziu um efeito concentrador de obrigações a um único ente federado, obrigando-o a suportar o financiamento de tratamentos que não lhe competem administrativamente.³⁸

Até então, na perspectiva de consolidação da efetividade do direito constitucional à saúde, prevalecia na jurisprudência o entendimento de que não era impositiva a participação do ente federativo administrativamente responsável pela atribuição, pois a intervenção de terceiro no processo seria medida protelatória e sem utilidade, dificultando o acesso do autor da ação ao seu direito.³⁹ Esta posição privilegiava a efetivação do direito à saúde, ainda que pudesse impactar no ainda não consolidado sistema público de saúde. Exigir da parte autora o ajuizamento da demanda contra o ente federativo correto, em um sistema de saúde cujas atribuições administrativas não são claramente repartidas, seria negar a solidariedade dos entes públicos e a própria prestação do direito.

Na nova redação do Tema 793, o STF alterou este paradigma, adotando uma posição intermediária. Como destacou o Min. Edson Fachin, a solidariedade está presente, mas seu contorno não seria mais aquele atribuído pelo direito civil. A solidariedade prevista foi extraída do próprio texto constitucional, o que significa admitir que a atuação dos entes federativos nesta esfera obedece a uma lógica de divisão horizontal, tal como

38 LEITE, Rafael Soares; CASTELO, Fernando Alcantara; LOPES, Fernando Augusto Montai y. O restabelecimento do pacto federativo na judicialização da saúde: a paralisia da União e o julgamento do Recurso Extraordinário n. 855.178 pelo Supremo Tribunal Federal. *Cad. Ibero-amer. Dir. Sanit.*, Brasília, v. 8, n. 3, p. 70-88, jul./set. 2019, p. 76-77.

39 *Ibid.*, p. 73-74.

as demais competências comuns do art. 23 da Constituição, que rejeita a sobreposição do um ente sobre os demais.⁴⁰

Diante disso, a solidariedade que se buscou reconhecer é a que determina aos entes da federação que concretizem o direito à saúde, organizando o SUS e cumprindo os deveres a eles atribuídos constitucionalmente. Nesse contexto, a divisão de competências – e a consequente previsibilidade em relação a quem deve prestar determinada obrigação – contribuem para a efetivação desse direito. Mas não é tarefa fácil incluir esta discussão nos processos judiciais, especialmente através de regras vinculantes que contrariam a posição até então consolidada sobre a composição do polo passivo das demandas de saúde pública.

Tão logo publicado o inteiro teor do acórdão que originou a nova redação do Tema 793, em 16 de abril de 2020, a aplicação deste pelo STF não se deu de maneira uniforme. Inicialmente, houve divergência entre os posicionamentos adotados pelos Ministros. Em que pesem decisões em suspensões de tutela provisória que mitigaram a solidariedade irrestrita, há decisão do Min. Roberto Barroso no ARE 1267643, reafirmando a solidariedade irrestrita no fornecimento de medicamentos. Neste julgamento, foi inadmitido recurso extraordinário que buscava a aplicação da nova redação do Tema 793.

No recorte temporal da presente pesquisa, que abrange de maio a setembro de 2020, não foram encontradas decisões mencionando expressamente os enunciados do voto condutor em suas fundamentações, apesar da existência de decisões em conformidade com tais enunciados, como a proferida na Suspensão de Tutela Provisória n.º 297.⁴¹ No mesmo sentido,

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855178 ED**. Relator: Luiz Fux, Relator p/ acórdão: Edson Fachin, 16 de abril de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur422158/false>. Acesso em: 09 jan. 2023, p. 56-58.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Provisória 297/AL**. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento: 08/06/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1110288/false>. Acesso em: 13 jan.2023.

foram proferidas as decisões nos STP 278 MC e STP 280 MC, ambos de relatoria do Min. Dias Toffoli, e no RE 1286407/PR, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes, no qual foi mantida a inclusão da União no polo passivo em demanda de medicamento não constante da RENAME.

Contudo, mesmo com a publicação da íntegra da decisão dos embargos de declaração, algumas decisões ainda não aplicavam o novo paradigma. A Reclamação 41677/GO de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, por exemplo, teve seu seguimento negado, sob o fundamento de que o fornecimento de medicamento registrado na Anvisa, mas não incorporado ao SUS, não seria de responsabilidade exclusiva da União, sendo desnecessária sua inclusão no polo passivo da demanda.

Não é possível inferir se as decisões que deixaram de aplicar o novo paradigma o fizeram por erro ou por entenderem alguns Ministros que o julgamento dos embargos de declaração no RE 855178/SE não representou ruptura na posição até então consolidada na jurisprudência. De todo modo, o que caracteriza este momento das decisões do STF é que, mesmo com a publicação da íntegra do acórdão, não havia expressa menção aos enunciados que integram o Tema 793.

5. SEGUNDO MOMENTO NA APLICAÇÃO DO TEMA 793: MENÇÃO AOS ENUNCIADOS QUE O INTEGRAM

Os enunciados que integram o Tema 793 estabeleceram regras para aplicação da tese de solidariedade nas prestações de saúde. A premissa é conciliar o direito a uma prestação solidária do usuário em consonância com a noção de que cada ente federativo possui prestações específicas.⁴² A solução encontrada é a obrigação de a parte autora ajuizar a ação em

42 Cf. enunciado “ii” do voto condutor (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855178/SE ED**. Relator: Min. Luiz Fux, Relator para o acórdão: Min. Edson Fachin. Julgamento: 23/05/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4678356>. Acesso em: 09 jan. 2023, p. 76-77.)

face do ente federativo responsável pelo tratamento na via administrativa, podendo incluir outros entes no polo passivo, apenas para ampliar sua garantia.⁴³

Se o ente responsável pelo financiamento da obrigação principal não figurar no polo passivo da demanda, cabe à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competência, podendo redirecionar aos demais entes em caso de descumprimento, resguardado o direito de ressarcimento destes.⁴⁴ A presença da União tornou-se obrigatória quando o tratamento não estiver incorporado ao SUS, pois esta é uma atribuição que lhe compete administrativamente.⁴⁵ Esta é a regra mais fácil de ser aplicada.

De acordo com a Lei n.º 8.080/1990, a União é a gestora nacional do sistema, competindo-lhe planejar, coordenar e controlar as ações do SUS. Também lhe cabe deliberar sobre a incorporação de novas tecnologias, através da CONITEC, órgão vinculado ao Ministério da Saúde.⁴⁶ Esta previsão, contida no art. 19-Q, foi inserida pela Lei n.º 12.401/2011, e já constava do Enunciado 78 das jornadas de direito à saúde.⁴⁷

Embora não haja vedação para que outros entes federativos tenham iniciativa quanto à disponibilização de tratamentos de saúde nas

43 Cf. enunciado “ii” do voto condutor (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855178/SE ED**. Relator: Min. Luiz Fux, Relator para o acórdão: Min. Edson Fachin. Julgamento: 23/05/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4678356>. Acesso em: 09 jan. 2023, p. 76-77.)

44 Cf. enunciado “iv” do voto condutor (Idem.)

45 Cf. enunciado “v” do voto condutor (Idem.)

46 Idem.

47 CASTELO, Fernando Alcantara. 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. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, n. 13, p. 251-268, 2022, p. 254-255.

suas localidades, a Lei Orgânica do SUS evidencia que se trata de atuação complementar ou suplementar à da União.⁴⁸ Fernando Augusto Montai y Lopes considera que não existem regras claras quanto à atribuição de disponibilização de medicamentos não padronizados, mas atribui à União a responsabilidade de fornecer tratamentos oncológicos e que integrem o Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica (CEAF).⁴⁹ No mesmo sentido a posição de Fernando Alcantara Castelo, para quem a União é a financiadora dos tratamentos oncológicos e de alto custo.⁵⁰

O cumprimento das regras de repartição de competências administrativas se apresenta como questão mais complexa. Primeiro porque se discute em juízo um tratamento que está incorporado no sistema público de saúde e que, por algum motivo, não foi disponibilizado à parte autora. Segundo porque a resposta exige conhecimento da execução do SUS na localidade de atendimento do paciente. Terceiro porque, como destacado por Tarsila do Amaral, as competências assistenciais e financeiras do SUS não se limitam a listas ou tabelas, especialmente em razão da complexidade do processo de regionalização que ainda está em formação.⁵¹

Nas zonas de incerteza do sistema público de saúde vão desde tratamento cuja incorporação já foi aprovada pelo CONITEC, mas ainda não implementada na prática, por problemas orçamentários ou questões de

48 O art. 17, que trata das atribuições estaduais, por exemplo, expressamente declara o caráter complementar ou suplementar das ações nos inc. IV, VIII e XI. (BRASIL. **Lei n.º 8.080, de 19 de set. de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 16 jan. 2023.)

49 LOPES, 2019, p. 93.

50 CASTELO, 2022, p. 255.

51 AMARAL, Tarsila Costa do. Reflexões sobre a responsabilidade solidária e o ressarcimento no Sistema Único de Saúde a partir da tese fixada em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 16, n. 2, p. 46-65, 2019, p. 53.

viabilidade técnica ou política, até tratamentos de elevado custo, cuja atribuição seria da União, mas que devem ser aplicados pela atenção primária de saúde, de atribuição essencialmente municipal.⁵² Muitos tratamentos de saúde dependem da cooperação de todos os entes federativos. Um atendimento médico não se resume à disponibilização de medicamentos ou à realização de um procedimento de alto custo. Envolve recursos financeiros e humanos aplicados em atendimentos rotineiros ou extraordinários, inovadores ou tradicionais.

O Tema 793 não resolve todos os problemas relacionados à identificação de cada atribuição dos entes federativos em determinado atendimento, concentrando-se nos problemas oriundos do tratamento medicamentoso. Como já mencionado, o tratamento medicamentoso é responsável pela maior fatia da judicialização da saúde, além de ser a principal alternativa terapêutica do SUS. Também, possibilita a identificação do ente federativo responsável pela disponibilização dos principais fármacos através de listas como a RENAME.

Na RENAME estão elencados os medicamentos indicados para tratamentos no sistema público de saúde, servindo de diretriz da assistência farmacêutica. O financiamento dos medicamentos constantes desta lista pertence a três componentes: a) componente básico, dispensados principalmente pelos municípios com recursos dos três entes federativos; b) componente estratégico, utilizados no tratamento de epidemias e endemias, com recursos da União (que adquire e repassa os fármacos aos Estados); e c) componente especializado, que visa a integralidade de tratamentos previstos nos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas (PCDT).⁵³

Os tratamentos incorporados ao SUS nos PCDT elaborados pelo Ministério da Saúde com assessoramento da CONITEC são divididos em três grupos: a) Grupo 1, financiados pela União com aquisição centralizada (Grupo 1A) ou mediante transferência de recursos aos Estados (Grupo 1B);

52 AMARAL, 2019, p. 54.

53 NOGUEIRA, 2019, p. 13-14.

b) Grupo 2, financiados pelos Estados; e c) Grupo 3, de responsabilidade dos municípios. No caso do Grupo 3, embora a responsabilidade seja municipal, o financiamento pode ser responsabilidade tripartite, cabendo ao município apenas a aquisição e dispensação do fármaco.⁵⁴

Portanto, ainda que não seja possível individualizar completamente a atribuição administrativa de cada ente federativo no SUS, é possível identificar os tratamentos cuja atribuição ou financiamento incumbiriam à União, por serem oncológicos, de alto custo ou figurarem no Grupo 1 do componente especializado da RENAME. Os enunciados do Min. Edson Fachin que integram o Tema 793 contemplam essa realidade do sistema.

Não se pode interpretar o Tema 793 apenas a partir do enunciado da tese, o que poderia resultar em uma aplicação equivocada das conclusões vinculantes, especialmente em relação à manutenção da solidariedade passiva geral e irrestrita dos entes federativos. Por não ser usual a edição de enunciados que integram os precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores brasileiros, os operadores do direito divergiram quanto à ruptura, ou não, do paradigma vinculante. Um dos problemas estaria no julgamento desfavorável à União em sede de embargos de declaração opostos por este ente federativo.

O STJ é um dos órgãos jurisdicionais que não reconhece a alteração de paradigma imposta ao Tema 793. A Corte Superior não inclui os enunciados do STF no precedente vinculante e entende que a Corte Constitucional apenas reafirmou sua posição no julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, mesmo alterando a redação do Tema 793.

Nas decisões proferidas pelo STF entre maio e julho de 2021 é possível perceber um segundo momento na aplicação da repercussão geral em análise. Os enunciados do Min. Edson Fachin passaram a ser mencionados em alguns julgamentos, reconhecendo-se que integram o precedente vinculante e fundamentando o direcionamento do cumprimento das obrigações conforme as regras administrativas de divisão de competências do SUS.

54 NOGUEIRA, 2019, p. 14-15.

É o que ocorre, por exemplo, na decisão proferida no RE 1.319.990/RS, relatado pelo Min. Ricardo Lewandowski, e na Reclamação 47.331/GO, relatada pelo Min. Dias Toffoli. Nesta, foi considerada equivocada decisão do Tribunal de Justiça de Goiás que rejeitou a inclusão da União no polo passivo de demanda que versava sobre tratamento oncológico, condenando unicamente o Estado de Goiás.⁵⁵ Na Reclamação n.º 45.777/GO, relatada pelo Min. Roberto Barroso, o mesmo órgão estadual também deixou de incluir a União no polo passivo da demanda quando o tratamento seria de atribuição administrativa da União no SUS.⁵⁶

Na ação autônoma relatada pelo Min. Dias Toffoli houve a transcrição dos enunciados que integram o Tema 793 e a discussão sobre o tratamento médico pleiteado nos autos. Já na segunda, de relatoria do Min. Roberto Barroso, houve apenas menção às regras estabelecidas pelo Min. Edson Fachin e a afirmação de que o precedente vinculante não deixa margem para interpretação, especialmente em relação ao diferimento do direcionamento da obrigação para a fase de cumprimento de sentença, tese por vezes mencionada em decisões do STJ.

Apesar do reconhecimento, por parte de alguns Ministros, da força vinculante dos enunciados, foram localizadas decisões que não só deixavam de incluí-los expressamente em suas redações, mas se furtavam de aplicar os esclarecimentos que integram o Tema 793. Os Min. Rosa Weber (Rcl 47.582/DF) e Nunes Marques (RE 1330809/RS) posicionaram-se no sentido da solidariedade irrestrita. Respectivamente, os posicionamentos foram exarados em demandas que se relacionam a medicamentos não incorporados às políticas públicas e em medicamentos cuja aquisição e financiamento competem à União.

55 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 47331/GO**. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento: 27/09/2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1240577/false>. Acesso em: 16 jan. 2023, p. 1, 4-5.

56 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 45777/GO**. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 02/06/2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1206396/false>. Acesso em: 16 jan. 2023, p. 1-2.

Não obstante a divergência entre os Ministros, é possível concluir que a Corte Constitucional, naquele momento, firmou maioria no sentido de que o julgamento dos embargos de declaração no RE 855178/SE representou alteração do paradigma até então vigente nas demandas de saúde. Esta posição foi reafirmada, posteriormente, no julgamento da reclamação 51.661/MS.

Nesse julgamento, realizado pela Primeira Turma em junho de 2022, a Ministra Relatora apontou a existência inicial de posicionamentos divergentes. Contudo, as decisões foram convergindo em razão do princípio da colegialidade. Reconheceu-se que o entendimento acerca da solidariedade entre os entes federativos nas demandas de saúde foi alterado, além de que, conforme o novo posicionamento do colegiado, é mandatória a observância do dever de direcionamento ao ente responsável pela realização do tratamento pleiteado.⁵⁷ Inaugurou-se, assim, o terceiro momento de aplicação do Tema 793.

6. TERCEIRO MOMENTO NA APLICAÇÃO DO TEMA 793: VERIFICAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES ADMINISTRATIVAS NO SUS

A compreensão de que os enunciados do Min. Edson Fachin integram o Tema 793 leva à conclusão de que estas regras são também vinculantes e devem ser observadas por todos os julgadores. Uma das questões que tem sido abordada por pesquisadores diz respeito à natureza jurídica da solidariedade e seus reflexos na judicialização da saúde pública.

Um equívoco comum tem sido o tratamento civilista conferido à expressão solidariedade. Parte-se da definição constante no art. 264 do

57 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 51661/MS**. Relator: Min. Rosa Weber. Julgamento: 13/06/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur465944/false>. Acesso em: 16 jan. 2023, p. 9.

Código Civil⁵⁸ e lhe são atribuídos os efeitos previstos no art. 275 do Estatuto Civil.⁵⁹⁻⁶⁰ Esta visão considera que a permissão para que alguém ajuíze uma demanda de saúde pública em face de qualquer dos entes federativos parte da noção de solidariedade do direito civil, fazendo com que um credor possa exigir de qualquer dos réus solidários a totalidade da prestação à saúde.⁶¹

No Direito Administrativo, contudo, solidariedade reflete comprometimento para atendimento das necessidades individuais e coletivas, assegurando-se o respeito aos direitos fundamentais.⁶² Correta a posição de Tarsila Costa do Amaral de que a solidariedade, no âmbito do SUS, se relaciona à responsabilidade cooperativa e colaborativa, afastando-se da noção de igualdade ou de cotas equivalentes. Haveria, assim, um sentido de integração de serviços de todos os entes.⁶³

58 Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda. (BRASIL. **Lei n.º 10.406, 10 de jan. de 2002**, Art. 264. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 16 jan. 2023.)

59 Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto. Parágrafo único. Não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores. (BRASIL. **Lei n.º 10.406, 10 de jan. de 2002**, Art. 275. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 16 jan. 2023.)

60 SANTANNA; SCALABRIN, 2022, p. 101.

61 BOCHENEK, Antônio César. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**. v. 7. n. 1. p. 77-98. Jan./Jul. 2021, p. 82.

62 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 224.

63 AMARAL, 2019, p. 49-50.

As noções de solidariedade no direito público são diferentes daquelas previstas no direito privado. Por esta razão, correta a crítica do Min. Edson Fachin ao caráter civilista conferido à solidariedade das prestações de saúde pelo STF. De acordo com o Ministro, apenas na área da saúde há esta conotação à competência comum dos entes federativos estabelecida no art. 23 da Constituição.⁶⁴

Como não há definição legal de solidariedade no Direito Público, nem disposição de quais seriam seus efeitos, é preciso construí-los no caso concreto. Inicialmente, conferiu-se um caráter de direito geral e irrestrito para se pleitear qualquer tratamento de saúde de qualquer ente federativo, mas, como acentua Fernando Alcantara Castelo, no julgamento do Tema 793 houve uma mitigação da solidariedade, reconhecendo-se que o SUS se sustenta em um sistema descentralizado e hierarquizado em que cada ente federativo possui distintas responsabilidades.⁶⁵

Por se tratar de definição jurisprudencial de seu conteúdo e efeitos, incorreta a discussão, no caso concreto, quanto à natureza da solidariedade e de seus efeitos segundo a lei processual civil. Correta a posição de Homero Lamarão Neto, Eliana Maria de Souza Franco Teixeira e Matheus Coelho da Silva de que a solução mais efetiva das ações judiciais exigiria uma pronta delimitação do Magistrado de qual o ente responsável, de acordo com as diretrizes do SUS, pela prestação de saúde pretendida pela parte autora. A partir daí se discutem as consequências processuais.⁶⁶

Em decisões monocráticas proferidas em 2021, alguns Ministros do STF já determinavam a inclusão da União no polo passivo da demanda,

64 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855178/SE ED**. Relator: Min. Luiz Fux, Relator para o acórdão: Min. Edson Fachin. Julgamento: 23/05/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4678356>. Acesso em: 09 jan. 2023, p. 57.

65 CASTELO, 2022, p. 259.

66 LAMARÃO NETO; TEIXEIRA; SILVA, 2021, p. 257.

com remessa dos autos à Justiça Federal, quando a ação tivesse sido ajuizada na Justiça Estadual e versasse sobre tratamento não incorporado ao SUS ou de atribuição administrativa do ente federal.⁶⁷ Apenas a partir de 2022, contudo, é possível delimitar um terceiro momento na análise da aplicação do Tema 793 na Corte Constitucional.

Sedimentou-se a aplicação do enunciado “iv”: a necessidade de direcionamento das determinações judiciais ao ente federativo responsável pela prestação administrativa – ou o financiamento – do tratamento pretendido. Os tratamentos oncológicos de alta complexidade, por exemplo, integram grupo de tratamentos atribuídos primordialmente à União. Medicamentos pertencentes ao Grupo 1 da RENAME são adquiridos com recursos federais. Ambas questões, ainda que veiculem teor infraconstitucional, foram objeto de apreciação pelo STF.

Por ocasião da análise da questão dos tratamentos oncológicos, a 1ª Turma concluiu pela imprescindibilidade do direcionamento da determinação de cumprimento à União. No AgR no RE 1.346.224/RS, os Ministros identificaram a atribuição do Ministério da Saúde para o financiamento dos tratamentos de câncer, de tal sorte que deveria haver o direcionamento das obrigações à União.⁶⁸ Em sentido semelhante, encontram-se as decisões no RE 1.331.005/RS AgR (Rel. Min. Alexandre de Moraes), RE 1.365.888/RS AgR (Rel. Min. Roberto Barroso) e RE 1377282/RS AgR-ED (Rel. Min. Cármen Lúcia).

Com relação ao direcionamento do cumprimento de ordem judicial relativa aos tratamentos constantes no Grupo 1A da RENAME, a 1ª Turma proferiu acórdão em 22/03/2022 entendendo pela necessidade de inclusão da União no polo passivo da demanda (Rcl 49909 AgR,

67 CASTELO, 2022, p. 262-264.

68 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1346224/RS**. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 30/05/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur465849/false>. Acesso em: 16 jan. 2023, p. 1, 5-6.

Rel. Min. Alexandre de Moraes). Em julgamento de 30/05/2022, houve decisão consignando que se o tratamento estivesse incorporado ao SUS, seria desnecessária a presença da União (RE 1368340 AgR, Rel. Min. Rosa Weber). Entretanto, esta decisão foi reformada em sede de embargos de declaração julgados em 22/08/2022.

Desse modo, é possível verificar um esforço para convergência das decisões da 1ª Turma em relação aos medicamentos do Grupo 1A da RE-NAME. Por sua vez, na 2ª Turma, foi proferido apenas um acórdão no mesmo sentido (Rcl 52258/MS, Rel. para o acórdão Min. Edson Fachin), não sendo localizadas decisões colegiadas em sentido oposto.⁶⁹

No tocante aos tratamentos não incorporados ao SUS, sedimentou-se posição na 1ª Turma de que as demandas são de competência da Justiça Federal, ante a necessidade de a União figurar no polo passivo. Neste sentido, deu-se decisão no AgR no RE 1.375.223/MG, relatado pelo Min. Alexandre de Moraes.⁷⁰ A 2ª Turma tem emitido posicionamento colegiado semelhante, como observado no julgamento do AgR na Reclamação 50.456/MS (Rel. Designado Min. Edson Fachin). No entanto, consta do acórdão que ainda há divergência de entendimentos. Os Min. André Mendonça e Nunes Marques, vencidos na ocasião do julgamento, encampam entendimento alinhado à solidariedade geral e irrestrita, como se verifica na decisão proferida monocraticamente pelo Min. Nunes Marques no âmbito do ARE 1.385.867/SP.

Parece existir um esforço do STF para que o Tema 793 de repercussão geral seja aplicado pelos julgadores. Em decisão monocrática, a Min.

69 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação 52258/MS**. Relator: Min. Nunes Marques, Relator para o acórdão: Min. Edson Fachin. Julgamento: 23/05/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur465506/false>. Acesso em: 16 jan. 2023, p. 1-2.

70 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1375223/MG**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 30/05/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur465461/false>. Acesso em: 17 jan. 2023, p. 1.

Rosa Weber (Rcl 47.582/DF) explica que não compartilhava do entendimento expresso pela maioria da 1ª Turma. Contudo, em razão do princípio da colegialidade e da uniformidade das decisões judiciais, aderiu ao posicionamento majoritário.⁷¹

Desse modo, após cerca de dois anos da publicação do inteiro teor do acórdão que originou a nova redação do Tema 793, incluindo enunciados para sua aplicação, há uma tendência de reconhecimento, pelo STF, da necessidade de presença da União no polo passivo da demanda sempre que os tratamentos não estiverem incorporados ao SUS, se a atribuição administrativa for da União ou se for dela a responsabilidade pelo custeio da aquisição do fármaco (Grupo 1 da RENAME).

Contudo, existem decisões monocráticas dos Min. André Mendonça (Rcl 54740, julgado em 14/09/2022, e Rcl 54549, julgada em 31/08/2022) e Nunes Marques (RE 1366502, julgado em 23/03/2022) negando a necessidade de inclusão da União quando o medicamento foi incorporado ao SUS no Grupo 1A da RENAME. Apenas estes dois julgadores possuem posições divergentes na Corte Constitucional. Os demais Ministros da 2ª Turma seguem o mesmo entendimento da 1ª Turma.

Ao mesmo tempo em que se consolidou a aplicação dos enunciados que integram o Tema 793 na Corte Constitucional, também foram mantidas as posições antagônicas de dois Ministros. Na hipótese de medicamentos aprovados pela Anvisa, mas não incorporados ao SUS, tanto o STJ como o STF pretendem rediscutir a questão, ainda que seja objeto de enunciado específico que integra o Tema 793 e, portanto, de observância obrigatória.

71 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação 47582/DF**. Relator: Min. Rosa Weber. Julgamento: 05/09/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur469392/false>. Acesso em: 16 jan. 2023, p. 1, 10-11.

7. CONTRAPOSIÇÃO DO TEMA 793 NO STJ E NO STF

A jurisprudência inicialmente se consolidou no sentido de que o direito à saúde é um direito a tudo que possa contribuir para a saúde do demandante, independentemente das razões pelas quais o Estado deixou de efetuar o tratamento. Ainda que o tratamento seja experimental ou caro, se regularmente prescrito pelo médico do paciente, estaria presente o direito de obtê-lo.⁷² Alguns temperamentos surgiram com a edição do Tema Repetitivo 106 no STJ, como a comprovação, através de laudo médico fundamentado e circunstanciado, da imprescindibilidade do tratamento e da ineficácia dos fármacos disponibilizados pelo SUS, a incapacidade financeira e a existência de registro na Anvisa.

Em 2018, a Corte de Justiça já havia enfrentado o alto volume de demandas de saúde pela sistemática dos recursos repetitivos. À luz da Lei Federal n.º 8.080/90 (Lei Orgânica do SUS), no âmbito do RESP 1657156/RJ, a Corte de Justiça editou o Tema Repetitivo 106. A tese vinculante estabeleceu requisitos para concessão judicial de tratamentos de saúde não incorporados ao SUS.

O STJ também se preocupou com a necessidade de inclusão da União no polo passivo das demandas de saúde. Em 2010 houve afetação do REsp n.º 1.144.382/AL para que fosse decidido sob a sistemática dos recursos repetitivos (Tema Repetitivo 799). Entretanto, a questão não teve seu mérito apreciado, pois se considerou que a matéria era constitucional e julgamentos do STF poderiam refletir naquele processo, que restou sobrestado.

Embora o STJ não seja o destinatário direto de recursos envolvendo o Tema 793 (cujo fundamento é constitucional), teve de enfrentar a questão em diversos conflitos de competência instaurados pela Justiça Federal após a Justiça Estadual reconhecer a necessidade de inclusão da União

72 FERRAZ, 2019, p. 9-10.

no polo passivo da demanda em razão de dois fundamentos: a atribuição administrativa do tratamento – ou seu financiamento – é da União, ou o tratamento, embora possua registro na Anvisa, não está incorporado na rede pública de saúde.

Entre 20/05/2020 e 17/09/2022, período pesquisado no sistema de jurisprudência do STJ, foram localizados 54 acórdãos e 3.469 decisões monocráticas contendo os termos “competência”, “793” e “150”. Estas decisões, de modo geral, limitam-se a afirmar que: a) cabe à Justiça Federal definir sua competência, nos termos da Súmula 150; b) a competência para julgamento de tratamentos com registro na Anvisa é da Justiça Estadual; ou c) que o Tema 793 se relaciona à fase de cumprimento de sentença. Estas posições são opostas ao entendimento que se consolidou no STF.

O STJ também tem contrariado o STF ao analisar recursos especiais em casos cujo objeto recursal é uma suposta ofensa à Lei Orgânica do SUS (Lei n.º 8.080/1990). Em decisão de relatoria do Min. Benedito Gonçalves no AgInt no REsp 1950976/SC, cujo objeto da demanda era o fornecimento de tratamento não incorporado ao SUS, foi reconhecida a solidariedade geral e irrestrita dos entes federativos, fundamento para rejeição da formação de litisconsórcio passivo necessário entre Estado e a União e, conseqüentemente, da necessidade de remessa do processo da Justiça Estadual para a Justiça Federal.⁷³

Mesmo quando as decisões são objeto de recurso extraordinário, e devolvidas ao órgão prolator para exercício de juízo de retratação, este tem sido rejeitado, mantendo-se a decisão original, como foi observado em acórdão de relatoria do Min. Francisco Falcão (AgInt no CC 177.803/PR). No caso, tratava-se de pleito de fornecimento de fármaco registrado

73 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Agravo Interno no Recurso Especial 1950976/SC**. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Julgado em: 28/03/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202102336087&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 17 jan. 2023, p. 1.

na Anvisa, porém não incorporados ao SUS. Na decisão proferida, o colegiado entendeu não haver, na tese do Tema 793, comando que determinasse a inclusão da União no polo passivo da demanda. Os julgadores não ignoraram a existência dos enunciados integrantes da tese, mas trataram das considerações do Min. Edson Fachin como mero *obiter dictum*.⁷⁴

Existiram decisões que acompanharam o entendimento do STF, como a proferida pela 2ª Turma no AgInt no REsp n.º 1.953.659/SE (julgado em 21/03/2022, Min. Rel. Herman Benjamin), mas, em 08/06/2022, no julgamento de três conflitos de competência (CC 187.276/RS, CC 187.533/SC e CC 188.002/SC) a 1ª Seção instaurou o IAC 14, cujo objeto é a análise da necessidade de a União integrar o polo passivo de demandas que versam sobre medicamentos registrados na Anvisa, mas não incorporados ao SUS.

No momento em que já estava pacificado no STF a aplicação dos enunciados que integram o Tema 793, o STJ instaurou conflito de competência para decidir questão já definida pela Corte Constitucional. Determinou, ainda, a abstenção, pelos Juízos Estaduais, da prática de atos que envolvam declinação de competência à Justiça Federal nessas hipóteses.⁷⁵ Ou seja, além de não observar a posição do STF, obstou a aplicação do precedente vinculante nos casos afetos ao julgamento.

Em pesquisa da jurisprudência do STF utilizando os termos “793”, “conflito”, “competência” e “STJ”, foram localizadas 18 decisões

74 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Aggravado Interno no Conflito de Competência 177.803/PR**. Relator: Min. Francisco Falcão. Julgado em: 16/08/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202100476056&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 17 jan, 2023.

75 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Incidente de Assunção de Competência no Conflito de Competência 187.276/RS**. Relator: Min. Gurgel de Faria. Julgado em: 31/05/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202200976139>. Acesso em: 17 jan. 2023.

monocráticas em recursos extraordinários contra acórdãos do STJ, todas proferidas entre junho e agosto de 2022. 14 decisões reconheceram a competência da Justiça Federal em razão de desrespeito ao Tema 793, sendo Relatores os Min. Alexandre de Moraes (2 decisões), Cármen Lúcia (4 decisões), Dias Toffoli (4 decisões), Ricardo Lewandowski (1 decisão), Roberto Barroso (2 decisões) e Rosa Weber (1 decisão).

Em sentido contrário, mantendo a decisão do STJ, o Min. André Mendonça proferiu 2 decisões afirmando que o Tema 793 não exige a inclusão da União no polo passivo da demanda (RE 1391228/SC e RE 1394891/MG). A Min. Cármen Lúcia desproveu o Recurso Extraordinário n.º 1391091/SC por considerar que o fornecimento de fraldas geriátricas, por estar previsto na rede pública de saúde, não enseja interesse da União. Por fim, o Min. Nunes Marques sobrestou seu julgamento no Recurso Extraordinário n.º 1386221/SC em razão do Tema 1234 de repercussão geral.

Desse modo, o STF tem majoritariamente revertido, em sede recursal, as decisões do STJ que contrariam os enunciados que integram o Tema 793. Contudo, também há movimento para mitigar a aplicação dos enunciados que integram o Tema 793. Além das decisões contrárias do Ministro André Mendonça, o Tema 1234 de repercussão geral foi inaugurado em 08/09/2022 (publicação do acórdão em 13/09/2022) no julgamento do RE 1.366.243/SC. Seu objeto é o mesmo do IAC 14, ou seja, a existência de interesse da União nas demandas que versam sobre o fornecimento de medicamentos registrados na Anvisa, mas não padronizados no SUS.

Como reconhecido na própria decisão que reconheceu a repercussão geral da matéria, atualmente o STF entende, majoritariamente, pela necessidade de ingresso da União nesses casos.⁷⁶ Foram mencionadas dezenas de decisões colegiadas e monocráticas no mesmo sentido, e apenas

76 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1366243/SC**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 08/09/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral12825/false>. Acesso em: 17 jan. 2023, p. 12-13.

uma em sentido contrário, proferida pelo Min. André Mendonça na Reclamação n.º 53.632.⁷⁷ O Ministro sempre se manifestou contrariamente à aplicação do Tema 793 com os enunciados que o integram, mesmo após a consolidação da posição do STF em meados de 2022. Ainda assim, foi o suficiente para que a repercussão geral da matéria fosse reconhecida.

Com o reconhecimento da repercussão geral da questão envolvendo a competência da Justiça Federal para julgamento das ações que versam sobre tratamentos registrados na Anvisa, mas não incorporados ao SUS, é possível que o IAC 14 não seja julgado pelo STJ, de modo semelhante ao ocorrido com o Tema Repetitivo 799. De todo modo, será preciso aguardar a decisão para verificar como a Corte de Justiça se posicionará em relação ao Tema 793.

Atualmente, é possível concluir que tanto o STJ, como os Min. André Mendonça e Nunes Marques, no STF, resistem em aplicar integralmente os enunciados que integram o Tema 793. A instauração do IAC n.º 14 e o reconhecimento do Tema 1234 de repercussão geral, após a consolidação, no STF, de que as regras enunciadas no voto do Ministro Relator integram esse precedente vinculante, demonstram clara oposição à aplicação do precedente vinculante em sua integralidade.

O rejuízo da existência do interesse da União – e a consequente competência da Justiça Federal para julgamento dessas ações – nas demandas que versam sobre tratamentos aprovados na Anvisa, mas não incorporados ao SUS, não apenas contraria enunciado que integra o Tema 793 e deveria ser observância obrigatória. Gera incerteza em relação à posição que deve ser adotada pelos órgãos jurisdicionais e contribui para desorganização do sistema público de saúde, retrocedendo o papel que vinha sendo desempenhado pelo Poder Judiciário na solidificação do SUS.

77 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1366243/SC**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 08/09/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral12825/false>. Acesso em: 17 jan. 2023, p. 12-13.

8. CONCLUSÃO

O julgamento que originou a nova redação do Tema 793 representou um novo paradigma nas ações que versam sobre o direito à saúde pública. A partir de embargos de declaração opostos pela União, e sob a óptica da integralidade da assistência farmacêutica do SUS, a Corte Constitucional exigiu que as autoridades judiciais direcionem o cumprimento de suas determinações consoante as atribuições administrativas de cada ente federativo no sistema público de saúde.

Para possibilitar a correta aplicação do novo paradigma foram enunciadas teses no voto vencedor. Em um primeiro momento, estas regras não foram expressamente mencionadas pelas decisões proferidas pelo STF, ainda que algumas delas as considerassem. Passado um ano da publicação do inteiro teor do acórdão, os enunciados começaram a ser mencionados por algumas decisões, ainda divergentes quanto ao seu alcance e efeitos.

Em 2022, houve a consolidação no STF de que os enunciados integram o Tema 793. Com exceção dos Min. André Mendonça e Nunes Marques, a Corte Constitucional aplicou os enunciados e passou a verificar o caso concreto para, a partir do tratamento pretendido judicialmente, definir se a presença da União no polo passivo é obrigatória, com a consequente competência da Justiça Federal para julgamento.

Contudo, após a consolidação da posição dos Ministros do STF houve uma contraposição do STJ e de alguns Ministros do próprio STF que pretendem rejulgar uma das hipóteses em que a presença da União no polo passivo é obrigatória: quando o tratamento pretendido não está incorporado ao SUS.

Desse modo, a instauração do IAC 14 e do Tema 1234 no STJ e no STF, respectivamente, refletem a posição antagônica da Corte de Justiça e de dois Ministros da Corte Constitucional. Até a definição destes precedentes, remanesce a incerteza quanto à competência da Justiça Federal para julgamento de demandas que se enquadrem nessa hipótese, contribuindo para a desorganização do sistema público de saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Tarsila Costa do. Reflexões sobre a responsabilidade solidária e o ressarcimento no Sistema Único de Saúde a partir da tese fixada em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 16, n. 2, p. 46-65, 2019.

ANDRADE, Flavio da Silva. Reflexões sobre a progressiva judicialização da saúde no Brasil. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, [S. l.], v. 31, n. 03, p. 23-35, 2019.

BERMUDEZ, Jorge Antonio Zepeda *et al.* Assistência farmacêutica nos 30 anos do SUS na perspectiva da integralidade. **Ciências & Saúde Coletiva**, n. 23, v. 6, p. 1937-1951, 2018.

BEZERRA, André Augusto Salvador; SARAIVA, Fabiane Borges. Judicialização das políticas públicas de saúde: efetivar direitos sem violar a isonomia dos entes federativos. **Revista Judicial Brasileira**. Brasília, v.1, n.1, p. 227-250, 2022.

BOCHENEK, Antônio César. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**. v. 7. n. 1. p. 77-98. Jan/Jul 2021.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, 10 de jan. de 2002, art. 264**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 8.080, de 19 de set. de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Incidente de Assunção de Competência no Conflito de Competência 187.276/RS**. Relator: Min. Gurgel de Faria. Julgado em: 31/05/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202200976139>. Acesso em: 17 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Recurso Especial 1657156/RJ**. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Julgado em: 25/04/2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Agravo Interno no Conflito de Competência 177.803/PR**. Relator: Min. Francisco Falcão. Julgado em: 16/08/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202100476056&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 17 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Agravo Interno no Recurso Especial 1950976/SC**. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Julgado em: 28/03/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202102336087&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 17 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação 47582/DF**. Relator: Min. Rosa Weber. Julgamento: 05/09/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur469392/false>. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação 52258/MS**. Relator: Min. Nunes Marques, Relator para o acórdão: Min. Edson Fachin. Julgamento: 23/05/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur465506/false>. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1346224/RS**. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 30/05/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur465849/false>. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1375223/MG**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 30/05/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur465461/false>. Acesso em: 17 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 45777/GO**. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 02/06/2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1206396/false>. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 47331/GO**. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento: 27/09/2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1240577/false>. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 51661/MS**. Relator: Min. Rosa Weber. Julgamento: 13/06/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur465944/false>. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 657.718/MG**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 22/05/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855.178/SE**. Relator: Min. Luiz Fux, 05 de março de 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4678356>. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1366243/SC**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 08/09/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral12825/false>. Acesso em: 17 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Provisória 297/AL**. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento: 08/06/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1110288/false>. Acesso em: 13 jan. 2023.

CASTELO, Fernando Alcantara. 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. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, n. 13, p. 251-268, 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da Saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília: CNJ, 2019. 172 p.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 15, n. 3, 2019.

FERREIRA, Versalhes Enos Nunes; LAMARÃO NETO, Homero; TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco. A judicialização pela dispensação de medicamentos e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 3, p. 1332-1361, set/dez de 2020.

INSPER – Instituto de Ensino e Pesquisa (contratado pelo Conselho Nacional de Justiça). **Judicialização da Saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília: CNJ, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: RT, 2014.

LAMARÃO NETO, Homero; TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco; SILVA, Matheus Coelho da. Solidariedade dos entes federativos: lacunas do tema 793. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 242-262, 2021.

LEITE, Rafael Soares; CASTELO, Fernando Alcantara; LOPES, Fernando Augusto Montai y. O restabelecimento do pacto federativo na judicialização da saúde: a paralisia da União e o julgamento do Recurso Extraordinário n. 855.178 pelo Supremo Tribunal Federal. **Cad. Ibero-amer. Dir. Sanit.**, Brasília, v. 8, n. 3, p. 70-88, jul./set. 2019.

LOPES, Fernando Augusto Montai y. O financiamento pelos Estados de política pública de saúde de atribuição da União: a afronta às disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal e à regra de ouro do Direito Financeiro. **Cad. Ibero-amer. Dir. Sanit.**, Brasília, v. 8, n. 3, p. 89-101, jul./set. 2019.

MICHEL, Voltaire de Freitas; DEITOS, Marc Antoni; ZALAZAR, Claudia Elizabeth. A interpretação da Repercussão Geral pelo STF nos Precedentes sobre Direito Sanitário. **Revista Brasileira de Direito**, v. 15, n. 1, p. 25-38, jan./abr. 2019.

NOGUEIRA, Marcia Coli. O Tema 793 do STF e o direcionamento do cumprimento das prestações na área de saúde conforme as regras de repartição de competências estabelecidas no SUS. **Cad. Ibero-amer. Dir. Sanit.** Brasília, v. 8, n. 4, out./dez. 2019, p. 8-26.

SANTANNA, Gustavo da Silva; SCALABRIN, Felipe. A solidariedade no direito à saúde vista pelos tribunais gaúchos após o julgamento do tema 793 pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista da ESDM**, v. 8, n. 15, p. 98-114. 2022.

VASCONCELOS, Natalia Pires. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2020.

A Visual Law aplicada ao processo coletivo

Visual Law applied in collective actions

Thiago Simões Pessoa¹

Bruno Rabelo dos Santos²

RESUMO: Este artigo preocupa-se com a Visual Law aplicada ao processo coletivo. A partir da contextualização sobre as temáticas da coletivização do processo e da metodologia enfoque, objetiva-se indicar possibilidades da aplicação da Visual Law ao longo do processo coletivo. Seus objetivos específicos compreendem a realização da revisão bibliográfica; apresentação e análise de um IRDR do TJPR que adota a Visual Law; e desenvolvimento de um resumo expandido que ilustra a Visual Law aplicada ao processo coletivo. Trata-se de pesquisa qualitativa, apoiando-se na abordagem da revisão bibliográfica, adotando, além disso, as próprias ferramentas da proposta apresentada para explorar um material já produzido institucionalmente com a Visual Law e apresentar um resumo expandido construído com a metodologia, inédito. Considera-se que a reconfiguração do Direito implica a possibilidade da adoção de inovações metodológicas como a Visual Law aplicada aos processos coletivos, que fortalece a participação e promove o acesso à Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Coletivo; Visual Law; Participação; IRDR; Linguagem.

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.

2 Mestre em Direito na Universidade Estadual de Ponta Grossa. Pós-graduado em Direito Processual Civil. Procurador do Estado do Paraná.

ABSTRACT: This article is concerned with the application of Visual Law methodology in collective actions. Within the contextualization on the themes of judicial actions collectivization and the methodology's approach, the research aims to indicate possibilities of applying Visual Law throughout collective actions. Its specific objectives include literature review; presentation and analysis of a Repetitive Demands Resolution Incident (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR) from a State Court of Justice that adopts the Visual Law. Furthermore, there is the development of an extended summary that illustrates the applied Visual Law in collective actions. It is a qualitative research, based on the literature review and a practical approach with the IRDR case analysis and the extended summary development with the methodology. Ultimately, we consider that the current Law reconfiguration encourages methodological innovations such as the applied Visual Law in collective actions, which strengthens participation and promotes access to Justice.

KEYWORDS: Collective Actions; Visual Law; Participation; Repetitive Demands; Language.

1. INTRODUÇÃO

Intensificadas a partir do século 20 e, marcadamente, neste século 21, as transformações sociais, políticas, tecnológicas e, conseqüentemente, jurídicas, estabeleceram novos modos de litígio e atendimento das demandas da população, para o cumprimento de sua proteção.

No percurso de ramificação do Direito, o advento dos direitos transindividuais e os direitos fundamentais de terceira dimensão, que se referem aos interesses difusos e/ou coletivos, fez novos paradigmas emergirem, dos quais derivam novos mecanismos para o Poder Judiciário brasileiro, como os processos coletivos.

Nesse contexto, a criação de instrumentos de coletivização processual faz com que o mesmo se passe com as decisões judiciais, casos como Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e Incidentes de

Julgamento de Recurso Repetitivo. Isso se estende a todas as fases de um processo, podendo a coletivização se dar total ou parcialmente.

Tal reconfiguração jurisdicional acompanha outras mudanças teórico-metodológicas do Direito, encontrando-se com a metodologia que se discute neste artigo, a Visual Law, ao englobar a modernização, os interesses coletivos e demandas sociais e buscar concretizar o acesso à Justiça.

A Visual Law é uma metodologia de simplificação da linguagem jurídica, que usa de recursos visuais para tornar mais compreensível o vocabulário técnico e hiperespecializado do Direito, de modo que seu conteúdo seja inteligível pelo jurisdicionado comum, justamente este que tem interesses e é parte de processos coletivos.

Neste sentido, este artigo volta-se à Visual Law aplicada ao processo coletivo. Com o objetivo geral de indicar possibilidades da aplicação da metodologia nesses casos, e tendo como objetivos específicos a realização da revisão bibliográfica sobre as temáticas da coletivização do processo e da metodologia enfoque; apresentação e análise de um IRDR do TJPR que adota a Visual Law; e desenvolvimento de um resumo expandido que ilustra a Visual Law aplicada ao processo coletivo.

Trata-se de pesquisa qualitativa, apoiando-se na abordagem da revisão bibliográfica, como proposta por Gil (2002), e adotando das próprias ferramentas da proposta apresentada, as potencialidades da Visual Law, para explorar um material já produzido institucionalmente com ela e apresentar outro, inédito.

Para tanto, organiza-se o artigo em três capítulos que percorrem, inicialmente, a contextualização do processo coletivo atual; apresenta, na sequência, a Visual Law; e, por fim, articula essas reflexões para discutir a aplicação da Visual Law em processos coletivos.

Tal movimento permitiu perceber a reconfiguração do funcionamento do Poder Judiciário e a possibilidade da adoção de inovações metodológicas para a participação, como a Visual Law aplicada aos processos coletivos.

2. O PROCESSO COLETIVO ATUAL E A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO

A coletividade e a defesa dos interesses comuns são características das sociedades contemporâneas (GUIMARÃES; XAVIER, 2016), de modo que o Direito, ao acompanhar essas mudanças, transforma-se também. Uma das inovações processuais da atualidade são os processos coletivos.

Para compreendê-los, discute-se a coletivização dos interesses e mudanças de paradigmas de tutela; os mecanismos de tutela no processo coletivo atual; e o problema da participação no processo coletivo, entendendo que a modernidade traz novas demandas, no âmbito dos interesses difusos e/ou coletivos.

Nesse cenário, a concepção de participação é central e um elemento que a compõe é a (inter) compreensão entre sujeitos processuais, interessados e objeto litigioso. Busca-se, por meio da revisão bibliográfica e reflexão histórica e crítica sobre o tópico, encaminhar aproximações que justificam e sustentam a aplicação da Visual Law em processos coletivos.

2.1 Coletivização dos interesses e mudanças de paradigmas de tutela

A partir do século 20, o mundo passou por uma transformação social. As relações, antes locais, passaram a se desenvolver de forma interconectada pelo mundo. Um dos resultados desse fenômeno foi o espaço que as empresas transnacionais passaram a ocupar. Isso se deu grandemente em razão do desenvolvimento desenfreado da tecnologia, que proporcionou o encurtamento das fronteiras, o aumento da produção em massa e a criação de sociedades de importância global.

Com a globalização, essa reconfiguração social e de mercado repercutiu de diversas formas na vida social dos indivíduos. No âmbito do

direito consumidor, “o mundo virtual modificou hábitos de consumo, mudou o tempo do consumo, agilizou as informações e expandiu as possibilidades de publicidade, agravando os conflitos de consumo e a própria vulnerabilidade” (BENJAMIN; MARQUES, 2013, p. 48).

No âmbito do direito ambiental, a revolução verde trouxe a tecnologia para o campo, tornando a natureza um mero insumo de produção em massa a ser utilizada ao bel-prazer da humanidade. Assim, o aumento da produtividade não significou redução da produção, mas o aumento do consumo e a consequente expansão da exploração do meio ambiente (MILARÉS, 2015).

Nesse cenário, surge um novo ramo do Direito para fazer frente a essas demandas sociais impostas pela modernidade, visando conferir proteção a um grupo muitas vezes indeterminado, qual seja o Direito difuso e coletivo. Os “interesses ‘difusos’ são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor” (GARTH; CAPPELETTI, 1988, p. 26). Registre-se que este novo ramo se inclui entre os direitos transindividuais, e é contemplado pelos direitos fundamentais de terceira dimensão (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014).

Porém, a simples aceitação da existência de interesses difusos e coletivos não foi suficiente. Frise-se que também ganhou espaço a litigância de massa, baseada na repetição de violações de direitos individuais similares. Assim, a partir desta identificação de questões semelhantes entre os indivíduos, viu-se que a tutela atômica dos interesses se encontrava fadada ao insucesso, fazendo-se necessária a tutela molecular dos direitos individuais, o que ficou conhecido como direitos individuais homogêneos (PESSOA, 2020a).

Desse modo, vislumbra-se que o mundo moderno passou por diversas alterações de paradigmas, exigindo a criação de um campo novo no Direito, que deveria conferir uma resposta eficiente a problemas diversos, uns conectados diretamente ao surgimento de novos direitos materiais (direito do consumidor, direito ambiental, direitos difusos, etc.); e outros

ligados com a massificação dos interesses (uma ótica processual diante da repetição de demandas individuais).

Assim, houve uma evolução que proporcionou ao ordenamento jurídico “mecanismos convergentes à tutela de todos os direitos que afloram a sociedade moderna” (TUCCI, 1990, p. 1), motivo pelo qual mudanças de paradigmas foram necessárias (PESSOA, 2019). É neste contexto que nasce o processo coletivo atual.

2.2 Mecanismos de tutela no processo coletivo atual

O processo coletivo tradicional, criado para dar sustentação aos novos direitos, é baseado em uma forma de tutela coletiva, por meio da qual um legitimado coletivo, dotado de representatividade para determinado grupo ou toda a sociedade, ingressa com ações de natureza coletiva, visando uma decisão de abrangência maior.

Essa abrangência pode ser para um determinado grupo, sem a possibilidade de individualização dos beneficiados (direito coletivo *stricto sensu*), ou para toda a sociedade, de um modo geral, também sem a possibilidade de individualização dos beneficiados (direito difuso).

De outro lado, essa tutela do direito coletivo tradicional também evoluiu, em determinado momento, buscando conferir uma tutela racional para a tutela de direitos individuais massificados. Ou seja, para aqueles casos em que o direito discutido era semelhante para um grande número de pessoas, com a possibilidade de identificação dos interessados individuais (direitos individuais homogêneos).

Frise-se que esse modelo de coletivização dos interesses, seja de direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos, era exercitado por meio de ações coletivas propriamente ditas, de modo que todo um processo de conhecimento (fase postulatória, saneadora, instrutória e decisões – as quatro fases de um processo de conhecimento, portanto) era objeto de

uma tutela coletiva. A isso se dá o nome de coletivização total do processo.

Assim, os substituídos individuais se mantinham alheios ao processo coletivo, podendo vir a participar somente em casos de participação indireta admitida (ex.: audiências públicas ou *amicus curiae*), ou quando exigida a liquidação e execução de danos individualmente sofridos (execução individual de sentença coletiva).

Nada obstante, essa forma de coletivização total do processo, no decorrer dos anos, foi se revelando insuficiente para a solução do problema, em razão de inúmeros problemas identificados na tutela coletiva por meio de ações coletivas, a exemplo da existência de limitação de direitos materiais veiculados nestas demandas; limitação da extensão da coisa julgada por seguidas decisões dos Tribunais Superiores; criação e incentivo da utilização dos juizados especiais, nos quais não se admite o ajuizamento de ações coletivas; demora do trâmite de ações coletivas propriamente ditas, dentre outros (PESSOA, 2020b).

A partir da identificação desses problemas, o legislador, notadamente o brasileiro (de forma até mesmo inconsciente, em muitos casos), passou a criar instrumentos de coletivização de fases processuais, de forma a conferir um tratamento mais racional no processo civil.

Com isso, criaram-se incidentes de coletivização das decisões judiciais (ex.: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR; Incidente de Julgamento de Recursos Repetitivos, etc.), bem como se possibilitou a criação de outros institutos, como incidentes de coletivização de produção de prova, por meio de atos concertados (LUNARDI, 2018). A este modelo de coletivização do processo, por meio de coletivização de fases processuais, dá-se o nome de coletivização parcial do processo.³

3 Para mais informações consultar: OSNA, Gustavo. Coletivização total e coletivização parcial: aportes comparados e o processo civil brasileiro. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 1, p. 115-138, 2015.

2.3 O problema da participação no processo coletivo

Como se viu acima, o processo coletivo pode ocorrer de forma total a depender de a tutela coletiva se dar em todas as fases de um processo (fase postulatória, saneadora, instrutória e decisória), ou de forma parcial, por meio da tutela coletiva de uma ou de algumas fases de um processo, como se dá propriamente com os incidentes de coletivização de decisões e incidentes de coletivização da prova.

No entanto, existe um problema que é comum a ambas as formas de coletivização do processo: a busca por legitimação dos conteúdos coletivizados, sejam as decisões judiciais ou mesmo as instruções probatórias coletivas. A legitimidade desta coletivização passa por dois institutos fundamentais: a representatividade adequada e os instrumentos de participação popular direta e indireta.

Vale mencionar que nos instrumentos de coletivização parciais do processo o problema é ainda mais grave, tendo em vista que a criação de precedentes vinculantes pelo Código de Processo Civil de 2015 proporcionou que os substituídos individuais sejam atingidos pelo teor da decisão formada, independentemente do seu resultado, o que não acontecia com o sistema de ações coletivas propriamente ditas, dado que somente havia coisa julgada nesse sistema para beneficiar os sujeitos individuais.

Assim, busca-se alternativas para que esta “representação” dos interesses (em aspas, pois, na verdade, trata-se de substituição processual e não representação processual propriamente dita) seja efetivamente adequada, a fim de legitimar o conteúdo do objeto coletivizado. O primeiro item a ser analisado é a representatividade adequada, a qual é tida como a chave para a promoção da maior vinculação dos substituídos.

Inicialmente, cabe desde já estabelecer que a simples legitimidade *ope legis*, ou seja, aquela prevista em abstrato nas leis que tratam da tutela coletiva (ações coletivas ou coletivização total do processo), é insuficiente para conferir uma resposta adequada ao problema em sua plenitude.

Isso se dá em razão da ausência de vínculo efetivo entre os legitimados coletivos elencados na letra fria da lei e os substituídos individuais, o que se verifica com grande frequência na realidade brasileira. Assim, necessita-se que a legitimidade seja aferida no caso concreto, fazendo da análise da representatividade uma análise adequada.

Por meio da regra da representação adequada, busca-se que o grupo ou classe esteja bem representado nas demandas coletivas, de modo que o legitimado ativo ou passivo efetivamente exerça a situação jurídica coletiva em sua plenitude, bem como possua ligação com o grupo representado e recursos financeiros, boa técnica e probidade no trato da questão coletiva (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2017).

Assim sendo, aplicando-se essa regra para o processo coletivo tradicional (coletivização total do processo), deve o legitimado coletivo, além de se encontrar dentre aqueles constantes em rol legal, também demonstrar em concreto que possui uma ligação intrínseca com o grupo representado e com o objeto material do processo principal, de modo a possibilitar a extensão dos efeitos pretendidos da coletivização do objeto pretendido (PESSOA, 2020b).

De outro lado, nos casos de coletivização parcial do processo, a representatividade adequada deve ser utilizada com outras nuances, pois, apesar de não existir um rol legal de legitimados coletivos, deve-se identificar ainda com mais cuidado a atuação do representante/substituto processual, pois a vinculação poderá ser ainda mais severa.

Nestes casos de coletivização parcial do processo, é interessante que o juiz do caso concreto não se limite a aceitar/analisar a representatividade do autor/requerente, mas também intime de ofício outros sujeitos coletivos que identificar que possuem interesse e representatividade perante o grupo tutelado.

Frise-se que esta intervenção de ofício não se apresenta como nenhuma novidade no Sistema Jurídico brasileiro, pois na tutela individual processual já há a previsão de que o juiz pode determinar a intimação de

terceiros de ofício quando identificar que possuem interesse de apresentar embargos de terceiro, em razão do ato judicial praticado, conforme o art. 675, parágrafo único, do CPC.

Desta forma, outorga-se a possibilidade de se chamar terceiros interessados de ofício durante o trâmite de processos puramente individuais, o que se dirá então da possibilidade de se chamar terceiros interessados (legitimados coletivos dotados de representatividade adequada) para participar de processos coletivos, nos quais a proteção da ordem pública e do interesse da sociedade é ainda mais importante, se comparado com processos individuais.

Nada obstante, a representatividade adequada apenas resolve parcialmente o problema, pois, apesar dos substituídos processuais (interessados diretos) estarem bem representados em juízo, ainda assim há a necessidade que estes próprios interessados possam apresentar suas nuances ao processo.

Em muitos casos, o legitimado coletivo, apesar de bem intencionado, não sabe efetivamente a real extensão do conflito, bem como as formas pelas quais a sua solução será melhor aproveitada pelos interessados diretos, notadamente nos casos de processos estruturais, onde a resposta jurisdicional deve ser construída juntamente com os atingidos diretamente pelo problema social em litígio.

Assim, faz-se necessária a ampliação dos instrumentos de participação dos próprios substituídos, seja por meio de outros representantes da classe (pessoas físicas ou jurídicas) dotados de maior conhecimento sobre a matéria objeto de discussão, o que se dá via *amicus curiae*, seja por meio de participações diretas, via realização de audiências públicas e abertura de discussões em fóruns on-line, abertos ao público geral.

Esclareça ainda que, no âmbito do próprio STF, a adoção destes meios de participação popular já vem sendo vista com bons olhos, como forma de proporcionar um diálogo direto com outras instituições e com o povo, a fim de legitimar a decisão exarada (GODOY, 2017).

Portanto, a oitiva dos substituídos, além de interessante para a resolução do problema, em muitos casos torna-se necessária, devendo o Direito realizar um diálogo interdisciplinar com outros ramos do conhecimento, a fim de viabilizar a participação efetiva dos substituídos.

Por fim, apesar de não se tratar de um problema propriamente de participação “no processo coletivo”, mas sim um problema de participação “após o processo coletivo”, ainda se faz necessária a análise da questão da busca da participação dos indivíduos na execução individual (seja judicial ou extrajudicial) dos títulos executivos judiciais formados nos processos coletivos.

No caso, após o julgamento das ações coletivas e dos incidentes de formação de precedentes (IRDR e julgamento de recursos repetitivos), também se faz necessária a informação do público atingido para que este possa proporcionar a execução individual quando necessária, buscar o bem da vida consoante o fixado no título, ou mesmo ingressar com seus processos judiciais em caso de julgamento favorável em incidente de formação de precedentes.

Assim, o problema da participação nos processos coletivos, além de ser uma necessidade para legitimar a própria existência dessa modalidade de processo, baseada na substituição processual, também se estende para situações posteriores ao fim do processo coletivo, sendo de suma importância que a informação seja disseminada pelos diversos meios para incentivar a participação nas execuções, nos acordos coletivos, ou mesmo para que os sujeitos atingidos possam buscar sua tutela jurisdicional. Somente assim haverá a prestação de uma tutela jurisdicional justa e efetiva.

Com isso, surge a dificuldade de levar as discussões judiciais coletivas para a sociedade em geral, proporcionando uma publicidade adequada e uma facilitação do discurso, visando viabilizar um diálogo efetivo entre os sujeitos processuais e os efetivos interessados na solução da controvérsia e no objeto litigioso, o que se tentará desenvolver por meio da metodologia da Visual Law, abordada na sequência.

3. VISUAL LAW

A reconfiguração da organização social e jurídica implica inovações teórico-metodológicas, como se buscou demonstrar na abordagem sobre os processos coletivos. Assim como em outros procedimentos e trâmites legais (AGUIAR, 2022; BRITTO; CRUZ, 2021; CARVALHO; NEGRI, 2021; FOSCACHES, 2020; GUIMARÃES, 2012; HAGAN, 2017; SOUZA; OLIVEIRA, 2022), a Visual Law pode ser adotada complementarmente para a publicização de decisões judiciais e outras fases, como instruções probatórias, visando a transparência da informação e o acesso à Justiça.

Apresenta-se a metodologia conceitualmente e seu papel na simplificação da linguagem jurídica; e, na sequência, sua contextualização no Direito brasileiro demonstra os usos e possibilidades da Visual Law em processos coletivos na atualidade.

3.1 A Visual Law e a simplificação da linguagem jurídica

O debate sobre inovação é recente no Direito e pode ser visto sob diversas perspectivas. Neste artigo, volta-se o olhar à Visual Law e seu efeito na relação entre o Poder Judiciário e a sociedade, com enfoque na comunicação e na linguagem jurídico-digital e as possibilidades de acesso criadas a partir de sua adoção, em especial nos processos coletivos.

O jurisdicionado que busca amparo jurídico pode se deparar com obstáculos de acesso à Justiça em razão da linguagem jurídica formal utilizada:

Se, por um lado, a face visível do direito são as normas legais, por outro lado, os sentidos que percorrem estão eivados de significados invisíveis; no espaço do tribunal, os rituais criam as fronteiras de espaço, transformando o ordinário em extraordinário; para que os que conseguem perceber o sentido/significado há a possibilidade de acesso, enquanto que outros

têm de continuar do ‘lado de cá da linha’, que separa o acessível do inacessível; para o ouvido treinado, o som do direito é bastante (ou, pelo menos, relativamente) harmonioso, para os que não compreendem o seu discurso existe a barreira do som, que dá lugar seja ao silêncio, seja ao ruído. (BRANCO, 2008, p. 7)

Esse silêncio é a incompreensão, o ruído, a compreensão parcial. E se a barreira da comunicação impede o pleno acesso, seja às normas legais, seja à linguagem jurídica (BRANCO, 2008), é preciso investigar onde estão as limitações e contorná-las de forma propositiva.

Em dezembro de 2019, foram publicados os resultados do “Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro”, realizado pelo Instituto de Pesquisas Sociais, Políticas e Econômicas (IPESPE, 2019), em parceria com a Associação dos Magistrados Brasileiros e Fundação Getúlio Vargas. Dentre os problemas mais percebidos, a pesquisa indica que, para 69% da população, o Poder Judiciário não tem um funcionamento moderno; soma-se a isso a percepção de que a linguagem jurídica é pouco compreensível para 87% da população (IPESPE, 2019).

Propostas de simplificação da linguagem jurídica vêm sendo feitas por pesquisadores do Direito (BRANCO, 2008; SLAIBI, 2017; GUIMARÃES, 2012), sob o argumento de que “o direito e seus operadores não falam só para si. Falam para uma audiência mais ampla, a sociedade. E por isso, é uma linguagem pública que deve ser acessível a todos” (GUIMARÃES, 2012, p. 32-33).

Uma destas propostas é a Visual Law: metodologia que possibilita tornar informações e procedimentos jurídicos mais compreensíveis e intuitivos e também atua na normatividade da linguagem (HABERMAS, 2002). A Visual Law é sustentada em três eixos: o design, a tecnologia e o Direito. O design tornaria as informações mais atrativas e compreensíveis; a tecnologia faria com que as ações das pessoas ocorressem de forma mais efetiva; e o Direito ficaria responsável pela promoção de uma sociedade mais justa e pelo empoderamento das pessoas. Na intersecção desses elementos, está a Visual Law (HAGAN, 2017).

Para Hagan (2017), o Direito, e quaisquer outras tratativas legais, deveria adotar a ferramenta, na medida em que ela é capaz de comunicar conceitos complexos de modo simples, e (re)produzir textos técnicos, orais ou escritos, por meio de artifícios e recursos visuais que os exemplificam e ilustram, logrando, como outros estudiosos indicaram, tornar o discurso jurídico acessível, sendo o sentido recebido por aquele que escuta ou lê matérias do Direito o mesmo que se teve a intenção de produzir.

Em publicação concernente à aplicação da Visual Law no continente europeu, Carvalho e Negri (2021) realizam apontamentos sobre o conceito, acrescentando à definição de Hagan (2017) aspectos como o balanço entre complexidade e simplicidade, não permitindo que a ferramenta, ao simplificar demasiadamente, esvazie o sentido original do discurso jurídico de partida; entre o clássico e o digital, propondo uma ponte entre os dois paradigmas e aproveitando o melhor de cada um deles. As autoras ainda explicitam a finalidade da adoção da Visual Law na Finlândia e na Bélgica, que envolve “um futuro de cooperação, simplicidade, Direito proativo e preventivo, e o uso da comunicação visual acessível a todos” (CARVALHO; NEGRI, 2021, p. 286).

3.2 A Visual Law no Direito Brasileiro

No Brasil, as iniciativas de modernização do Poder Judiciário, fortalecidas principalmente nas últimas duas décadas, desde o ano 2000, e o salto em inovação proporcionado pela pandemia da covid-19, representam novos horizontes para o Direito.

Um marco normativo importante é a Lei n.º 12.527, de 2011, que dispõe sobre a garantia de acesso à informação, em seu 2º capítulo, art. 6º, assevera que: “Cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a: I - gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação (...)” (BRASIL, 2011).

Isso demonstra a preocupação do legislador com a informação clara e acessível e indica que há uma grande barreira a ser superada: o formalismo jurídico, ainda, o famoso juridiquês. Essa norma da linguagem é caracterizada justamente pelo uso exacerbado de arcaísmos, termos técnicos e hiperespecializados, construções linguísticas e discursivas complexas e, muitas vezes, prolixas, ambíguas ou ainda incompatíveis, dada sua pouca objetividade (SLAIBI, 2017), por isso, nesse novo contexto de modernização e acessibilidade, ela começa a dar espaço para outras perspectivas e práticas.

Bernardo de Azevedo e Souza discute o assunto por meio de publicações e do grupo de pesquisa VisuLaw. Em entrevista concedida a Britto e Cruz (2021, p. 230), o professor indicou que “no campo do Visual Law, essencialmente, estamos falando de uma nova comunicação no Judiciário, na AGU, no Ministério Público e entre os advogados e os clientes”. E ainda reiterou o posicionamento de Hagan, indicando que “as técnicas de Visual Law permitem que os profissionais comuniquem melhor suas ideias e exponham melhor seus argumentos” (BRITTO; CRUZ, 2021, p. 230).

São diferentes instrumentos e ferramentas utilizadas por esta metodologia da Visual Law para tornar a linguagem jurídica acessível à sociedade: imagens, gráficos, fluxogramas, palavras-chave, glossário, comparações, metáforas, resumos, perguntas de reforço e destaques são exemplos que ilustram o seu potencial de comunicabilidade.

Itens mais técnicos que também podem ser adotados são enumerados por Foscahes (2020), incluindo o uso de palavras frequentes, no lugar de palavras incomuns; o uso de verbos, no lugar de nominalizações; o uso de construções afirmativas, no lugar de negativas; o emprego de frases curtas; e o emprego de palavras concretas (tribunal, no lugar de instância recursal, por exemplo).

No âmbito do processo coletivo, o que se propõe com a Visual Law é a compreensão da mensagem a ser transmitida por meio dos atos judiciais, permitindo uma rápida e fácil visualização. Assim, tem-se o uso

estratégico da Visual Law em decisões que mereçam destaque e que são mais procuradas e acessadas num processo coletivo, de forma a facilitar a transmissão de um conteúdo mínimo daquele que foi decidido pelo Poder Judiciário e que traz grandes desdobramentos jurídicos e processuais, em suas diferentes fases, principalmente na execução do título judicial.

4. APLICAÇÃO DA VISUAL LAW EM PROCESSOS COLETIVOS

Articulando as reflexões sobre a coletivização de processos e inovações teórico-metodológicas na contemporaneidade, visando a complementariedade da linguagem jurídica, de modo a torná-la mais compreensível às partes, propõe-se a aplicação da Visual Law em processos coletivos.

O trajeto argumentativo contempla a importância da linguagem simples e de recursos visuais no problema da participação em processos coletivos e no período que o segue, englobando a publicidade dos atos processuais, o conteúdo da decisão judicial e os efeitos dessa decisão para os substituídos processuais, propondo que a Visual Law seja adotada em complementariedade, como seu uso no IRDR 007, do Tribunal de Justiça do Paraná – TJPR demonstra; bem como o resumo expandido apresentado como ilustrativo da aplicabilidade da metodologia nesses casos.

4.1 A participação durante o processo coletivo e as possibilidades da aplicação da Visual Law

Como já estabelecido anteriormente, tem-se que a participação no processo coletivo pode ser vista por duas óticas: a) Participação durante o processo coletivo; e b) Participação após o processo coletivo.

A participação durante o processo coletivo é instrumento de legitimação das decisões judiciais coletivas, diante do efetivo exercício do poder de influência dos próprios atingidos na elaboração do processo e

da decisão judicial. Assim, os próprios substituídos processuais podem proporcionar ao juízo e aos demais sujeitos processuais uma melhor compreensão da controvérsia e do problema social envolvido, ampliando o campo para formulações de acordos coletivos e contribuindo com a melhor interpretação dos fatos.

Frise-se que a participação durante o processo coletivo é instrumento de legitimação do processo coletivo, em razão da decisão judicial a ser imposta aos substituídos processuais (notadamente nos casos de incidentes de formação de precedentes – incidente de coletivização das decisões) ter sido produzida com o auxílio e o exercício do contraditório, ainda que mediato, dos interessados diretos, trazendo assim maior confiabilidade no seu processo de formação.

Vale mencionar que são hipóteses de participação durante o processo coletivo os casos de *amicus curiae*, a realização de audiências públicas e a abertura de fóruns on-line para envio de manifestações diretas por pessoas não atuantes como partes no processo.

De outro lado, a participação após o processo coletivo tem relação direta com a própria efetividade da tutela jurisdicional, em razão de estar diretamente conectada com a busca do bem da vida pelos próprios substituídos processuais.

Assim, após o julgamento de um processo coletivo, seja ela uma ação coletiva ou mesmo um incidente de formação de precedente (IRDR ou julgamento de recurso repetitivo), faz-se necessário que os substituídos processuais ingressem com suas execuções individuais (no caso das ações coletivas) ou com suas ações de conhecimento individuais (no caso do IRDR ou julgamento de recurso repetitivo) para que consigam obter o bem da vida discutido coletivamente.

Esclareça-se que esta modalidade de participação individual é, sem dúvida, a mais importante, pois, sem ela, o processo coletivo apenas terá solucionado a controvérsia no campo jurídico, não trazendo ao mundo material a alteração jurídica ou a reparação do dano a que se teve submetido

os substituídos processuais, o que somente será obtido mediante a sua participação pessoal, por uma execução individual ou um processo de conhecimento individual.

Portanto, somente com o incentivo da participação após o processo coletivo será possível se falar em consecução de uma tutela jurisdicional justa e efetiva, com a entrega real do bem da vida aos que tiveram seus direitos violados diretamente.

Inclusive, a disseminação da informação de forma correta, fácil e oficial reduz a possibilidade de substituídos processuais serem vítimas de golpes envolvendo ações coletivas e estelionatários, o que, infelizmente, ocorre com grande frequência na realidade brasileira.⁴

No entanto, não será possível a obtenção da participação (seja durante ou após o processo coletivo) sem que se alterem os paradigmas atuais do Direito, pois a facilitação da linguagem, o acesso à informação e a publicidade adequada das informações somente serão obtidas mediante uma série de recursos visuais, tecnológicos e didáticos.

A organização social reflete no Direito e vice-versa. Contemporaneamente, a necessidade deflagrada pela pandemia da covid-19 de virtualização do Sistema de Justiça gerou resposta às demandas internas e externas de modernização e de acesso à linguagem jurídica.

A Visual Law foi pautada em instâncias jurídicas em todo o Brasil, com a sua normatização pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução n.º 347/2020, que prevê que “sempre que possível, dever-se-á utilizar recursos de Visual Law que tornem a linguagem de todos os documentos, dados estatísticos em ambiente digital, análise de dados e dos fluxos de trabalho mais claros, usuais e acessíveis” (CNJ, 2020).

4 Por exemplo, o caso de estelionatários que se identificam como advogados e pedem depósitos bancários para liberar valores de ações judiciais coletivas que beneficiam educadores no Paraná: <https://appsindicato.org.br/app-sindicato-alerta-para-tentativas-de-golpe-contr-a-categoria-usando-aco-es-judiciais/>.

Esta metodologia pode incentivar a participação de outros sujeitos coletivos e outros sujeitos individuais dotados de conhecimento e representatividade via *amicus curiae* e também fomentar a participação direta dos substituídos via audiências públicas e oitiva via fóruns on-line de discussões sobre o processo.

Com a adoção da Visual Law em atos judiciais estratégicos no processo coletivo, proporciona-se maior publicidade, bem como se facilita a linguagem para que corresponda ao conhecimento do público em geral, cabendo assim a identificação do objeto litigioso da ação coletiva ou objeto litigioso do incidente de formação do precedente (qual matéria será julgada de forma vinculante), partes no processo, possíveis repercussões práticas, possíveis problemas já identificados, formas para se encaminhar sugestões, dentre outras.

Inclusive, é de suma importância que sejam utilizados recursos visuais como tabelas, esquemas de explicação, slides, vídeos de pessoas especializadas, elaboração de apostilas sobre os conteúdos debatidos no processo, resumos acerca da petição inicial e da própria contestação, elaboração de sites com a distribuição de informações acerca de como participar, e acesso a documentos necessários para leitura e participação, dentre outros tantos instrumentos existentes.

Com isso, os substituídos processuais poderão efetivamente participar do processo, com a elaboração de manifestações em audiências públicas de forma informada, envio de sugestões para fóruns on-line criados para a discussão aberta do problema social, ou até mesmo a disponibilização para participar diretamente como *amicus curiae*, quando o seu conhecimento acerca da situação seja notório e amplo, capaz de demonstrar uma nova ótica para o problema.

Um exemplo é bom para ilustrar. Imagine um caso em que um rio tenha sido supostamente poluído por uma determinada sociedade empresarial, em uma zona pesqueira de um município. Nesse processo, será necessário demonstrar pericialmente que houve a efetiva poluição do rio,

mas também deverá compreender a participação dos próprios pescadores para demonstrar que a poluição afetou a fauna local, com a diminuição e mortandade de espécies, o que será feito das mais diversas maneiras.

Neste mesmo exemplo, ainda pode existir interesse do agente poluidor em realizar um acordo coletivo a fim de reparar os danos, o que somente será possível com a identificação dos danos reais, sejam materiais, sejam imateriais. Isso se obtém com a participação da comunidade afetada e a oitiva dos interessados, seja diretamente, seja por representante da classe.

Porém, o público local apenas terá a possibilidade de participar caso possua conhecimento do processo judicial, dos atos processuais (petição inicial, contestação, decisões judiciais) e também dos próprios documentos que acompanham o processo. Entretanto, de nada adiante disponibilizar documentos revestidos de linguagem jurídica de difícil entendimento e cópias de processos judiciais que, muitas vezes, podem superar as 5.000 (cinco mil) páginas.

Assim, é necessária a disponibilização de resumos acerca do processo e dos atos processuais com uma linguagem fácil e acessível, esquemas de explicação do objeto litigioso e a informação clara e acessível dos meios de participação individual e pessoal, inclusive com a indicação de links de sites ou locais para envio de manifestações ou comparecimento pessoal, com dia, hora e local.

Frise-se que os sujeitos envolvidos nestas demandas são geralmente hipossuficientes (informativos, técnicos e muitas vezes econômicos), motivo pelo qual somente com a utilização de recursos de acessibilidade, como os fornecidos pela Visual Law, com a adaptação do discurso e a disponibilização das informações judiciais de forma facilitada aos seus receptores, fazendo jus às suas necessidades e fragilidades, será possível obter uma participação efetiva e informada dos substituídos processuais.

De forma didática, segue um exemplo de resumo expandido de decisão saneadora em processo coletivo com aplicação da metodologia Visual Law em caso fictício.


FIGURA 1 – Resumo Expandido de Decisão Saneadora em Processo Coletivo de Caso Fictício.*




FONTE: Os autores (2023).


* Nota da Comissão Editorial: no original os destaques são coloridos (em verde).

FIGURA 2 – Resumo Expandido de Decisão Saneadora em Processo Coletivo de Caso Fictício.*

 **PONTOS CONTROVERTIDOS**

A) Houve efetiva poluição do Rio Tibagi?
B) Houve implicações para a fauna local?
C) Houve diminuição e morte de espécies de peixes?

 **DECISÃO DO JUIZ**

 **CONCEDO PARA IDENTIFICAR DANOS REAIS: MATERIAS E IMATERIAIS**



- Produção de Prova Documental
- Perícia
- Oitiva das Testemunhas
- Oitiva dos Interessados Habilitados neste Caso
- Audiência Pública


HORA E LOCAL PARA COMPARECIMENTO EM AUDIÊNCIA PÚBLICA: 17/02/2023, ÀS 14H, NO FÓRUM DA COMARCIA DE TIBAGI.

FÓRUM DE DISCUSSÃO ONLINE: CLIQUE AQUI PARA ENVIO DE SUGESTÕES.
(LINK PARA OUTRO SÍTI0)

CONSULTA CIDADÃO: qualquer cidadão pode buscar de forma rápida e segura maiores informações sobre este caso concreto. Para acessar agora, clique aqui.
(LINK PARA OUTRO SÍTI0)

INTIMAR a Parte Ré Sociedade XYZ S.A. sobre o interesse em realizar Acordo Coletivo e reparar os Danos.

  50% do Valor dos Honorários Periciais a serem antecipados pela Parte Ré.

 Tibagi, 15 de janeiro de 2023.
Juiz da Causa

FONTE: Os autores (2023).

* Nota da Comissão Editorial: no original os destaques são coloridos (em verde, amarelo e azul, e a seta é amarela).

4.2 Visual Law e a participação após o processo coletivo

A Visual Law pode contribuir na fase de execução de processos coletivos, sejam eles ações coletivas ou decisões estruturais, execuções individuais decorrentes de sentenças coletivas, ajuizamentos de processos de conhecimentos após a edição de Precedentes Vinculantes, ou até mesmo para incentivar a realização de acordos coletivos.

No caso da participação após o processo coletivo, tem-se uma maior preocupação com o acesso à informação acerca do título executivo formado. Aqui, não se tem tanta preocupação mais com a publicidade dos atos processuais pretéritos do processo coletivo, mas sim com o conteúdo da decisão formada e da forma como esta decisão poderá interferir na vida individual dos substituídos processuais.

Frise-se que esta interferência na vida pessoal dos substituídos processuais pode vir por diversas maneiras, tanto positivas como negativas.

Assim, por exemplo, positivamente, pode haver casos em que uma ação coletiva é julgada procedente para conceder algum bem da vida aos substituídos processuais, que deverão então buscá-los por meio de execuções individuais. Por exemplo, um sindicato que ganha uma ação coletiva (ou mesmo um IRDR ou julgamento de recurso repetitivo) para determinar o pagamento de uma determinada vantagem patrimonial a uma classe de servidores públicos.

Nesta situação, é de suma importância que o servidor tenha acesso à informação para poder promover o ajuizamento do seu pedido de cumprimento de sentença individual decorrente da sentença coletiva (caso da ação coletiva), ou promover o ajuizamento de sua ação de conhecimento individual para a busca da vantagem patrimonial reconhecida por meio de um precedente vinculante formado em IRDR ou julgamento de recurso repetitivo.

Um exemplo prático de utilização de recursos de Visual Law para estes casos é o esquema elaborado pelo TJPR após o julgamento do IRDR

007, que tratava da possibilidade de servidores temporários contratados pelo Estado do Paraná mediante processo seletivo simplificado por desempenharem as mesmas funções dos cargos equivalentes efetivos, podem receber “Adicional de Atividade Penitenciária”. Vejamos:

FIGURA 3 – Tese do IRDR 007 do TJPR com ferramentas de Visual Law.*

Publicador de conteúdo		Retornar para página Inicial	
IRDR 007			
Número Único de Tema (NUT)	Processo	Relator	Órgão Julgador
8.16.1.000007	0005717-38.2015.8.16.0004 (1510100-9/01)	Des. Paulo Roberto Vasconcelos	Órgão Especial
Decisão de Admissibilidade	Decisão de admissibilidade publicada no Dje nº 2122 em 29/09/2017.		
Questão submetida a julgamento	Possibilidade de servidores temporários contratados pelo Estado do Paraná mediante processo seletivo simplificado por desempenharem as mesmas funções dos cargos equivalentes efetivos, poderem receber “Adicional de Atividade Penitenciária”.		
Tese firmada	Por possuírem atribuições e exercerem funções similares aos Agentes Penitenciários efetivos, os Agentes de Cadeia, Agentes Penitenciários, Agentes de Monitoramento e Auxiliares de Carceragem temporários, contratados por meio de Processo de Seleção Simplificado (PSS), fazem jus ao pagamento de Adicional de Atividade Penitenciária (AAP), nos termos do artigo 8, inciso IV, da Lei Complementar Estadual nº 108/2005, e artigo 18, inciso I, da Lei Estadual nº 13.666/2002, exceto nas situações em que resulte comprovado que percebem outra gratificação de igual natureza, observando-se, em todos os casos, o limite estabelecido no artigo 8, inciso II, da Lei Complementar Estadual nº 108/2005.		
Situação do Tema	Transitado em julgado		
Classe do Processo Paradigma	198 - Apelação Cível		
Processo Paradigma	0005717-38.2015.8.16.0004 (1510100-9/01)		
Data do Julgamento	15/03/2021		
Data de Publicação do Acórdão	30/03/2021		
Data do Trânsito em Julgado	19/10/2021		
Ramo do Direito	Direito Administrativo		
Assuntos	9985 - Direito Administrativo 10219 - Servidor Público Civil 10288 - Sistema Remuneratório e Benefícios		
Referência Legislativa	Artigo 8º, inciso IV, Lei Complementar Estadual nº 108/2005		
Observações NUGEP	Em razão do trânsito em julgado, deve haver o resgate dos processos sobrestados.		
Decisões	15/09/2017 Decisão de admissão e suspensão de processos 12/09/2018 Despacho de prorrogação da suspensão por 6 meses 14/03/2019 Despacho de prorrogação da suspensão por mais 6 meses 11/08/2020 Decisão em exame de competência 15/03/2021 Decisão de mérito 05/07/2021 Decisão de não provimento de EDs contra mérito 08/10/2021 Decisão de não admissão de RE		
Processos Sobrestados	199		

FONTE: TJPR (2017).

* Nota da Comissão Editorial: no original há destaque à “Observações do NUGEP” em vermelho.

Menciona-se que não é suficiente apenas a edição de instrumentos de facilitação do discurso, também se faz necessário que esta informação seja efetivamente disponibilizada em sites e outros mecanismos de acesso à informação para que o seu conteúdo chegue aos substituídos processuais, e estes possam ingressar com suas respectivas ações de conhecimento para postular o pagamento da verba.

Dessa maneira, o que se quer com a adoção da Visual Law é a edição de esquemas de facilitação do discurso jurídico, trazendo para o mundo material o conteúdo do título judicial e a forma como a decisão judicial proferida poderá interferir na vida dos substituídos processuais, com a consequente disponibilização de informações acerca das possíveis formas de participação e resgate do bem da vida concedido.

Sugere-se assim a adoção, de uma forma geral, da técnica de elaboração de resumo expandido como ferramenta da Visual Law, tal qual aplicado no resumo expandido do caso fictício, acima demonstrado. De forma clara, identifica-se a coisa julgada formada e o objeto vinculante decorrente da formação do precedente, os possíveis sujeitos individuais beneficiados, as formas de participação na execução; ou em processos estruturais; elaboração de sites com informações acerca das formas de participação, execução e obtenção do bem da vida; dentre outras.

A Visual Law concretiza o acesso à Justiça, de forma a destacar informações básicas para execução do processo coletivo. Por exemplo, destacar, sem juridiquês, a possibilidade de o próprio sindicato representar a parte; ou a existência de um *link* para ter acesso a mais informações; ou até um canal para quem quiser aderir a um acordo coletivo.

Portanto, somente com a facilitação da linguagem para que público direcionado tenha ciência do conteúdo do título executivo judicial coletivo formado e com a disponibilização de informações fáceis, acessíveis e adequadas a esse público acerca das formas de participação e execução na busca pelo bem da vida reconhecido no processo coletivo, será possível falar na consecução do objetivo máximo da jurisdição, qual seja a concessão de uma tutela justa, efetiva e adequada.

5. CONCLUSÃO

A jurisdição existe para que o jurisdicionado tenha a obtenção do seu bem da vida, o reconhecimento do seu direito violado e, por fim, a consecução máxima da paz social buscada. Porém, nenhum desses objetivos será obtido sem a efetiva transposição do discurso jurídico para o público realmente atingido pelo seu conteúdo.

Em processos coletivos, o tema não é diferente. Aqui, como também nos processos individuais, tem-se que adotar medidas para que a linguagem jurídica e as informações fundamentais do processo judicial cheguem nos verdadeiros interessados, que, no caso, são os substituídos individuais ou a sociedade em geral, como nos casos dos direitos difusos e/ou coletivos.

Neste artigo, buscou-se indicar possibilidades da aplicação da metodologia nesses casos, por meio de procedimentos teóricos e práticos. Considera-se que, a partir da aplicação da Visual Law, as etapas e as informações durante e após o processo coletivo tornam-se mais claras. No resumo expandido, identifica-se a coisa julgada formada, o objeto vinculante decorrente da formação do precedente, os possíveis sujeitos individuais beneficiados, informações acerca das formas de participação, execução e obtenção do bem da vida.

Isso demonstra que a Visual Law é um campo que pode ser explorado processualmente para promover a participação dos substituídos processuais (indivíduos, grupo atingido ou sociedade em geral), o que servirá tanto como mecanismo de legitimação do processo coletivo, como também forma de obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva, entregando o bem da vida àqueles que foram diretamente afetados com a violação do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, K. S. Visual Law: como a experiência do Direito pode ser aprimorada. In: SOUZA, Bernardo de Azevedo; OLIVEIRA, Ingrid Barbosa (org.). **Visual Law**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

BENJAMIN, H. A.; MARQUES, C. L. BESSA, L. R. **Manual de Direito do Consumidor**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRANCO, P. O Acesso ao Direito e à Justiça: um direito humano à compreensão. Centro de Estudos Sociais, Laboratório Associado – Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. **Oficina n. 305**. 2008.

BRASIL. Presidência da República, Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011**, que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n.º 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n.º 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em: 02 jan. 2023.

BRITTO, M. C. S.; CRUZ, F. B. Visual Law e Inovação: uma nova percepção para o processo eletrônico no direito brasileiro (Entrevista). **Humanidades&Inovação**, v. 8, n. 47, 2021. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/5659>. Acesso em: 8 jan. 2022.

CARVALHO, L. A.; NEGRI, S. Innovations in the Legal Services Supported by the Use of Visual Law: the reality in Finland and Belgium. **Humanidades&Inovação**, v. 8, n. 47, 2021. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/5656>. Acesso em: 08 jan. 2022.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 347/2020**, que dispõe sobre a Política de Governança das Contratações Públicas no Poder Judiciário, 2020b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3518>. Acesso em: 08 jan. 2022.

DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 4. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FOSCACHES, G. V. Por que e como usar a linguagem clara: planejamento linguístico para democratizar a justiça. **Revista científica do STJ**, nº. 1, 2020.

GARTH, B.; CAPPELETTI, M. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

GIL, A. C. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2002.

GODOY, M. G. **Devolver a Constituição ao Povo** – Crítica à Supremacia Judicial e Diálogos Institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GUIMARÃES, L. H. P. A. A Simplificação da Linguagem Jurídica como Instrumento Fundamental de Acesso à Justiça, Publ. UEPG. **Ci. Hum., Ci. Soc. Apl., Ling., Letras e Artes**, v. 20, n. 2, Ponta Grossa, jul/dez. 2012.

GUIMARÃES, P. B. V.; XAVIER, Y. M. A. Smart cities e direito: conceitos e parâmetros de investigação da governança urbana contemporânea. **Revista de Direito da Cidade**, v. 8, nº. 4, 2016.

HABERMAS, J. **A Inclusão do Outro**. São Paulo: Loyola, 2002.

HAGAN, M. **A Visual Approach to Law**. Miscellaneous Law School Publications. 2017. Disponível em: <http://repository.law.umich.edu/miscellaneous/36>. Acesso em: 05 jan. 2022.

IPESPE – Instituto de Pesquisas Sociais, Políticas e Econômicas. **Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro**. Dezembro de 2019. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/12/estudo-imagem-judiciario-brasileiro.pdf>. Acesso em: 13 mar 2021.

LUNARDI, T. A. P. **Coletivização da Prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual**. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de ciências humanas, letras e artes, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

MENDONÇA, J. V. S. Direito Administrativo e Inovação: limites e possibilidades. **Revista de Direito Administrativo Constitucional**. v. 17. nº. 69. 2017.

MILARÉS, C. De como a natureza foi expulsa da modernidade. **Revista Crítica do Direito**, São Paulo, vol. 66, p. 88-105, 2015.

OSNA, G. Coletivização total e coletivização parcial: aportes comparados e o processo civil brasileiro. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 1, p. 115-138, 2015.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SLAIBI, A. L. G. **Uma Crítica à Linguagem Jurídica**: acesso, técnica, violência e efetividade. UNIFACS, 2017. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4810/3164>. Acesso em: 08 jan. 2022.

SOUZA, B. A.; OLIVEIRA, I. B. (org.). **Visual Law**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

PESSOA, T. S. **Ação Coletiva de Produção Antecipada de Provas**. Curitiba: Juruá, 2020b.

PESSOA, T. S. O novo processo coletivo brasileiro. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 10, p. 283-317, 2019.

PESSOA, T. S. Os novos conflitos coletivos e a readequação da atuação da fazenda pública. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, n. 95, p. 101-118, mar/abril, 2020a.

TJPR – Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **IRDR 007** sobre a Possibilidade de servidores temporários contratados pelo Estado do Paraná mediante processo seletivo simplificado por desempenharem as mesmas funções dos cargos equivalentes efetivos, poderem receber “Adicional de Atividade Penitenciária”, 2017. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/irdr-julgados?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_returnToFullPageURL=%2Firdr-julgados&_101_assetEntryId=15916947&_101_type=content&_101_groupId=2640044&_101_urlTitle=tema-7&_101_redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpr.jus.br%2Firdr-julgados%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_groupId%3D0%26_3_keywords%3Daap%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26_3_redirect%3D%252Firdr-julgados&inheritRedirect=true. Acesso em: 18 jan. 2023.

TUCCI, J. R. C. e. **“Class Action” e Mandado de Segurança Coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990.

PRODUÇÃO JURÍDICA DA PGE

2023

Protocolo de Referência n.º 19.378.300-7

INTERESSADO: SECRETARIA DE ESTADO DA EDUCAÇÃO E DO ESPORTE – SEED.

ASSUNTO: CONSULTA JURÍDICA – ANÁLISE DE TERMOS GENÉRICOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA – IMPOSSIBILIDADE.

PARECER N.º 07/2022 – PGE/PR

DIREITO ADMINISTRATIVO. ANÁLISE JURÍDICA. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. MINUTAS PADRONIZADAS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ANÁLISE INDIVIDUALIZADA PELA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO. OBRIGAÇÃO DO COMPROMISSÁRIO CERTA, LÍCITA, POSSÍVEL E EXIGÍVEL. NECESSIDADE DE RELAÇÃO ENTRE DANO E REPARAÇÃO. REQUISITOS ESSENCIAIS. LEI N.º 20.656/2021.

1. O RELATÓRIO

Trata o presente de consulta jurídica elaborada pelo Sr. Secretário de Estado da Educação e do Esporte (SEED) com solicitação de análise de modelos genéricos de minutas de Termos de Ajustamento de Conduta.

As questões suscitadas pelo Senhor Secretário foram as seguintes:

Nos termos do Memorando n.º 44/2022 à mov. 2, encaminhamos a Vossa Excelência quatro minutas de Termos de Ajustamento de Conduta (Movs. 4 a 6), propostas pelas Coordenações de Processos de Apuração de Responsabilidades, Sindicâncias e de Processos Administrativos Disciplinares da Assessoria Técnica desta Pasta.

As referidas minutas serão utilizadas como modelos para os processos em tramitação que aguardam análise para a propositura de TAC (355), a fim de dar cumprimento à Lei n.º 20.656/2021, em atendimento ao princípio da celeridade e economia processual e no intuito de não sobrecarregar essa Procuradoria-Geral do Estado com a análise individual de cada processo.

É o relatório. Passa-se à análise e às respostas ao consultado.

2. A ANÁLISE JURÍDICA

De início, cabe destacar que a presente informação se cinge à análise jurídica quanto ao objeto tratado neste protocolado, sem caráter vinculativo para a autoridade competente, tendo por escopo assistir o responsável assessorado/consultante no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem praticados.

Nesse norte, não compete ao Órgão Consultivo adentrar a conveniência e a oportunidade dos atos praticados, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnica, administrativa, orçamentário-financeira ou contábil, que são de competência dos subscritores que as emanaram.

Logo, esta Procuradoria Especializada efetua a análise sob o prisma jurídico. Quanto ao aspecto formal, a consulta apresentada atende

ao disposto no art. 2º do Regulamento da Procuradoria-Geral do Estado,¹ aprovado pelo Decreto n.º 2.709/2019.

De mais a mais, essa exposição toma por base, exclusivamente, os elementos que constam até a presente data neste protocolo eletrônico.

A questão posta na consulta é essencialmente acerca da possibilidade ou não de a Administração Pública estadual padronizar as minutas de Termos de Ajustamento de Conduta, de forma a dispensar a análise da Procuradoria-Geral do Estado.

2.1 A competência da Procuradoria-Geral do Estado na análise das minutas de Termo de Ajustamento de Conduta

Acerca da competência desta Coordenadoria do Consultivo para se manifestar nos termos de ajustamento de conduta, cumpre tecer algumas considerações.

Ao encaminhar a solicitação de manifestação da PGE, o Senhor Secretário de Estado da Educação e do Esporte faz menção ao conteúdo do Memorando n.º 44/2022 – ASS TEC/SEED/CH (movimento 2), o qual, acerca da competência da PGE, faz as seguintes considerações: *“Em que pese não há na referida Lei, a obrigatoriedade da análise jurídica da Procuradoria Geral do Estado dos TACs, encontra-se respaldo através do inciso XII, art. 21 Decreto n.º 2709/2019, a manifestação prévia da PGE, à celebração do TAC, através da Coordenadoria do Consultivo”*.

1 Anexo a que se refere o Decreto n.º 2.709/2019

Art. 2º Os protocolos solicitando manifestações jurídicas à Procuradoria-Geral, no exercício da atribuição de consultoria e assessoramento, devem ser solicitados pelo Titular da Pasta ou da entidade da Administração Indireta e conter, ao menos, sob pena de não conhecimento:

I – as manifestações técnicas cabíveis;

II – a identificação precisa do objeto de análise;

III – a instrução do processo com todos os documentos indispensáveis para análise.

Veja-se que não há necessidade de a Lei n.º 20.656/2021 estabelecer a obrigatoriedade de a PGE se manifestar acerca da minuta do Termo de Ajustamento de Conduta, uma vez que a competência da PGE para a manifestação em tais casos decorre de previsão constitucional e de regramento do Estado do Paraná, conforme será explicitado na sequência.

O Termo de Ajustamento de Conduta é um importante instrumento de resolução consensual de conflitos e como tal decorre de concessões recíprocas das partes que constituem o ajuste. Nesse negócio jurídico bilateral, o agente público que praticou alguma conduta supostamente contrária às previstas na legislação se compromete a adequá-la e a seguir fielmente as obrigações dispostas no convencionado.

No caso do ajustamento de conduta, previsto na Lei n.º 20.656/2021, tem-se de um lado o Estado do Paraná a renunciar, condicionalmente, ao seu poder-dever de promover a persecução disciplinar e de punir as faltas funcionais e/ou faltas dos licitantes e contratante, e de outro, o interessado transgressor que vem a reconhecer, voluntariamente, a responsabilidade pela prática do ilícito, e se compromete ajustar sua conduta aos deveres e às proibições previstos na legislação e a ressarcir os possíveis danos.

Repise-se que, no Estado do Paraná, a análise jurídica prévia dos termos de ajustamento de conduta é feita pela consultoria jurídica da Procuradoria-Geral do Estado, por competência constitucional e legal expressa. Esta, disciplinada no art. 132 da Constituição da República Federativa do Brasil e no art. 124 da Constituição do Estado do Paraná, nos seguintes termos:

Constituição Federal:

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Constituição do Estado do Paraná:

Art. 124. Compete à Procuradoria-Geral do Estado, além de outras atribuições que lhe forem conferidas por lei:

I – a representação judicial e extrajudicial do Estado e a **consultoria jurídica do Poder Executivo**;

II – a unificação da jurisprudência administrativa do Estado;

III – a cobrança judicial da dívida ativa do Estado;

IV – a realização dos processos administrativo-disciplinares, nos casos previstos em lei;

V – a orientação jurídica aos Municípios, em caráter complementar ou supletivo.
(grifou-se)

A seu turno, a Lei n.º 19.848 de 03 de maio de 2019, que [d]ispõe sobre a organização básica administrativa do Poder Executivo Estadual e dá outras providências em seu art. 14 assim estabelece:

Art. 14 A Procuradoria-Geral do Estado - PGE é instituição necessária à Administração Pública Estadual e função essencial à administração da justiça, responsável, sob título exclusivo, pela advocacia do Estado exercida nos termos do art. 124 da Constituição Estadual.

Parágrafo único. A organização e o funcionamento da PGE são estabelecidos em lei específica.

A Lei Complementar n.º 26, de 30 de dezembro de 1985, [d]ispõe sobre o Estatuto da Procuradoria-Geral do Estado e adota outras providências e o art. 1.º trata das atribuições constitucionais que são inerentes à PGE/PR:

Art. 1º. À Procuradoria Geral do Estado, no exercício das atribuições constitucionais que lhe são inerentes, compete:

I - a representação judicial e extrajudicial do Estado do Paraná e suas autarquias, exceto as instituições de ensino superior; (Redação dada pela Lei Complementar 195 de 27/04/2016)

II - o exercício das funções de consultoria jurídica da administração direta e indireta do Poder Executivo e dos Municípios; (Redação dada pela Lei Complementar 40 de 08/12/1987)

III - a cobrança da dívida ativa do Estado do Paraná e suas autarquias, exceto as instituições de ensino superior. (Redação dada pela Lei Complementar 195 de 27/04/2016)

IV - a regionalização de sua ação setorial a nível intra e interregional, bem como a criação de mecanismos de controle destas ações e a implantação de um sistema setorial de informações. (Incluído pela Lei Complementar 40 de 08/12/1987)

§ 1º As atividades jurídicas da administração pública estadual serão organizadas em sistema, sob a coordenação da Procuradoria Geral do Estado. (Redação dada pela Lei Complementar 40 de 08/12/1987)

§ 2º Os órgãos do Estado que emitirem parecer divergente do proferido pela Procuradoria Geral do Estado providenciarão o necessário reexame da matéria por esta Procuradoria, com a indicação das causas e divergências. (Redação dada pela Lei Complementar 40 de 08/12/1987)

§ 3º A Procuradoria-Geral do Estado priorizará a prevenção e o encerramento de litígios por meios consensuais, observados os princípios gerais da administração pública, de maneira que o Procurador do Estado poderá conciliar, transacionar, abster-se de ajuizar ação ou apresentar defesa ou recurso, bem como reconhecer procedência de pedidos, assim como desistir de ações e de recursos, quando demonstrado o atendimento ao interesse público, conforme procedimento fixado em regulamento. (Incluído pela Lei Complementar 246 de 20/05/2022)

Com a edição do Decreto n.º 2.709, de 10 de setembro de 2019, foi aprovado o Regulamento que deu nova estrutura à Procuradoria-Geral do Estado. Cabe esclarecer que o citado Decreto não criou competências e sim aprovou o regulamento da PGE.

Art. 1º A Procuradoria-Geral do Estado – PGE, nos termos do art. 132 da Constituição Federal, dos arts. 123 a 126 da Constituição Estadual, da Lei Complementar n.º 26, de 30 de dezembro de 1985, alterada pela Lei Complementar n.º 40, de 08 de dezembro de 1987 e da Lei n.º 19.848, de 03 de maio de 2019, constitui órgão de primeiro nível hierárquico da administração estadual, e tem por finalidade a:

I – a representação judicial e extrajudicial do Estado do Paraná e suas autarquias, exceto as instituições de ensino superior;

II – a uniformização da jurisprudência administrativa do Estado;

III – a cobrança judicial e extrajudicial da dívida ativa do Estado;

IV – a realização dos processos administrativo-disciplinares, nos casos previstos em lei;

V – a orientação jurídica aos Municípios, em caráter complementar ou supletivo.

§ 1º As atividades jurídicas da administração pública estadual serão organizadas em sistema, sob a coordenação da Procuradoria-Geral do Estado.

§ 2º A Procuradoria-Geral do Estado poderá, nos termos do procedimento previsto neste regulamento, conciliar em processos judiciais sob sua responsabilidade, visando ao interesse público.

Dessa forma, no nível de atuação sistêmica da PGE/PR, compete à Coordenadoria do Consultivo, no exercício de atribuição constitucional, a manifestação prévia à celebração de termos de ajustamento de conduta

pelos órgãos da Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional do Estado, nos termos do contido no inciso XXI do art. 12 do Decreto n.º 2.709/2019.

2.2 Da finalidade dos compromissos expostos no Termo de Ajustamento de Conduta – TAC

A Lei n.º 20.656, de 3 de agosto de 2021 que [e]stabelece normas gerais e procedimentos especiais sobre atos e processos administrativos que não tenham disciplina legal específica, no âmbito do Estado do Paraná, trouxe a possibilidade de a Administração Pública Estadual firmar compromissos de ajustamento de conduta com os agentes interessados. Esta como medida alternativa à instauração de Processo Administrativo para apuração de responsabilidade ou à aplicação de sanção se já instaurado (art. 202, Lei n.º 20.656, de 2021).

O termo de ajustamento de conduta consiste em instrumento de resolução consensual de conflitos previsto pelo legislador para ser utilizado de forma alternativa a processos disciplinares e aos processos para apuração de responsabilidade, no entanto, mesmo que preenchidos os requisitos legais, a celebração do ajuste é facultativa. Assim, compete somente aos interessados avaliar, com base em suas convicções e considerando as circunstâncias envolvidas, a vantagem de aderir ou não a tal possibilidade de resolução do conflito.

Veja-se que o compromisso de ajustamento de conduta envolve uma série de fatores, tais como previsão legal, possibilidade efetiva de ajustamento de conduta, vantagem para a Administração Pública e para os interessados na composição, preenchimento dos requisitos legais para a celebração do ajuste, entre outros.

Contudo, nos ajustes de conduta, mais do que celeridade e economia processual, é preciso levar em consideração que este compromisso deve atender ao interesse público e respeitar os princípios que regem a Administração Pública.

A Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 37 estabelece que Administração Pública deve obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Assim, ao se utilizar o TAC, cumpre-se o princípio da legalidade, pois o compromisso de ajustamento de conduta está previsto na Lei n.º 20.656/2021 e sua finalidade é justamente evitar processos administrativos, disciplinares ou de apuração de responsabilidade não sejam morosos e dispendiosos, mas voltados à efetivação dos princípios da eficiência, celeridade e economia processual.

A Administração Pública deve pautar seus atos pela lei e pelo direito, seguindo as regras da proporcionalidade e razoabilidade, visando sempre o interesse público. Há que se ter, pois, adequação entre os meios e os fins.

Outra questão de não menos importância é a de que em muitos casos as infrações, cometidas por servidores ou por fornecedores, são caracterizadas como de menor gravidade. Nesses casos, considerando o tempo a ser dispendido e a mobilização de servidores públicos² na condução de processos administrativos, o que pode gerar, por vezes, prescrição da punibilidade,³ inviabilidade de aplicação de pena (a exemplo de empresas baixadas antes de que se inicie o processo administrativo em razão da inércia da Administração), a impossibilidade de reparação do dano entre outros prejuízos para a Administração Pública e para o interesse público, o termo de ajustamento de conduta é uma alternativa para corrigir a irregularidade. Ao firmá-lo, o interessado que cometeu a infração de menor gravidade reconhece o erro e como consequência evita dispendiosos processos administrativos sancionadores. A Administração tem a possibilidade de propor

2 Por vezes a morosidade na condução dos processos administrativos, disciplinares ou para apuração de responsabilidade, tempo e mobilização de servidores, implica alto custo do processo administrativo sancionador.

3 Na penalidade de advertência tem aplicabilidade imediata e só tem efeitos para reincidência.

estas avenças a quem, por exemplo, causou ou está causando prejuízos, tomando medidas efetivas para recomposição dos danos e, mais, reduzindo os gastos decorrentes da instauração e condução dos processos administrativos sancionadores.

Nesse sentido, é o posicionamento de Robson Luiz de Souza Braga⁴ ao comentar o termo de ajuste de conduta no âmbito disciplinar dos servidores do Ministério Público da União:

Com o termo de ajustamento de conduta, o servidor que cometeu a infração de menor potencial ofensivo admite o erro e evita o transtorno do processo disciplinar. Por outro lado, a Administração Pública recompõe a ordem rapidamente e praticamente sem custos, e o servidor envolvido volta consciente dos seus deveres e mais apto para suas atividades.

Diante da análise dos autores apresentados, resta claro que a utilização do termo de ajustamento de conduta traz diversos benefícios, atendendo às finalidades do poder disciplinar e ao bom andamento da Administração Pública, além de dar concretude a diversos princípios, entre eles o da legalidade, eficiência, discricionariedade e oportunidade.

Uma das grandes vantagens no emprego do termo de ajustamento de conduta é a redução dos gastos oriundos da instauração e tramitação do processo administrativo disciplinar, que é dispendioso, pois normalmente são gerados muitos deslocamentos de servidores para oitivas e depoimentos, devendo a Administração arcar com diárias e transporte.

O raciocínio aplicado ao processo administrativo disciplinar amolda-se perfeitamente ao processo administrativo para apuração de responsabilidade.

4 BRAGA, Robson Luiz de Souza. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 20, n. 57, jul./dez. 2021.

Não há dúvida de que o termo de ajustamento de conduta é um instrumento eficiente, do qual a Administração Pública estadual pode lançar mão para corrigir problemas na condução do serviço público e na execução dos contratos administrativos.

Alerta-se, contudo, que em se tratando de processos administrativos, sejam estes disciplinares ou para apuração de responsabilidade relativa a licitações e contratos administrativos, é preciso avaliar cada caso de forma única, levando-se em consideração todas as peculiaridades da situação, ou seja, é indispensável a individualização da conduta dos interessados e, em especial, que se verifique a possibilidade de adequação das ações atacadas resultem efetivamente em benefícios para a Administração Pública.

Ao optar pela via consensual, o gestor público deve ter muito claras as razões de fato e de direito que a justificam e, não menos, a motivação deve ser apta a demonstrar que o interesse público será atendido.

Nesse sentido trazemos à colação posicionamento de **Juliana Bonacorsi de Palma**:⁵

A mencionada discricionariedade para eleição do instrumento regulatório não implica, porém, em incondicionada liberdade de escolha do regulador; a opção pela via consensual deve atender a determinados requisitos para que seja considerada válida.

Primeiramente, esta escolha deve ser tomada no percurso do processo administrativo sancionador. Na qualidade de decisão administrativa, os acordos substitutivos são eminentemente processuais. A escolha do administrador pela sanção ou pelo termo consensual resulta de um trabalho de construção processual marcado pela instrução probatória, pela análise das peculiaridades do caso e pelos debates jurídicos. Qualquer

5 R. Dir. Inform. Telecom. - RDIT, Belo Horizonte, ano 5, n. 8, p. 7-38, jan./jun. 2010, disponível: em <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/171/20737/31683>. Acesso em: 05 de outubro de 2022.

que seja a escolha do regulador, esta deve ser motivada, com exposição da razão prática e dos fundamentos jurídicos para adoção da específica medida regulatória.

Essa opção pelo consenso, por intermédio dos compromissos de ajustamento de conduta, perpassa pela análise das especificidades de cada caso em concreto, a exemplo de existência de conduta ilícita, finalidades almeçadas com o ajuste, motivação, proporcionalidade e razoabilidade das medidas acordadas e, principalmente, da consensualidade. Esse pacto é por excelência um acordo de vontades entre a Administração Pública e o interessado, no qual a finalidade precípua é atender ao interesse público.

A Lei n.º 20.656/2021⁶ levou em consideração a necessidade de que o TAC seja precedido de estudo e manifestação conclusiva da autoridade competente acerca da conveniência ou não de se firmar o TAC.

A concessão de ajustamento de conduta sem que estejam presentes todos os requisitos legais e sem estar demonstrado que o compromisso atende ao interesse público pode ensejar a responsabilização da autoridade que o concedeu, conforme o previsto no parágrafo único do art. 208 da Lei n.º 20.656/2021:

A autoridade que conceder irregularmente o ajustamento disciplinar será responsabilizada na forma da legislação vigente, e o TAC declarado nulo, com a consequente instauração de processo administrativo disciplinar em relação aos envolvidos.

O TAC, portanto, deve ser manejado de forma muito cuidadosa para que sua finalidade não seja desvirtuada.

6 Art. 209. Os processos administrativos de TAC deverão ser instruídos, no mínimo, com:
I - estudos que levaram à apresentação da minuta do TAC;
II - manifestação conclusiva dos órgãos técnicos do órgão ou entidade responsável pelo TAC;
III - manifestação conclusiva da autoridade superior do órgão ou entidade, sobre a conveniência de ser firmado o TAC.

2.3 Da individualização da conduta no Direito Administrativo Sancionador e no compromisso de ajustamento de conduta

O art. 5º, inciso XLV,⁷ da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece, em sua primeira parte, que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, premissa da qual deriva a de que os processos sancionatórios devem discriminar e individualizar a conduta imputada a cada um dos agentes públicos.

Assim, em todos os procedimentos apuratórios que tenham por escopo a aplicação de penalidade, sejam eles na esfera cível, penal ou administrativa, é fator *sine qua non* que haja a individualização da conduta dos agentes aos quais são imputadas as irregularidades. É, pois, uma maneira de assegurar a garantia da ampla defesa e do contraditório. Logo, sem que as ações de cada agente sejam individualizadas, com a indicação clara dos ilícitos praticados e/ou das irregularidades apontadas, verifica-se prejuízo ao agente processado.

Nesse sentido, Arnaldo Silva Júnior⁸ ao discorrer sobre a necessidade de individualização da conduta nos processos administrativos dos órgãos de controle externo:

A análise da legislação brasileira, em sintonia com uma interpretação dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal e à luz dos princípios gerais de Direito, conduz à uma necessidade de investigação e de pesquisa para possivelmente alcançar a afirmação de que é imprescindível a adoção de

7 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

8 Rev. Fac. Dir. | Uberlândia, MG | v.46 | n.2 | p.50-65 | jul./dez. 2018 | ISSN 1982-4513.

critérios de individualização de condutas, a avaliação da boa-fé e do interesse público, fixando limites de responsabilidade administrativa dos agentes públicos em relação aos atos praticados por eles no exercício de suas funções junto à administração pública.

Destarte, a denúncia ou acusação que venha a resultar na aplicação de sanção, sem a devida individualização da conduta, representa verdadeira quebra de garantia constitucional. Tal raciocínio também se aplica ao termo de ajustamento de conduta.

Não é possível deixar de considerar que o descumprimento do TAC pode gerar sanção ao compromissado, e, ainda, autorizar a retomada do processo administrativo. Assim, a individualização da conduta é medida que se impõe, considerando que cada acusado responderá por seus atos praticados, nos estritos limites de suas condutas.

Assim, é juridicamente inviável tentar tratar uniformemente inúmeros ajustamentos de conduta por meio de padronização – justamente porque padronizar vai de encontro à inafastável necessidade de se tratar cada caso individualmente. Corre-se o risco de estabelecer mesmas obrigações, iguais ajustes de conduta, idênticas penalidades, mesmos prazos para cumprimento do TAC, para condutas diversas. Não há razoabilidade e tampouco proporcionalidade em tal pretensão.

A título de exemplo, em um Processo Administrativo Disciplinar, é impossível sequer cogitar a possibilidade de se atribuir o mesmo tratamento a todos os servidores envolvidos em fato supostamente irregular, considerando ser possível igualar conduta meramente inadequada a outra frontalmente contrária ao ordenamento jurídico.

As condutas ilícita, ilegítima e imoral recebem cada uma, de acordo com sua natureza, tratamento diverso no ordenamento jurídico, em homenagem à regra da proporcionalidade.

Nesse exemplo, se a Administração Pública entendesse que poderia celebrar ajustamento de conduta com os interessados, os compromissos deveriam ser individualizados e de acordo com a participação de cada um dos envolvidos nos fatos que originaram o processo administrativo disciplinar, ou seja, o ajustamento de conduta deve ocorrer na exata medida de cada conduta.

2.4 Da correlação entre a conduta ilícita e o compromisso assumido

O interesse público afetado no caso concreto deve ser identificado e, em consenso, devem as partes buscar as formas de correção que beneficiem não só a elas, como também a Administração Pública em si, além da adequação das condutas dos agentes infratores às disposições legais, regulamentares ou contratuais. Isto significa que, conquanto exista uma margem de liberdade da Administração para realizar tais acordos, poderá ela, eventualmente, reduzir-se a uma única opção, por entender que a penalidade deve ser substituída por uma prestação positiva em favor da sociedade, única forma de se respeitar os princípios da Administração Pública, tais como os da eficiência e da economicidade.

Faz-se necessário tecer algumas considerações acerca da exigência de correlação entre a conduta ilícita e o compromisso assumido pelo interessado no ajustamento de conduta, de forma que a Pasta ao elaborar futuros termos de ajustamento de conduta leve em consideração a necessidade de o ajuste de conduta guardar estreita relação com o ilícito cometido.

Veja-se que entre os itens descritos no item 8 da minuta anexada ao protocolo (movimento 3), verifica-se que há a previsão de que a empresa se comprometa a entregar à SEED computadores e acessórios, conforme se depreende do trecho a seguir transcrito:

- Fornecer à SEED 10 Notebooks e 20 Monitores, conforme especificação abaixo, sem custo para a Administração, no prazo de 60 (sessenta) dias contados a partir da publicação do Extrato do presente Termo de Ajustamento de Conduta. No caso de fornecimento dos equipamentos, antes da aquisição pela compromissária, deverão ser apresentados catálogos completos, em mídia impressa ou eletrônica, para análise e comprovação das especificações técnicas, após aprovada a adequação, os equipamentos devem ser entregues na sede da Secretaria de Estado da Educação e do Esporte, à Avenida Água Verde, n.º 2140, CEP 80.240-900, mediante assinatura de recebimento provisório no ato da entrega. O recebimento definitivo será realizado no prazo de até 30 (trinta) dias após a expedição do termo de recebimento provisório, depois de conferidos pelo Departamento de Tecnologia e Informação da Pasta, consignando-se eventuais intercorrências. Os equipamentos que apresentarem eventuais defeitos ou que não estiverem de acordo com as especificações serão devolvidos no prazo de 10 (dez) dias para imediata substituição. (Especificações: Item 1. Notebook – 8,0 GB RAM – 256 GB SSD – Sistema Operacional Microsoft Windows – Características Mínimas Obrigatórias: estado Novo; Plataforma Intel Core ou AMD Ryzen; Processador i3 10100 ou superior, i5 9500 ou superior; Processador AMD Ryzen 3 3100 ou superior, Ryzen 5 3400 ou superior; SSD 256gb ou superior; 8Gb RAM ou superior; Tela LED de 15 Polegadas ou superior; Sistema operacional, Licença de uso do sistema operacional Microsoft Windows; Garantia 12 meses ou superior; Item 2. Monitor LED 20 Polegadas ou Superior: estado Novo; Tamanho tela 20 Polegadas ou superior; Entrada VGA, DVI, HDMI ou superior; Resolução 1600 x 900 ou superior; Taxa de Atualização 60Hz; Energia Bivolt; Garantia 12 Meses ou superior);

– As obrigações acima serão cumpridas ao longo do prazo estabelecido, mediante apresentação de documentação comprobatória conforme descrito em cada obrigação.

Assim, entende-se que o compromisso descrito no item 8 da minuta do Termo de Ajustamento de Conduta (movimento 3), mais especificamente no que se refere à entrega de *notebooks e monitores*, não pode ser considerado de forma generalizada como um ajustamento de conduta, por várias razões:

a) Não se verifica que a entrega de computadores possa se configurar como um ajustamento de conduta. Ao contrário, parece-nos que se trata de uma penalização alternativa;

b) A entrega de computadores nem sempre guarda relação com o objeto da licitação, cujo descumprimento do edital deu origem à abertura de processo administrativo para apuração de responsabilidade;

c) O Estado do Paraná, por intermédio da Secretaria de Estado da Educação e do Esporte, não pode ser beneficiário direto de eventual compensação financeira, ou entrega de bens, decorrente do ajustamento de conduta;

d) Deve existir conexão entre o objeto do edital de licitação ou do contrato que foi descumprido pela empresa requerente e a conduta que a Administração está a exigir para formalizar o termo de ajustamento de conduta.

Ainda que se entenda que o ajustamento de conduta deva conter medida compensatória, esta deve ter uma pertinência com o objeto do contrato e ou licitação descumprida.

2.5 Da (im)possibilidade de análise genérica de minuta de termo de ajustamento de conduta

A Secretaria de Estado da Educação e do Esporte justifica a necessidade de aprovação das minutas anexadas aos autos (movimentos 3-6) nos seguintes termos:

(...)

Portanto, diante de todos os números apresentados acima, os quais foram gerados através da força tarefa realizada pela Assessoria Técnica, e a aplicação da Lei Estadual n.º 20.656/2021, e diante do volume de processos que estão aguardando a análise para a propositura do Termo de Ajustamento de Conduta (totalizando 355 – TACs), e a fim de não sobrecarregar a Procuradoria-Geral do Estado com a análise individual de cada Termo de Ajustamento de Conduta, encaminhamos quatro modelos de Termos de Ajustamento de Conduta, utilizados pelas Coordenações CPADS e CPAAR, os quais poderíamos utilizar como modelos para os casos em tramitação, com o intuito de dar cumprimento a Lei n.º 20.656/2021, e em atendimento ao princípio da celeridade e economia processual.

Ainda que essa Secretaria proponha a aprovação das referidas minutas sob o fundamento de *não sobrecarregar a Procuradoria-Geral do Estado com a análise individual de cada Termo de Ajustamento de Conduta e de dar cumprimento a Lei n.º 20.656/2021, e em atendimento ao princípio da celeridade e economia processual*, não nos parece possível fazer uma manifestação genérica, com uma espécie de padronização de minuta de Termo de Ajustamento de conduta. Isso, justamente em razão da natureza do instituto e da necessidade de, analisando-se as especificidades de cada caso em concreto, avaliar a conveniência e oportunidade de firmar o ajuste. Proceder ao contrário seria desnaturar este instituto jurídico.

Não se verifica a possibilidade de estabelecer o mesmo ajuste de conduta, como é o caso proposta nas minutas elaboradas pela SEED, para diferentes interessados e condutas.

A própria Lei n.º 20.656/2021, ao estabelecer os requisitos essenciais da minuta do TAC, faz referência aos casos em concreto, conforme o contido na Lei n.º 20.656/2022:

Art. 210. São requisitos essenciais da minuta de TAC:

I - qualificação do(s) envolvido(s);

II - autoria e materialidade da infração, demonstradas de forma incontestes;

III - objeto e fundamentos de fato e de direito para a sua efetivação;

IV - descrição das obrigações assumidas, compreendendo, de acordo com o caso concreto, dentre outros:

a) reparação do dano causado;

b) retratação do interessado;

c) participação em cursos visando a correta compreensão dos seus deveres e proibições ou a melhoria da qualidade do serviço desempenhado;

d) cumprimento de metas de desempenho;

e) sujeição a controles específicos relativos à conduta irregular praticada;

V - o prazo e o modo para o cumprimento das obrigações;

VI - a forma de fiscalização da sua observância;

VII - a fixação do valor da multa ou outra penalidade a ser aplicada no caso de descumprimento total ou parcial do termo de compromisso;

VIII - declaração de ciência do compromissário de que o descumprimento integral ou parcial das obrigações assumidas implicará imediata aplicação das penalidades descritas no termo;

IX - os efeitos legais do termo.

Parágrafo único. O prazo de cumprimento do termo de Ajustamento de Conduta não poderá ser superior a dois anos e seu descumprimento configurará inobservância de dever funcional.

(grifou-se)

A medida imposta ao interessado para reparar eventual dano causado deve guardar estreita relação com a conduta irregular, não se afigurando possível a previsão genérica de reparação de dano.

Alerta-se que na elaboração da minuta devem ser descritas, de forma clara e certa, quais são as obrigações assumidas, compreendendo, de acordo com o caso concreto, ou seja, não se trata de mera repetição do texto legal.

Atente-se para o previsto no item 9 da minuta anexada no movimento 19:

O compromissário declara reconhecer a inadequação da sua conduta e compromete-se a observar e a cumprir o elenco de deveres e proibições a que está sujeito enquanto servidor público, notadamente os previstos na Lei nº. 6.174/1970 ou outra norma compatível.

O compromissário compromete-se, ainda, a (descrever as obrigações impostas ao servidor a serem cumpridas ao longo do prazo estabelecido e as formas como deve fazê-lo), mediante apresentação de documentação comprobatória (se for o caso); reparar o dano causado; retração do interessado; participação em cursos visando a correta compreensão dos seus deveres e proibições ou a melhoria da qualidade do serviço desempenhado; cumprimento de metas de desempenho; sujeição a controles específicos relativos à conduta irregular praticada.

A redação proposta no segundo parágrafo é mera repetição do texto legal. Não se pode inferir qual seria a medida ajustada para reparar o dano. Também não se pode avaliar se há proporcionalidade e razoabilidade entre a medida ajustada entre as partes e a conduta que deu origem à apuração de responsabilidade.

Repisa-se que os termos do compromisso assumido devem guardar estreita relação com a conduta imputada ao compromissário, ou seja, as obrigações assumidas devem ser individualizadas e descritas de acordo com o caso em concreto.

Da mesma forma, a expressão “até dois anos” não delimita qual é o tempo de duração do ajustamento de conduta e também não permite verificar se o prazo é razoável e compatível com a conduta ilícita.

Em razão de suas peculiaridades e de sua finalidade, o termo de ajustamento de conduta não pode e não deve ser tratado como é um contrato administrativo padrão, no qual as cláusulas são preestabelecidas e cuja padronização gera benefícios para os envolvidos na contratação.

O compromisso de ajustamento de conduta deve ser precedido de negociação entre as partes, levando-se em consideração o caso concreto, a possibilidade efetiva de reparação do dano, de tal forma que o TAC seja legítimo, consensual e exigível. A obrigação do compromissário deve ser certa, lícita, possível e exigível. Repise-se, cada caso deve ser analisado de forma individualizada (*intuitu personae*).

Ademais, a celebração do termo de ajustamento de conduta não pode ser imposta pela Administração Pública ao servidor e/ou ao licitante/contratante, pois constitui ato voluntário. A celebração só é viável se demonstrado que houve a vontade expressa do interessado, não cabendo à Administração a imposição de tal instituto, sob pena de nulidade. O que não exclui, contudo, e de forma exemplificativa, a edição de futuras orientações administrativas para disciplinar a matéria, para balizar a atuação dos órgãos e entidades. Para isso, faz-se necessário um amadurecimento do instituto na Administração Pública estadual.

2.6 Do uso indiscriminado do termo de ajustamento de conduta

Previamente à celebração de compromissos de ajustamento de conduta, é indispensável que seja realizado um exame detalhado e fundamentado das condições e razões para sua celebração, de forma que o agente legitimado, a quem a lei faculta comprometer a ação administrativa, possa agir dentro dos estritos limites impostos pela Lei e com respeito aos princípios que regem a Administração Pública.

Também, vale dizer, é necessário atuar com racionalidade nos processos administrativos, agindo à luz da razoabilidade e proporcionalidade, contexto em que se aplicam os parâmetros normativos da Lei Estadual 20.656/2021, arts. 3º e 92.⁹

Em igual sentido, a observância do princípio da razoabilidade e proporcionalidade¹⁰ na atividade administrativa é da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive *due process of law* - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como

9 Art. 3º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, impessoalidade, imparcialidade, publicidade, finalidade, motivação, **razoabilidade, proporcionalidade**, moralidade, probidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público, celeridade, boa-fé e eficiência.

§ 1º Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o direito;

II - atendimento ao interesse público, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III - objetividade no atendimento do interesse público;

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé, vedada a promoção pessoal de agente ou autoridade;

V - divulgação oficial dos atos administrativos, nos termos da lei;

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

(...)

Art. 92. Sem prejuízo das circunstâncias atenuantes e agravantes previstas em legislação específica, para imposição e gradação de sanções administrativas, a autoridade competente observará:

I - **proporcionalidade entre a sanção e a gravidade da infração**;

(...)

10 Na doutrina, não há consenso quanto a proporcionalidade se tratar de princípio ou regra (norma regra/ norma princípio), sendo, ainda, por vezes, tratado como sinônimo de razoabilidade. Empregamos nessa peça jurídica o sentido convergente ao precedente jurisprudencial citado e Lei n.º 20.656/21, sem preocupação com definição terminológica técnico-jurídica, por não ser adequado nesse trabalho maiores digressões.

parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV)” (ADI 1407-2, DJU 15/03/1996).

“Conforme ensina o Ministro Celso de Mello STF, o princípio da proporcionalidade: “se qualifica – enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais – como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público”, concluindo que “o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo. Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais” (STF – Pleno – Adin n.º 1479-0/RS – Medida liminar 0 Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 2 ago. 1996, p. 25.790)” (Alexandre de Moraes, Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, 7. ed., 2007, p. 323/324).

Alerta-se que o uso indiscriminado, sem que esteja demonstrada a presença do interesse público a autorizar o instrumento, e sem que o TAC se configure medida administrativa revestida de proporcionalidade e razoabilidade, pode ocorrer uma verdadeira banalização do instrumento, o que, por certo, afronta a supremacia do interesse público.

Concluindo, pelas razões expostas, manifesto-me no sentido de desaconselhar a celebração do TAC na forma apresentada no presente protocolo.

3. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, entende-se que não é possível a utilização de minutas padronizadas para a formalização de Termos de Ajustamento de Conduta.

É o Parecer.

Encaminhe-se à Consideração da Sra. Procuradora-Geral do Estado, em atenção ao disposto no art. 22, inciso I, do Anexo ao Decreto n.º 2.709/2019 (Regulamento da PGE).

Curitiba

Hamilton Bonatto

Procurador do Estado do Paraná

Procurador-Chefe da Coordenadoria do Consultivo

MATÉRIA:

DIREITO ADMINISTRATIVO

TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

SELO EDITORIAL

LIVROS
legais

 NCA Comunicação e Editora Ltda.

www.livroslegais.com.br

PRODUÇÃO

 **EDIÇÃO POR**
DEMANDA

Produtora de Livros

www.edicaoordemanda.com.br

A Revista Direito do Estado em Debate é uma publicação da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná destinada a fomentar o debate, no meio jurídico, de temas relacionados ao Direito do Estado em toda a sua amplitude.

A dinâmica do Direito do Estado e a incessante produção legislativa pátria reclamam, sempre, novos espaços para a divulgação de temas e cenários do cotidiano jurídico brasileiro. A Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, por meio desta Revista, também cumpre importante parcela de sua função institucional, ao franquear a publicação de artigos, pareceres, jurisprudência comentada e verbetes de autoria de representantes das diversas carreiras jurídicas existentes no país, selecionados pelo sistema de pares e double blind peer review.

O leitor, cioso da imprescindibilidade da investigação cuidadosa do Direito e da atualização constante, certamente terá à frente temas essenciais para formar suas conclusões sobre os rumos do Direito do Estado no país.



Procuradoria-Geral do Estado do Paraná

Rua Paula Gomes, 145 - São Francisco - CEP 80510-070 - Curitiba - PR

Tel. (41) 3281-6300

www.pgc.pr.gov.br