

ISSN 2594-3979



R E V I S T A D A
**ADVOCACIA
PÚBLICA
FEDERAL**

Vol. 1, Nº 1, 2017

Anafe

Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais

Revista da Advocacia Pública Federal

Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (ANAFE)

CENTRO DE ESTUDOS

SHIS QL 24 Conjunto 3 Casa 1 – Lago Sul/DF

CEP: 71665-035

Telefone (61) 3326-1729

E-mail: atendimento@anafenacional.org.br

PRESIDENTE DA ANAFE

Marcelino Rodrigues Mendes Filho

VICE-PRESIDENTE

Rogério Filomeno Machado

DIRETOR DO CENTRO DE ESTUDOS

Flávio Mitsuyoshi Munakata

EDITOR-CHEFE

Grégoire Moreira de Moura

VICE-EDITOR

Jefferson Carús Guedes

ASSISTENTES EDITORIAIS

Gláucia Maria Alves Pereira

Maria Rejane Beserra Evaristo Lisboa

Roberta Mrad Maciel

DIAGRAMAÇÃO/CAPA

Renan Cerqueira Nunes

341.05 Revista da Advocacia Pública Federal / Associação Nacional dos
R454 Advogados Públicos Federais. – Vol. 1, n.1 (2017) – Brasília :
ANAFE, 2017-

Anual

ISSN 2594-3979

1. Advocacia Pública Federal - Periódicos. I. Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (ANAFE).

COLEGIADO DA ANAFE - BIÊNIO 2016 - 2018

DIRETORIA

Presidente

Marcelino Rodrigues Mendes Filho

Vice-Presidente

Rogério Filomeno Machado

Diretor Financeiro

Rogério Filomeno Machado

Diretora de Assuntos Parlamentares

Christian Patricia da Silva Macola

Diretor de Assuntos Institucionais

José Júlio Cavalcanti de Albuquerque Avelino

Diretor de Centro de Estudos

Flávio Mitsuyoshi Munakata

Diretor de Assuntos do Aposentado e Pensionista

Eleno Coelho

Diretora de Integração Social

Sebastiana de Araujo Rosa do Nascimento

Diretora de Comunicação Social

Alessandra de Abreu Minadakis Barbosa

Diretor de Assuntos e Relações Jurídicas

Rosemiro Salgado Canto Filho

CONSELHO FISCAL

Diogo Alvarez Tristao - Titular

Arlton Bonifácio Goes - Titular

José Machado Cardoso - Titular

Felipe Fossi Machado - Suplente

Vanessa Affonso Rocha - Suplente

COORDENAÇÃO DAS CARREIRAS

Advogado da União

Ricardo Wey Rodrigues

Procuradora da Fazenda Nacional

Adriana Reis Albuquerque de Menezes

Procurador do Banco Central do Brasil

Calberto Coutinho da Costa

Procuradora Federal

Patrícia Rossato Nunes

COORDENAÇÃO DOS APOSENTADOS

Coordenadora da 1ª Região

Maria Auxiliadora Castro e Camargo

Coordenadora da 2ª Região

Marcia Ribeiro Paiva

Coordenadora da 3ª Região

Vera Lucia Franco de Lacerda Abreu

Coordenador da 4ª Região

Joel Carlos Lemos

Coordenador da 5ª Região

Mario Gomes de Lucena

Tiragem: 500 exemplares

Impressão: Coronário Editora Gráfica Ltda

CONSELHO EDITORIAL

- Grégore Moreira de Moura

Editor-Chefe da Revista da Advocacia Pública Federal. Doutorando em Direito Constitucional na UFMG. Mestre em Ciências Penais pela UFMG (2006). Ex-Diretor Nacional da Escola da Advocacia-Geral da União (2016/2017). Ex-Diretor Regional da Escola da AGU na 1ª Região (2006/2016). Atualmente, é Procurador Federal e Presidente da Comissão de Advocacia Pública Federal da OAB-MG. Professor em vários cursos de pós-graduação e cursos jurídicos. Autor do livro *Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal* (2014). Autor do Livro em co-autoria, *Criminologia da Não Cidade*, (2016). Autor de diversos artigos jurídicos e professor em vários cursos de pós-graduação e cursos jurídicos.

- Jefferson Carús Guedes

Vice-Editor da Revista da Advocacia Pública Federal – Doutor em Direito das Relações Sociais (Processo Civil), com tese sobre a Igualdade e Desigualdade no Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/PUC-SP (2008), Mestre no mesmo Programa de Direito (2001) com dissertação sobre o Princípio da Oralidade. Possui Especialização em Processo Civil pela PUC-RS (1996). Professor na Graduação, na Pós-Graduação, no Mestrado e no Doutorado do UniCEUB - Brasília. Advogado da União desde 2000, exerceu funções de Procurador-Geral da União, de Procurador-Chefe Nacional do INSS, de Consultor Jurídico do Ministério da Previdência Social, de Diretor da Escola da AGU e Vice-Presidente Jurídico dos Correios.

- Carlos Marden Coutinho

Pós-Doutorado em Direito na área de Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, (2015). Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MG (2014). Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2007). Especialização em Direito (Processo Civil) pela Universidade Federal do Ceará. Professor da graduação, especialização e do mestrado no Centro Universitário Christus – CE.

- Lilian Rose Rocha

Doutora em Direito e Relações Internacionais pelo UniCEUB. Doutora em Ciências e Tecnologias na Saúde pela UnB. Mestre em Desenvolvimento Sustentável pela UnB. Coordenadora Acadêmica do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC/UniCEUB, Coordenadora da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do UniCEUB. Professora Associada do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito e Relações Internacionais no UniCEUB-DF.

- Juarez Freitas

Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Milano (2007). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC (1994). Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC-RS (1988). Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Mestrado e Doutorado) e da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. É Presidente do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público.

- José Henrique Mouta Araújo

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará (2006). Estágio de pós-doutoramento na faculdade de direito da Universidade de Lisboa (2009). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA. É professor

do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA e da Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO. Procurador do Estado do Pará e advogado.

- Cristina Silvia Alves Lourenço

Doutora em Direito Universidade Sevilha (2011). Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra (2004). Professora convidada do Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Professora de Direito Penal e Criminologia da Graduação e Pós Graduação em Direito do CESUPA e da Faculdade Estácio - FAP. Advogada.

- Luis Cláudio Martins Araújo

Pós-Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, com período sanduíche (Visiting Scholar) na University of Cambridge (Cambridge). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Especialista em International Environmental Law pelo United Nations Institute for Training and Research - UNITAR com extensão em Private International Law pela Hague Academy of International Law - HAIL e em International Law pela Organization of American States/ Inter-American Juridical Committee - OAS/IAJC. Membro da Carreira de Advogado da União.

- Carlos Mário da Silva Velloso

Filósofo, escritor, Magistrado de carreira, jurista, foi ministro e presidente do Supremo Tribunal Federal. professor titular da Universidade de Brasília - UnB nos cursos de graduação e pós-graduação, regendo as cadeiras de Teoria Geral do Direito Público e Direito Constitucional. Doutor Honoris Causa pela Universidade de Craiova, Romênia (2001). Advogado.

- Gustavo Costa Nassif

Pós-Doutorando em Direito na Universidade Nova de Lisboa. Doutor em Direito Público com a distinção Magna cum laude - PUC-MG. Mestrado em Direito Público - PUC-MG. Professor titular da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Professor convidado da Pós Graduação da Escola de Contas e Capacitação Professor Pedro Aleixo - TCE-MG.

- Denise Lucena Cavalcante

Pós-Doutora em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa - Portugal (2012). Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002). Mestre em Direito pela UFC (1993). Especialização em Direito Tributário Internacional pela Universidade de Salamanca-Espanha (2001) e pela Universidade Austral - Argentina (2004). Professora Associada IV da graduação e pós-graduação da Universidade Federal do Ceará.

- Otávio Luiz Rodrigues Júnior

Pós-doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa (2011) e em Direito Privado Comparado (2012). Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (2006). Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (com louvor, 2001). É professor doutor do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito (Largo São Francisco) da Universidade de São Paulo.

- Thomas da Rosa de Bustamante

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2007), com período de investigação na University of Edinburgh, Reino Unido, como bolsista da CAPES. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2003). Atualmente, é Professor Adjunto da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, onde é membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito.

- Lênio Luiz Streck

Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito - UNISINOS/UNESA. Foi Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Advogado.

- Rui Magalhães Piscitelli

Mestre em Direitos Fundamentais. Especialista em Finanças e em Processo Civil. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Professor de graduação e de pós-graduação em Direito Administrativo - IESB-DF. Professor conteudista em Direito Administrativo e Instrutor de Cursos fechados na área do Direito Público. Palestrante. Autor de diversas publicações na área do Direito Público.

- Vincenzo Demetrio Florenzano

Doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (2003). Especialização em regulação do sistema financeiro pela George Washington University. Graduação em Economia pela Universidade de São Paulo (1987), graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1995) e tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Econômico, atuando principalmente nos seguintes temas: análise econômica do direito, regulação, empresa, mercados, contratos, obrigações, sistema financeiro, responsabilidade civil, mercado de crédito, direito bancário, defesa do consumidor e defesa da concorrência.

- Rodolfo Viana Pereira

Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG.

PARECERISTAS

- **Tédney Moreira da Silva**

Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília - UnB. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e em Filosofia pela Universidade São Judas Tadeu. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, atuando principalmente nos seguintes temas: criminologia, dogmática penal e execução penal. Desenvolve, também, pesquisas na temática indígena, com especial relevo à consolidação de direitos étnicos. Membro do Grupo de Pesquisas de Direitos Étnicos Moitará e do Grupo de Pesquisas em Teoria do Delito e Cidadania Modernas Tendências da Teoria do Delito, cadastrados ambos no CNPq.

- **Roberto da Freiria Estevão**

Professor do curso de direito (desde 1997) no Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, no qual é vice-líder do grupo de pesquisa difuso (direitos fundamentais sociais); mestre em Direito pelo UNIVEM (2006) e Doutor em ciências sociais pela UNESP - Marília (2017); membro do Ministério Público do estado de São Paulo - Procurador de Justiça aposentado.

- **Clóvis Marinho de Barros Falcão**

Graduação (2005), mestrado (2008) e doutorado (2013) em direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor da Universidade Federal de Sergipe (graduação e mestrado) desde 2015.

- **Ewerton Ricardo Messias**

Doutorando em Direito pela Universidade de Marília. É Mestre em Direito pela Universidade de Marília (2014). Possui graduação em Direito (2008) e especialização “*lato sensu*” em Direito e Gestão Ambiental (2010). Professor nos cursos de Direito e Administração de Empresas na Universidade de Marília; Membro da comissão de julgamento de processos administrativos em 1ª Instância e Agente de Conciliação Ambiental da Secretaria Estadual de Meio Ambiente do Estado de São Paulo; Membro titular da plenária do Comitê de Bacias Hidrográficas dos Rios Aguapeí e Peixe; Membro do Conselho Municipal do Meio Ambiente e desenvolvimento de Marília/SP. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Ambiental. É Oficial da Polícia Militar do Estado de São Paulo, graduação obtida através do Curso de Formação de Oficiais pela Academia de Polícia Militar do Barro Branco (2003). Atualmente, é Comandante da 4ª Companhia de Polícia Militar Ambiental – Marília.

- **André Luiz Freitas Dias**

Professor Doutor e pesquisador-extensionista do Departamento de Psicologia da Universidade Federal de Minas Gerais, desde 2004, realiza ainda trabalhos vinculados ao Programa de Extensão e Pesquisa Social Aplicada “Polos de Cidadania” da UFMG, no qual é membro da equipe de Coordenação Geral e Acadêmica; ao Programa de Pesquisa-Ação “Cidade e Alteridade”, como coordenador de pesquisas sobre processos de remoções, mobilidades forçadas e reassentamentos urbanos e rurais; e ao Núcleo de Ações e Pesquisa em Apoio Diagnóstico - NUPAD, Faculdade de Medicina, como pesquisador e avaliador de programas educativos relacionados à doença falciforme. Professor colaborador do Grupo Internacional de Investigación “Cultura, História y Estado” - GIRCHE, da Universidade de Barcelona tem como principais temas de interesse de pesquisa: A) Direitos Humanos, Cidadania e Saúde Urbana; B) Terrorismo de Estado e de Mercado; Remoções e Mobilidades Forçadas; Reassentamentos Urbanos e Rurais; C) Pesquisa-ação, Cartografia Social e Mediação de Conflitos Urbanos e Socioambientais; D) Planejamento e Avaliação de Projetos Sociais, de Educação e Extensão Universitária.

- Leonardo Gomes de Aquino

Mestre em Direito. Pós-Graduado em Direito Empresarial. Pós-graduado em Ciências Jurídico Empresariais. Pós-graduado em Ciências Jurídico Processuais. Especialização em Docência do Ensino Superior. Autor na área jurídica, Articulista em diversas revistas nacionais e internacionais. Conferencista. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Empresarial, atuando principalmente no seguinte tema: Direito Societário; Contratos Mercantis; Propriedade Intelectual, Títulos de Crédito; Falimentar; e Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem. Professor de Direito no sistema presencial e no semi-presencial (Ensino à Distância). Membro da Rede Internacional de Juristas. Colaborador na Rádio Justiça. Membro da Comissão de Direito Empresarial da OAB/DF. Presidente da Comissão Nacional de Direito Empresarial da ABA. Advogado.

- Eugênio Gonzalez Cação

Mestrando em direito a saúde , pós graduação lato sensu em cirurgia plástica, membro titular da sociedade brasileira de cirurgia plástica, membro da Comissão Nacional para obtenção do titulo de especialista em cirurgia plástica, diretor científico do serviço de especialização em cirurgia plástica Dr. Osvaldo Saldanha, servidor público de Cubatão, servidor publico da cidade de Santos.

- Augusto Cezar Ferreira de Baraúna

Doutor e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da Universidade Federal do Maranhão e Universidade Estadual do Maranhão. Advogado Militante.

- Michael César Silva

Doutor e Mestre em Direito Privado pela PUC-MG. Especialista em Direito de Empresa pelo IEC - PUC-MG. Professor de Direito na Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva (graduação) e na Escola Superior Dom Helder Câmara (graduação convencional e curso direito integral). Advogado; Autor de livros na área do Direito; Autor de artigos jurídicos em revistas especializadas nacionais e internacionais; Palestrante; Avaliador e Parecerista de Projetos de Pesquisa e Artigos Jurídicos; Editor de Revistas Jurídicas; Orientador de Projeto de Iniciação Científica; Líder de Pesquisa – Grupos de Pesquisa.

- Serguei Aily Franco de Camargo

Pós-doutorado em Ecologia pelo NEPAM/UNICAMP (2004), pós-doutorado em Ecologia pela UNESP-IB - Rio Claro (2012) e Pós-doutorado em Agroecologia pela UERR (2017). Doutorado em Aqüicultura em Águas Continentais pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2002), mestrado em Conservação e Manejo de Recursos, área de concentração Gestão Integrada de Recursos, pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1998). Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1992). Atualmente, é professor Titular I, em regime de tempo parcial, do Centro Universitário Estácio Atual (antiga Faculdade Estácio Atual - Boa Vista, RR), junto ao Curso de Graduação em Direito e professor horista das Faculdades Cathedral de Boa Vista, junto aos cursos de Direito e Psicologia. É também Assessor Jurídico de Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado de Roraima, atuando na área Cível. Foi Professor Visitante junto a Universidade Federal de Roraima, atuando junto ao Núcleo de Estudos Comparados da Amazônia e do Caribe - NECAR e ao Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional da Amazônia (entre 02/2013 e 05/2014), encontrando-se atualmente vinculado como Professor Colaborador (voluntário) no mesmo centro. Foi professor Adjunto I do Departamento de Direito da Universidade Nilton Lins (2009-2013) e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Aqüicultura da mesma Universidade, onde exerceu o cargo de Coordenador de Pesquisa da Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação (entre 05/2012 e 10/2012). Foi professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (até dezembro de 2012, na qualidade de colaborador entre julho e dezembro do mesmo ano), onde exerceu a função de Coordenador (entre 07/2009 e 01/2012) acumulando, na mesma época, a função de editor da Revista Hiléia (1679-9321). Atualmente, é parecerista ad hoc dos Cadernos de Direito UNIMEP (1676-529X), Revista Acta Amazonica (0044-5967), da Revista Veredas do Direito (2179-8699), da revista Neotropical Ichthyology (1679-6225), do Journal of Scientific Research and Reports (2320/0227), (da Revista Universitas Scientiarum (0122-7483), da Revista de La Asociación

Colombiana de Ictiólogos - DAHLIA (0122-9982), do Boletim do Instituto de Pesca (0046-9939/impresso e 1678-2305/virtual), da EDUSP e de diversas revistas internacionais. Tem experiência nas áreas de Direito e Ecologia, com ênfase em Direito Ambiental, atuando principalmente nos seguintes temas: direito ambiental, direito indígena, ecologia humana e Amazônia.

- Marcelo Veiga Franco

Doutorando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, com período sanduíche como visiting scholar na Universidade de Madison-Wisconsin - UW, localizada nos Estados Unidos da América (EUA). Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Especialista em Direito Público pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático, em parceria com o Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Especialista em Direito Tributário pela PUC-MG. Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Procurador do Município de Belo Horizonte/MG. Advogado. Sócio-fundador da Sociedade de Advogados Franco, Faria, Pereira & Pérez. Diretor Científico do Instituto de Direito Processual - IDPro. Parecerista do periódico Revista dos Tribunais da Editora Revista dos Tribunais/Thomson Reuters (estrato Qualis CAPES B1). Membro do Conselho de Procuradores da PGM-BH. Associado efetivo do Instituto dos Advogados de Minas Gerais - IAMG. Ex-Diretor Técnico-Jurídico da Associação dos Procuradores Municipais de Belo Horizonte - APROM-BH.

- Thiago Santos Aguiar de Pádua

Doutorando e mestre pelo UNICEUB; Foi assessor de Ministro do STF; Advogado. Professor de direito civil e Constitucional.

- Ciro Di Benatti Galvão

Doutorando e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa - UL. Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo - USP. Membro da Academia Barbacenense de Ciências Jurídicas - ABCJ. Conselheiro Editorial da RPGMJF.

- Ruth Maria Pereira dos Santos

Doutoranda em Direito, com especialização em Ciências Jurídico-Internacional e Europeia, na Universidade de Lisboa (Portugal). Possui mestrado em Direito Internacional (2013), com ênfase em sistemas regionais de integração, no Centro Universitário de Brasília - UniCeub e graduação em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCeub - 2009. É também Pesquisadora da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal do Nível Superior - CAPES e Pesquisadora Voluntária do Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade - CEDIS, no grupo de pesquisa sobre Direito, Política e Participação, como Coordenadora no subgrupo de pesquisa “Novos desafios do Direito Internacional Econômico”. É ainda consultora na RMCA Consultoria Acadêmica. Tem larga experiência como advogada nas áreas cível, societária e econômica, internacional e direito do consumo.

- Carla Izolda Fiuza Costa Marshall

Doutora em Direito Econômico pela UGF, Professora Titular de Direito Empresarial, Coordenadora de Grupos de Pesquisa em Direito Econômico e Desenvolvimento Sustentável e em Direito do Petróleo, autora de diversas obras nas áreas de Direito Empresarial, Societário, do Petróleo, Constitucional Econômico e Regulatório, Procuradora Federal aposentada.

- Raphael Greco Bandeira

Parecerista em todas as disciplinas na Revista da AGU. Doutor em Democracia, Constituição e Estado - UnB. Mestre em Filosofia Ética e Política - UnB. Especialista em Direito Administrativo aplicado à Prática - Cead-EAGU/UnB. Coach pela Sociedade Brasileira de Coaching. Professor nas disciplinas de Graduação: Modelos e Paradigmas, Hermenêutica, Filosofia do Direito, Filosofia Geral e Jurídica, Direito Administrativo (Pós em matéria não jurídica), História do Direito e Sociologia Geral e Jurídica. Coordenador na Disciplina “Teoria da Argumentação e Redação Oficial” em EAD moodle pela Escola da AGU. Coordenador na edição da Revista de Constituição e Biopolítica pelas Publicações Especiais da EAGU.

- Magno Federici Gomes

Pós-doutor em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal. Pós-doutor em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha. Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Sustentabilidade na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Adjunto da PUC Minas e Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado Sócio do Escritório Moraes & Federici Advocacia Associada. Integrante dos grupos de pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável - REGA/CNPQ-BRA, Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade - CEDIS/FCT-PT e Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas - NEGESP.

- André Luiz Silveira de Lima Júnior

Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Goiás - UFG. Advogado.

- Homero Chiaraba Gouveia

Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Mestrado em Direito pelo mesmo programa; Especialização em Democracia, República e Movimentos Sociais pelo Programa Formação de Conselheiros Nacionais, vinculado ao Departamento de Ciência Política da Universidade Federal da Minas Gerais - UFMG; e em Direito Tributário, pela UFBA. Graduação em Direito, foi concluída também na UFBA. Atualmente, é professor substituto UFB, lecionando Trabalho de Conclusão de Curso I e componentes propedêuticos; e professor parcial na Faculdade 2 de Julho. Participante do “Grupo de leitura de Hans Kelsen” que conta com a participação de discentes e docentes da Faculdade 2 de Julho e da Universidade Federal da Bahia. Colaborador dos trabalhos do Observatório da Cidadania. Editor-chefe da Revista Independência, e participa do corpo editorial da Revista Jurídica. É coordenador técnico da Editora Faculdade 2 de Julho, ainda em fase de implementação. Atua como consultor de metodologia da pós do projeto de resgate do Memorial Josaphat Marinho na Faculdade 2 de Julho. Atualmente, está focado na teoria do direito e na metodologia científica, em decorrência da atuação docente. Porém, tem transitado entre os estudos da constituição, da democracia e da fiscalidade, nunca perdendo de vista a educação e a cidadania como temas transversais nos estudos.

- Juliana Diniz Fonseca Corvino

Pós-doutoranda em Direito PUC/RJ; Doutora Ciência Política UCAM/Iuperj; Mestra em Direito pela UGF; Graduação Direito UGF; Especialista Direito Médico Uerj; Graduação Letras UFV; Graduação Fisioterapia UGF; Especialista Fisioterapia Hospitalar EMESCAM.

- Daniela Bucci

Doutora e Mestra pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Professora Titular de Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Constitucional. Coordenadora do Observatório de Violação dos Direitos Humanos do Grande ABC – ODHUSCS. Professora Pesquisadora Líder do Núcleo de Estudos de Direitos Humanos - NEDH-USCS. Professora Pesquisadora do Núcleo de Estudos de Tribunais Internacionais da USP - NETI/USP.

- Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca Pires

Doutoranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (2017). Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (2014). Especializanda em Direito Penal Econômico Aplicado pela Universidade de Caxias do Sul/Escola Superior da Magistratura Federal - ESMAFE (2016). Especialista em Direito Público pela Faculdade Meridional/Escola Superior da Magistratura Federal/RS (2009/2010). Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1998). Exerce o cargo de Analista Judiciário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região desde 2001. Possui experiência na área de Direito, com ênfase em Ciências Criminais, atuando nos seguintes temas: Direito Constitucional, Fundamentos do Direito Penal, Teoria Geral do Delito e Direito Penal Econômico.

- Wassila Caleiro Abbud

Doutoranda e Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP; Graduada em Direito pela UNESP, com habilitação em Direito, Estado e Sociedade. Membro efetiva da Comissão de Estudos de Combate à Corrupção e Improbidade Administrativa do Conselho Seccional da OAB/SP. Revisora de periódicos (parecerista *ad hoc*). Advogada na área de Direito Público.

- Marcelo Kokke Gomes

Doutor e Mestre em Direito pela PUC-Rio. Especialista em processo constitucional. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Professor de Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor de Pós-graduação da PUC-MG. Professor colaborador da Escola da Advocacia-Geral da União. Professor do IDDE – MG. Membro da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil. Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. Membro da Comissão de Advocacia Pública Federal da OAB-MG

- Paulo Fernando de Mello Franco

Doutorando em Direito na modalidade Sanduíche pela Universidade do Vigo - UVIGO. Doutorando em Direito e Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO (2015). Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes - Centro (2011). Ex-Procurador da Caixa Econômica Federal - CEF. Professor de Direito Civil, Processual Civil e Econômico em Cursos de Graduação e de Pós-Graduação. Professor Substituto de Direito Civil na Universidade Federal Fluminense - UFF. Tem experiência e interesse na área de Direito Público e Privado, com ênfase em Direito Administrativo, Econômico, Processual Civil e Civil.

- Leonardo de Paula

Doutorando em Direito do Estado na UFPR; Mestre em Direito Público Evolução Social na UNESA-RJ; Especialista em Penal e Processo Penal, Especialista em Docência do Ensino Superior. Advogado no escritório Gamil Foppel Advogados Associados.

- Fábio Luiz Bragança Ferreira

Mestre e Doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP. Dedicar-se a pesquisar, principalmente, constitucionalismo, hermenêutica e teoria da decisão sob a perspectiva do direito constitucional e direito processual civil. É advogado militante no Distrito Federal, inscrito na OAB-DF.

- Wagner Wilson Deiró Gundim

Doutorando em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor de Direito Penal, Processo Penal e Prática Penal da Faculdade de Direito da Universidade Anhembi Morumbi. Foi Líder da Comissão de Eventos da Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Atualmente, é advogado com experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público (Constitucional, administrativo e penal) e Direito Privado. Professor da Universidade Anhembi Morumbi nas disciplinas de Direito Penal, Processo Penal, Prática Penal e Prática Civil.

- Daniel Giotti de Paula

Doutorando em Direito (Conceito CAPES 4) pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ. Mestrado em Direito (Conceito CAPES 4) pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, PUC-Rio. Especialização em Direito Econômico e Empresarial. Universidade Federal de Juiz de Fora, UFJF. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Filosofia do Direito, Direito Financeiro, Teoria do Direito e Direito Tributário. Procurador da Fazenda Nacional em Itaboraí.

- Valdirene Ribeiro de Souza Falcão

Doutora pela Universidade de São Paulo (2014). Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Especialização em Direito Público (1999/2000), pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/Escola da

Magistratura da 3ª Região. Membro do Conselho Consultivo da Revista do Conselho de Estudos Judiciários/Conselho da Justiça Federal; Membro do Instituto Pimenta Bueno; da Associação Brasileira dos Constitucionalistas; Membro revisor *ad hoc* da Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro; Parecerista da Revista da AGU. Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Constitucional. Professora assistente da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie em Campinas; Juíza Federal na 3ª Região - Tribunal Regional Federal, São Paulo – SP.

- Sônia Aparecida de Carvalho

Doutoranda em Direito pela UNIVALI - SC e Doctoranda en Derecho pela Universidad de Alicante, na Espanha, com período sanduíche e dupla titulação pela Universidad de Alicante, na Espanha. Mestra em Direito pela UNISC - RS. Especialista em Direito Ambiental, Direito Previdenciário e Direito do Trabalho pela UNOPAR - PR. Graduada em Direito pela UPF - RS. Professora e Pesquisadora na UPF.

- Gustavo da Silva Santanna

Doutorando e Mestre em Direito pela UNISINOS. Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional e Direito Público. Procurador do Município de Alvorada/RS. Professor da IMED e FADERGS. Professor convidado do curso de pós-graduação em Direito do Estado da UFRGS. Coordenador do Curso de Direito da Empresa SAGAH.

- Icaro Demarchi Araujo Leite

Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2015) e pela Faculdade de Direito da Alma Mater Studiorum Università di Bologna (2015). Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2011). Possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (2006), habilitação em Direito de Empresa (Administração Empresarial e Tributária) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2006). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Ambiental, Direito Econômico, Recuperação Judicial e Falências, Direito Comercial, Direito Internacional Público e Privado, Mercado de Capitais, Contencioso Cível e Direito Securitário.

- Marcelly Fuzaro Gullo

Doutoranda em Ciências Jurídico-Econômicas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - FDUC (Portugal), Mestre em Direito na Universidade Estadual Paulista - UNESP, Graduada em Direito na Faculdade de Direito de Franca - FDF, Graduada em Relações Internacionais na Universidade Estadual Paulista - UNESP. Professora Universitária. Advogada militante.

- Gabriel Webber Ziero

Doutorando em Direito na Universidade Roma Tre - ITA na linha e pesquisa: Discipline giuridiche storico-filosofiche, internazionali, sovranazionali e comparate. Mestre em Direito pelo Programa em Estudos Avançados (Adv. LL.M.) em Direito Internacional Público, linha de pesquisa: Justiça, Paz e Desenvolvimento da Universidade de Leiden (reconhecido no Brasil pela Universidade Federal de Minas Gerais). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Metodista, IPA. Atualmente, é membro da Transatlantic Doctoral Academy on Business, Economics & Ethics (Universität St. Gallen), vinculado ao grupo de pesquisa *Justice globale: Développement, Droits humains et Droit de la Reconnaissance: approches critiques et renouvelées* (Institut d'Études Politiques de Paris). Membro do corpo de rapporteurs da Oxford Database sobre Organizações Internacionais (Oxford University Press e Universidade de Manchester).

- Bruno Costa Marinho

Doutorando em Propriedade Intelectual e Inovação pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (2016). Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2006) e em Ciências Militares pela Academia Militar das Agulhas Negras (1999). Especialista em Gestão da Inovação pela Universidade de Linköping - Suécia (2015), em Coordenação Pedagógica pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (2007), em Ciências Militares pela Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais (2007), em Direito Militar pela Universidade Castelo Branco (2009) e em Direito Ambiental pela Universidade Estácio de Sá (2015). Atuou como Assessor Jurídico do Comando Militar da Amazônia de setembro de 2008 a dezembro de 2010 e entre

fevereiro de 2013 e março de 2015. Atuou como Chefe da Seção Técnica de Ensino e da Seção de Pós-Graduação da Escola de Artilharia de Costa e Antiaérea do Exército Brasileiro no ano de 2011 e como Chefe da Seção de Ensino à Distância da Escola de Artilharia de Costa e Antiaérea do Exército Brasileiro no ano de 2012. Atualmente, é adjunto da Seção de Gestão da Propriedade Intelectual da Agência de Gestão e Inovação Tecnológica do Exército Brasileiro.

- Carmen Lucia Sarmento Pimenta

Doutoranda em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Católica de Santos - UNISANTOS. Mestre em Direito Internacional pela UNISANTOS (2014). Pós-graduada (*Lato Sensu*) em Direito Marítimo e Portuário pela UNISANTOS (2014), em Direito Notarial e Registral pela ANOREG/UNIFAMMA (2010) e em Direito Processual Civil, pela Universidade Cândido Mendes - UCAM (2008). Possui graduação em DIREITO pela Universidade Gama Filho - UGF (2006) e em Música Sacra pelo Seminário Teológico Batista do Sul do Brasil - STBSB (1994). Professora Pesquisadora na Aix-Marseille Université - França e na Universidade Carlos III - Madri (Espanha, 2016). Pesquisadora CAPES em Direito Ambiental, Marítimo e do Mar. Co-Titular do escritório jurídico Matusalém Pimenta Advogados Associados no Rio de Janeiro e Vice-presidente da Comissão de Direito Marítimo e Portuário da 57ª Subseção da OAB/RJ. Professora de Direito Marítimo da Pós-graduação em Direito Marítimo e Portuário da *Maritime Law Academy*, UERJ, UNISANTOS, Faculdade Redentor/RJ, ESA-OAB/RJ e de Responsabilidade Civil na Pós-graduação em Direito Civil e Processual Civil da Estácio - Cabo Frio/RJ. Professora convidada da Universidad Carlos III de Madri (Espanha). Membro da Academia Brasileira de Direito Internacional - ABDI, da Associação Brasileira de Direito do Mar - ABDMAR - e da Associação Brasileira de Direito Marítimo - ABDM.

- Júlio César de Lima Ribeiro

Doutorando em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - FDUC. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Estadual Paulista - UNESP (2011). Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista - UNESP (2007). Professor de Direito Civil e Processual Civil, Fundamentos Jurídicos e Direito Empresarial. Advogado militante. Possui experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil e Empresarial.

- Tanise Zago Thomasi

Doutoranda em direito pelo UNICEUB; Mestre em direito pela UCS; graduada em direito pela UCPEL; Professora universitária na UNIT.

- Brunna Laporte Cazabonnet

Doutoranda em ciências criminais pela PUC-RS; Mestra em ciências criminais pela PUC-RS; Especialista em ciências penais pela PUC-RS. Professora de processo penal e direito penal pela URCAMP - Campus São Gabriel e Alegrete e Faculdade de Direito UNIFIN.

- Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis

Instituição de ensino na qual é filiado: Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP e Universidade de São Paulo - USP. Advogado, Doutor, Mestre e Graduado pela Faculdade de Direito da USP. Professor da Universidade de São Paulo - FDRP/USP e do Instituto Brasiliense de Direito Público - EDB/IDP.



ÍNDICE

APRESENTAÇÃO

Marcelino Rodrigues Mendes Filho 19

EDITORIAL

Grégore Moreira de Moura 21

ANAFE CONTRIBUINDO COM O FORTALECIMENTO DA ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL

Rogério Filomeno Machado 24

ARTIGOS DE AUTORES CONVIDADOS

A Face do Tráfico de Animais Silvestres: Mito e Realidade

The Face of Wild Animals Trafficking: Myth and Reality

Lilian Rose Lemos Rocha e Iago Farias Lora 26

ARTIGO EM INGLÊS

Prison System Should be Reformed by much more than Law Changenges

Érika Wen Yih Sun 47

ARTIGO DE DIREITO COMPARADO

O Desenvolvimento do Sistema de *Common Law* e o Sistema de Direito Civil – Algumas Observações

Peter J. Messitte 55

ARTIGO TRADUZIDO

Porque no Direito (e em Qualquer Lugar) o Precedente Não é Totalmente (ou Mesmo Substancialmente) Sobre a Analogia

Why Precedent In Law (And Else where) Is Not Totally (Or Even Substantially) About Analogy

Frederick Shauer..... 60

ARTIGOS

A geopolítica ambiental contemporânea e seus desdobramentos nas relações internacionais

Contemporary Environmental Geopolitics and Its Developments in International Relations

Talita Mala Dal Lago75

A improdutividade e o contraditório na desapropriação para reforma agrária

Unproductiveness and contradictory in expropriation for land reform

Patrícia Rossato Nunes94

A remessa necessária e a Súmula 45/STJ: Uma análise crítica

The required shipment and the 45 / STJ sumit - A critical analysis

Márcio Carvalho Faria e Márcia de Paula Galvão Faria115

A tecnologia a serviço da democracia: o processo eleitoral na Era da Informação

The Technology at the service of democracy: the electoral process in the era Of Information

Guilherme Oliveira de Arruda139

A teoria da *Actio Nata* e o redirecionamento da execução fiscal com base na dissolução irregular da sociedade limitada

The Actio Nata Theory and the collection of taxes due to the irregular company shutdown

Rodolfo Cursino150

As Prerrogativas da Advocacia Pública: Um Olhar Sobre a Advocacia Pública Federal

The Prerogatives of Public Advocacy: A look at Federal Public Advocacy

Grégore Moreira de Moura e Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes163

Direito Probatório: provas nas ações envolvendo a Fazenda Pública

Probationary Right: Evidence in actions involving the Public Treasury

Ana Paula Fonte177

Fidelidade Partidária e os Trânsfugas no Cenário Político-Eleitoral Brasileiro

Partial (In) Fidelity and the Transfugas in the Brazilian Political-Electoral Scenario

Maria Laura Maciel Fernandez e Marcelo Nunes Apolinário208

Honorários de Sucumbência Recursal no Novo CPC e os Efeitos para a Advocacia

The Burden of Loss in Case of Appeal Inthe New Civil Procedural Code and the Effects for Legal Profession

Fernando Rubin e Luana Korol222

Políticas públicas no Estado Federativo de 1988: Análise quanto à complexidade institucional do seu ciclo de desenvolvimento

Polices in the Federal State of 1988: Analysis on the institutional complexity of policy cycle

Daniel Telles de Menezes251

Prazo máximo para ocupação de funções diretivas no âmbito da Advocacia Pública Federal

The federal attorney's office and term limits for leading positions

Igor Aragão Brilhante276

Sistema Brasileiro de Precedentes

Brazilian System of Precedents

Fabício Bastos.....286

PARECERES

PARECER sobre PLP 337/2017: em defesa da integração na AGU

Eros Grau.....330

PARECER N.º 102/2014/DECOR/CGU/AGU

Antonio dos Santos Neto.....341

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Reclamação: O Requisito do Esgotamento das Instâncias Ordinárias nas Recentes Decisões das Cortes Superiores

Vitor Pinto Chaves e Thiago Cássio D'Ávila Araújo.....387



APRESENTAÇÃO

Marcelino Rodrigues

Presidente da ANAFE

Com intuito de oportunizar um espaço qualificado para publicação e disseminação de trabalhos acadêmicos de interesse da Advocacia Pública Federal e de seus membros, bem como de toda a comunidade jurídica, a Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (ANAFE) tem a honra de lançar a 1ª edição da Revista da Advocacia Pública Federal.

A publicação oferece um rico conjunto de artigos e comentários de Advogados Públicos Federais, mestres e operadores do Direito, com o intuito de se consolidar como uma referência de citação para outros trabalhos científicos, difundir conhecimentos úteis, além de consistir em um repositório acadêmico de alto nível.

Tal iniciativa consiste em mais uma contribuição da ANAFE para o fortalecimento da Advocacia Pública Federal e da Advocacia-Geral da União, essenciais ao Estado Democrático de Direito. Entendemos que o aperfeiçoamento acadêmico e profissional é fundamental para o amadurecimento e crescimento que almejamos e que a sociedade espera para nossa instituição, prevista expressamente na Constituição Federal de 1988 como Função Essencial à Justiça (artigo 131).

Nesta publicação, o leitor encontrará artigos científicos inéditos, resultantes de pesquisas e estudos relacionados à Advocacia Pública Federal e sua atuação, e que fornecem subsídios para reflexões mais profundas sobre o Direito e sobre a Instituição. Os trabalhos oferecidos demonstram a qualidade técnica dos colaboradores na busca do aperfeiçoamento jurídico.

Agradecemos aos ilustres colaboradores da Revista, a qual, a partir da publicação oficial durante o 2º Congresso Nacional dos Advogados Públicos Federais (CONAFE), alcançará membros da comunidade jurídica, instituições e bibliotecas de todo o País. Além disso, a ANAFE aproveita o ensejo também para agradecer e parabenizar a todos os valorosos membros das carreiras que compõem a Advocacia-Geral da União (Procuradores Federais, Procuradores da Fazenda Nacional, Advogados da União e Procuradores do Banco Central do Brasil) que contribuem para o fortalecimento e engrandecimento da Instituição e do nosso país.

A todos, uma boa leitura!



EDITORIAL

Grégoire Moreira de Moura

Editor-chefe

Caros leitores,

É com muito orgulho e prazer que apresentamos a primeira edição da Revista da Advocacia Pública Federal.

Este primeiro número é o resultado de um semestre de intenso trabalho, esforço e dedicação investidos pela presidência da ANAFE e por todo o corpo editorial do periódico.

A nossa proposta e compromisso é o incentivo à produção e divulgação de trabalhos científico-acadêmicos, com temas relacionados à Advocacia Pública Federal, visando elucidar os leitores a respeito da importância da atuação judicial realizada pelos membros da Advocacia-Geral da União em assuntos relacionados ao desenvolvimento do País e à prestação de serviços à sociedade.

O conteúdo aqui apresentado traz à reflexão artigos, pareceres e jurisprudência comentada que merecem ser apreciados pela comunidade jurídica brasileira.

Dessa forma, abrimos a Revista com um artigo de nossos autores convidados, Lilian Rose Lemos Rocha e Iago Farias Lora, que nos brindam com o tema: *A Face do Tráfico de Animais Silvestres: Mito e Realidade*, sintetizando as lacunas existentes no Brasil que permitem que o tráfico de animais silvestres seja realizado de maneira exacerbada e pouco percebido dada a extensão do território brasileiro.

Em seguida expomos o artigo em inglês, desenvolvido pela Doutora Érica Wen Yih Sun, que tem por título: *Prison system should be reformed by much more than law changes*. O objetivo da autora é tratar do sistema prisional brasileiro e como a sociedade reivindica a sua reforma.

Para enriquecer mais ainda esta edição de lançamento, presentamos o leitor com um artigo de direito comparado: *O Desenvolvimento do Sistema de Common Law e o Sistema de Direito Civil*, obra do juiz federal sênior norte-americano o Professor Peter Jo Messitte no qual faz uma comparação entre o sistema dos Estados Unidos e o sistema do Brasil.

Oferecemos, também, o texto de Frederick Schauer: *Why Precedent In Law (And Elsewhere) Is Not Totally (Or Even Substantially) About Analogy*. Traduzido pelo professor Doutor Jefferson Carús Guedes e pelo professor Thiago Santos Aguiar de Pádua como: *Por que no Direito (e em*

qualquer lugar) o precedente não é totalmente (ou mesmo substancialmente) sobre a analogia.

Logo depois, contemplamos, você leitor, com 12 (doze) artigos, avaliados e aprovados pelo nosso corpo de Pareceristas, com uma variedade de temas que contribuirão, ainda mais, para expandir o seu conhecimento.

Este periódico, também, tem a satisfação de divulgar dois Pareceres: O primeiro é o relevante PARECER, do notável professor Doutor Eros Roberto Grau, favorável à inclusão formal da Procuradoria-Geral Federal e da Procuradoria-Geral do Banco Central na estrutura da Advocacia-Geral da União, que é objeto do Projeto de Lei Complementar 337/2017, de autoria do Poder Executivo, em tramitação na Câmara dos Deputados. O segundo é o PARECER N.º 102/2014/DECOR/CGU/AGU, da Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que trata da obrigatoriedade ou não de observância de procedimento licitatório, por parte de entidades privadas sem fins lucrativos, no caso da contratação de obras custeadas pela União.

Fechando a nossa edição, o Procurador Regional Federal da Primeira Região, Doutor Vitor Pinto Chaves e o Subprocurador Regional Federal da Primeira Região, doutor Thiago Cássio D'Ávila Araújo, brindam-nos com uma preciosa contribuição na forma de Jurisprudência Comentada com o título: *Reclamação: o requisito do esgotamento das instâncias ordinárias nas recentes decisões das Cortes Superiores.*

A Revista da Advocacia Pública Federal agradece, em nome de seu Conselho Editorial, a todos que colaboraram, de alguma forma, para a sua concretização, principalmente os autores, pelo envio dos valiosos trabalhos e o valoroso Corpo de Pareceristas pela dedicação nas análises dos artigos.

Ao leitor, oferecemos esta primeira edição da nossa Revista com o compromisso de trabalharmos com a mesma responsabilidade e esmero nas próximas edições, para conquistarmos, cada vez mais, sua confiança e credibilidade, nosso maior propósito.

Tenham todos uma boa leitura!



ANAFE CONTRIBUINDO COM O FORTALECIMENTO DA ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL

Rogério Filomeno Machado
Vice-Presidente da ANAFE

Em março de 2016, se iniciou o projeto de fundação da maior entidade representativa das quatro carreiras da Advocacia Pública Federal, cuja essência se expressa em seu *slogan*: Juntos Somos Mais Fortes!

A Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (ANAFE) foi constituída num momento de crise na Advocacia-Geral da União e tem como objetivo lutar pelo fortalecimento da Instituição e pelos ideais da democracia, união e transparência, pilares da Entidade.

Sonhada por muitos, a ANAFE consiste no primeiro passo e, talvez por isso, o mais importante, rumo a uma única entidade representativa das carreiras que compõem a AGU. Com muito orgulho, hoje temos a honra de integrar essa Associação que vem se tornando tão grande quanto os desafios enfrentados até aqui.

Trazendo uma nova visão de Advocacia Pública, a ANAFE que já nasceu grande, congrega quase 4 mil colegas de todas as carreiras da Advocacia-Geral da União, que acreditaram e continuam acreditando no sonho de unidade.

A ANAFE atua de forma transparente, democrática e independente no dia a dia da sua existência e nas lutas para construção definitiva de uma AGU forte e independente, que atue em consonância com os anseios de seus associados e da sociedade.

Respeitada institucionalmente, a Associação trabalha na interlocução junto aos três Poderes da República. Essa seriedade e profissionalismo se reflete em vitórias concretas protagonizadas por dirigentes, representantes e associados guerreiros que permitem e favorecem essa atuação com ganhos positivos à Advocacia Pública Federal.

Com intuito de contribuir também, na disseminação do conhecimento construído por colegas das carreiras e convidados ilustres, a ANAFE lança a Revista da Advocacia Pública Federal visando o enriquecimento da cultura jurídica do País e a constituição de um fundo bibliográfico sobre essa importante Função Essencial à Justiça.



ARTIGO DE
AUTORES CONVIDADOS



.....

A FACE DO TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES: MITO E REALIDADE

.....

THE FACE OF WILD ANIMALS TRAFFICKING: MYTH AND REALITY

Lilian Rose Lemos Rocha¹

Iago Farias Lora²

SUMÁRIO: Introdução; 1 A proteção à fauna: evolução da legislação; 2 A proteção constitucional da fauna; 3 Degradação da fauna: causas fundamentais; 4 Análise do problema no Brasil; 4.1 A rota ilegal do comércio de vidas; 5 Formas de combate e prevenção ao comércio de animais brasileiro; 6. Conclusão; Referências.

1 - Coordenadora Acadêmica do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC/UniCEUB, Coordenadora da Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito do UniCEUB; Professora Associada do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito e Relações Internacionais – UniCEUB; Doutora em Ciências e Tecnologias na Saúde - UNB; Mestre em Desenvolvimento Sustentável – UNB; Graduada em Direito – UFBA.

2 - Membro do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais - CBEC; Secretário Executivo do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC; Assistente Acadêmico da Coordenação de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito – UniCEUB; MBA em Gerenciamento de Projetos – IBMEC; Graduado em Administração de Empresas – UniCEUB; Graduando em Direito – UniCEUB; Endereço eletrônico: iagolora@outlook.com;

RESUMO: O presente artigo sintetiza as lacunas existentes no Brasil que permitem que o tráfico de animais silvestres seja realizado de maneira exacerbada e pouco percebido dada a extensão do território brasileiro. A biopirataria é dificilmente regulada devido a facilidade da saída ilegal do país, fazendo com que nossa fauna seja com o decorrer dos anos usurpada pelos mercadores de animais silvestres. Traz ainda, dados quantitativos e mapas, de maneira a quantificar a fragilidade de nosso sistema de proteção aos animais pertencentes à fauna do país, concluindo que somente por meio de uma fiscalização ética e rigorosa juntamente com a correta da lei, poderá ser preservada a biodiversidade brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Fauna. Biopirataria. Comercio Ilegal. Tráfico. Animais Silvestres.

ABSTRACT: The present article synthesizes the existing gaps in Brazil that allows trafficking of wild animals to be accomplished in an exacerbated and unnoticed way due the extention of the brazilian territory. The biopiracy is hardly regulated because of the facility of illegal exit of the country, causing the usurpation of the brazilian fauna by animal's merchants throughout the years. The article brings quantitative data and maps, in a way to quantify the fragility of our animal protection system, concluding that only with ethical and rigorous surpevision, added by the correct legal application, the brazilian biodiversity could be preserved.

KEYWORDS: Fauna. Biopiracy. Illegal Trade. Traffic. Wild Animals.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar os pontos de estrangulamento dos métodos de controle de prevenção e combate à biopirataria, especificamente o tráfico de animais da fauna brasileira, bem como avaliar a aplicabilidade da legislação de combate ao tráfico de animais.

A proposta deve-se ao fato de que as ações que vêm sendo tomadas por atores públicos, ONGs e pela sociedade, não bastam para impedir que a nossa biodiversidade seja saqueada tão rapidamente. Além disso, os métodos de controle não são suficientemente eficazes para coibir tal prática. Assim, ao pesquisar o tema em questão, depara-se logo com uma triste realidade: o desaparecimento gradativo da fauna brasileira.

Os dados são alarmantes e por isso mesmo, preocupantes, diante da estimativa de que a cada ano, 38 milhões de animais silvestres saem do país clandestinamente. No mundo, este crime movimenta de U\$ 10 a 20 bilhões por ano, e representa hoje, a terceira maior atividade ilícita do planeta, somente atrás do tráfico de drogas e armas³. O Brasil detém 22% das espécies animais vivas existentes no planeta e, por isso, é um dos países mais visados pelos biopiratas.

A biopirataria é um tema que inquieta as agendas políticas, as ONGs e a sociedade civil organizada, tornando absolutamente necessárias medidas eficazes e céleres por parte do Estado, para combater o tráfico de animais.

No caso brasileiro temos ainda um agravante que envolve o imenso espaço territorial, a pobreza e a falta de educação em todos os níveis, tornando quase nula a fiscalização de quilômetros de fronteira terrestre e oceânica. A Polícia Federal e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA não possuem aparato operacional e nem humano suficientes para efetuar o trabalho a contento.

A biopirataria não é apenas o contrabando de diversas formas de vida da flora e fauna. É uma atividade altamente rentável, que movimenta bilhões de dólares e inclui a apropriação e monopolização de conhecimentos das populações tradicionais no que se refere ao uso dos recursos naturais. O Brasil, a exemplo de grande parte dos países em desenvolvimento, ainda não dispõe de um sistema de proteção legal dos direitos de propriedade intelectual de comunidades tradicionais.

Além dos materiais genéticos levados clandestinamente ou ilegalmente exportados, calcula-se que anualmente cerca de 38 milhões de animais silvestres atravessam as fronteiras ilegalmente, sendo que grande parte deste total é levada para fins de biopirataria, como é o caso das serpentes, cujos venenos são pesquisados para servirem de princípios ativos na fabricação de medicamentos.

O combate à biopirataria depende mais de leis internacionais do que nacionais. Pesquisadores e especialistas no assunto concordam que sem a consolidação de acordos e tratados, que proíbam o registro e o patenteamento de recursos naturais, e que não tenham sua procedência claramente definida, a biopirataria continuará sendo um negócio rentável

1. A PROTEÇÃO À FAUNA: EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO

A evolução histórica da legislação penal brasileira no tocante à fauna, teve início no

3 - MESQUITA, Andréa. Biopirataria: fauna e flora brasileiras ameaçadas pela ação dos traficantes. *Revista Justilex*, ano II, n. 15, mar. 2003, p. 13.

século XVI⁴, através das normas advindas de Portugal.

A preocupação com os recursos naturais fez-se presente quando o reino de Portugal começou a sentir os efeitos provocados pela sua falta, já em 1326⁵. Portugal passava por uma grave crise em seus gêneros alimentícios e por uma escassez de seus recursos naturais. A metrópole viu uma importante fonte de renda desaparecendo juntamente com alguns elementos de sua fauna e flora. Sendo assim, com o intuito de evitar a crise e, principalmente, dos prejuízos comerciais e econômicos, a Coroa determinou a elaboração de normas de caráter ambiental.

As regras lusitanas já não possuíam muita eficácia e a degradação sistemática e ininterrupta do patrimônio faunístico brasileiro fez-se frequentemente paralela às regras dotadas de excessiva gravidade nas suas sanções, mas que na prática foram desrespeitadas por falta de fiscalização e de efetiva aplicação.

Nas Ordenações Manuelinas, verificou-se a proibição de caçar em regiões destruídas pelo fogo durante trinta dias subsequentes ao incêndio. Essa norma visava evitar a destruição dos animais, já que sem a cobertura vegetal, estes se tornavam alvos bem mais vulneráveis. Também vedava o emprego de instrumentos cruéis, que se quebrasse os ovos de perdizes, inclusive instituindo a pena de dois mil réis para quem fosse flagrado utilizando instrumentos cruéis contra os animais⁶.

Outra prática coibida pelos Portugueses era a comercialização indiscriminada de colmeias para aqueles vendedores que matavam as abelhas após a compra, onde a pena poderia ser o açoite ou pena de degredo, quando eram enviados para a África⁷.

Durante as Ordenações Filipinas também foi mantida a proibição de matar abelhas; a vedação da utilização de instrumentos cruéis para matar ou caçar perdizes, bem como a caça em determinados locais e épocas; e a proibição de não poder pescar em rios e lagoas de água doce com redes⁸. Ficou também proibido o lançamento, nos rios e lagoas, em qualquer época do ano, de materiais que pudessem sujar ou matar os peixes.

O agravante da lacuna legislativa da época somada ao grande espaço territorial brasileiro, contribuiu para o surgimento de criminosos por delitos ambientais. A falta de apego pelas terras e pela conservação das riquezas naturais brasileiras, também predominavam no espírito dos que aqui vinham habitar. Sendo este mais um, entre os diversos fatores, que contribuiram para a degradação da fauna brasileira no período colonial.

Em 1630 e 1645, o nordeste do Brasil passou pela dominação holandesa. Os holandeses demonstraram alguma preocupação com o patrimônio natural, porém estavam mais interessados na natureza sob a ótica econômica, do que propriamente ecológica. Nesse sentido, elaboraram normas ambientais, proibindo o abate da árvore de cajueiro, determinaram o cuidado com a poluição das águas, criaram normas especiais para a pesca e a caça, e apoiaram a conservação das espécies existentes e a prática de introdução de animais de outras regiões.

4 - CARVALHO, Carlos Gomes de. *Introdução ao direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Letras & Letras, 1991. p. 95.

5 - WAINER, Ann Helen. *Legislação ambiental brasileira: subsídios para a história do direito ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 5.

6 - WAINER, op. cit., p. 8.

7 - CARVALHO, op. cit., p. 97.

8 - PIERANGELLI, José Henrique. Maus tratos contra animais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 765, jul. 1999. p. 231-232.

Após a vinda de D. João VI ao Brasil, constatou-se alguns progressos da legislação administrativa ambiental e nos incentivos à conservação de espécies nativas, tanto animais como vegetais. Foi, então, promulgada a Carta Régia de 1797, a criação do Jardim Botânico, em 1808 por Dom João VI, e a decisão de Dom Pedro II de mandar plantar a Floresta da Tijuca, em 1861 “a fim de garantir o suprimento de água para o Rio de Janeiro, ameaçado pelos desmatamentos das encostas dos morros⁹”.

Embora tenha sido um período marcado por avanços, não se pode deixar de registrar que estas medidas não foram suficientes para impedir a devastação das florestas, a prática de caça e pesca predatórias e a comercialização indiscriminada do patrimônio faunístico brasileiro. Essa destruição desmedida fez seguramente, com que muitas espécies e subespécies sofressem uma significativa diminuição em sua população.

Com a promulgação do Código Civil em 1916, os animais passaram a receber um tratamento eminentemente privatista. Portanto, os animais silvestres poderiam pertencer à propriedade de alguém por meio de caça ou pesca.

Por meio do Decreto nº 23.793 – Código Florestal, os animais voltaram a ser objeto e tutela do direito, introduzindo pela primeira vez o termo “fauna” na legislação penal brasileira, prevendo ainda, a pena de multa e pena restritiva de liberdade.

Em 1938, surgiu o primeiro Código de Pesca, entretanto, não havia em seu texto normativo, a preocupação com a escassez ou extinção desse recurso natural, pois nesse período ainda prevalecia a ideia de que os animais seriam um recurso ilimitado.

Em 1943 foi instituído o Código de Caça, revelando mais uma preocupação em estabelecer normas para a prática de caça do que realmente tutelar a conservação dos animais brasileiros, tanto que permitia uma das modalidades mais perniciosas de degradação faunística: a caça profissional¹⁰.

Nessa época, ainda era pequena a conscientização sobre a “gravidade da degenerescência do meio ambiente natural, cuja proteção passou a reclamar uma política deliberada, mediante normas diretamente destinadas a prevenir, controlar e a recompor sua qualidade¹¹”. Mas, esse fato começaria a mudar com a realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, em 1972.

No ano de 1973, diversos países assinaram a Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Fauna e Flora Selvagens em Perigo de Extinção – CITES. Esta foi ratificada pelo Brasil em 1975, através do Decreto Legislativo nº 54, de 24 de junho e promulgada no mesmo ano, pelo Decreto nº 76.623, de 17 de novembro. Seu objetivo consistia em “criar um sistema de cooperação mundial que permitisse controlar e combater o tráfico e comércio internacional de animais silvestres e seus produtos¹²”.

Como observa Maria Cristina Zeballos¹³ “se pensou que atacando o contrabando e regulando

9 - SILVA, Geraldo Eulário do Nascimento e. *Direito ambiental internacional e fauna terrestre brasileira*. Rio de Janeiro: Thex/Biblioteca Estácio de Sá, 2000.

10 - BRASIL. *Código de Caça de 1943*. Rio de Janeiro: Forense, 1943. p. 128.

11 - SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 16-17.

12 - SISTOS, Maria Cristina Zeballos de. El control Del comercio internacional de especies amenazadas da fauna y la flora silvestres. In: *Evolución reciente del derecho ambiental internacional*. Buenos Aires: A-Z, 1992. p. 103.

13 - Idem, ibidem.

o comércio, se poderia assegurar a sobrevivência daqueles exemplares mais depredados pela caça [...]”.

Com a Constituição Federal de 1988 aplicando uma nova forma de proteção ao patrimônio ambiental, o ambiente foi protegido como um todo, e não de forma setorizada como vinha ocorrendo, como se a destruição da fauna não afetasse a flora, e essa, os recursos hídricos e atmosféricos. Os animais passaram a ser vistos como parte integrante de uma imensa e complexa teia que regia a vida do planeta. Posteriormente, surgiu a Lei nº 9.605/98 – Lei de Crimes Ambientais, unificando todos os delitos ambientais, que previa em um corpo legal, todos os aparatos que o Estado possui hoje para controlar e combater o tráfico de animais.

2. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAUNA

Nas últimas décadas, houve uma reavaliação do modo de ver e tratar o patrimônio faunístico, principalmente quando se compreendeu que ele não era um recurso ilimitado, e que seu esgotamento poderia comprometer a qualidade de vida e até mesmo, a existência do próprio homem.

A Declaração de Estocolmo exerceu um papel preponderante para essa conscientização e para a construção de uma nova etapa na legislação ambiental, abrindo caminho para que as constituições passassem a fornecer um tratamento nitidamente conservacionista aos recursos naturais, com a finalidade de combater a degradação ambiental.

A Constituição Federal de 1988 apresentou uma tutela adequada e moderna sobre a fauna, consolidando a fauna como elemento integrante do meio ambiente, essencial na manutenção do equilíbrio ambiental e no desenvolvimento da sadia qualidade de vida humana.

Pode-se concluir assim, que em nível constitucional, todos os animais, isto é, “todos os seres irracionais, terrestres e aquáticos organizados, dotados de sensibilidade física e psíquica e da faculdade de executar movimentos voluntários, de acordo com as leis naturais de ordem biológica, física e psíquica” foram tutelados, independente da espécie a que pertençam ou do *habitat* que vivam¹⁴.

No texto constitucional em vigor, são várias as disposições explícitas e implícitas ao patrimônio faunístico. As primeiras encontram-se nos dispositivos do art. 23, VII - que estabelecem a competência comum ao Poder Público para protegê-la¹⁵, competência essa comum à União, Distrito Federal, Estados e Municípios para tratar das questões da preservação da fauna brasileira. Assim, os níveis de governo se unem, sendo que cada um, dentro das suas atribuições, exerce o poder de regulação do Estado, e especialmente, de fiscalização da aplicabilidade da lei ou poder de polícia para coibir a prática do comércio de animais em território brasileiro.

Pelo texto constitucional, o Poder Público possui dupla função na questão da regulação da fauna. A primeira tem a obrigação de não fazer, que se refere ao dever de preservar. A segunda é a proibição ao Poder Público de licenciar ou permitir, qualquer atividade lesiva à fauna, ou seja, o poder público tem o dever constitucional de proceder ao manejo ecológico, obrigando sempre que necessário a realizar meios adequados à preservação de espécies e ecossistemas ameaçados.

14 - CUSTÓDIO, Helita Barreira. Crueldade contra animais e a proteção destes como relevante questão jurídico-ambiental e constitucional. Revista de Direito Ambiental, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, n. 10, 1998. p. 65.

15 - BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2003, art. 23, VII.

Embora o termo fauna se encontre presente em vários dispositivos do texto constitucional, foi no art. 225, parágrafo 1, VII, da Constituição Federal, que atribuiu ao poder público a tarefa de “proteger a fauna e a flora ..., proibindo assim: a) práticas que provoquem, a extinção das espécies; b) práticas que coloquem em risco a sua função ecológica; e c) proibição de práticas que submetam os animais à crueldade¹⁶”.

Assim, a CF proibiu as condutas que causassem a extinção das espécies, buscando simultaneamente, evitar o desequilíbrio ambiental, preservar a biodiversidade e proporcionar uma melhor qualidade de vida para todos.

Conclui-se que a matéria faunística no texto constitucional, que era basicamente objeto de leis esparsas, obteve uma sólida tutela na CF/88, pois foi reconhecida como elemento essencial ao equilíbrio ecológico e à sadia qualidade de vida de todas as espécies, inclusive a do próprio ser humano, fortalecendo o papel do Estado como ente regulador e responsável pela preservação da biodiversidade, além de oferecer meios de aplicação de regras públicas que visassem o controle, a fiscalização e a proibição do comércio de animais

3. DEGRADAÇÃO DA FAUNA: CAUSAS FUNDAMENTAIS

A história da degradação da fauna, teve início com a própria aparição do homem sobre a terra. Inicialmente, o impacto era mínimo, somente para sua subsistência, devido “à fraca densidade de suas populações, cuja taxa de crescimento se manteve num nível muito baixo durante milênios, e à modéstia dos meios técnicos de que dispunha”.¹⁷

Com o advento da Revolução Industrial ocorrida no século XVII, o ser humano adquiriu a capacidade de modificar o ambiente como jamais visto em épocas pretéritas. A partir do final do século XIX, mais precisamente, após a Segunda Guerra Mundial, as grandes descobertas científicas e tecnológicas possibilitaram ao homem conquistas extraordinárias na sistemática de exploração da natureza.

No Brasil, a destruição da fauna começou com a chegada dos colonizadores portugueses que, por seus escritos, criaram os primeiros registros sobre a riqueza da fauna brasileira. Descreveram a variedade e a mansidão de certas espécies que permitiam sua captura sem dificuldades. No entanto, esse equilíbrio foi quebrado por meio do desmatamento desordenado, da caça excessiva e do contrabando ilegal.

Como registro espantoso da prática econômica portuguesa, foi liberada a caça à baleia, pois a quantidade de baleias era farta, a venda certa e o lucro cada vez mais atraente, reservando à Coroa Portuguesa o monopólio, mas não a exploração, pois esta ela terceirizava em contratos de concessão que duravam anos.

Observa-se, portanto, que a degradação de *habitats*, o contrabando, a pesca e a caça excessiva, são práticas antigas na história do Brasil.

16 - MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 76-77.

17 - DORST, Jean. Antes que a natureza morra: por uma ecologia política. p. 19. Cf. CARVALHO, José Cândido de Melo. *Conservação da natureza*. In: *Atlas da Fauna Brasileira*, p. 10.

O comércio ilegal de animais silvestres constitui outro fator que contribuiu para a extinção de numerosas espécies da fauna brasileira. O tráfico de animais silvestres, atualmente, segundo Bechara, é o terceiro maior do mundo, ficando atrás apenas do tráfico de drogas e de armas. “Estima-se que 12 milhões de animais por ano são retirados de seus *habitats* para atender as suas finalidades”.¹⁸

4. ANÁLISE DO PROBLEMA NO BRASIL

No Brasil, o problema torna-se quase insolúvel quando se observa que a sua extensão territorial é quatro vezes maior que a do México, e sete vezes que da Colômbia. Abrangendo climas desde o tropical até o temperado, permitindo que o país compartilhe faunas e floras tropical-equatoriais, criando assim, um ambiente mais diverso do mundo. Ambientes como a Mata Atlântica e a Floresta Amazônica abrigam um grande número de espécies endêmicas. Mesmo o Cerrado e a Caatinga têm floras e faunas das mais ricas do mundo, comparadas às regiões que apresentam as mesmas condições em outros países e continentes.¹⁹

Apesar da extraordinária biodiversidade biológica, que desde o século XVII surpreendeu os europeus que estiveram no país, e até recentemente, os levantamentos realizados para apuração de dados da nossa fauna têm sido feitos por estimativas baseadas ou em dados de regiões ou por proporcionalidade dos grupos conhecidos em relação àqueles desconhecidos, o que pode ser observado no quadro a seguir:

Tabela 1 - Número presumido de espécies conhecidas no Brasil, comparado a estimativas projetadas do total de espécies existentes no Brasil e no mundo.

Táxon	BRASIL				MUNDO
	Número de espécies conhecidas	Total projetado de espécies	Intervalo de confiança do total de espécies	razão desc/conh.	Total projetado de espécies
Vírus	400	55.000	(39.000 – 71.000)	136	400.000
Bactérias	1.400	136.000	(97.000 – 176.000)	96	1.000.000
Protozoários	3.200	27.000	(19.000 – 35.000)	8	200.000
Fungos	13.000	205.000	145.000 – 264.000)	15	1.500.000
Algas	4.900	55.000	(39.000 – 71.000)	10	400.000
Plantas	47.000	52.000	(49.000 – 56.000)	0.1	320.000
Artrópodes	116.500	1.214.000	(860.000 – 1.568.000)	9	8.900.000
Outros invert.	9.700	116.000	(82.000 – 150.000)	11	850.000
Vertebrados	6.200	8.000	(7.000 – 9.000)	0.3	50.000
Total	202.500	1.870.000	(1.340.000 – 2.400.000)	8	13.620.000

Fonte: LEWINSOLHEN, T. M.; PRADO, P. I. *Biodiversidade Brasileira: Síntese do Conhecimento*

18 - BECHARA, Érika. *A proteção da fauna sob a ótica constitucional*. Dissertação de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1998. p. 128.

19 - LEWINSOLHEN, T. M.; PRADO, P. I. *Biodiversidade Brasileira: Síntese do Conhecimento Atual*. Relatório Técnico Final do Projeto BRA 97G31 “Avaliação do estado de conhecimento da diversidade biológica do Brasil”. Ministério do Meio Ambiente, SBF e PNUD, Brasília, 2000.

Assim, os dados apresentados, representam um desafio considerável para pesquisadores, poder público e instituições, pois os métodos e suporte financeiro atualmente existentes, e o problema de desconhecimento da biodiversidade brasileira²⁰, implicam que as espécies hoje ameaçadas, só poderão resistir com a intervenção humana e por meio de manejo de populações e espécies nativas. Ora, este manejo só poderá ser realizado com o conhecimento das espécies. No Brasil os recursos humanos e materiais para gerar este conhecimento estão muito aquém do necessário.²¹

Baseados nos estudos realizados pela WWF – Fundo Nacional para Natureza e Banco Mundial, foram apresentados dados alarmantes e preocupantes sobre a ameaça aos biomas brasileiros, destacando os seguintes pontos mais expressivos: a mata atlântica é o quinto bioma mais ameaçado do mundo; a sua grande extensão geográfica e diversidade de clima, proporcionam a existência de uma incomparável diversidade biológica; possui uma diversidade de seres vertebrados e endêmicos com 251 espécies de mamíferos, sendo 160 endêmicas; 620 espécies de aves, sendo 73 endêmicas; 200 répteis, com 60 endêmicos e 280 anfíbios, dos quais 253 são endêmicos²². Com base nestes dados, algumas espécies desse grupo existentes no mundo só ocorrem na Mata Atlântica Brasileira.

Entretanto, já no Cerrado, o qual é o segundo maior bioma do Brasil, a diversidade de vertebrados é considerável, possuindo 161 espécies de mamíferos, onde 12% são endêmicas; 837 espécies de aves, sendo 3% endêmicas; 120 répteis, sendo 20% endêmica; 150 anfíbios, sendo 30% endêmicas.

Na região da Caatinga, que ocupa 11% do território brasileiro, várias novas espécies de animais e plantas vêm sendo listadas, donde conclui-se um conhecimento precário sobre as espécies endêmicas, pois a rota nacional de tráfico encontra-se também, nesta região.

Na maior planície inundável do mundo – o Pantanal, encontram-se 264 espécies de peixes, 652 aves, 102 mamíferos, 177 répteis e 40 de anfíbios.

Apesar dos dados apresentados, o Brasil é o primeiro país em total de espécies e em diversidade de mamíferos e anfíbios. Em diversidade de aves, é o terceiro do mundo, com 1677 espécies, e na variedade de répteis é o quarto, segundo dados da Renctas²³. De acordo com a mesma Organização Não-Governamental, dentre essas espécies, as mais procuradas pelos “piratas” são as aves com 82%, os répteis com 3%, os mamíferos com 1% e outros com 14%.

Os Centros de Triagem de Animais Silvestres (Cetas) do Ibama devolveram à natureza 275.716 animais de 2002 a 2014, conforme relatório elaborado pela Coordenação de Fauna Silvestre do Instituto. O documento aponta que, no período de 13 anos, foram recebidos 568 mil animais, em média 43.742 por ano. Do total, aproximadamente metade (275.716 ou 48,5%) foi solta e 81.633 (14,4%) foram destinados a criadouros científicos e particulares por não terem condições de retornar à natureza. Dos animais que chegaram aos Cetas, 79% eram aves apreendidas em operações de fiscalização do Ibama e da Polícia Militar Ambiental²⁴

20 - LEWINSOLHEN; PRADO, op. cit.

21 - Idem.

22 - MITTERMEIER, R. A. N. Myers & C. G. Mittermeier. *Hotspots: earth's biologically richest and most endangered terrestrial ecoregions*. Mexico City: CEMEX, 1999.

23 - Disponível em: <<http://www.renctas.org.br>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

24 - RELATÓRIO DA COORDENAÇÃO DE FAUNA SILVESTRE DO IBAMA. Disponível em: <www.ibama.br>. Acesso 02 de janeiro 2017.

4.1 A Rota Ilegal do Comércio de Vidas

Além da perda do *habitat*, a caça, para subsistência e o comércio aumentam a lista de espécies ameaçadas de extinção. Países pobres ou em desenvolvimento, como o Brasil, são grandes fornecedores de animais. A situação é tão alarmante que a então ministra do Meio Ambiente, Marina Silva, apresentou uma nova lista de animais em extinção. A relação possui aproximadamente 400 animais, de acordo com dados do MMA, quase o dobro da lista anterior de 1989, que contava com 219 espécies, e incluía o macaco-prego, o veado-bororó-do-sul, a jararaca, além de borboletas, besouros e aranhas, que passaram a integrar a relação de animais ameaçados²⁵.

Os animais comercializados, na sua maioria, vêm do Norte, Nordeste e Centro-Oeste e vão para o Rio de Janeiro e São Paulo, locais onde são vendidos em feiras livres ou exportados via aérea ou fluvial. Os mascates ou regatões (barqueiros que transitam pela região Norte e Centro-Oeste) realizam o escambo de produtos básicos por animais silvestres. Essa mão-de-obra barata é responsável por uma série de atividades ilegais que fazem o comércio de animais crescer em todo o país.

Tabela 2 - Principais Pontos de Comercialização Ilegal de Animais Silvestres

REGIÃO	UNIDADE DA FEDERAÇÃO	LOCAIS
NORTE	ACRE	Feiras livres, mercados e pontos especiais nos municípios de Rio Branco, Porto Acre, Brasiléia, Epitaciolândia, Xapuri, Sena Madureira, Bujari, Extrema e Nova Califórnia. Por via rodoviária: Assis Brasil, Brasiléia, Rio Branco e Plácido de Castro.
	AMAZONAS	Feiras livres, mercados e pontos especiais nos municípios de Boca do Acre, Manicoré, Tefé, Manacapuru, Itacoatiara e, principalmente, Manaus.
	PARÁ	Feiras livres, mercados no cais do porto e pontos especiais nos municípios de Belém, Castanhal, Aurora do Pará, Bragança, Abaetetuba e Moju.
	RONDÔNIA	Feiras livres e pontos especiais de Porto Velho.
	RORAIMA	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais em Boa Vista.
	AMAPÁ	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais em Macapá e na BR-156.
	TOCANTINS	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais de Brasilândia, Colinas, Guarai, Ananás, Colônia Bernardo Sayão, Silvanópolis, Santa Rosa, Dianópolis e Taguatinga.

25 - Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

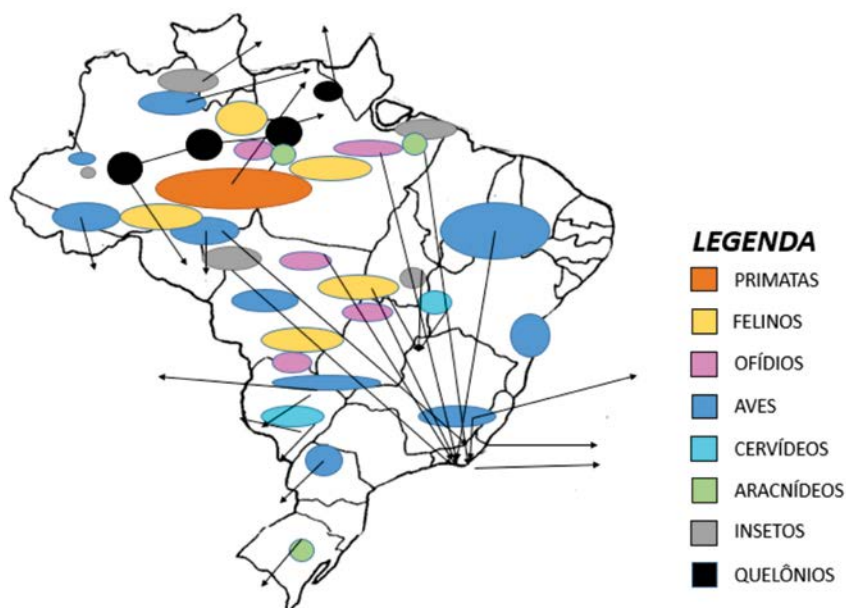
NORDESTE	ALAGOAS	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais no município de Maceió.
	SERGIPE	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais nos municípios de Aracaju e Itabaiana.
	BAHIA	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais de Salvador, Feira de Santana, Jequié, Teixeira de Freitas, Paulo Afonso, Juazeiro, Ribeira do Pombal, Feira de Santana e Uauá.
	CEARÁ	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais nos municípios de Fortaleza, Baturitê, Iguatu, Tauá, Cascavel, Maracanaú, Pacajus, Cariri, Sobral, Aracati e Ubajara.
	MARANHÃO	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais nos municípios de São Luís, São Bento, Mirador, Pastos Bons, Barão de Grajaú, Imperatriz, Barreirinhas, Santo Amaro, Primeira Cruz, Caixas, Timon, Açailândia, Buriticupu, Bacabeira.
	PIAUI	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais nos municípios de Corrente, Floriano, Gilbués e Teresina.
	PARAÍBA	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais nos municípios de Campina Grande e João Pessoa.
	PERNAMBUCO	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais nos municípios da Grande Recife.
	RIO GRANDE DO NORTE	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais no município de Natal.
SUDESTE	ESPÍRITO SANTO	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais nos municípios de Vitória e áreas de divisa com a Bahia.
	RIO DE JANEIRO	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais do Rio de Janeiro (Campo Grande, Praia de Guratiba, Parque Estadual da Pedra Branca, Bangu, Tijuca, Grajaú), Niterói, Nova Iguaçu, Itaguaí (Mazomba), Paracambi, Belfor Roxo, Queimados, Japeri, Campos, São João da Barra, Cambuci, São Fidelis, Santo Antônio de Pádua, Petrópolis, Teresópolis, Nova Friburgo, B. Jardim, Cantagalo, Sumidouro, Macaé, Maricá, S.P. d'Aldeia, Saquarema, Araruama, Cabo Frio, Quissamã, S. Jardim, Barra do Pirai, M. Pereira, P. de Frontin, P. do Sul, Valença, Vassouras, Barra Mansa, Volta Redonda, Pirai, R. Claro, Angra dos Reis, Parati, Mangaratiba. Depósitos: Duque de Caxias, V. dos Teles, Santa Cruz da Serra, Nilópolis, Nova Iguaçu e São João de Meriti, estando a maioria deles instalados em áreas de favelas, contando com o apoio de traficantes locais. Existem também aqueles instalados em residências.
	SÃO PAULO	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais nos municípios da Grande São Paulo.
	MINAS GERAIS	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais nos municípios de Divisa Alegre, Leopoldina, Triângulo Mineiro, Formoso, Arinos, Vila dos Gaúchos, Buriti, São Francisco, Januária, Cocos, Montalvânia e Governador Valadares.

CENTRO-OESTE	GOIÁS	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais nos municípios de Goiânia, Itumbiara, Catalão e Aparecida de Goiânia.
	MATO GROSSO	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais nos municípios de Cuiabá, Nobres e Juscimeira.
	MATO GROSSO DO SUL	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais nos municípios de Campo Grande.
	DISTRITO FEDERAL	Feira do Rolo (Ceilândia) e Pedregal.
SUL	SANTA CATARINA	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais nos municípios de Florianópolis, Joinville e Tijucas.
	PARANÁ	Feiras livres, mercados informais e pontos especiais nos municípios de Curitiba e Foz do Iguaçu.
	RIO GRANDE DO SUL	Feiras livres, mercados informais, na BR-290 (Free-way), Município de Santo Antônio da Patrulha.

Fonte: Renctas. Disponível em: <<http://www.renctas.org.br>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

Segundo os dados fornecidos pela Renctas, as regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste do país, áreas menos desenvolvidas, são, inegavelmente, as mais atuantes no comércio de espécies. Essas regiões funcionam como áreas de captura. Já a Região Sul funciona como um corredor de escoamento e a Região Sudeste como o grande consumidor e promotor do comércio nacional e internacional de animais da fauna brasileira²⁶.

Figura 1 – Rota de tráfico dos animais silvestres

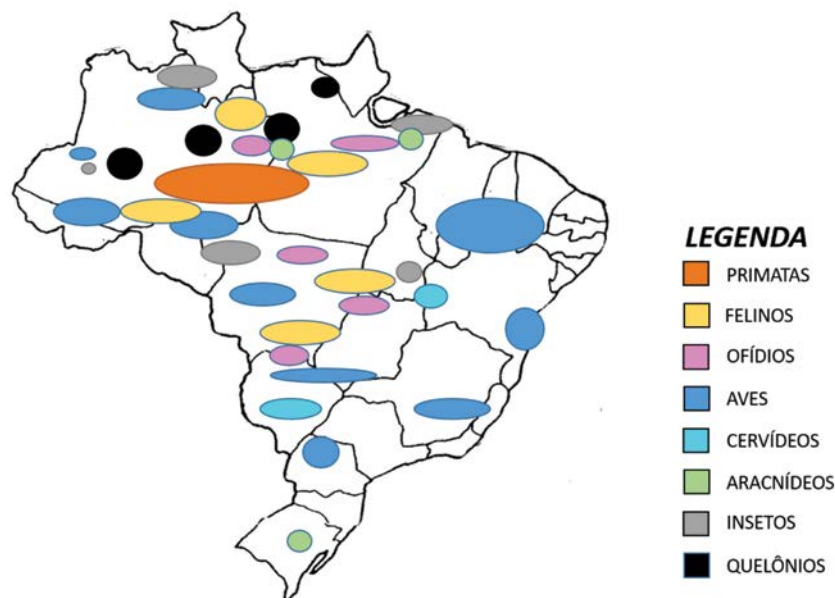


Fonte: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, Adaptação do autor.

26 - Disponível em: <<http://www.renctas.org.br>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

Conforme informações do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, as rotas nacionais de captura das espécies funcionam da seguinte maneira: as espécies são compradas por um traficante, que repassa ao conector, o qual leva aos centros urbanos, onde são ajudados pela própria comunidade que se encarrega de comercializar, utilizando veículos, barcos, aviões. Veja o Mapa fornecido pelo IBAMA de Captura de animais.

Figura 2 – Área de captura de animais silvestres.



Fonte: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, Adaptação do autor.

Ainda segundo o IBAMA, as rotas internacionais têm como ponto de partida as seguintes cidades brasileiras: Manaus, Belém, Campo Grande, Recife, Belo Horizonte, Rio de Janeiro e São Paulo, além de outras cidades próximas à fronteira internacional. Existem dados que apontam também, como rota internacional do comércio de animais a Região Amazônica e o Pantanal Mato-Grossense.

Existem, ainda, pontos intermediários como as cidades paraguaias, colombianas, argentinas que são próximas à fronteira brasileira. Constituem também, rota internacional: Caiena/Guiana Francesa; Lisboa/Portugal, Madri/Espanha e Tóquio/Japão.

Diversos animais são vendidos para o exterior com documentação falsificada que é retirada em países que possuem uma legislação mais frágil ou até mesmo, não têm regulamentação própria para este tipo de crime transnacional. Assim, são levados “legalmente” para outros países, nossos animais silvestres. É o que se pode chamar de crime entre vizinhos. Quem vende: Brasil, Peru, Argentina, Venezuela, Paraguai, Bolívia, África do Sul, Zaire, Tanzânia, China e Rússia; e quem compra: EUA (maior consumidor de vida silvestre do mundo), Alemanha, Holanda, Bélgica, França, Arábia Saudita e Japão (Fonte Renctas).

Os números indicam que o comércio de animais é muito lucrativo, sendo que o Brasil foi cotado como um dos maiores fornecedores de animais silvestres para o mundo, “retirando de cada cerca de 38 milhões de vida de seu *habitat* natural, sendo que de cada dez animais capturados, somente um chega vivo ao consumidor²⁷”.

5. FORMAS DE COMBATE E PREVENÇÃO AO COMÉRCIO DE ANIMAIS BRASILEIROS

Para proteger toda essa grande biodiversidade, o Brasil possui hoje cerca de 8,4% do seu território em unidades de conservação federais e estaduais, entre categorias de proteção integral e de uso sustentável. As primeiras representam apenas 3% do território brasileiro, além do que dados fornecidos pela Lemos & Ferreira (2000), determinaram que das 86 unidades analisadas, 47 (55%) estavam em situação precária, 32 foram consideradas como minimamente implementadas e somente 7 unidades foram classificadas como razoavelmente implementadas²⁸. Entre os principais problemas apontados estão: ausência de planos de manejo, número insuficiente de funcionários por unidade, e a falta de recursos financeiros, sendo necessária a adoção de políticas públicas específicas para sanar os problemas.

Entretanto, somente estes métodos não são suficientes para oferecer, por parte dos órgãos públicos, proteção à biodiversidade no Brasil. A perda acelerada da biodiversidade e a adoção de medidas para sua proteção, estão associadas à formulação de políticas públicas e instrumentos de intervenção, tais como: a Lei do SNUC – Sistema Nacional de Unidades de Conservação, e a Lei de Crimes Ambientais nº 9.605/98, que é um importante documento de conservação, punitivo e de preservação da biodiversidade.

A Convenção da Biodiversidade, após 10 anos de negociações, fez com que 182 países fizessem um acordo mundial, introduzindo o conceito de “consentimento prévio informado” para impedir que fabricantes de remédios e biotecnologia se apossassem de conhecimentos sobre plantas medicinais de países em desenvolvimento. No entanto, os maiores compradores de dados genéticos e de material animal e vegetal obtidos de forma ilícita, são os Estados Unidos.

Outro instrumento de grande importância é a CITES – Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Fauna e Flora Selvagem em Perigo de Extinção, que é gerenciada pela Organização das Nações Unidas e pelo Programa para as Nações Unidas sobre o Meio Ambiente – PNUMA, tendo como objetivo principal regular o comércio internacional e prevenir o declínio de espécies ameaçadas ou potencialmente ameaçadas de extinção²⁹.

É neste sentido que a CITES constitui um instrumento relevante para controle do comércio internacional das espécies da fauna e flora, extrapolando fronteiras geográficas e contando claro, com a cooperação dos governos signatários da Convenção, tornando possível dar eficácia ao acordo internacional.

27 - Disponível em: <<http://www.renctas.org.br>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

28 - LEMOS DE SÁ, R. M. L. V. Ferreira. Áreas protegidas ou espaços ameaçados: O grau de implementação e a vulnerabilidade das unidades de conservação federais brasileiras de uso indireto. *Série Técnica III, WWF Brasil*, 2000.

29 - Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, em 1972.

Apesar das grandes dificuldades do governo brasileiro em estabelecer normas e aplicá-las efetivamente ao caso concreto, tem-se notícias de que alguns casos de comércio de animais têm sido exemplarmente punidos no Brasil, como:

O caso do Juiz Federal do Amazonas Dimis Braga que condenou seis suíços à pena dupla por crime de biopirataria. Eles foram acusados de contrabando de borboletas e detidos no aeroporto internacional Eduardo Gomes em Manaus tentando embarcar para São Paulo, levando aproximadamente 500 insetos. Foi estipulada uma multa de R\$ 107.000, a título de ressarcimento das espécies apreendidas, e o mesmo valor pelo dano causado à biodiversidade, o dinheiro foi depositado no IBAMA. Outro caso exemplar é do belga que foi condenado a um ano de prisão por tentar pegar um avião em Tefé, no Amazonas, levando seis caixas com mais de 200 besouros e borboletas³⁰.

Assim, apesar das circunstâncias, a legislação brasileira sobre a fauna silvestre sempre esteve na vanguarda, oferecendo meios para que os órgãos públicos pudessem ter instrumentos eficazes para a conservação da biodiversidade.

Veja alguns dos instrumentos jurídicos colocados à disposição do Estado para controle e combate ao comércio de animais silvestres:

- a) Decreto nº 23.548/34 – regulamentou o serviço de defesa sanitária animal, protegeu os rebanhos nacionais e, conseqüentemente, as populações silvestres de vida livre de moléstias;
- b) Decreto nº 24.645/34 – estabeleceu medidas de proteção aos animais e regulamentou os maus tratos aos animais domésticos;
- c) Decreto nº 23.793/34 – regulamentou o Código Florestal;
- d) Decreto nº 5.984/43 – mostrou que o legislador da época se preocupava com o aproveitamento sustentável da fauna;
- e) Decreto Legislativo nº 3/48 – aprovou a Convenção para proteção da flora, da fauna e das belezas cênicas naturais dos países da América;
- f) Lei nº 4.771/65 – instituiu o novo Código Florestal;
- g) Lei nº 5.197/67 – regulamentou a proteção à Fauna, Código de Caça, assim os animais silvestres passaram a ser propriedade do Estado, sendo então, limitado o seu uso na forma da lei;
- h) Decreto nº 76.623/75 – promulgou a Convenção sobre o comércio internacional de espécies da fauna e flora selvagem em perigo de extinção, reconhecendo que os povos e o Estado eram e deveriam ser os melhores protetores de sua fauna e flora selvagem;
- i) Lei nº 6.938/81 – tratou da Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, determinando que o meio ambiente é patrimônio público, definindo assim, as regras para proteção aos ecossistemas.

30 - MESQUITA, Andréa. Biopirataria: fauna e flora brasileiras ameaçadas pela ação dos traficantes. *Revista Justilex*, ano II, n. 15, mar. 2003, p. 13.

Foi criada, ainda, como forma reguladora do Estado para o combate ao comércio de animais, a Lei nº 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), abrangendo de forma legal a fauna silvestre, devendo o poder público protegê-la em todo o território brasileiro. O Estado também possuiu como instrumento punitivo e de controle o Decreto nº 3.607/2000 (Implementação da Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies de Fauna e Flora Selvagem em Perigo de Extinção – CITES), ou seja, o governo brasileiro, através do IBAMA, passou a exercer a atribuição de autoridade administrativa, editando normas que visavam coibir o comércio de animais silvestres³¹.

Entretanto, como o Estado pode fiscalizar todas as fronteiras brasileiras com eficácia suficiente para a aplicabilidade coerente da legislação colocada à sua disposição? Este é o grande questionamento do momento. O quanto é eficaz a legislação, quando se sabe que não existe uma fiscalização adequada o suficiente para combater o comércio de animais.

O Brasil não tapa seus olhos à questão tão delicada tanto que apresenta várias políticas públicas voltadas para o fato, através de “programas oficiais de manejo, que abrangem sete espécies de tartarugas, cinco de aves, e vinte e seis de mamíferos³²”. Alguns destes projetos são centros de pesquisa e conservação vinculados ao IBAMA, tais como: Projeto Lontra, Projeto Baleia Jubarte, Projeto Golfinho Rotador, Projeto Mamíferos Marinhos do Litoral Sul, Projeto Papagaio-chauá, Projeto Peixe-boi, Centro de Pesquisa para conservação de Aves Silvestres – CEMAVE, Centro Nacional de Pesquisa, Conservação e Manejo de Mamíferos Aquáticos, Centro Nacional de Pesquisa para Conservação dos Predadores Naturais – CENAP, Centro de Conservação e Manejo de Répteis e Anfíbios – RAN, Centro Nacional de Conservação e Manejo das Tartarugas Marinhas – TAMAR³³.

Todos estes trabalhos vêm sendo desenvolvidos em parcerias com órgãos governamentais, universidades, ONGs e o IBAMA. Alguns incluem experiências bem-sucedidas, mas ainda são insuficientes diante do quadro de espécies em extinção no Brasil. A causa principal da falta de um melhor monitoramento é a ausência de recursos por parte do governo brasileiro. Outro fator agravante é a falta de recursos humanos e materiais, tanto para gerar o conhecimento necessário, quanto para executar a consolidação dos instrumentos legais e sua aplicação.

Diante do exposto, faz-se necessária a adoção de algumas providências, tais como: o aprimoramento dos meios de controle; a fiscalização, inclusive com o envolvimento das agências ambientais; a troca de informação entre governo, Polícia Federal e as agências ambientais; formulação de ações conjuntas entre o Brasil e os países vizinhos para o combate ao comércio de animais silvestres; e o apoio dos órgãos de comunicação de massa como forma de educação ambiental. Portanto, é imprescindível o envolvimento de todos os atores, para que se possa dar continuidade às políticas públicas voltadas para o combate e prevenção ao comércio de animais.

Não se pode ignorar que apesar do rigor, a legislação normalmente não é cumprida, e as autoridades ambientais não dispõem hoje, de meios para reverter o problema do comércio de animais. A fiscalização ambiental no país é muito deficiente, e sua insuficiência é reconhecida pela sociedade e pelo próprio governo.

31 - RENCTAS/IBAMA. Vida à venda: animais silvestres. 2003, p. 10.

32 - Disponível em: <<http://www.biodiversitas.org.br>>. Acesso em: 26 jun. 2003.

33 - Disponível em: <<http://www.biodiversitas.org.br>>. Acesso em: 26 jun. 2003.

É importante apresentar o papel do judiciário no combate ao tráfico de animais silvestres, aplicando a legislação, conforme algumas condenações, tais como:

TRF-4 - APELAÇÃO CRIMINAL ACR 21578 RS 96.04.21578-7 (TRF-4)

Ementa: PENAL. **CRIME CONTRA A FAUNA. ANIMAIS SILVESTRES. FIM COMERCIAL.**LEI- 5197 /67. CONDIÇÕES DO SURSIS. 1. Sendo o **animal silvestre** fora do cativeiro, o bem jurídico protegido pela Lei de Proteção a **Fauna**, e significativo o número de **animais** capturados, incabível o reconhecimento do princípio da insignificância jurídica, cabendo responsabilizar-se penalmente seus predadores. 2. Não obstante a severidade da lei de regência, a conduta dos apelantes, ainda que não assuma maior gravidade, considerando-se que as aves foram encontradas vivas, seu ato teve grande potencial lesivo, e atingiram o bem jurídico que a lei quis proteger. Os acusados apreenderam 230 aves em seus ninhos para utilizá-las como mercadoria, sem a menor condição de armazenamento, destinadas à morte certa, antes, ou após a comercialização. 3. Em face da faixa etária e condições pessoais dos réus, recomenda-se a adequação das condições dos sursis, consistentes na Comarca da Execução, em coleta de lixo, trabalho a exigir higidez física do trabalhador, inadequado para o homem de meia idade.

TRF-4 - APELAÇÃO CRIMINAL ACR 49671 RS 96.04.49671-9 (TRF-4)

Ementa: PENAL. **CRIME CONTRA A FAUNA. ANIMAIS SILVESTRES. DUAS CAPIVARAS PRENHES. AGRESSÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO PELA LEI- 5197 /67. NÃO SE CONFUNDE A CAÇA PARA ALIMENTAÇÃO COM O DELEITE GASTRONÔMICO.**MANTIDA A CONDENAÇÃO COM SURSIS. 1. Sendo o **animal silvestre** fora do cativeiro, o bem jurídico protegido pela Lei de Proteção a **Fauna**, e significativo o abate de duas capivaras prenhes, consistente em agressão cruel e violenta ao **animal** em sua fase reprodutiva, é incabível o reconhecimento do princípio da insignificância jurídica, cabendo responsabilizar-se, penalmente, seus predadores. 2. Não obstante a severidade da lei de regência, a ameaça às espécies nativas determinante do objeto jurídico do Código de Caça , ao incriminar a conduta do predador criminoso buscou evitar sua extinção. 3. O irresponsável abate de duas fêmeas prenhes teve grande potencial lesivo, e atingiu o bem jurídico que a lei quis proteger.

TJ-DF - Apelacao Criminal APR 20140810034416 DF 0003377-95.2014.8.07.0008 (TJ-DF)

Data de publicação: 04/02/2015

Ementa: PENAL. PORTE DE ARMA DE FOGO. MANUTENÇÃO DE ANIMAIS DA **FAUNA SILVESTRE** EM CATIVEIRO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INVIABILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O **CRIME** DE POSSE DE ARMA DE FOGO. ARMA APREENDIDA EM LOCAL DE RESIDÊNCIA. PERDÃO JUDICIAL QUANTO AO **CRIME** PREVISTO NO ARTIGO 29, § 1º, INCISO III DA LEI 9.605/98. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. 1. Inviável a absolvição do apelante, quando o depoimento dos policiais militares que efetuaram o seu flagrante mostrou-se harmônico e sem contradições, e não se verificou qualquer intenção de incriminação gratuita de suas partes. 2. Demonstrado que o local onde foi apreendido o revólver calibre .38 era residência do apelante, deve o **crime** de porte de arma ser desclassificado para a posse irregular de arma de fogo permitido (art. 12, caput, da Lei nº 10.826/03). 3. Não se aplica o perdão judicial previsto no artigo 29, § 2º, da Lei nº 9.605/98, quando o Laudo de Exame de Aves indicou que as aves foram apreendidas em local insalubre, sendo que uma delas habitava gaiola subdimensionada para a criação em cativeiro. 4. Dado parcial provimento ao recurso para desclassificar a conduta de porte de arma de fogo (art. 14 da lei nº 10.826/03) para o **crime** de posse de arma (art. 12 da Lei nº 10.826/03), reduzindo-se a pena privativa de liberdade.

O grande desafio para implementação das políticas públicas voltadas para o combate ao comércio da fauna brasileira está exatamente e primeiramente em fazer cumprir a legislação ambiental já existente, e principalmente, que os órgãos ambientais fiscalizem a sua aplicação.

6. CONCLUSÃO

O tema é por demais inquietante. Os dados são alarmantes, sendo que a questão do comércio ilegal de animais silvestres permeia, hoje, todas as agendas ambientais, as ONGs e pressiona o Estado, enquanto ente competente, para fiscalizar, punir e combater esta prática ilícita e altamente rentável.

Dentro do aparato legal, a tutela da fauna brasileira encontra-se amparada juridicamente, porém, os indicadores apontam para a falta de aplicabilidade, eficácia e celeridade do aparelho judiciário.

No aspecto estatal, a falta de continuidade de políticas públicas efetivas, de recursos humanos capacitados, e principalmente, de recursos financeiros, dificultam a implementação de projetos necessários para que se obtenha, a curto prazo, soluções viáveis. Porém, o aparato legal sozinho não cumpre o seu papel, e por conseguinte, o Estado também se omite, resultando na falta de punição e numa certa dose de facilitação para que se continue a pilhagem faunística.

A falta de possibilidade de fiscalização em todas as nossas fronteiras é muito grande. Não existe aparelho humano capacitado para desenvolver tal atividade, que é tão imperiosa para a aplicação da lei, quanto para que o Estado emane todo o seu poder regulador das relações sociais.

O Brasil apresenta um papel de destaque no comércio ilegal de animais, seja pelo grau de desconhecimento da fauna brasileira e sua importância para a biodiversidade, seja pela necessidade de subsistência, fato este gerador de várias outras práticas ilícitas, seja pela extensão territorial, e falta de plano de manejo, quando se tem conhecimento que o plano de manejo só pode ser realizado com o conhecimento das espécies e material humano capacitado.

É necessário que se tome medidas emergenciais para implementação de políticas públicas voltadas para o combate ao comércio da fauna brasileira, fazendo-se cumprir a legislação ambiental existente, e mantendo uma fiscalização efetiva e rigorosa sobre a prática do crime ambiental por parte dos órgãos competentes.

O Brasil precisa investir em capacitação de recursos humanos, para que possa ter domínio do conhecimento de dados confiáveis sobre a nossa biodiversidade. A regulação através de Acordos Internacionais necessita de um fortalecimento maior para que os países possam interagir de forma a combater o comércio ilegal de animais.

Assim, por todo o exposto, chega-se à conclusão de que somente por meio de uma fiscalização ética e rigorosa juntamente com a aplicabilidade da lei, poderá se preservar a biodiversidade brasileira. Não obstante, vale frisar que a capacitação dos recursos humanos é de fundamental importância para o bom desempenho da função estatal, que é de intervir quando necessário, e regular as relações da sociedade.

REFERÊNCIAS

BECHARA, Érika. *A proteção da fauna sob a ótica constitucional*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1998.

BIODIVERSITAS. Disponível em: <<http://www.biodiversitas.org.br>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

BRASIL. *Código de Caça*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2003.

CARVALHO, Carlos Gomes de. *Introdução ao direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Letras & Letras, 1991.

CARVALHO, José Cândido de Melo. Conservação da natureza. In: *Atlas da Fauna Brasileira*. São Paulo: Melhoramentos, 1978. p. 9-22,

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Crueldade contra animais e a proteção destes como relevante questão jurídico-ambiental e Constitucional. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 10, 1998.

IBAMA. Disponível em: <<http://www.ibama.org.br>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

IBAMA. *Geo Brasil 2002: Perspectivas do meio ambiente no Brasil*. Brasília: Ibama.

LEMOS DE SÁ, R. M. L. V. Ferreira. Áreas protegidas ou espaços ameaçados: O grau de implementação e a vulnerabilidade das unidades de conservação federais brasileiras de uso indireto. *Série Técnica III, WWF Brasil*, 2000.

LEWINSOLHEN, T. M.; PRADO, P. I. *Biodiversidade brasileira: Síntese do conhecimento atual*. Relatório Técnico Final do Projeto BRA 97G31 “Avaliação do estado de conhecimento da diversidade biológica do Brasil”. Ministério do Meio Ambiente, SBF e PNUD, Brasília, 2000.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MAGALHÃES, Juraci Perez. *A evolução do direito ambiental no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Juarez Oliveira, 2002.

MESQUITA, Andréa. Biopirataria fauna e flora brasileiras ameaçadas pela ação dos traficantes. *Revista Justitex*, ano II, n. 15, mar. 2003.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE - MMA. *Primeiro Relatório nacional para a Convenção Sobre a Diversidade Biológica*: Brasil, MMA, Brasília, 1998.

MITTERMEIER, R. A . N. Myers & C. G. Mittermeier. *Hotspots: earth’s biologically richest and*

most endangered terrestrial ecoregions. Mexico City: CEMEX, 1999.

PIERANGELLI, José Henrique: Maus-tratos contra animais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 765, jul. 1999. p. 481-498

PORFÍRIO JÚNIOR, Nelson Freiras. *Responsabilidade do Estado em face ao dano ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2003.

RENTAS. Disponível em: <<http://www.rentas.org.br>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

RENTAS/IBAMA. *Vida à venda: animais silvestres*. 2003.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Direito ambiental internacional e fauna terrestre Brasileira*. Rio de Janeiro: Thex/ Biblioteca Estácio de Sá, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SISTOS, Maria Cristina Zeballos de. El control del comercio internacional de espécies amenazadas de la fauna y la flora silvestres. In: *Evolución reciente del derecho ambiental internacional*. Buenos Aires: A-Z, 1992.

WAINER, Ann Helen. *Legislação Ambiental brasileira: subsídios para a história do direito ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

WWF. Disponível em: <<http://www.wwf.org.br>>. Acesso em: 26 jun. 2016.



ARTIGO EM INGLÊS



.....

PRISON SYSTEM SHOULD BE REFORMED BY MUCH MORE THAN LAW CHANGES

.....

Érika Wen Yih Sun¹

ABSTRACT: The purpose of this paper is to show how Brazilian society claims for prison reform, but act towards a completely opposite direction. Even though there has been a crescent curiosity and focus on some of the issues found in the prison system itself, including matters related to penal law, trials and procedures, the mentality that society is driven by makes results go to the opposite direction.

DEVELOPMENT

Brazil holds the fourth largest prison population in the world, housing more than 657,000 people behind bars, which represents a rate of more than 300 incarcerated people per 100,000 population². Despite the fact that most other countries have started to show a decrease in their incarceration rates, Brazil is still struggling with those numbers. In the past decades, prison population has nearly tripled, according to the table shown below:

1 - Doutora (2014) e Mestra (2008) em Arquitetura e Urbanismo, com pesquisas voltadas à Arquitetura Prisional, Execução Penal, Direito Penal e Processual Penal. Já trabalhou no Departamento Penitenciário Nacional, órgão vinculado ao Ministério da Justiça e atualmente atua no ramo de consultoria em Arquitetura Prisional. Possui especialização em direito público (2007) e graduou-se em Direito pelo Centro universitário do Distrito Federal (2006) e em Arquitetura e Urbanismo pela Universidade de Brasília (2004).

2 - Data from July of 2017, from the National Council of Justice (CNJ).



Year	Prison Population	Incarceration Rate (per 100,000 population)
2000	232,755	133
2002	239,345	133
2004	336,358	182
2006	401,236	212
2008	451,429	234
2010	496,251	253
2012	548,003	275
2014	622,202	307
2016	644,575	313

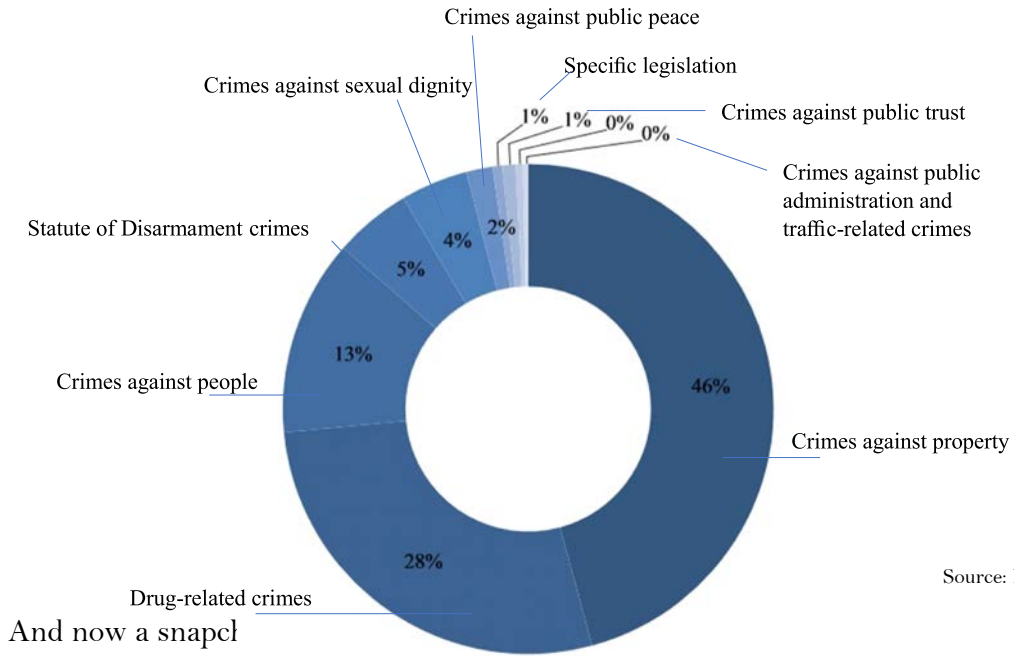
Source: Institute for Criminal Policy Research (ICPR)

Prison Population	622,202
State Prison System	584,758
Police department jails	37,444
Federal Prison System	397
Vacancies	371,884
Overcrowding	250,318
Occupancy rate	167%
Incarceration rate	306,22%

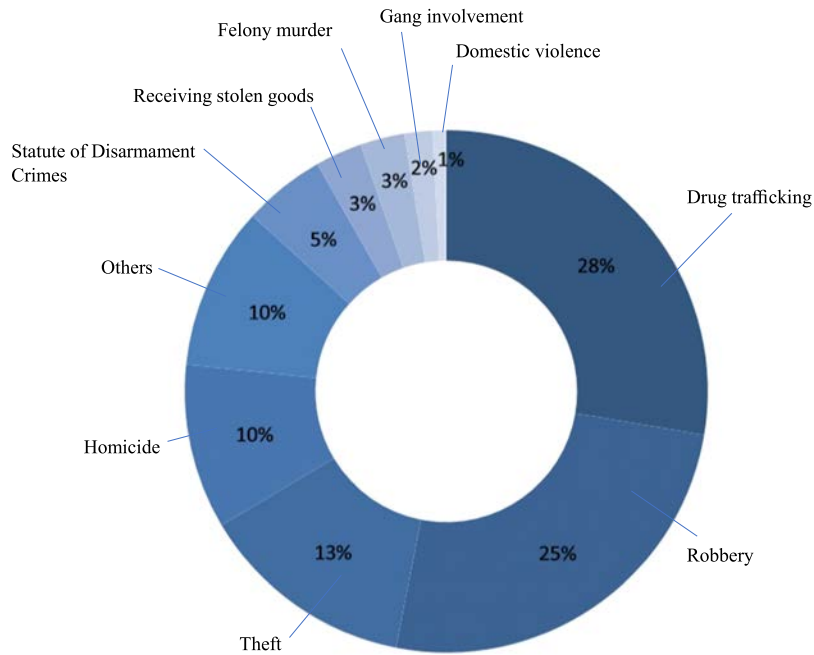
Source: Infopen – 2014



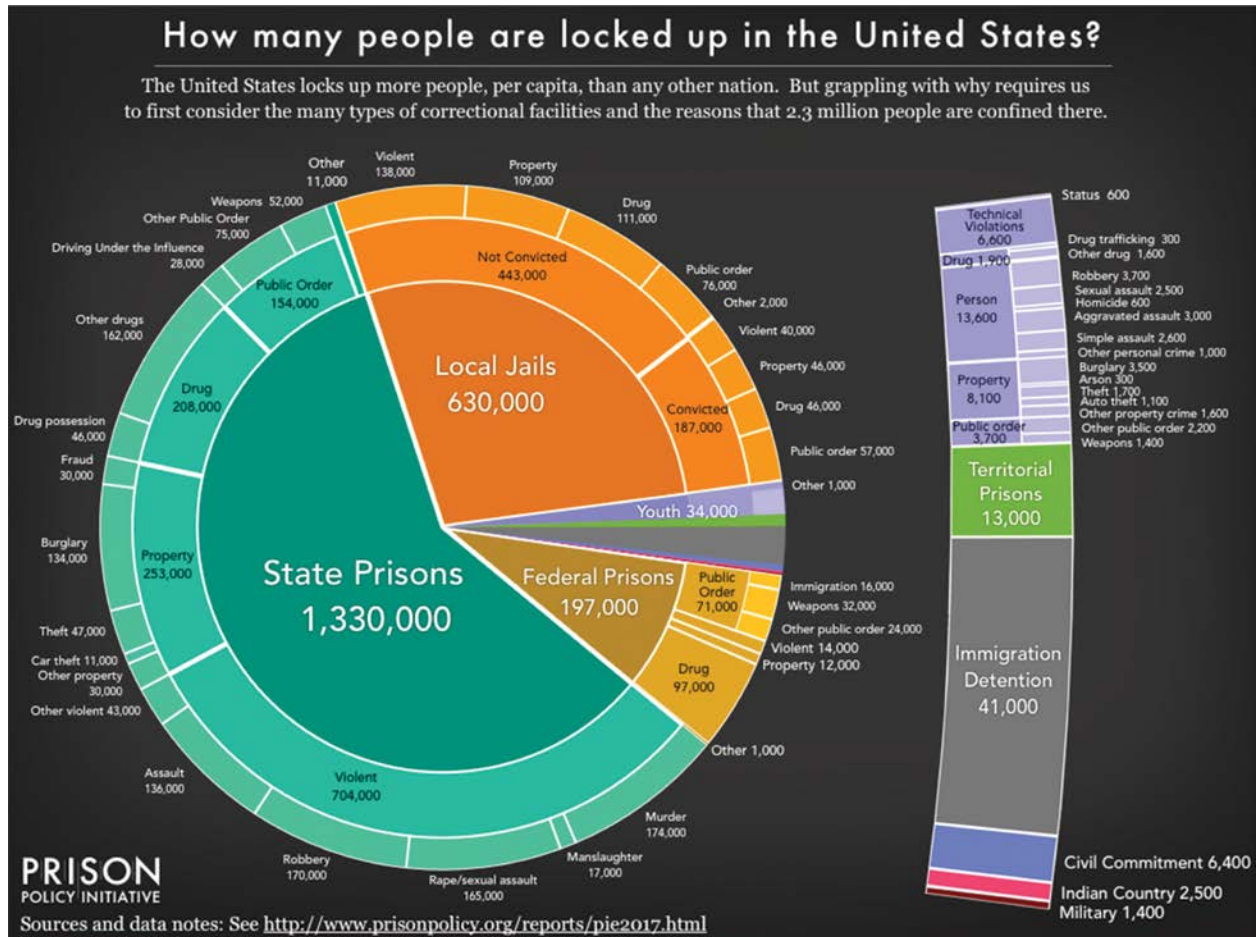
Also, below is shown a snapshot of the system in Brazil, by categories:



And now a snapshot



Just to add some perspective, there is a snapshot of the American prison system, showing how the prison population is divided, considering the numbers, as well as the crimes committed.



The vast majority of the incarcerated people are young adults (55,07% of the prison population are under 29 years old), and uneducated (less than 9,5% hold a high school diploma, whereas the national average is about 32%). Mass incarceration as well as public policies that have been implemented have not shown any significant results related to reduction of crimes. Neither have they impacted positively any attempt of trying to build a more uniform and homogeneous social fabric. Recidivism has also not been reduced.

In that sense, it seems to be imperative to understand what is going on before trying to make reforms in the prison system. Changing and/or creating more laws will not bring automatic response if they do not go towards the right direction. For example, initiatives such as the investment of funds to implement electronic monitoring will not have any impact if further understanding of what is going on does not exist.

Overcrowding needs to be addressed by a better system management. And it should not be concealed within the system itself, but should involve the whole society. Mainly building more prisons, intensifying the capacitation of public servants, investing in modern equipment will not

be enough to reduce crimes and recidivism. It must go beyond what can be seen on the surface, and reach much deeper issues.

After a series of riots in different prisons in many states in the beginning of 2017, when more than one hundred inmates were killed, the Supreme Federal Court ruled to compensate a prisoner for overcrowding inhumane conditions. The case was about a former Mato Grosso do Sul inmate, who served part of his 20-year sentence for robbery in a cell of hundreds, originally designed for 12 people. Considering that the state failed to provide a minimum level of infrastructure for the inmate, who was held in degrading and unsanitary conditions – he had to sleep with his head in a toilet – the prisoner ended up winning the case, with a fixed amount of about \$644. The reason he did not get a higher compensation was that, since there was a possibility of a wave of other claims, it could potentially “break the state”, which would cause the money to be destined to former criminals rather than to address the issue properly.

Some of the solutions for overcrowding mentioned by the Justices who reached that decision was reducing prison sentences. Evidently, both the compensation awarded to the inmate as well as the idea that sentences should be reduced caused a great concern to society, who claims for justice, and understands that leaving offenders free in a big sign of failure.

However, it is crucial to understand that, in Brazil, there is no thing such as life or death sentence. The most severe penalty one can get is of 30 years. People should also keep in mind that there are several benefits that can be given to an inmate, which ultimately can be released on parole much sooner than that. Because of that, society needs to understand that no matter how awful the crime was, the offender will eventually go back to the streets. Sooner or later.

Because of that, instead of simply dismissing those who committed crimes, believing that they should rot to death behind bars (and far away from the “good citizens”) – which does not happen, considering that their sentence has a finite amount of time -, people should be more concerned about how to make them into “better people”.

In Brazil, one of the biggest problems in public clamors is the emotional charge that clouds one’s judgement. Instead of analyzing the facts objectively, people tend to use their emotions to say how offenders should be sentenced. It often said that “a good criminal is a dead one”, implying that they should all be killed.

However, the picture might change once the offender is someone you know. In that case, the discourse changes, saying that people deserve a second chance and that they should be treated fairly. Policies that embrace work and education should be implemented so they can have some dignity in their lifestyle behind bars, and that they should earn an opportunity to show the world that they have changed.

Considering these circumstances, and the opposing views between those who live closer to the reality of prisons and those who have no clue how the system works, the first thing to reform the prison system should be information. Society should be reminded that every single person – in case of Brazil – will eventually reenter society and, therefore, they should “learn how to be better citizens” while serving their time. That means be treated fairly, be provided with work and education opportunities, so that they can create new habits to replace those who put them in trouble in the first place.

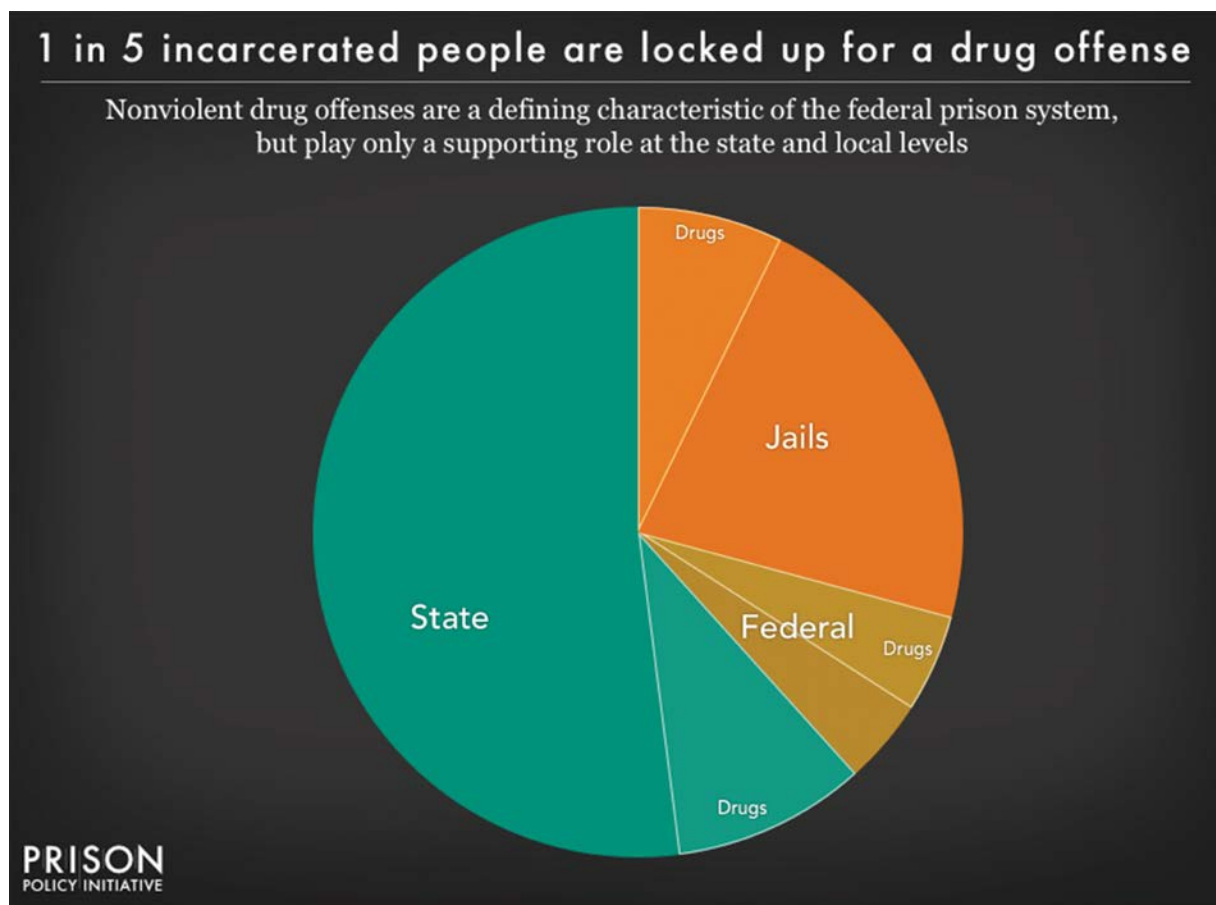
Instead of complaining that the same society who does not have proper health, and education provided by the state, demanding to be first priority, they should understand that suc-

Successful investment in rehabilitating inmates represents benefits to everyone. The greater good should be the main objective, instead of aiming at specific groups. The “lock them up and throw away the key” agenda has to end if the goal is to stop mass incarceration.

In that sense, creating more laws and being harsher or tougher on crimes is not necessarily the solution. Instead of reducing violence or even crimes, creating a safe environment, what happens is that more behaviors are considered deviant. Therefore, the tendency is to get more people incarcerated over time.

As an example, we can see Nixon’s war on crime (1969-1974), when he publicly declared a war on “criminal elements” while actively contesting the notion of just and unjust laws. Later on, Reagan’s administration shifted to even more punitive legislation and prison expansion. During his final years, the House voted on an Anti-Drug Abuse Act, which expanded the death penalty in drug cases and added a five-year mandatory minimum prison sentence for possession of cocaine base.

Mandatory minimums have played a key role in increasing the prison population in the United States. Under these minimums, more people are sentenced to prison, and they generally stay there much longer than under previous sentencing laws. Moreover, these laws have led to major changes in the way criminal justice functions.³



3 - KILGORE, James. Understanding mass incarceration: a people’s guide to key civil rights struggle of our time. New York: The new press, 2015. P. 41


In Brazil, despite having a different legal system (since the United States follow the common law tradition and Brazil follows the civil law tradition), an increasingly hard-handed approach to crime and the “war on drugs” brought similar results. After a 2006 law which gave judges the power to determine who is a drug dealer, the prison rates rocketed by over 50 percent.

That is only one of the aspects that can be seen as a result of being harsher on crimes, not taking other variables into consideration. Sometimes, non-violent crimes would be better addressed by other types of punishment, especially drug-related crimes (when judging users, for example), which should be treated as a health problem rather than a criminal matter.

Therefore, the same way that the social agenda for rehabilitation was once killed by the idea of the need to be tough on crime as a means to reduce violence and make places safer, the opposite mentality can be brought back with the right policies and campaigns. It is imperative that society actively participates in the prison system reform, by not stereotyping and not neglecting to recognize improvements in someone who fought to be rehabilitated, so the fight can be won.



ARTIGO DE DIREITO
COMPARADO



.....

O DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA DE *COMMON LAW* E O SISTEMA DE DIREITO CIVIL – ALGUMAS OBSERVAÇÕES

.....

Peter J. Messitte¹

O meu país, os Estados Unidos, é uma jurisdição de *Common Law* e o Brasil segue a tradição do Direito Civil. Quais são as diferenças entre os dois Sistemas e como estas se operam? Como estas passaram a existir?

Tem-se dito que as nossas leis não são escritas e que as do Brasil o são. Tem-se dito que nós nos apoiamos, amplamente, em jurisprudência para estabelecer nossos direitos, enquanto o Brasil se baseia em códigos. Mais do que isso, tem-se dito que nós nos baseamos no conceito do precedente, enquanto o Brasil, pelo menos até a promulgação do Novo Código de Processo Civil, não o faz.

Essas afirmações são parcialmente verdadeiras. Todas as nossas leis são escritas. A nossa jurisprudência encontra-se escrita e disponível em volumes de coleções. Nos dias de hoje, estes casos podem também ser facilmente acessados através de computadores. Mais do que isso: como o Brasil, nós também temos Constituições federais e estaduais, as quais são evidentemente escritas, e um grande número de leis ordinárias, também escritas, incluindo-se aqui códigos de várias matérias.

1 - Peter J. Messitte é juiz federal sênior norte-americano de primeira instância para o Distrito de Maryland. Ele é também Professor Adjunto de Direito Comparado e Diretor do Programa de Estudos Legais e Judiciais Brasil-EUA da American University Washington College of Law em Washington, DC.



A seguir, irei discutir que, sob o nosso sistema federalista, existem, também, códigos estaduais, os quais lidam com vários tópicos. Todos os Estados da federação, por exemplo, têm adotado o Código Comercial Uniforme.

Em nível federal, nós temos o exemplo do Código Federal de Impostos à Pessoa Física e do Ato de Procedimento Administrativo, dentre outros, bem como um grande número de leis ordinárias.

Está claro que nós, nos Estados Unidos, nos baseamos em jurisprudência como fonte primordial do nosso Direito e que está intimamente ligada ao conceito de precedente. Sob a nossa doutrina do precedente, os tribunais tornam-se vinculados à decisão de outros tribunais, mas somente tribunais que estão situados em instância superior àqueles primeiros em uma hierarquia particular. A Suprema Corte norte-americana compele todos os outros tribunais, federais ou estaduais, em matéria constitucional. Mas a suprema corte de cada Estado compele somente àquelas cortes abaixo, em instância inferior, em assuntos constitucionais estaduais ou de outras matérias de competência estadual.

Decisões de outros tribunais fora de uma hierarquia em particular podem ser persuasivas, mas não obrigam, não vinculam os tribunais inferiores.

Muito da lei brasileira é encontrado nos códigos. Mas há muita legislação esparsa no Brasil que não se ajusta ou que não é encontrada em nenhum código em particular. E mesmo quando a jurisprudência – ou seja, o precedente – não é considerada formalmente como fonte geradora de obrigações aos outros tribunais, no Brasil, mesmo no passado, certamente parece haver uma tendência, por partes dos tribunais de instância inferior, à leitura e ao conhecimento das decisões de tribunais superiores e a aceitar aquela orientação, aquele arrazoado, em casos similares.

Mais do que isso, entendo que, quando o Supremo Tribunal Federal do Brasil é inquirido a reger, a falar, a se pronunciar, a decidir sobre a inconstitucionalidade da lei, a pedido do Presidente do Congresso ou, certamente, a pedido de outras entidades, esta decisão terá força vinculante, ou seja, um manifesto efeito gerador de obrigações a todos os tribunais do país.

Nós, da tradição de *Common Law*, temos adotado alguns dos aspectos próprios do Sistema de Direito Civil, e o Brasil tem incorporado algumas das características da tradição de *Common Law*. Mas existem diferenças bastante significativas entre os dois Sistemas. Estas se devem, em parte, à nossa história e, em parte, às diferentes percepções acerca da natureza e do propósito da lei.

O Sistema brasileiro tem a sua base nas instituições jurídicas romanas. O Sistema romano tornou-se extremamente sofisticado na percepção das questões legais e na formulação de respostas a estas mesmas questões. Legisladores romanos capazes começaram a colecionar decisões e a comentá-las através dos anos. Depois da queda do Império romano, na Itália medieval, estudiosos adaptaram o chamado *Corpus Juris Civilis* que o Imperador Justiniano tinha preservado. Eles também aproveitaram-se da legislação canônica, do Direito costumeiro, da legislação real, da legislação mercantil e, num estágio mais avançado, da filosofia do direito natural. Ainda, o elemento romano predominava na organização, classificação e metodologia do sistema que era basicamente romano.

Entre os anos 1200 e 1500, milhares de estudantes estrangeiros, os quais estudaram o

Direito romano ressuscitado na Itália, voltaram para os seus países no norte e no oeste carregando em suas bagagens as ideias do Direito romano. Doutores italianos em Direito foram convidados ao exterior. Faculdades de Direito floresceram na Espanha, na França, na Alemanha e na Holanda. Vacarius estava em Oxford lecionando Direito romano em 1151.

Finalmente, sob o Império Napoleônico, o Direito civil na França foi reafirmado em um único todo harmônico, em um código nacional. Mais tarde, vieram os códigos franceses cobrindo leis comerciais e penais e, também, processo penal e civil. O Código Civil francês findou por criar uma tendência em outros países sob a influência românica da Europa. Áustria, Itália, Espanha, Portugal e Alemanha, dentre outros, eventualmente, adotaram o sistema romanístico adaptado às suas culturas individuais. A América Latina e o Brasil também se incluíram neste panorama.

Por que a Inglaterra seguiu um curso diferente? Lembrem-se de que a Inglaterra é uma ilha e, em consequência, era um país isolado, e foi regida ou administrada, sucessivamente, por celtas, romanos, anglos, saxões e normandos. O seu povo e seus costumes tenderam à unificação.

Além disso, os reis normandos, que invadiram a Inglaterra, eram extraordinários administradores. Começando com William, o Conquistador, eles conceberam a ilha como sendo uma forte autoridade centralizada. William teve dois vigorosos sucessores como ele mesmo, Henrique II e Eduardo I. Todos eles trabalharam no sentido de misturar, combinar a lei e o costume dentro de um sistema comum a todo o reino.

A lei e o Direito eram preocupações supremas para os reis normandos, tanto em nível legislativo quanto judiciário. Os tribunais ou cortes reais foram estabelecidos para administrar a justiça através da Inglaterra e treinar juízes que viajavam, através do país, para administrar o direito costumeiro. Manuscritos foram mantidos e esses mesmos manuscritos nos reportam a casos decididos por estas cortes ainda nesta época. O Direito era discutido, ensinado e debatido em todo o país. Logo alguns escritores ou legisladores começaram a sistematizá-lo. Por volta do ano 1300, um forte profissionalismo jurídico tinha começado a se desenvolver. Os que militavam dentro da profissão legal eram membros da classe dominante e, portanto, tinham interesse próprio em preservar a lei e estavam cientes de que existia um interesse em resistir à lei manifestando-se fora do país. As universidades nunca tiveram um papel dominante na educação jurídica na Inglaterra como aconteceu no restante da Europa.

Então, também, o uso do júri, tanto em questões relativas à terra quanto em casos criminais, começou a se tornar uma parte fixa do sistema inglês em meados do século XII. A Europa continental não possuía contrapartida ao júri inglês.

Embora o júri seja muito pouco usado no Reino Unido atualmente, ele continua sendo utilizado de forma ativa nos Estados Unidos, tanto em casos cíveis quanto penais. De fato, em qualquer processo criminal grave, *i.e.* um que carregue consigo a possibilidade de pena de prisão de 6 meses ou mais, o acusado tem o direito constitucional a julgamento por júri – embora possa renunciar a este direito.

Mas, retornando à história por um momento, em suma, um forte sistema jurídico nativo desenvolveu-se na Inglaterra. Ao mesmo tempo, no continente, o Direito de inspiração romanística tinha se associado aos planos imperiais de Carlos V e, também, ao clamor da Igreja Católica pela jurisdição universal. É oportuno lembrar que a Inglaterra e seus reis não estiveram sempre em harmonia com a Igreja Católica. O mesmo patriotismo político, o qual suportou a dissensão

de Henrique VIII em relação ao Papa, ajuda a explicar o porquê da devoção inglesa a este sistema jurídico inglês tão único.

As características do sistema de *Common Law* manifestaram-se através dos séculos. O uso de tribunais do júri se expandiu. Os juízes começaram a se valer e a se basear na jurisprudência e no arrazoado indutivo, baseado no precedente, para criar direito substantivo.

À margem deste processo, os tribunais ingleses também permitiram que houvesse o desenvolvimento das chamadas cortes de equidade ou tribunais de equidade, os quais poderiam ser tribunais que ouviam casos que não poderiam ser julgados, adequadamente, pelas cortes de Direito, pelos tribunais constituídos. Estes eram mais flexíveis na aplicação do Direito e tendiam a decidir casos baseados mais em considerações de justiça individualizada. Faço notar, entretanto, que as cortes inglesas, algumas vezes, pegaram emprestadas doutrinas do sistema canônico, especialmente em assuntos que envolviam questões testamentárias, relações domésticas e questões relativas ao comércio marítimo.

Os ingleses trouxeram o sistema de *Common Law* aos Estados Unidos quando eles os colonizaram. De fato, a unidade da lei inglesa contribuiu muito para o desenvolvimento das colônias americanas. Desde o princípio, adaptações significativas e até mesmo modificações têm ocorrido ao sistema jurídico inglês “original” dentro dos Estados Unidos. Para fazer justiça a esta contribuição, eu teria que ter uma outra oportunidade de escrever sobre as diferenças entre o sistema inglês e o sistema norte-americano nos dias de hoje. Mas se pode dizer que o conceito básico e a metodologia do sistema norte-americano permanecem como no sistema inglês.



ARTIGO TRADUZIDO

.....

PORQUE NO DIREITO (E EM QUALQUER LUGAR) O PRECEDENTE NÃO É TOTALMENTE (OU MESMO SUBSTANCIALMENTE) SOBRE A ANALOGIA¹

.....

WHY PRECEDENT IN LAW (AND ELSE WHERE) IS NOT TOTALLY (OR EVEN SUBSTANTIALLY) ABOUT ANALOGY

Frederick Schauer²

(Tradução de Jefferson Carús Guedes³ e Thiago Santos Aguiar de Pádua⁴)

SUMÁRIO: Introdução; 1. A analogia como um amigo; 2. O precedente como um adversário; 3. Sobre a Diferença Entre Analogia e Precedente; 4. O Constrangimento Precedente Faz Algum Sentido?; 5. Em Direção a um Programa de Pesquisa em Precedente; Referências.

1 - Publicado originalmente em: SCHAUER, Frederick. Why precedent in law and elsewhere is not totally or even substantially: about analogy. In: Perspectives on Psychological Science, v. 3, n. 6 p. 454-460, 2008.

2 - Frederick Schauer é titular da cadeira Frank Stanton sobre a Primeira Emenda, na John F. Kennedy School of Government, Harvard University, e Professor na Harvard Law School. Este artigo emergiu de uma série de trocas e conversas luminosas com Dan Simon e Barbara Spellman, e eu sou grato a eles por servirem de auditório involuntário; e Spellman por também realizar comentários críticos sobre a primeira versão do rascunho. Matt Stephenson, Carol Steiker, Bill Stuntz, Larry Tribe, Mark Tushnet, e Lloyd Weinreb forneceram material bastante útil para as citações. Apoio de pesquisa acadêmica foi fornecido pela Harvard Law School e pela Joan Shorenstein Center on the Press, Politics and Public Policy, Harvard University.

3 - Mestre e Doutor das Relações Sociais pela PUC/SP. Professor da Graduação em Direito e do programa de Mestrado e Doutorado do UniCEUB. Líder do Grupo de Pesquisa "ISO – Justiça Processual e Desigualdade". Advogado da União.

4 - Mestre e Doutorando em Direito no UniCEUB. Professor da Graduação e da Especialização em Direito do UniCEUB. Líder do Grupo de Pesquisa "Cortes Constitucionais, Democracia e Isomorfismo". Advogado. Foi assessor de ministro do Supremo Tribunal Federal.

RESUMO: Cientistas cognitivos e outros pesquisadores do raciocínio analógico geralmente defendem que o uso do precedente no direito seria uma aplicação do raciocínio pela analogia. Entretanto, o princípio jurídico do precedente é bem distinto. O uso típico da analogia, incluindo o uso analógico de decisões pretéritas na argumentação jurídica, envolve a seleção de uma fonte - análoga dentre múltiplos candidatos, em ordem a auxiliar na melhor decisão possível no presente. Mas o princípio jurídico do precedente demanda que uma decisão anterior seja tratada como vinculante, mesmo se o tomador de decisões atual discorde dela. Quando a identidade entre a decisão anterior e a atual é óbvia e inescapável, o precedente impõe uma restrição bastante diferente do efeito típico da argumentação por analogia. A importância de desenhar esta distinção não é tanto a de mostrar que a proclamação comum nas literaturas das ciências psicológicas e cognitivas estão equivocadas, mas a de que a possibilidade de tomar decisões sob as imposições de um precedente vinculante é - em si mesmo - uma importante forma de tomada de decisão que merece ser pesquisada no seu próprio campo.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes. Analogia. Direito Constitucional.

ABSTRACT: Cognitive scientists and others who do research on analogical reasoning often claim that the use of precedent in law is an application of reasoning by analogy. In fact, however, law's principle of precedent is quite different. The typical use of analogy, including the use of analogies to earlier decisions in legal argument, involves the selection of an analog from multiple candidates in order to help make the best decision now. But the legal principle of precedent requires that a prior decision be treated as binding, even if the current decision-maker disagrees with that decision. When the identity between a prior decision and the current question is obvious and inescapable, precedent thus imposes a constraint quite different from the effect of a typical argument by analogy. The importance of drawing this distinction is not so much in showing that a common claim in the psychological and cognitive science literature is mistaken, but that the possibility of making decisions under the constraints of binding precedent is itself an important form of decision-making that deserves to be researched in its own right.

KEYWORDS: Precedent. Analogy. Constitutional Law.

INTRODUÇÃO

Raciocinar por analogia é uma característica central e de domínio geral da cognição humana⁵, assim como é um componente chave da tomada de decisão profissional e dos especialistas⁶.

Políticos, médicos, cientistas e inúmeros outros raciocinam analogicamente, e há muito mais a ser aprendido sobre como as pessoas pensam através da compressão de como as analogias funcionam e são utilizadas na vida comum e profissional.

Muito embora o raciocínio analógico seja uma importante chave de compreensão do pensamento humano, discursos sobre a importância da pesquisa analógica se tornam mais e mais abertas ao desafio quando psicólogos defendem que raciocinar por meio da analogia é o que os juristas fazem quando eles se valem do juridicamente penetrante fenômeno do precedente⁷, ou quando os juízes o fazem ao utilizar um precedente como componente essencial do seu raciocínio e tomada de decisões⁸. Uma série de estudos, por exemplo, sugere que podemos aprender sobre o raciocínio judicial e a tomada de decisão jurídica, geralmente a partir do estudo sobre como as pessoas comuns constroem analogias⁹. Uma pesquisa recente, sobre a analogia, assevera que o uso dos precedentes judiciais “é a aplicação formalizada do raciocínio analógico”¹⁰, enquanto uma outra visão geral sustenta a profunda penetração do precedente no direito como o motivo para que advogados e juízes estudem analogia¹¹. Outro artigo recente descreve o raciocínio analógico estudado pelos psicólogos como “típico do direito”¹². E está bastante clara a reivindicação de um psicólogo cognitivo no sentido de que “o princípio do precedente [no] common law” é “inteiramente baseado na analogia”¹³.

5 - FORBUS, K.D. Exploring analogy in the large. In D. Gentner, K.J. Holyoak, & B.N. Kokinov (Eds.), *The analogical mind: Perspectives from cognitive science*. Cambridge, MA: MIT Press, 2001; HOFSTADTER, D.R. Analogy as the core of cognition. In D. Gentner, K.J. Holyoak, & B.N. Kokinov (Eds.), *The analogical mind: Perspectives from cognitive science*. Cambridge, MA: MIT Press, 2001; HOLYOAK, K.J.; THAGARD, P. *The analogical mind*. *American Psychologist*, 52, 1997.

6 - BLANCHETTE, I.; DUNBAR, K. *Analogy use in naturalistic settings: The place of audience, emotion and goals*. *Memory and Cognition*, 29, 2000. p. 330-335; HOLYOAK, K.J. (1982). An analogical framework for literary interpretation. *Poetics*, 11, 1982, p. 105-126; HOLYOAK, K.J. Analogy. In K.J. Holyoak & R.G. Morison (Eds.), *The Cambridge handbook of thinking and reasoning*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2005, p. 117-142; KHONG, Y.F. Analogies at war: Korea, Munich, Dien Bien Phu, and the Vietnam decisions of 1965. Princeton: Princeton University Press, 1992; SPELLMAN, B.A.; HOLYOAK, K.J. If Saddam is Hitler then who is George Bush?: Analogical mapping between systems of social roles. *Journal of Personality and Social Psychology*, 62, 1992, p. 913-933; TETLOCK, P.E. Theory driven reasoning about possible pasts and probable futures: Are we prisoners of our perceptions? *American Journal of Political Science*, 43, 1999, p. 335-366.

7 - KOKINOV, B.N.; FRENCH, R.M. Computational models of analogy-making. In L. Nadel (Ed.), *Encyclopedia of cognitive science*, v.1. London: Nature Publishing Group, 2003, p. 113-118.

8 - HOFSTADTER, D.R. Analogy as the core of cognition. In D. Gentner, K.J. Holyoak, & B.N. Kokinov (Eds.), *The analogical mind: Perspectives from cognitive science*. Cambridge, MA: MIT Press, 2001.

9 - HOLYOAK, K.J.; SIMON, D. Bidirectional reasoning in decision making by constraint satisfaction. *Journal of Experimental Psychology: General*, 128, 1999, p. 3-31; SIMON, D.; KRAWCZYK, D.C.; HOLYOAK, K.J. Construction of preferences by constraint satisfaction. *Psychological Science*, 15, 2004, p. 331-336.

10 - HOLYOAK, K.J. Analogy. In K.J. Holyoak & R.G. Morison (Eds.), *The Cambridge handbook of thinking and reasoning*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2005, p. 117-142.

11 - ELLSWORTH, P. Legal reasoning. In K.J. Holyoak & R.G. Morison (Eds.), *The Cambridge handbook of thinking and reasoning* (p.). Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2005, p. 685-704.

12 - HUNT, E. Expertise, talent, and social encouragement. In Ericsson, K.A., Charness, N., Feltovich, P.J., & Hoffman, R.R. (Eds.), *The Cambridge handbook of expertise and expert performance*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2006, p. 31-40.

13 - SPELLMAN, B.A. Reflections of a recovering lawyer: How becoming a cognitive psychologist – and (in particular) studying analogical and causal reasoning – changed my views about the field of law and psychology. *Chicago-Kent Law Review*, 79, 2004, p. 1187-1214.

Professores de Direito tem escrito amplamente sobre a analogia¹⁴ porque o uso das analogias para os casos passados é um componente comum da argumentação jurídica. Mas o uso frequente do raciocínio analógico no direito não permite a conclusão de que o raciocínio do tipo precedente seria a mesma¹⁵ coisa¹⁶. Ao invés disso, seguir precedentes é uma forma de raciocínio segundo a qual dos juízes se espera que adiram às decisões anteriores, abordando a mesma questão, a despeito do seu próprio posicionamento acerca de como tais questões deveriam ter sido decididas.

Assim, os juízes são obrigados a responder a mesma questão de forma idêntica a que os outros responderam antes dele, mesmo que eles tivessem preferido responder de maneira distinta. Constrangimento precedente, em direito, é precisamente esta obrigação de seguir decisões prévias apenas por causa de sua existência, e não por causa de sua percepção como sendo mais adequada (por parte do atual julgador), e esta forma contraintuitiva de raciocínio - ubíqua no raciocínio jurídico (além de espalhada por toda parte) é - de uma forma importante - diferente da forma típica de raciocínio analógico, seja dentro ou fora do Direito.

Embora os advogados utilizem analogias frequentemente, seu uso por parte dos advogados não permite a conclusão de que o raciocínio analógico representa toda, ou a maior parte do raciocínio jurídico, especialmente porque o seguimento obrigatório de decisões anteriores é substancialmente distinto da seleção de uma analogia para iluminar ou informar uma decisão atual. Um argumento a partir do precedente requer uma determinação inicial de alguma similaridade relevante, mas nisso os caminhos divergem, e o uso típico do precedente, especialmente por parte dos juízes, carrega consigo muito menos afinidade com o raciocínio analógico do que a maioria dos psicólogos - e talvez até mesmo alguns advogados - parecem acreditar. Ou isso é o que eu defendo aqui.

Meu objetivo não é (apenas) demonstrar que uma reivindicação comum na literatura psicológica está equivocada. Isto, por si só, pode ser útil, mas ainda mais seria a demonstração de que o seguimento do precedente representa uma forma distinta - mas raramente estudada - de tomada de decisão. Se tal conclusão é rumorosa, então o reconhecimento das distinções do raciocínio dos precedentes pode abrir uma porta para a pesquisa psicológica sobre o precedente, que pode ser tão rica e útil quanto tem sido a pesquisa psicológica acerca da analogia.

Considere, por exemplo, o criticismo contemporâneo acerca da Suprema Corte falhar em seguir precedentes de Cortes anteriores¹⁷. Quando os críticos batem na mesma tecla sobre a

14 - ASHLEY, K.D. Modeling legal arguments: Reasoning with cases and hypotheticals. Cambridge, MA: MIT Press, 1990; BREWER, S. Exemplary reasoning: Semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument. *Harvard Law Review*, 109, 1996, p. 923-1028; HUNTER, D. Reason is too large: Analogy and precedent in law. *Emory Law Journal*, 50, 1997, p. 1197-1243; LEVI, E. Introduction to legal reasoning. Chicago: University of Chicago Press, 1949; SUNSTEIN, C.R. On analogical reasoning. *Harvard Law Review*, 106, 1993, p. 741-791; WEINREB, L.L. Legal reason: The use of analogy in legal argument. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2005.

15 - ALEXANDER, L.; SHERWIN, E. The rule of rules: Morality, rules, and the dilemmas of law. Durham, NC: Duke University Press, 2001; LAMOND, G. Precedent and analogy in legal reasoning. In N. Zalta (Ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2006.

16 - "Não existe palavra mais utilizada de maneira perdida ou com grande variedade de sentidos que a Analogia". Cfr. MILL, J.S. Considerations on representative government. In J.M. Robson (Ed.), *Collected Works of John Stuart Mill*, 29, (1963). Toronto: University of Toronto Press, 1861, p. 371-577.

17 - Tecnicamente, a obrigação de uma Corte seguir suas próprias decisões anteriores é referida como "*stare decisis*" ("mantenha o que já foi decidido"), e "precedente", termo mais abrangente, é utilizado para se referir tanto ao "*stare decisis*" quanto à obrigação de uma corte inferior seguir as decisões de uma corte superior. O que se sustenta aqui se aplica a ambos os tipos de precedente, embora "*stare decisis*" seja mais contraintuitiva para os que são de fora do direito. Cfr.: Editorial – Justice Denied. 2007. *New York Times*, July 5, 2007, 12.

Suprema Corte não seguir precedentes em temas como aborto, direitos dos acusados em processo criminal, ou de ações afirmativas, eles não estão sugerindo que a Suprema Corte tenha utilizado uma analogia equivocada, identificada como análoga a um caso pretérito apenas superficialmente, mas não em termos de similaridade estrutural com o caso atual, ou que tenha falhado em mapear os componentes adequados relacionados ao caso pretérito (fonte) para o caso atual (alvo em mira).

Ao invés disso, eles insistem que quando se deparam com uma situação na qual a mesma questão fora decidida anteriormente pela mesma Suprema Corte (mesmo se sua composição for diversa), a Corte atual é obrigada a alcançar a mesma conclusão sobre a mesma questão, inclusive se a maioria dos membros atuais do Tribunal acredite que a decisão pretérita tenha sido equivocada.

É uma argumentação que se encontra aberta: saber se a Suprema Corte se encontra decidindo agora aquilo que seus críticos a acusam, assim como também se encontra aberta a argumentação sobre se seria sábio requerer que os juízes (não apenas daqueles integrantes da Suprema Corte) adotem decisões que sejam contrárias aos seus próprios e melhores julgamentos, apenas por causa de alguém ter tomado no passado uma decisão distinta que parece ser um equívoco.

O que parece ser menos aberto a questionamentos, entretanto, é que a forma de raciocínio através do qual as decisões passadas foram tomadas como vinculantes apenas por causa de sua existência, e não por causa de sua sabedoria, é diferente de uma forma de raciocínio segundo a qual os atuais julgadores escolhem, a partir de um grupo de decisões anteriores, aquela que será mais adequada a eles, ou mais persuasiva para os demais. Raciocinar com o precedente, sustenta-se, é um componente central da argumentação jurídica, assim como fica claro no exemplo do criticismo contra a Suprema Corte, mas trata-se de um componente cujos integrantes remanesçam incompreendidos e não estudados por tanto tempo enquanto os psicólogos e outros estudiosos equivocadamente igualarem isso com o raciocínio por analogia.

Agora, o que torna ainda mais importante, compreensível e investigável o raciocínio do precedente é que seu uso não se restringe ao sistema jurídico. Isso é bem entendido pelos pais de um grupo de filhos, quando o filho mais novo reclama o direito de ter permissão para fazer, com a mesma idade, aquilo que ao filho mais velho foi permitido fazer em razão da idade, pois a criança está argumentando a partir do precedente, e, demandando que a decisão pretérita seja seguida a despeito dos atuais pontos de vista do julgador sobre a sabedoria da decisão prévia¹⁸.

Assim como os juízes, algumas vezes as crianças raciocinam analogicamente¹⁹, mas elas também utilizam argumentos de precedente, o que, compreendendo a diferença entre ambos, ajudará a compreender o pensamento e o raciocínio das crianças (e dos adultos) assim como auxiliará na mesma coisa com relação aos advogados e juízes. Assim também com relação às decisões administrativas dos governos e das universidades, onde, novamente, é arguido de maneira comum que os administradores devem seguir decisões anteriores e práticas passadas, apenas pelo bem da consistência, sem considerar se aqueles administradores tiveram boas razões para crer que as decisões anteriores e suas práticas passadas tenham sido sábias ou não.

18 - ALEXANDER, L. Constrained by precedent. *Southern California Law Review*, 63, 1989, p. 1-64; SCHAUER, F. Precedent. *Stanford Law Review*, 39, 1987, p. 571-605.

19 - BROWN, A. L.; KANE, M. J.; LONG, C. Analogical transfer in young children: Analogies as tools for communication and exposition. *Applied Cognitive Psychology*, 3, 1989, p. 275-293.

Até mesmo o consumidor, quando demanda a mesma prática de um revendedor que tenha feito a mesma coisa no passado, está relacionado ao “*precedente pelo bem do precedente*”, novamente destacando a profundidade do fenômeno cuja equação equivocada com o raciocínio analógico tem impedido a pesquisa psicológica que facilitaria conhecer quando, e sob quais circunstâncias, o raciocínio precedente é possível, qual tipo de processo mental isso envolve, e se alguns daqueles que raciocinam (seja em razão de uma inclinação natural ou de treinamento especializado) podem fazer isso melhor do que os outros.

1. A ANALOGIA COMO UM AMIGO

Muito embora haja alguma divergência²⁰, há um amplo consenso entre os psicólogos sobre a estrutura básica do pensamento analógico. Então, é mais ou menos lugar comum que o raciocínio analógico envolve, em primeiro lugar, o processo de recuperação através do qual um julgador - enxergando orientação ou procurando persuadir - seleciona a fonte análoga que será comparada em algum aspecto com uma situação em mira; segundo, o processo de mapeamento, no qual as similaridades relevantes entre a fonte e a situação em mira são identificadas, e; terceiro, a transferência, através da qual os elementos estruturais da fonte são utilizados para alcançar uma conclusão ou fazer um arranjo a respeito da situação em mira²¹.

Uma referência implícita - embora raramente analisada - sobre a imagem padrão da analogia é que aquele que raciocina de maneira analógica possui tipicamente a escolha das fontes análogas, e que a fonte análoga selecionada é uma fonte “potencialmente útil”²², mesmo na tomada de decisão ou na persuasão dos outros sobre a sabedoria acerca do curso de uma ação escolhida²³. Nós utilizamos a analogia, portanto, porque elas são úteis. Elas auxiliam na tomada de decisões, elas ajudam a persuadir os outros sobre a correção de nossas decisões, e elas iluminam aspectos de uma situação atual que de outra maneira pode ter sido obscura.

E na melhor das hipóteses, elas permitem a nós a identificação ou a construção de generalizações que conectam a fonte com a situação em mira, facilitando, desse modo, o desenvolvimento de novas teorias que a seu turno podem auxiliar na previsão de eventos futuros. Assim, quando o Presidente George W. Bush comparou analogicamente Saddam Hussein com Adolph Hitler, de forma a buscar apoio na primeira guerra do Iraque²⁴, e quando os oponentes da segunda guerra do Iraque compararam analogicamente aquela guerra com a desventura americana na guerra do Vietnã, ambos escolheram suas fontes análogas (respectivamente, Hitler e Vietnã) dentre várias potenciais candidatas, e eles escolheram aquelas em razão de

20 - HOFSTADTER, D.R. (2001). Analogy as the core of cognition. In D. Gentner, K.J. Holyoak, & B.N. Kokinov (Eds.), *The analogical mind: Perspectives from cognitive science*. Cambridge, MA: MIT Press, 2001, p. 499-538; FORBUS, K.D.; et al. Analogy just looks like high level perception: Why a domain general approach to analogical mapping is right. *Journal of Experimental and Theoretical Artificial Intelligence* 10, 1998, p. 231-257.

21 - GICK, M.L.; HOLYOAK, K. J. (1980). Analogical problem solving. *Cognitive Psychology*, 12, 1980, p. 306-355; GICK, M.L.; HOLYOAK, K. J. Schema induction and analogical transfer. *Cognitive Psychology*, 15, 1983, p. 1-38.

22 - HOLYOAK, K.J. Analogy. In K.J. Holyoak & R.G. Morison (Eds.), *The Cambridge handbook of thinking and reasoning*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2005, p. 117-142.

23 - SPELLMAN, B.A.; HOLYOAK, K.J. Pragmatics in analogical mapping. *Cognitive Psychology*, 31, 1996, p. 307-346.

24 - SPELLMAN, B.A.; HOLYOAK, K.J. If Saddam is Hitler then who is George Bush?: Analogical mapping between systems of social roles. *Journal of Personality and Social Psychology*, 62, 1992, p. 913-933.

sua capacidade subsequente de, com a analogia, persuadir aqueles que de outra maneira tivessem discordado da posição ofertada pelo usuário da analogia.

Consistente com os exemplos anteriormente utilizados, alguém procuraria em vão na literatura psicológica por exemplos de analogias restritas. Muito embora as analogias sejam geralmente utilizadas para sustentar de maneira contrária a algo, ao invés de algum curso de ação (cigarros não devem ser banidos por causa das lições sobre a proibição) e embora as pessoas geralmente selecionem analogias equivocadas²⁵, ainda seria o caso de as analogias serem selecionadas por causa da crença na ajuda condutora que são levadas a oferecer, na crença sobre a iluminação a que são sugeridas a promover, ou na persuasão que se crê facilitar. A seleção intencional de uma analogia que previne o seletor de fazer o que (do ponto de vista de quem seleciona) de outra maneira seria uma melhor ideia, é algo estranho na literatura psicológica, com a mensagem implícita de que os tomadores de decisão jamais (ou raramente) selecionam (ou veem) as analogias que impedem um curso de ação que, exceto para a analogia, teria muito a recomendar sobre isso.

2. O PRECEDENTE COMO UM ADVERSÁRIO

Com este esboço simplificado sobre o raciocínio analógico em mente, nós nos voltamos para o conceito jurídico de precedente. Mais precisamente, nós nos voltamos para o cenário no qual os precedentes judiciais impedem uma decisão que de outra forma seria outra, ao invés de uma prévia decisão ser selecionada em ordem a apoiar um argumento agora. Está última é a bem estudada versão do raciocínio analógico no direito, mas a primeira - que é um pouco diferente - é o que chamamos (assim como o direito) de genuína restrição do precedente.

Nós podemos começar com um exemplo. Considere-se o voto do justice Potter Stewart em 1973, no caso *Roe v. Wade* (aborto). A questão central foi saber se o direito à privacidade, não explicitamente reconhecido no texto da Constituição Norte-Americana, poderia ser utilizado para apoiar o direito das mulheres de escolher o ato, assim como fora reconhecido no caso anterior de utilização de contraceptivos (caso *Griswold v. Connecticut*). Para os juízes que concordaram com o resultado do caso *Griswold v. Connecticut*, o resultado adotado em *Roe v. Wade* não foi excepcional. A partir de sua perspectiva, eles meramente estenderam de uma maneira estrita o amplo princípio à privacidade estabelecido em um caso anterior. Para o justice Stewart (no caso *Griswold*), a ausência de robustecimento textual de um direito como o da privacidade foi conclusivo. Mesmo que o justice Stewart tenha apoiado e acreditado no caso *Griswold*, e não tenha - por todos os motivos - abandonado esta visão (mesmo 8 anos depois), ele não divergiu no caso *Roe*, concluindo que a obrigação em seguir o precedente, mesmo continuando a acreditar que os fundamentos adotados no caso *Griswold* continuavam equivocados.

Muito embora tal deferência quebradiça ao precedente seja rara na Suprema Corte²⁶, ela é quase ausente. Nas décadas de 1950 e 1960, o justice Marshall Harlan também se juntou à maioria nas decisões sobre procedimento criminal, nas quais ele discordou dos princípios básicos

25 - KHONG, Y.F. *Analogies at war: Korea, Munich, Dien Bien Phu, and the Vietnam decisions of 1965*. Princeton: Princeton University Press, 1992.

26 - SEGAL, J.; SPAETH, H. The influence of stare decisis on the votes of Supreme Court justices. *American Journal of Political Science*, 40, 1996, p. 971-1004.

em julgamentos anteriores, assim como o justice Byron White em 1981, no caso *Edwards v. Arizona*, o qual se sentiu obrigado a seguir fielmente as decisões anteriores da Suprema Corte no caso *Miranza v. Arizona*, um caso no qual ele esteve entre os que divergiram dos fundamentos. E no caso *Ring v. Arizona*, de 2002, que envolveu o requerimento de que um julgamento por júri determinasse quaisquer fatos necessários para apoiar a punição em um caso criminal, em que o justice Anthony Kennedy proclamou explicitamente que “*muito embora minha visão ainda seja de que o caso anterior (Apprendi) tenha sido equivocado, ele agora é o direito aplicável, e, portanto, deve ser utilizado de forma principiológica*”.

Os exemplos poderiam ser multiplicados enormemente se formos analisar as decisões de cortes inferiores nos níveis estadual e federal, bem como o direito em outros países do *common law*, mas o ponto já deve estar claro: o sistema jurídico, no uso do precedente, não é relativo a recuperação de um, entre vários candidatos, como fonte análoga, e nem se trata de utilizar a analogia para o auxílio na tomada de decisão judicial da melhor maneira possível. Ao invés disso, trata-se da obrigação do julgador em seguir uma prévia decisão equivocada (do ponto de vista dele) apenas porque ela existe. Isto se relaciona, em apertada síntese, com o julgador se sentir obrigado a adotar o que ele considera ser uma decisão errada.

3. SOBRE A DIFERENÇA ENTRE ANALOGIA E PRECEDENTE

Talvez a diferença mais impressionante entre a limitação do precedente e o caso clássico do raciocínio por analogia seja a ausência típica de liberdade na percepção daquele que segue o precedente em termos de sua seleção. Enquanto aqueles que raciocinam analogicamente compreendem amplamente possuir uma escolha entre vários candidatos dentre fontes análogas, e enquanto geralmente se alega que os especialistas podem ser distinguidos dos neófitos através da maneira que eles recuperam fontes análogas, na base da estrutura, ao invés das similitudes superficiais do caso em mira²⁷, tal liberdade é ordinariamente ausente na limitação do precedente.

O justice Stewart pode ter pensado ser bizarra a sugestão de encontrar outro caso anterior para permiti-lo escapar da restrição do **caso Griswold**, assim como o justice White certamente teria dado risadas sobre a ideia de que se sentir obrigado pelo **caso Miranda** era simplesmente uma das funções de não ter selecionado a melhor fonte para o caso. Muito embora seja correto que advogados efetivos, “criativos de ocasião”, possam persuadir uma Corte a enxergar um caso através de luzes inteiramente novas, é muito mais frequente que uma decisão prévia sobre a questão “x”, p. ex., pareça tão ampla que seria implausível para um julgador evitar aquela decisão alegando que o caso presente se refira a “y” e não a “x”.

Assim sendo, em um sentido técnico bastante atenuado, um automóvel Toyota Corolla 2004 verde floresta é o mesmo carro que um outro automóvel Toyota Corolla 2004 verde floresta, e seria peculiar um dos proprietários do automóvel criticar o outro proprietário dizendo: “*Eu possuo o mesmo carro*”. Assim também no presente caso, onde quaisquer dos casos anteriores em

27 - GENTNER, D. Structure mapping: A theoretical framework for analogy. *Cognitive Science*, 7, 1983, p. 155-170; GENTNER, D., RATTERMANN, M.J.; FORBUS, K.D. The role of similarity in transfer: Separating retrievability from inferential soundness. *Cognitive Psychology*, 25, 1993, p. 524-575; HOLYOAK, K.J.; Koh, K. Surface and structural similarity in analogical transfer. *Memory and Cognition*, 15, 1987, p. 323-340.

que os atos, instâncias ou eventos são - em alguma medida - diferentes, mas na verdade sua equação geralmente é inescapável.

Com efeito, é característica das instâncias ordinárias do constrangimento ou limitação por precedentes que a questão atual seja tão amplamente percebida para que seja a mesma resposta de uma decisão anterior que, dos pontos de vista político ou profissional, não esteja aberta para o atual julgador assegurar que haja uma diferença relevante. Um julgador na década de 1990, em política externa, pode ter sido capaz de realizar analogia de plausibilidade, de equivalência aproximada, sobre Saddam e Hitler (e entre o Iraque e o Vietnã), mas um juiz da Suprema Corte ao qual se pediu para julgar, em 2008, o tema da constitucionalidade de uma lei estadual que proíbe totalmente o aborto, acharia isso virtualmente impossível: dos pontos de vista lógico, linguístico, psicológico, profissional e político, em termos de distinção entre aquele caso e o precedente *Roe v. Wade*.

Assim também ocorre com o precedente fora do direito. Uma criança que pede para ficar acordada até às 22 horas, em razão de isso ter sido permitido a sua irmã mais velha quando ela possuía a mesma idade, não será persuadida por meio de argumentos sobre circunstâncias distintas, assim como o burocrata que justifica um ato pela confiança em práticas passadas raramente será convencido de que neste caso haveria uma diferença relevante. Para práticas passadas - precedentes - determinarem um resultado apenas por causa da existência de práticas anteriores (e não em razão da percepção de que seja correta), a similaridade entre as práticas passadas e os problemas presentes deve ser visto como inescapável, mas a tomada de decisões (judiciais e não judiciais) aparenta fornecer numerosos exemplos deste tipo de similaridades, percebidas como inescapáveis entre a fonte e o caso em mira.

Uma vez que tenhamos compreendido que a seleção das fontes de decisão está no caso precedente, tipicamente não sendo percebido como uma escolha, é certo, assim, poderemos enxergar a mais dramática diferença entre a analogia e o precedente. Enquanto no caso da analogia aquele que raciocina está procurando por auxílio em alcançar a melhor decisão (ou em persuadir alguém mais sobre a melhor decisão), no caso do precedente o efeito é justamente o oposto. A similaridade inevitável entre a fonte e o caso em mira, quando combinados com um requerimento sistemático de que o caso em mira está ladeado às fontes do caso, isso significa que o julgador que opera sobre a norma do precedente irá, ao menos algumas vezes, se sentir obrigado a alcançar aquilo em que acredita, de maneira simples, ser o resultado equivocado. Enquanto no caso da analogia, por outro lado, o tomador da decisão está procurando pela fonte da decisão (ou evento) de forma a auxiliá-lo a tomar a decisão correta agora, no caso do precedente o tomador de decisão se sente constrangido e compelido a adotar o que considera ser agora a decisão equivocada.

4. O CONSTRANGIMENTO PRECEDENTE FAZ ALGUM SENTIDO?

A partir desta descrição, dificilmente seria autoevidente que o constrangimento precedente seja um modo desejável de abordagem para pensar, raciocinar ou tomar decisões. Por que, depois de tudo, alguém adotaria uma decisão equivocada, e por que a sociedade gostaria de ter decisores que tomassem essas decisões que acreditam ser equivocadas, e que, de fato, podem ser decisões equivocadas?

Alguns podem responder que geralmente a sociedade não quer isso. Uma vez que apreciamos que o raciocínio a partir do precedente, tipicamente, demanda dos julgadores que adotem decisões que pensam ser incorretas²⁸, pode-se visualizar o porquê de a confiança no precedente ser uma exceção, e não a regra.

Os cidadãos não esperam que o Presidente Bush siga os precedentes do Presidente Clinton apenas porque este lidou com as mesmas questões, assim como nós não esperamos que os cientistas adotem as conclusões alcançadas por seus predecessores apenas por esta razão. De fato, existem textos introdutórios de lógica que descrevem argumentos de precedente como falácias lógicas. No entanto, muito embora negar o valor da restrição pelo precedente seja a regra, existem exceções dignas de nota.

Quando esperamos que os pais, ou os burocratas ou os revendedores façam o fizeram antes, mesmo que agora eles pensem ser um equívoco, ou façam o que seus predecessores fizeram, mesmo que achem que tenham sido equivocados, reconhecemos o mandamento de tratar casos similares de forma parecida (*treatlike cases alike*), e nós também reconhecemos, assim como o justice Brandeis na famosa citação, que “na maioria das coisas é mais importante que [as questões] sejam estabelecidas do que sejam decididas corretamente”²⁹. Assim como reconheceu Brandeis, geralmente é desejável reconhecer o valor da determinação pelo bem da determinação, e o valor da consistência pelo bem da consistência.

Certamente é uma responsabilidade especial inerente ao direito acolher os valores da consistência, da estabilidade e da fixação. Enquanto estes valores possuem seu lugar em outros domínios da tomada de decisão, a centralidade do precedente no direito pode refletir um certo papel que se espera do sistema jurídico, mais do que, podemos dizer, a legislatura promulgar uma lei, ou um executivo administrar uma ordem, ou um médico diagnosticar uma doença, ou um terapeuta aconselhar um paciente. O ato de raciocinar a partir de um precedente, e a limitação que o precedente impõe, existe em inúmeros lugares, mas pode existir mais densamente no direito do que em qualquer outro local por causa da expectativa normativa sobre o papel do ordenamento jurídico.

5. EM DIREÇÃO A UM PROGRAMA DE PESQUISA EM PRECEDENTE

Duas conclusões são retiradas dos argumentos acima. Em primeiro lugar, a estrutura de um argumento a partir do precedente é muito diferente da estrutura de um argumento por analogia. Em segundo lugar, tomar decisões a partir da restrição pelo precedente - fazendo a coisa errada apenas porque foi adotada anteriormente - é altamente contraintuitiva, e, conseqüentemente, fazer isso se torna muito difícil para todas, ou para a maioria das pessoas.

Mas, se alcançar a decisão errada (primeira ordem) por causa da restrição do precedente (segunda ordem) é tão difícil quanto esperado, e isso traz importantes questões sobre como geralmente os tomadores de decisões podem atuar em termos daquilo que consideram ser decisões

28 - Por evidente, geralmente pode ser o caso de o precedente, evento ou decisão, ser consistente com aquilo que o julgador deseja fazer agora. Em tais casos, entretanto, a existência do precedente não tem efeito. Apenas quando a existência de um precedente restringe o julgador a fazer o que ele não faria, é que o precedente faz a diferença, e isto é o que distingue um precedente em termos de peso de um precedente que possua algum efeito causal na decisão.

29 - Caso *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393, 406 (1932) (Brandeis, J., dissentindo).

equivocadas, enquanto algumas pessoas são melhores que as outras, enquanto algumas podem ser treinadas - como advogados e juízes, mais obviamente - para fazerem aquilo que de outra forma achariam difícil ou impossível, e, enquanto a habilidade em submeter os resultados das preferências de alguém para o caso presente, como a habilidade de generalização a partir de um contexto particular se correlaciona com medidas comuns de inteligência geral³⁰. Em parte, por causa da suposição errônea de que raciocinar com o precedente seria a mesma coisa que raciocinar por analogia. Entretanto, não tem havido praticamente nenhuma pesquisa sobre nenhuma destas importantes questões.

Apenas a título de sugestões preliminares, portanto, podemos imaginar experimentos destinados a determinar, por exemplo, se aqueles auto selecionados para a capacitação jurídica (ou que sejam selecionados para o treinamento jurídico) são melhores, antes de receber este treinamento, em subjugar suas preferências para a resposta correta em uma norma do precedente; se aqueles que são treinados na restrição do precedente (bacharéis em direito recém-formados, por exemplo) são melhores em seguir precedentes desconfortáveis (para eles) do que aqueles que, controlados pela auto seleção, ainda não receberam tal treinamento; ou se aqueles auto selecionados para julgar, ou aqueles selecionados para serem juízes são melhores do que advogados práticos com experiências similares.

Tudo isso para tentar determinar se existem especialistas em seguir o precedente, e quais características estes especialistas possuem (que os não especialistas não possuam), e quais habilidades estes especialistas teriam, e que os neófitos não. Fica claro com o recente discurso sobre a Suprema Corte, que muitas pessoas esperam que os juízes sigam precedentes com os quais discordem, mas nós temos poucas pesquisas para saber se isso é possível (e, se o for), e quem seria bom nesta tarefa, e qual o treinamento necessário para isso.

Esta é uma pesquisa para os psicólogos, e não para os juristas, e é lamentável que a equivocada confusão entre o precedente e a analogia tenha impedido psicólogos de ingressarem nesta seara. Mais do que isso, se seguir os precedentes, mesmo que eles pareçam errados para o julgador, não é apenas uma grande parte do direito, mas uma parte substancial da tomada de decisão - mesmo que não tão ampla quanto nos campos da família, da vida pessoal, administrativa, burocrática e comercial; então a pesquisa psicológica sobre o seguimento do precedente no direito pode nos dizer muito acerca do seguimento do precedente nestes domínios ainda mais profundos da tomada de decisão.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, L. (1989). Constrained by precedent. *Southern California Law Review*, 63, 1-64.

ALEXANDER, L., & SHERWIN, E. (2001). *The rule of rules: Morality, rules, and the dilemmas of law*. Durham, NC: Duke University Press.

30 - STANOVICH, K.E.; WEST, R.E. Individual differences in reasoning: Implications for the rationality debate. *Behavioral and Brain Sciences*, 23, 2000, p. 645-665.

ASHLEY, K.D. (1990). *Modeling legal arguments: Reasoning with cases and hypotheticals*. Cambridge, MA: MIT Press.

BLANCHETTE, I., & DUNBAR, K. (2000). Analogy use in naturalistic settings: The place of audience, emotion and goals. *Memory and Cognition*, 29, 330-335.

BREWER, S. (1996). Exemplary reasoning: Semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument. *Harvard Law Review*, 109, 923-1028.

BROWN, A. L.; Kane, M. J.; Long, C. Analogical transfer in young children: Analogies as tools for communication and exposition. *Applied Cognitive Psychology*, 3, 1989, p. 275-293.

Burnet v. Coronado Oil & Gas Co., 285 U.S. 393, 406 (1932) (Brandeis, J., dissenting).

Editorial – Justice Denied. 2007. New York Times, July 5, 2007, 12.

Edwards v. Arizona, 451 U.S. 477 (1981).

ELLSWORTH, P. (2005). Legal reasoning. In K.J. Holyoak & R.G. Morison (Eds.), *The Cambridge handbook of thinking and reasoning*, (p. 685-704). Cambridge, UK: Cambridge University Press.

FORBUS, K.D. (2001). Exploring analogy in the large. In D. Gentner, K.J. Holyoak, & B.N. Kokinov (Eds.), *The analogical mind: Perspectives from cognitive science* (pp. 23-58). Cambridge, MA: MIT Press.

FORBUS, K.D., Gentner, D., Markman, A.B., & Ferguson, R.W. (1998). Analogy just looks like high level perception: Why a domain general approach to analogical mapping is right. *Journal of Experimental and Theoretical Artificial Intelligence* 10, 231-257.

GENTNER, D. (1983). Structure mapping: A theoretical framework for analogy. *Cognitive Science*, 7, 155-170

GENTNER, D., RATTERMANN, M.J., & Forbus, K.D. (1993). The role of similarity in transfer: Separating retrievability from inferential soundness. *Cognitive Psychology*, 25, 524-575.

GICK, M.L., & HOLYOAK, K. J. (1980). Analogical problem solving. *Cognitive Psychology*, 12, 306-355.

GICK, M.L., & HOLYOAK, K. J. (1983). Schema induction and analogical transfer. *Cognitive Psychology*, 15, 1-38.

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

HOFSTADTER, D.R. (1995). *A review of Mental Leaps: Analogy in Creative Thought*. AI Magazine, Fall 1995, 75-81.

HOFSTADTER, D.R. (2001). Analogy as the core of cognition. In D. Gentner, K.J. Holyoak, & B.N. Kokinov (Eds.), *The analogical mind: Perspectives from cognitive science*, (p. 499-538). Cambridge, MA: MIT Press.

HOLYOAK, K.J. (1982). An analogical framework for literary interpretation. *Poetics*, 11, 105-126.

HOLYOAK, K.J. (2005). Analogy. In K.J. Holyoak & R.G. Morison (Eds.), *The Cambridge handbook of thinking and reasoning*, (p. 117-142). Cambridge, UK: Cambridge University Press.

HOLYOAK, K.J., GENTNER, D., & KOKINOV, B.N. (2001). Introduction: The place of analogy in cognition. In D. Gentner, K.J. Holyoak, & B.N. Kokinov (Eds.), *The analogical mind: Perspectives from cognitive science*, (p. 1-19). Cambridge, MA: MIT Press.

HOLYOAK, K.J. & KOH, K. (1987). Surface and structural similarity in analogical transfer. *Memory and Cognition*, 15, 323-340.

HOLYOAK, K.J., & SIMON, D. (1999). Bidirectional reasoning in decision making by constraint satisfaction. *Journal of Experimental Psychology: General*, 128, 3-31.

HOLYOAK, K.J., & THAGARD, P. (1995). *Mental leaps: Analogy in creative thought*. Cambridge, MA: MIT Press.

HOLYOAK, K.J., & THAGARD, P. (1997). The analogical mind. *American Psychologist*, 52, 35-44.

HUNT, E. (2006). Expertise, talent, and social encouragement. In Ericsson, K.A., Charness, N., Feltovich, P.J., & Hoffman, R.R. (Eds.), *The Cambridge handbook of expertise and expert performance*, (p. 31-40). Cambridge, UK: Cambridge University Press.

HUNTER, D. (1997). Reason is too large: Analogy and precedent in law. *Emory Law Journal*, 50, 1197-1243.

KHONG, Y.F. (1992). *Analogies at war: Korea, Munich, Dien Bien Phu, and the Vietnam decisions of 1965*. Princeton: Princeton University Press.

KOKINOV, B.N., & FRENCH, R.M. (2003). Computational models of analogy-making. In L. Nadel (Ed.), *Encyclopedia of cognitive science*, vol. 1 (pp. 113-118). London: Nature Publishing Group.

LAMOND, G. (2006). Precedent and analogy in legal reasoning. In N. Zalta (Ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2006/entries/legal-reas-prec/>>

LEVI, E. (1949). *Introduction to legal reasoning*. Chicago: University of Chicago Press.

MILL, J.S. (1861). Considerations on representative government. In J.M. Robson (Ed.), *Collected Works of John Stuart Mill*, 29, 371-577 (1963). Toronto: University of Toronto Press.

Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

Ring v. Arizona, 536 U.S. 584, 613 (2002) (Kennedy, J., concurring).

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

SCHAUER, F. (1987). Precedent. *Stanford Law Review*, 39, 571-605.

SEGAL, J., & SPAETH, H. (1996). The influence of stare decisis on the votes of Supreme Court justices. *American Journal of Political Science*, 40, 971-1004.

SIMON, D., KRAWCZYK, D.C., & HOLYOAK, K.J. (2004). Construction of preferences by constraint satisfaction. *Psychological Science*, 15, 331-336.

SPELLMAN, B.A. (2004). Reflections of a recovering lawyer: How becoming a cognitive psychologist – and (in particular) studying analogical and causal reasoning – changed my views about the field of law and psychology. *Chicago-Kent Law Review*, 79, 1187-1214.

SPELLMAN, B.A., & HOLYOAK, K.J. (1992). If Saddam is Hitler then who is George Bush?: Analogical mapping between systems of social roles. *Journal of Personality and Social Psychology*, 62, 913-933.

SPELLMAN, B.A., & Holyoak, K.J. (1996). Pragmatics in analogical mapping. *Cognitive Psychology*, 31, 307-346.

SPIRO, R.J., FELTOVICH, P.J., COULSON, R.L., & ANDERSON, D.K. (1989). Multiple analogies for complex concepts: Antidotes for analogy-induced misconception in advanced knowledge acquisition. In S. Vosniadou & A. Ortony (Eds.), *Similarity and Analogical Reasoning*, (p. 498-531). New York: Cambridge University Press.

STANOVICH, K.E., & WEST, R.E. (2000). Individual differences in reasoning: Implications for the rationality debate. *Behavioral and Brain Sciences*, 23, 645-665.

SUNSTEIN, C.R. (1993). On analogical reasoning. *Harvard Law Review*, 106, 741-791.

TETLOCK, P.E. (1999). Theory driven reasoning about possible pasts and probable futures: Are we prisoners of our perceptions? *American Journal of Political Science*, 43, 335-366.

WEINREB, L.L. (2005). *Legal reason: The use of analogy in legal argument*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.



Anafe

Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais

ARTIGOS

Talita Mala Dal Lago

Patrícia Rossato Nunes

Márcio Carvalho Faria e Márcia de Paula Galvão Faria

Guilherme Oliveira de Arruda

Rodolfo Botelho Cursino

Grégore Moreira de Moura e Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes

Ana Paula de Sant'anna Corrêa Fonte

Maria Laura Maciel Fernandez e Marcelo Nunes Apolinário

Fernando Rubin e Luana Korol

Daniel Telles de Menezes

Igor Aragão Brillhante

Fabício Rocha Bastos



.....

A GEOPOLÍTICA AMBIENTAL CONTEMPORÂNEA E SEUS DESDOBRAMENTOS NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

.....

CONTEMPORARY ENVIRONMENTAL GEOPOLITICS AND ITS
DEVELOPMENTS IN INTERNATIONAL RELATIONS

Talita Mala Dal Lago¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Geopolítica do Regime Ambiental Internacional; 2 A Importância do Estudo da Economia para a Geopolítica Ambiental; 3 Considerações Finais; Referências.

1 - Doutoranda em Relações Internacionais pela Universidade de Lisboa, Portugal. Professora e investigadora do Centro de Literaturas e Culturas Lusófonas e Europeias da Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Europeu - Integração europeia (PADOVA - Itália 2008 - Reconhecimento pela UFC). Especialista em Direito Internacional (PUC-Paraná 2006). Membro do Instituto de Direito Internacional.



RESUMO: A questão ambiental está intrinsecamente ligada à geopolítica, à política econômica internacional, aos Estados, ao direito internacional, aos organismos internacionais e as empresas transnacionais. O equacionamento dos problemas ambientais não é comum, pois, requer uma análise mais profunda e abrangente das relações entre as atividades econômicas e políticas com o território que estas exploram. As inúmeras questões ambientais tornam um grande desafio à geopolítica, nesse sentido, almejar-se-á compreender a importância das negociações internacionais e da economia no contexto da eco política, considerando sempre a preservação ambiental planejada e ajustada como solução e fonte de benefícios sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Geopolítica. Meio Ambiente. Relações Internacionais.

ABSTRACT: The environmental issue is intrinsically linked to geopolitics, international economic policy, the States, the international law, international organizations, and transnational corporations. The addressing of environmental problems is not trivial. It requires an analysis ever deeper and more comprehensive relations between economic activities and policies with the territory they explore. The numerous environmental issues become a major challenge to geopolitics, accordingly, will aim to understand the importance of the international negotiations and the economy in the context of ecopolitics, always considering the environmental preservation as planned and adjusted solution and source of social benefits.

KEYWORDS: Geopolitics. Environment. International Relations.

INTRODUÇÃO

A abordagem geopolítica permite a compreensão da influência de fatores geográficos nas decisões políticas dos Estados do sistema internacional.

A geopolítica como área de estudo se desenvolveu no fim do século XIX. A consolidação do Sistema de Estados moderno com a unificação da Alemanha e da Itália, o apogeu do Imperialismo europeu, o fortalecimento dos Estados Unidos da América e do Japão como novas potências imperialistas, o rápido crescimento populacional e a consequente pressão sobre os recursos naturais, tornaram-se fatores fundamentais para o aparecimento desse novo conceito.

A primeira corrente da geopolítica emergiria do darwinismo social, teoria bastante difundida no século XIX, e teria como principais teóricos Friedrich Ratzel e Rudolf Kjellen, sendo denominada de “Teoria do Estado Orgânico”. A segunda corrente iria se basear mais em fatos geográficos e políticas que poderiam ser influenciadas por estes fatos; esta corrente foi chamada de “Geoestratégia” e teve Alfred Thayer Mahan e Halford J. Mackinder como principais teóricos no século XIX. Atualmente, porém, algumas temáticas ambientais - cujos impactos extrapolam as fronteiras dos Estados Nacionais - têm surgido com maior destaque na política internacional e influenciado a reconfiguração da geopolítica mundial.²

A relação de poder de vários atores internacionais sobre o território, gerando um agravamento da crise ambiental mundial, tem enfatizado o estudo da geopolítica sobre a questão da sustentabilidade. Os problemas ambientais são diversos, tais como, diminuição da camada de ozônio, a mudança do clima global, a perda da biodiversidade, a poluição dos ambientes marítimos e a devastação das florestas, além dos múltiplos desafios relacionados à água e à energia.

A geopolítica contemporânea extrapola a perspectiva clássica de um poder centrado exclusivamente no Estado. Atualmente, têm-se um cenário internacional, que envolve empresas transnacionais e Estados, em uma disputa pelas riquezas naturais, uma vez que, a distribuição geográfica de tecnologia e de recursos é desigual. A apropriação e o uso das riquezas naturais passam a ser almejados por distintos atores, cada qual com suas intencionalidades e perspectivas de ação.

A ação das Nações Unidas, Organismos Internacionais Supra-Governamentais (OISGs), Organizações Não-Governamentais (ONGs) e redes epistêmicas no campo da defesa do meio ambiente constituem fóruns do novo enfoque geopolítico nas relações internacionais, tendo em vista que engendram uma nova relação entre nações baseada em princípios de interdependência e solidariedade internacional, por meio de uma série de negociações sob a égide de uma visão multilateral e multidisciplinar dos problemas globais.

Ao ser considerado elemento proeminente na definição dos contornos da geopolítica mundial, o meio ambiente projeta um cenário de desafios e possibilidades para o Brasil, que começa a se constituir um *global player* nas relações internacionais.

O Brasil ocupa uma posição de relevância na geopolítica mundial por deter um grande território, a maior biodiversidade do planeta, áreas extensas de florestas e reservas de água doce. Entre-

2 - FABER, D. *Environment Under Fire: Imperialism and the Ecological Crisis in Central America*. New York: Monthly Review. (1993).

tanto, a busca de uma inserção mais efetiva e articulada do Brasil nas discussões da agenda ambiental internacional esbarra nas assimetrias de poder entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento.

1. A GEOPOLÍTICA DO REGIME AMBIENTAL INTERNACIONAL

A integração econômica e política dos fluxos no sistema global atingiu uma dimensão de elevada magnitude, revelando uma tendência autofágica do sistema geopolítico, o qual se materializou em função da territorialidade mundial e do padrão de acumulação pela voracidade dos atores que compõem o sistema internacional.

O comércio internacional, juntamente com a coordenação das políticas econômicas internacionais e o mercado internacional de capitais, têm se tornado uma chave importante para o desenvolvimento econômico de uma nação, tendo expandindo de modo inacreditável o ritmo da atividade econômica global, nos últimos quinze anos.

Um número crescente de países em desenvolvimento observa o comércio e o investimento internacional como parte central nas suas estratégias de desenvolvimento; as questões comerciais, por sua vez, são basilares para a definição de uma política econômica em todos os países, sejam eles desenvolvidos ou em desenvolvimento.

Contudo, os indicadores ambientais não têm sido tão favoráveis como o comércio internacional; antes, o que se observa é a degradação do ecossistema de modo sistêmico e generalizado.

O desenvolvimento da proteção ambiental coloca-se dentre os mais significativos das últimas décadas, portanto, praticamente inexistente até a década de sessenta, tornou-se parte central da economia política internacional, no contexto pós-moderno, e tema recorrente das negociações e esforços de regulamentações de caráter tanto interno como internacional.

Na verdade, alguns autores já consideram a publicação datada em 1962, da autora americana Rachel Carson como o começo das discussões internacionais sobre o meio ambiente. Em seu livro *Primavera Silenciosa*, a autora expõe³:

À medida que o ser humano avança rumo a seu objetivo proclamado de conquistar a natureza, ele vem escrevendo uma deprimente lista de destruições, dirigidas não só contra a Terra em que ele habita como também contra os seres vivos que a compartilham com ele. A história dos séculos recentes tem suas páginas negras – a matança do búfalo nas planícies do Oeste, o massacre das aves marinhas efetuado pelos caçadores mercenários, o quase extermínio das garças por causa de sua plumagem. Agora, a essas devastações e outras semelhantes, estamos acrescentando um novo capítulo e um novo tipo de devastação – a matança direta de pássaros, mamíferos, peixes e, na verdade, praticamente todas as formas de vida selvagem por inseticidas químicos pulverizados indiscriminadamente sobre a terra. De acordo com a filosofia que agora parece guiar nossos destinos, nada nem ninguém deve se colocar no caminho do homem armado com um pulverizador.

3 - CARSON, Rachel. *Primavera Silenciosa*. 2010:83.

Contudo, por ter sido um estudo acadêmico, sua importante contribuição foi muito restrita. Assim, em 1968, outra influência nas discussões ambientais ocorreu em Paris, com a Conferência Intergovernamental de Especialistas sobre as Bases Científicas para Uso e Conservação Racionais dos Recursos da Biosfera, conhecida como Conferência da Biosfera⁴, que foi organizada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). Essa conferência também muito importante, pois foi direcionada somente para os aspectos científicos da conservação da biosfera e pesquisas em Ecologia.⁵

Outro documento de grande valor em termos de repercussão entre os cientistas e os governantes ficou conhecido como Relatório do Clube de Roma⁶ e propôs em seu relatório crescimento econômico zero⁷.

Foi então que, em 1968, constituiu-se o Clube de Roma, composto por cientistas, industriais e políticos, que tinham como objetivo discutir e analisar os limites do crescimento econômico, levando em conta o uso crescente dos recursos naturais (THE CLUB OF ROME, 2012). Tais estudiosos detectaram que os maiores problemas globais eram a industrialização acelerada, o rápido crescimento demográfico, a escassez de alimentos, o esgotamento de recursos não renováveis, a deterioração do meio ambiente, entre outros. Apresentavam uma visão “ecocêntrica” e definiam que o grande problema ambiental estava na pressão da população sobre o meio ambiente.

Várias críticas surgiram nesse momento. Entre os teóricos que defendiam a Economia do Desenvolvimento, tem-se o Prêmio Nobel em Economia, Robert Solow, que criticou com veemência os prognósticos catastróficos do Clube de Roma e teve como uma das suas principais contribuições a pesquisa intitulada “*A contribution to the theory of economic growth*”, em valorização do crescimento econômico.

Toda a teoria depende de pressupostos que não são verdade. Isso é o que o torna uma teoria. A arte de teorização de sucesso é fazer os pressupostos inevitáveis simplificados, de tal forma que os resultados finais não são muito sensíveis. 1 A hipótese “crucial” é que as conclusões não dependam sensivelmente, e é importante que as suposições cruciais sejam razoavelmente realista. Quando os resultados de uma teoria parecer fluir especificamente a partir de um pressuposto especial crucial, então, se o pressuposto é duvidoso, os resultados são suspeitos. Pretendo argumentar que isto é verdade para o modelo Harrod-Domar de crescimento econômico. A característica e poderosa conclusão da linha de Harrod-Domar de pensamento é que, mesmo para o longo prazo, o sistema econômico é o melhor sistema de crescimento com equilíbrio⁸.

Em 1972, Dennis Meadows⁹, o qual liderava um grupo de pesquisadores, publicou o estudo intitulado “Os Limites do crescimento”. Em seu estudo, ele fez uma projeção para cem anos, sem levar em conta o progresso tecnológico e a possibilidade de descoberta de novos materiais, e afirmou que, para

4 - ECOSOSTENIBILE, online, 2017. Disponível em: <http://www.ecosostenibile.org/parigi1968esp.html>>.

5 - ADLER, I. *Ecological Fantasies*, New York: Green Eagle (1973).

6 - Club of Rome, online, 2017. Disponível em: <https://www.clubofrome.org/about-us/history>>.

7 - CHASE, A. *Missionaries of Environmentalism*. Orange County Register, 1989.

8 - SOLOW, Robert M. *A contribution to the theory of economic growth*. *The quarterly journal of economics*, v. 70, n. 1, p. 65-94. 1956.

9 - MEADOWS, D. H.; MEADOWS, D. L.; RANDERS, J.; BEHRENS III, W. *Limits to growth*. Nova York: Universe Books, 1972.

atingir a estabilidade econômica e respeitar os recursos naturais seria necessário congelar o crescimento da população global e do capital industrial. Tal posição significava uma clara rediscussão das velhas teses de Malthus sobre os perigos do crescimento da população mundial. A tese do Crescimento Zero era um ataque direto às teorias de crescimento econômico contínuo propagado pelas teorias econômicas.

Apesar das críticas feitas aos estudiosos do meio-ambiente, as pesquisas em favor da sustentabilidade ambiental continuaram e em 1972, houve a realização da Conferência de Estocolmo¹⁰, sendo o ano em que a conscientização para a destruição do meio ambiente tomou âmbito global.¹¹

O marco de 1972 consagra a Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, sendo acompanhada do Plano de ação para o meio ambiente, como primeiro passo para uma tutela ambiental. Logo após a Conferência de Estocolmo, tornou-se óbvio que o foco sobre o meio ambiente não havia a devida preocupação com o desenvolvimento e, para tanto, não fora suficiente para o avanço de longo prazo da agenda ambiental internacional.

Em 1985, a Organização das Nações Unidas criou a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que emitiu o seu relatório, *Nosso Futuro Comum*, em 1987. Este relatório foi a primeira articulação sistemática do conceito de desenvolvimento sustentável. Esse, por sua vez, tornou-se a base para uma grande revisão de todas as atividades ambientais internacionais no âmbito das Nações Unidas, que ocorreu no ano 1992 no Rio de Janeiro, Brasil, ficou conhecida como Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento¹². Nesse momento, articulou-se um ambicioso programa de desenvolvimento sustentável, conhecido como Agenda 21.¹³

A Conferência do Rio ajudou a criar a Comissão das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, e reafirmou o papel do *Global Environment Facility*, ampliando a base organizacional para o meio ambiente e desenvolvimento sustentável, no âmbito do sistema das Nações Unidas.

A United Nations Conference on Environment and Development (UNCED) foi fundamental para permitir que os Estados pudessem celebrar a Convenção-Quadro sobre Mudança Climática e a Convenção sobre Diversidade Biológica, após intensas negociações. A UNCED também foi pioneira no que tange às maneiras inovadoras ao público, possibilitando-os em participar de processos intergovernamentais.

Ao longo dos últimos vinte anos, um número extraordinário de acordos ambientais internacionais foi concluído. Mais de duzentos acordos ambientais multilaterais (MEAs) são conhecidos. Alguns destes são tratados globais, abertos a qualquer Estado-parte. O número de acordos bilaterais é desconhecido, mas seguramente são bem mais de mil. O resultado é uma estrutura internacional para a gestão ambiental, que é diversificada e reflete a extraordinária variedade de questões e interesses envolvidos¹⁴.

A estrutura internacional de gestão ambiental é extremamente dinâmica. Os vários tra-

10 - UN, Online, 2017. Disponível em: < <https://sustainabledevelopment.un.org/milestones/humanenvironment> >.

11 - FOREMAN, D. *Ecodefense: A field guide to monkeywrenching*. Tucson: Ned Ludd. (1985).

12 - *United Nations Sustainable Development*, Online, 2016. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/milestones/humanenvironment>.

13 - FOX, W. *Toward a Transpersonal Ecology: Developing New Foundations for Environmentalism*. Boston: Shambhala, (1990).

14 - JAIN, J. *Environmental Stewardship and Sustainable Development*. New Delphi: Friedrich Ebert Stiftung, 1996.

tados abordam uma variedade de questões, desde substâncias tóxicas para espécies ameaçadas de extinção, a poluição do ar e biodiversidade. Sendo assim, eles devem responder às novas informações científicas sobre o meio ambiente, considerando sempre os sucessos e fracassos das medidas adotadas em apoio aos seus objetivos.

Tratados internacionais ambientais envolvem interações complexas entre as partes. Na prática, muitas vezes ocorrem várias rodadas de negociações antes de um regime eficaz emerge. Mesmo assim, programar um acordo multilateral ambiental em âmbito nacional e monitorar seu progresso a nível internacional requer ajustamento contínuo - o resultado de uma pesquisa mais intensa sobre o problema ambiental e sobre a eficácia do regime - e debate público em curso sobre os resultados da pesquisa, entre outras questões.

Acordos ambientais internacionais são baseados no consentimento. É amplamente reconhecido que coagir os países em ação não é uma base sólida para a política ambiental internacional. Em primeiro lugar porque raramente há intenção em coagir economicamente um Estado de modo eficaz, o que seria possível de acordo com a resolução de litígios comerciais. Em segundo lugar, porque o cumprimento de regimes ambientais é mais frequentemente devido à falta de capacidade de implementação do que de um mau comportamento estatal. Portanto, os regimes ambientais internacionais são mais propensos a usar capacitação, diálogo e transparência como soluções de litígios internacionais. Outra razão para a falta de mecanismos coercitivos - e rara utilização dos poucos mecanismos existentes - é que, ao contrário de no contexto do comércio internacional, o descumprimento de um país muitas vezes não o prejudica diretamente, mas geralmente prejudica o bem comum global.

Nesse contexto, o crescimento do número de regimes internacionais ambientais evidencia que na integração do sistema mundial existe um genuíno caráter geopolítico nos acordos e normas internacionais que pressupõe compromissos transfronteiriços dos Estados referentes à sustentabilidade do meio ambiente nas escalas global e nacional.

Sendo assim, os problemas ambientais atuais têm representado como sérios desafios ao estudo e aprofundamento da geopolítica, uma vez que se espera que o seu instrumental analítico possa fornecer respostas consistentes que gere para uma relação mais harmônica entre meio ambiente e sistema político-econômico.

2. A IMPORTÂNCIA DO ESTUDO DA ECONOMIA PARA A GEOPOLÍTICA AMBIENTAL

Para uma melhor compreensão da amplitude da geopolítica ambiental, faz-se necessário analisar primeiramente a integração de conceitos provenientes das ciências sociais (notadamente economia) e ciências naturais (especialmente geografia, biologia e ecologia) para uma análise sistêmica das relações entre política, economia e meio ambiente.

O sistema econômico é visto como a principal fonte de pressão sobre o meio ambiente, sendo necessário, pois, que a análise econômica dominante apresente respostas sobre sua relação com os sistemas naturais. Nesse cenário, surge a teoria ambiental neoclássica - no momento em que os pensadores econômicos se viram compelidos a incorporar em seu esquema analítico considerações acerca da problemática ambiental.¹⁵

15 - MORRISON, R. *Ecological Democracy*. Boston: South End, 1995.

Reconheceu-se que a economia retira recursos naturais do meio ambiente e os devolve sob a forma de resíduos dos processos de produção e consumo o que levaria a incorporação do princípio do balanço de materiais nos modelos econômicos. Admitiu-se ainda que, diante de uma escassez dos recursos providos pelo meio ambiente, levar-se-ia a uma finitude de matéria-prima e ainda, a poluição causada pelo sistema econômico poderia ultrapassar a capacidade de assimilação desses resíduos pelo ecossistema.

Nesse cenário, o meio ambiente é ao mesmo tempo fornecedor de recursos naturais como receptor de resíduos, o que geraria uma preocupação com a temática ligada à escassez crescente de materiais, bem como com a poluição gerada pelo sistema econômico.

Desse modo, a teoria ambiental neoclássica subdividiu-se em duas vertentes, quais sejam, a teoria da poluição e a teoria dos recursos naturais. A teoria da poluição é considerada o ramo mais importante da teoria ambiental neoclássica e tem como fundamento a teoria do bem-estar (*welfare economics*) e dos bens públicos, elaborado por Arthur Cecil Pigou nas primeiras décadas do século XX.¹⁶

Pigou¹⁷ enfocara o meio ambiente como um bem público e considerava a poluição como uma externalidade negativa, desse modo, buscava ele entender quais eram os danos ao meio ambiente causados pela poluição, bem como, quais seriam os benefícios para controlá-la.

Para os economistas ambientais, o conceito “externalidade” são situações em que a produção ou consumo de um agente econômico afeta outro agente que não paga para o bem produzido ou consumido, essa externalidade pode ser considerada positiva ou negativa, dependendo do caso em concreto. Desse modo, um exemplo de externalidade negativa seria a poluição causada no meio-ambiente, já, a preservação da diversidade biológica, seria uma externalidade positiva.

Ao lidar com os problemas de poluição ambiental, os economistas ambientais argumentavam pelo favorecimento de encargos ou taxas de emissões respaldando seus discursos pela teoria de Pigou. Argumentavam que esses encargos ou taxas iriam reduzir a quantidade de poluição ou melhorar a sua qualidade, fazendo com que os poluidores assumissem uma parte dos custos para cada unidade de poluição prejudicial que eles liberassem no meio ambiente. O argumento plausível seria o de Pigou, no sentido de que o resultado esperado é que os encargos ou as taxas seriam iguais ao dano marginal social associado com a externalidade¹⁸. A expectativa era de que as empresas fossem induzidas a reduzir suas emissões até o ponto onde o custo de controle de poluição se igualasse as taxas de emissões que eles poderiam pagar.

Outra abordagem tradicional em economia ambiental foi originalmente proposta pelo economista Ronald Coase em seu artigo publicado em 1960, *The Problem of Social Cost*. Coase¹⁹ contestou o uso de qualquer imposto ambiental ou subsídio que cobrasse encargos econômicos não diretamente relacionados a atividades econômicas específicas.

16 - WALKER, R. B. J. *Inside/Outside*. International Relations as Political Theory. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

17 - PIGOU, A.C. Economic Progress in a Stable Environment. *Economica New Series*, V. 14, N. 55, aug. 1947, p. 180-188. Published by: Wiley Article Stable. Disponível em: <URL: <http://www.jstor.org/stable/2549787>>. Acesso em: 3 jan. 2013.

18 - PIGOU, A.C. Economic Progress in a Stable Environment. *Economica New Series*, V. 14, N. 55, aug. 1947, p. 180-188. Published by: Wiley Article Stable. Disponível em: <URL: <http://www.jstor.org/stable/2549787>>. Acesso em: 3 jan. 2013.

19 - COASE, R.H. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, University of Chicago, v. 3, oct. 1960, p.1-44. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=00222186%28196010%293%3C1%3ATPOSC%3E2.0.CO%3B2-F>>. Acesso em: 3 jan. 2013.

Coase afirmara que, a principal razão dos mecanismos de processos de mercado não conseguirem resolver os problemas ambientais, era que recursos naturais não são de propriedade particular²⁰. Coase sugeriu que a indústria poluente fosse levada a emitir o nível ótimo de poluição, desde que, determinasse a ela o direito de poluir o quanto quisesse, ou seja, até o limite em que o outro agente tem o direito a usar a água limpa²¹.

Diante de tais argumentos de Coase, evidenciou-se uma questão que traz uma função essencial do Estado, ou seja, a definição e a preservação do direito de poluir. Nesse contexto, em não existindo uma determinação legal proibindo que qualquer indústria polua a água sem prévia autorização, a cooperativa autorizará a produção até o nível em que será compensada por seus lucros. Para Coase, o controle feito pelo Estado poderia ser utilizado como uma grande arma política, favorecendo ou prejudicando um ou outro grupo de poder. E, uma maneira de evitar o protecionismo a alguns grupos em detrimento de outros, seria estipular o nível máximo de poluição aceito pela sociedade em determinada região e, a partir daí, o mercado fixaria quotas de poluição para as indústrias de uma localidade²².

A concepção é a de que o Estado permita que haja um livre mercado de quotas de poluição, garantindo à sociedade que seu limite de aceitação de poluição não será ultrapassado. Neste diapasão, um determinado nível de emissões seria estabelecido dentro de uma região específica, que permitiria o equivalente às emissões totais admissíveis distribuídos entre os produtores da região. Poluidores que mantêm seus níveis de emissões abaixo do permitido em suas licenças poderiam vender suas autorizações de excedentes a outros produtores ou usá-los para compensar as emissões de outras partes de seu sistema de produção.

A partir de 1970, a Agência de Proteção Ambiental Norte Americana permitira aos Estados de usarem licenças negociáveis para implementar as disposições da “Lei do Ar Limpo”, e eles foram usados na década de 1980. Essa concepção também fora empregado para facilitar a redução mundial das emissões de clorofluorocarboneto (CFCs), uma vez que estes destroem a camada de ozônio, diminuindo assim os níveis de ozônio no nordeste dos Estados Unidos.²³

Contudo, a experiência demonstrou que, no entanto, as licenças negociáveis são difíceis de administrar, muito caras para serem implementadas e que a estrutura necessária para ativamente trocá-las raramente emerge.

Há, porém, uma razão mais fundamental de o porquê as emissões de licenças negociáveis não podem ser vistas como soluções econômicas viáveis para a crise ambiental. Essa hipótese obriga os economistas ambientais a representar os custos da poluição em função das atividades econômicas que têm valor apenas na mente dos agentes econômicos, os quais operam dentro de economias nacionais. O problema fundamental é que as atividades econômicas são interativas com o meio ambiente global e não existe nada no ambiente como um sistema isolado.

O fato de que as economias nacionais não são isoladas tornou-se óbvio para ao longo do

20 - COASE, R.H. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, University of Chicago, v. 3, oct. 1960, p.1-44. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=00222186%28196010%293%3C1%3ATPOSC%3E2.0.CO%3B2-F>>. Acesso em: 3 jan. 2013.

21 - Ibidem.

22 - Ibidem.

23 - UNEP, online, 2013. Disponível em: <http://www.unep.org/>

tempo. Enormes quantidades de gases de efeito estufa e outros poluentes produzidos nos Estados Unidos causaram problemas ambientais no Canadá, e os CFC emitidos a partir de qualquer região do globo causam danos à camada de ozônio. Uma vez que o afinamento da camada de ozônio não é uniforme, alguns países, como Austrália e Nova Zelândia, sofrem mais danos de maiores concentrações de radiação UV do que os países que estão localizados mais longe dos pólos.

A economia ambiental tem como análise de custo-benefício o esforço de internalizar o sistema de mercado aos custos de fazer negócio em termos ambientais.

O desenvolvimento de métodos para realizar essas análises tornou-se uma indústria em crescimento no governo de Ronald Reagan, em 1981. Tratava-se de uma ordem executiva exigindo que o custo-benefício a serem realizados por todos os regulamentos ambientais nos Estados Unidos, com custos anuais superiores a \$ 100 milhões, poderiam ser implementados apenas se os benefícios para a sociedade excedessem tais custos.

Em teoria, esse conceito parece bastante simples e muito atraente. Por que gastar dinheiro lidando com um problema ambiental se os custos excedem os benefícios? Mas, quando traduzido em métodos de avaliação utilizados por economistas ambientais, “benefícios para a sociedade”, os resultados ideais sociais que resultam da operação das supostas leis naturais da economia de mercado ficam em aberto.

A economia dos recursos naturais, por sua vez, considera o meio ambiente sob a ótica de provedor de recursos ao sistema econômico. Nesse segmento da teoria ambiental neoclássica, objetiva-se responder as indagações referentes ao padrão ótimo de uso desses recursos não renováveis. Ou seja, a questão central é se o seu caráter finito pode se tornar um obstáculo à expansão do sistema econômico. Dessa maneira, a economia dos recursos naturais parte do princípio de que a questão do uso dos recursos naturais deve ser resolvida através de uma alocação intertemporal de sua extração. Essa alocação deveria ser determinada com base na maximização dos ganhos obtidos com a extração do recurso ao longo do tempo, usando-se os conceitos de custo de oportunidade e desconto para se determinar a taxa ótima de extração²⁴.

Ao fracionar as funções do meio ambiente como provedor de recursos e receptor de resíduos no processo econômico, tais teorias enfocam parcialmente a problemática ambiental, não oferecendo uma análise integrada dos impactos que o sistema econômico tem sobre o meio ambiente em termos de retirada de recursos naturais. Ademais, não se identificam nessas duas teorias nenhum mecanismo que garanta a satisfação dos princípios de sustentabilidade ambiental.

Nesse cenário, surgem os economistas ecológicos, que não são membros da comunidade de economistas e seu trabalho tem sido rotineiramente ignorado. O objetivo principal dos economistas ecológicos é ampliar o quadro do paradigma neoclássico econômico para incluir medidas cientificamente válidas dos custos ambientais nas atividades econômicas.

Quando o movimento ambientalista emergiu nos Estados Unidos como uma poderosa força política durante a escassez de petróleo, na década de 1970, o ecologista Howard Thomas Odum desenvolveu um modelo sistemático com base em fluxos de energia para entender melhor o impacto da atividade humana sobre o meio ambiente natural. Em seu livro *Environment, Power and Society* de 1971, ele ressaltou que, sempre que um fluxo de capital

24 - WORSTER, D. *Nature's Economy: A History of Ecological Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

existe, deve haver um fluxo de energia na direção oposta. Odum também argumentou que outros fluxos de energia essenciais, tais como água, energia solar e eólica, são mal utilizados porque não estão representados no fluxo de capital²⁵.

Segundo Hardin, “uma área comum é qualquer área onde os regimes de direitos de propriedade não se aplicam e os usuários têm acesso livre à sua exploração”²⁶. Ele usa o exemplo de um pasto comum, onde cada proprietário de gado continua a ampliar o seu rebanho, desde que isso aumente sua renda. Uma vez que cada proprietário deriva todos os benefícios econômicos com a venda de seu gado, e uma vez que a perda de recursos consumidos por pastagens de gado é suportada por todos os proprietários, a tragédia é que todos os proprietários aumentarão o número de seus rebanhos para o ponto em que a capacidade de pasto de terra se esgota completamente.

De modo geral, o que se observou com a economia neoclássica foi que o sistema de preços de mercado (real ou simulado) não resolve inteiramente o problema de valorar os recursos naturais, tornando ineficientes as técnicas de valoração, no que concerne, em particular, à multiplicidade de fatores envolvidos²⁷.

Contudo, os economistas ecológicos têm tentado lidar com este problema, propondo algumas mudanças substanciais no sistema de contas nacionais, os quais os economistas utilizam para avaliar o desempenho relativo das economias nacionais. As duas medidas são padrão Produto Interno Bruto (PIB) e o Produto Nacional Bruto (PNB), todavia, esses valores não refletem os custos da poluição e degradação do meio ambiente em geral e os custos associados com a deterioração da base de recursos ambientais.

Herman Daly e John Cobb desenvolveram uma alternativa ao PIB, o “Índice de Bem-Estar Econômico Sustentável”²⁸, que basicamente divide contas da renda nacional em setores e impõe padrões de sustentabilidade. Daly, em seu livro, *Beyond Growth*²⁹, descreve uma situação inusitada vivida no Banco Mundial durante a formulação do relatório, “Desenvolvimento e Meio Ambiente”, de 1992. Encarregado de criticar o que vinha sendo produzido, sugeriu a inserção de um gráfico no qual a economia aparecia como um subsistema de um conjunto maior que representava o ecossistema, responsável por fornecer os insumos para as atividades econômicas e por receber os dejetos que essas atividades produziam. A proposta gerou tanta polêmica que a equipe terminou por eliminar o ecossistema do relatório. Segundo Daly, o Banco Mundial não estava pronto para aceitar limites ao crescimento, receitado para todos os desajustes da economia, inclusive para os males da pobreza³⁰. Conforme foi aprofundando seus estudos, Daly passou a defender a necessidade de conversão da economia para o “estado estacionário”, no qual a escala da produção não excedesse a natural capacidade de suporte dos ecossistemas³¹. Conforme Daly descreveu em

25 - ODUM, Howard T. *Environment, Power, and Society*. Environmental Science and Technology Series. John Wiley & Sons Inc; 1st edition, June, 1971.

26 - HARDIN, Garrett. *The Tragedy of the Commons*. American Association for the Advancement of Science. Source: Science, New Series, V. 162, N. 3859 (Dec. 13, 1968), p. 1243-1248. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1724745>>. Acesso em: 05 jan. 2013.

27 - YOUNG, J. *Post-Environmentalism*, London: Belhaven, 1990.

28 - DALY, H. E.; COBB J. *For the common good. Redirecting the Economy Toward Community, the Environment, and a Sustainable Future*. Boston: Beacon Press, 1989.

29 - DALY, H. E. *Beyond Growth*. The Economics of Sustainable Development. Boston: Beacon Press, 1996.

30 - DALY, op. cit.

31 - Ibidem.

um paper para a Comissão de Desenvolvimento Sustentável do Reino Unido em 2008³²:

Quanto mais perto a economia se aproxima da escala da Terra, mais ela terá que se conformar ao modo de comportamento físico da Terra. Este modelo de comportamento é o estado estável – um sistema que permite desenvolvimento qualitativo porém sem adicionar crescimento quantitativo. Crescimento é mais da mesma coisa, enquanto desenvolvimento é a mesma quantidade da melhor coisa (ou, no mínimo, uma coisa diferente).

Robert Repetto³³, diretor de pesquisa econômica, foi pioneiro no uso da “*natural resources accounting*” para iluminar o que estava oculto de danos ambientais nas contas nacionais. Ao mesmo tempo, a organização World Resources Institute (WRI) começou a fazer propostas preliminares para o mundo corporativo, a fim de para explorar formas que as forças de mercado poderiam ser aproveitadas para proteger recursos naturais, sendo uma das primeiras organizações ambientais a fazê-lo. (WRI, 2012).

Diante do que fora apresentado acima, percebe-se que os economistas ecológicos são bem sucedidos em argumentar que o PIB não é necessariamente o melhor indicador de riqueza humana e que a contabilidade para a depreciação de capital nacional é uma parte necessária do processo econômico. A União Europeia tem usado informações das nações para avaliar os impactos ambientais das atividades econômicas e para tomar decisões políticas.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No atual período, a geopolítica tem sua centralidade reafirmada, não apenas à leitura clássica da ação estratégica dos Estados sobre os territórios, mas está também aberta a uma pluralidade de novos temas, atores e espaços.

Diante da complexidade da nova ordem mundial, uma série de novos problemas impuseram grandes desafios à geopolítica, contudo, o que se registra de fato, é uma reconceitualização epistemológica que procura responder a questões antes ignoradas.

Nesse cenário, a geopolítica se transforma em ecopolítica quando se estuda a crise ambiental, uma vez que a interpretação conservadora de competitividade pelos recursos naturais se amplia para uma ciência normativa que discute a interdependência ambiental e os mecanismos de cooperação internacional.

Sendo assim, está-se diante de um mundo com concepção de uma totalidade física e ecológica, insusceptível de ser fracionada pelo pretenso hermetismo espacial das fronteiras e avessa à quebra dos laços temporais entre os fenômenos naturais acarretam. O domínio soberano é confrontado pela biosfera, a estabilidade da nação pela estabilidade da natureza, a economia nacional pela economia natural, e o mundo dos Estados pela comunidade global³⁴.

32 - DALY, H. E. On economics as a life science. *The Journal of Political Economy*, v. 76, n. 3, p. 392-406, 1968. Economia e meio ambiente. Leituras de Economia Política, Campinas, (14): 1-31, ago./dez. 2008.

33 - Energy Future Coalition, online, 2016. Disponível em: <http://energyfuturecoalition.org/blog/the-strange-political-economy-of-climate-by-robert-repetto>.

34 - PUREZA, J. M. *O patrimônio comum da humanidade: Rumo a um direito internacional da solidariedade?* Cidade do Porto: Afrontamento, 1998. p. 269.

A centralidade desta nova leitura ecológica da geografia acontece, em função da questão ambiental ocupar nas relações internacionais contemporâneas, o mesmo espaço real que ela recebe no âmbito interno dos Estados Nacionais, um espaço extremamente reduzido em um contexto global, cujos problemas ambientais continuam se ampliando.

Diante de uma realidade de crise ambiental planetária, não há hipótese de enfrentamento e solução de quaisquer das questões produzidas nesse contexto, sem a consagração de uma práxis com conteúdo geopolítico de cooperação internacional.

A leitura geopolítica clássica, que esteve assentada na fundamentação do poder e da ação dos Estados Nacionais, interligada ao espaço territorial, abre-se para a apreensão das crises e das mudanças ambientais relacionadas aos atores políticos situados em múltiplas escalas de atuação, como Estados Nacionais, Empresas Multinacionais, Organizações Internacionais (supra e não- governamentais), entre outros.

Assim, repensar as bases que solidificam a geopolítica se impõe como um esforço intelectual para traçar o conteúdo geo-histórico da crise ambiental e a partir destas constatações, encontrar possibilidades de gestão, considerando conteúdos ecológicos de negociação internacional.

As possíveis abordagens geopolíticas sobre a crise ambiental devem considerar o processo de interdependência, uma vez que os avanços nos novos enfoques de pesquisa sobre o meio ambiente, acontecem quando relacionam mais fortemente o local-global e quando reconhecem que as implicações sobre a regulação do meio ambiente são transversais na sua interdisciplinaridade, incluindo aspectos históricos, geográficos, sociológicos, éticos, econômicos, de ciência e tecnologia além de interesses de políticas públicas, ciência política e relações internacionais.

REFERÊNCIAS

ADLER, I. *Ecological Fantasies*. New York: Green Eagle (1973).

AMAZONAS, M. de C. Economia ambiental neoclássica e desenvolvimento sustentável. In: NOBRE, M.; AMAZONAS, M. de C. *Desenvolvimento sustentável: a institucionalização de um conceito*. Brasília: Edições Ibama, 2002.

_____. Desenvolvimento sustentável e a economia ecológica. In: NOBRE, M., AMAZONAS, M. de C. *Desenvolvimento sustentável: a institucionalização de um conceito*. Brasília: Edições Ibama, 2002b. Daniel Caixeta Andrade 28 Leituras de Economia Política, Campinas, (14): 1-31, ago./dez. 2008.

_____. Valor ambiental em uma perspectiva heterodoxa institucional- ecológica. In: *XXXIV Encontro Nacional de Economia*. Salvador (BA), 2006.

ARRAES, R. A.; DINIZ, M. B.; DINIZ, M. J. T. Curva ambiental de Kuznets e desenvolvimento econômico sustentável. *Revista de Economia e Sociologia Rural*, v. 44, n. 3, p. 525-547, 2006.

BARTIK, T. J. Evaluating the benefits of non-marginal reductions in pollution using information on

defensive expenditures. *Journal of Environmental Economics and Management*, v.15, p. 111-127, 1988.

BOSERUP, E. *Population and technological change: a study of long-term trends*. Chicago: University of Chicago Press, 1980.

BOULDING, K. E. The economics of the coming spaceship earth. In: JARRETT, H. (ed.) *Environmental quality in a growing economy*. Baltimore: John Hopkins University Press, 1966.

BRUNDTLAND, G. H. *Our Common Future*. Report of the World Commission on Environment and Development. New York City: United Nations, 1987.

CARSON, Rachel. *Primavera Silenciosa*. 2010.

CAMPOS, E. M. G.; ANDRADE, D. C. Vieses dos métodos de valoração econômica dos recursos naturais: aspectos metodológicos e estudo de caso da erosão do solo agrícola em Lagoa Dourada (MG). In: *XL Congresso Brasileiro de Economia e Sociologia Rural*. Passo Fundo (RS), 2002.

Club of Rome, online, 2017. Disponível em: <<https://www.clubofrome.org/about-us/history>>.

CHASE, A. *Missionaries of Environmentalism*. Orange County Register, 1989.

COASE, R.H. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, University of Chicago, v. 3, oct. 1960, p.1-44. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=00222186%28196010%293%3C1%3ATPOSC%3E2.0.CO%3B2-F>>. Acesso em: 3 jan. 2013.

COMMON, M.; STAGL, S. *Ecological economics: an introduction*. Cambridge: University Press, 2005.

COSTANZA, R. Economia ecológica: uma agenda de pesquisa. In: MAY, H. H.; MOTTA, R. S. (org). *Valorando a natureza: a análise econômica para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Campus, 1994.

COSTANZA, R.; DALY, H. E. *Toward an ecological economics*. *Ecological Modelling*, 38, p. 1-7, 1987.

COSTANZA, R.; DALY, H. E. Natural capital and sustainable development. *Conservation Biology*, v. 6, p. 37-46, 1992.

DALY, H. E. On economics as a life science. *The Journal of Political Economy*, v. 76, n. 3, p. 392-406, 1968. Economia e meio ambiente. *Leituras de Economia Política*, Campinas, (14): 1-31, ago./dez. 2008.

DALY, H. E.; COBB J. *For the common good. Redirecting the Economy Toward Community, the Environment, and a Sustainable Future*. Boston: Beacon Press, 1989.

DALY, H. E. Allocation, distribution, and scale: towards an economics that is efficient, just, and sustainable. *Ecological Economics*, v. 6, p. 185-193, 1992.

_____. *Ecological economics: The concept of scale and its relation to allocation, distribution, and uneconomic growth*. Discussion Paper: School of Public Affairs, University of Maryland, 1993.

_____. *Beyond Growth. The Economics of Sustainable Development*. Boston: Beacon Press, 1996.

_____; FARLEY, J. *Ecological economics: principles and applications*. Washington, DC: Island Press, 2004.

DORMAN, P. Evolving knowledge and the precautionary principle. *Ecological Economics*, v. 53, p. 169-176, 2005.

ECOSOSTENIBILE, online, 2017. Disponível em: <<http://www.ecosostenibile.org/parigi1968esp.html>>.

Energy Future Coalition, online, 2016. Disponível em: <<http://energyfuturecoalition.org/blog/the-strange-political-economy-of-climate-by-robert-repetto>>.

EHRlich, P. R. *The Population Bomb*. New York: Ballantine, 1968.

FABER, D. *Environment Under Fire: Imperialism and the Ecological Crisis in Central America*. New York: Monthly Review, 1993.

FOREMAN, D. *Ecodefense: A field guide to monkeywrenching*. Tucson: Ned Ludd. (1985).

FOX, W., *Toward a Transpersonal Ecology: Developing New Foundations for Environmentalism*. Boston: Shambhala, (1990).

FRIEDMAN, B. *The Moral Consequences of Economic Growth*. New York City: Alfred Knopf, 2005.

GEORGESCU-ROEGEN, N. The entropy law and the economic process in retrospect. *Eastern Economic Journal*, v. 12, n.1, 1986.

GEORGESCU-ROEGEN, N. *The entropy law and the economic process*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

GROSSMAN, G. M., KRUEGER, A. B. Economic growth and the environment. *NBER Working Paper*, n.º 4634, fev. 1994.

HAQ, Mahbud ul. *A global compact for human development*. Disponível em: <<http://www.mhhdc.org/html/ahdr.htm>>. Acesso em: 28 dec. 2012.

HARDIN, Garrett. *The Tragedy of the Commons*. American Association for the Advancement of Science. Source: Science, New Series, V. 162, N. 3859 (Dec. 13, 1968), p. 1243-1248. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1724745>>. Acesso em: 05 jan. 2013.

HARRIS, J. M.; GOODWIN, N. R. Reconciling growth and the environment. Global Development and Environment Institute. *Working Paper* n° 03-03, 2003.

JAIN, J. *Environmental Stewardship and Sustainable Development*. New Delphi: Friedrich Ebert Stiftung, 1996.

KUZNETS, S. Economic growth and income inequality. *The American Economic Review*, v 4, n. 1, p. 1-28, 1955.

LEVIN, S. A. Ecosystems and the biosphere as complex adaptive systems. *Ecosystems*, v. 1, 431-436, 1998.

LOTKA, A. J. *Elements of mathematical biology*. New York: Dover Publications, 1956. MAIA, A. G.; ROMEIRO, A. R.; REYDON, B. P. Valoração de recursos ambientais – metodologias e recomendações. *Texto para Discussão, Instituto de Economia/UNICAMP*, n° 116, mar. 2004.

MCNEILL, J. R. *Something new under the sun: an environmental history of the twentieth-century world*. New York: Norton, 2000. Daniel Caixeta Andrade. *Leituras de Economia Política*, Campinas, (14): 1-31, ago./dez. 2008.

MEADOWS, D. H.; MEADOWS, D. L.; RANDERS, J.; BEHRENS III, W. *Limits to growth*. Nova York: Universe Books, 1972.

MILLENNIUM ECOSYSTEM ASSESSMENT (MA). *Ecosystem and human wellbeing: a framework for assessment*. Washington, DC: Island Press, 2003.

MORRISON, R. *Ecological Democracy*. Boston: South End, 1995.

MOTTA, R. S. da. *Manual para valoração econômica de recursos ambientais*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, 1998.

MUELLER, C. C. *Os economistas e as relações entre o sistema econômico e o meio ambiente*. Brasília: UnB, 2007.

NOBRE, M.; AMAZONAS, M. de C. *Desenvolvimento Sustentável: a institucionalização de um conceito*. Brasília. Ibama, 2002.

ODUM, Howard T. *Environment, Power, and Society*. Environmental Science and Technology Series. John Wiley & Sons Inc; 1st edition, june, 1971.

PANAYOTOU, T. Economic Growth and the Environment. *CID Working Paper*, n° 56 e *Environment and Development Paper*, n° 4, 2000.

PEARCE, D. W., TURNER, R. K. *Economics of natural resources and the environment*. Londres: Harvester Wheatsheaf, 1990.

PIGOU, A.C. Economic Progress in a Stable Environment. *Economica New Series*, V. 14, N. 55, aug. 1947, p. 180-188. Published by: Wiley Article Stable. Disponível em: <URL: <http://www.jstor.org/stable/2549787>>. Acesso em: 3 jan. 2013.

PUREZA, J. M. *O patrimônio comum da humanidade: Rumo a um direito internacional da solidariedade?* Cidade do Porto: Afrontamento, 1998.

RICOTTI, Paolo. Rivista di cultura socio-economica dell'Associazione Artigiani e Piccole Imprese. *Veneto Economia & Società*, N. 29 - 2º quadrimestre 2010. Disponível em: <<http://www.fondazioneimpresa.it/wp-content/uploads/2010/11/Veneto-Economia-Societ%C3%A0-N%C2%B0-29.pdf#page=173>>. Acesso em: 3 jan. 2013.

ROMEIRO, A. R. Sustainable development and institutional change: the role of altruistic behavior. *Texto para Discussão, Instituto de Economia/UNICAMP*, nº 97, jun. 2000.

ROPKE, I. *The early history of modern ecological economics*. *Ecological Economics*, v. 50, p. 293-314, 2004.

SEIDL, I., TISDELL, C. A. Carrying capacity reconsidered: from Malthus' population theory to cultural carrying capacity. *Ecological Economics*, v. 31, 395-408, 1999.

SMITH, V. K. Household production functions and environmental benefit estimation. In: BRADEN, J.; KOLSTAD, C. (eds). *Measuring the demand for environmental quality*. Amsterdam: North Holland, 1991.

SOLOW, Robert M. A contribution to the theory of economic growth. *The quarterly journal of economics*, v. 70, n. 1, p. 65-94. 1956.

SOLOW, R. M. The Economics of Resources or the Resources of Economics. *The American Economic Review*, v. 64, n. 2, p. 1-14, 1974.

SPENCE, Michael. *The next convergence*. The Future of Economic Growth in a Multispeed World, Michael Spence, 2011.

STERN, D. I. Limits to substitution and irreversibility in production and consumption: a neo-classical interpretation of ecological economics. *Ecological Economics*, v. 21, p. 197-215, 1997.

_____. Progress on the environmental Kuznets curve? *Environment and Development Economics*, v. 3, 173-96, 1998.

THE CLUB OF ROME. Disponível em: <www.clubofrome.org>. Acesso em: 28 dec. 2012.

VAN DEN BERGH, J. C. J. M. *Ecological economics: themes, approaches, and differences with environmental economics*. Tinbergen Institute Discussion Paper, Department of Spatial Economics, Free University: Amsterdam, 2000. *Economia e meio ambiente. Leituras de Economia Política*, Campinas, (14): 1-31, ago./dez. 2008. p. 3.

VATN, A.; BROMLEY, D. W. Choices without prices without apologies. In: BROMLEY, D. W. (ed.). *Handbook of environmental economics*. Cambridge: Blackwell Publisher, 1995.

VENKATACHALAM, L. Environmental economics and ecological economics: where they can converge? *Ecological Economics*, v. 61, p. 550-558, 2007.

YORK, R.; ROSA, E. A.; DIETZ, T. Footprints on the Earth: The environmental consequences of modernity. *American Sociological Review*, v. 68, n. 2, p. 279-300, 2003.

YOUNG, J. *Post-Environmentalism*, London: Belhaven, 1990.

YOUNG, J. T. Is the entropy law relevant to the economics of natural resources scarcity? *Journal of Environmental Economics and Management*, v.21, n. 2, p. 169-179, 1991. Disponível em: <www.theoil drum.com>. Acesso em: 06 jan. 2013.

Disponível em: <http://books.google.pt/books?id=1E_wCY6RoxoC&printsec=frontcover&dq=inauthor:%22Howard+Thomas+Odum%22&hl=en&sa=X&ei=FxnoUNSFYrLhAeEio-D4BQ&ved=0CDAQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 05 jan.2013.

Disponível em: <<http://epi.yale.edu>>. Acesso em: 06 jan. 2013.

Disponível em: <<http://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2013.

EPA - United States Environmental Protection Agency. Disponível em: <<http://www.epa.gov>> Acesso em: 05 jan.2013.

UN, Online, 2017. Disponível em: <<https://sustainabledevelopment.un.org/milestones/humanenvironment>>.

United Nations Sustainable Development, Online, 2016. Disponível em: <<https://sustainabledevelopment.un.org/milestones/humanenvironment>>.

UNEP. Disponível em: <<http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=606&ArticleID=6429&l=en>>. Acesso em: 3 jan. 2013.

WALKER, R. B. J. *Inside/Outside: International Relations as Political Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

WORSTER, D. *Nature's Economy: A History of Ecological Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.





A IMPRODUTIVIDADE E O CONTRADITÓRIO NA DESAPROPRIAÇÃO PARA REFORMA AGRÁRIA

UNPRODUCTIVENESS AND CONTRADICTORY IN EXPROPRIATION FOR LAND REFORM

Patrícia Rossato Nunes¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. A desapropriação para reforma agrária fundada na improdutividade – etapas e procedimentos; 2. Breve histórico - previsão constitucional da desapropriação para fins de reforma – direitos e deveres fundamentais; 3. A inexistência de contraditório na fase de vistoria preliminar; 3.1. Improdutividade como ato atentatório ao bem-estar coletivo; 3.2. Tratamento procedimental; 4. Conclusão; Referências.

1 - Graduação - Ciências Jurídicas e Sociais - UNISINOS. Pós-Graduação - Processo - Civil - UNISINOS. Pós-Graduação em Advocacia de Estado e Direito Público, Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Procuradora federal desde 2007 - Procuradora Seccional em Uruguaiana, Procuradora Regional do Inkra/RS, atualmente integrante da equipe de trabalho remoto das ações regressivas acidentárias na PGF.

RESUMO: O presente trabalho procura identificar o conteúdo das fases do processo administrativo, instaurado para desapropriação de terras improdutivas, com o escopo de atender a política pública constitucional da reforma agrária. A partir da correta identificação, pretende-se analisar o nascedouro do contraditório e sua repercussão procedimental e processual. A análise e delimitação, ao lado do próprio conteúdo atual do direito à propriedade que envolve deveres constitucionais, servirá como ponto de crítica à vigente orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que afirma macular o processo de nulidade absoluta o descumprimento de formalidades na fase preliminar de vistoria. A partir da legislação de regência será analisada, especialmente, a fase identificada como de vistoria prévia, traçando o seu conteúdo e repercussões na esfera do desapropriado. Com o cotejo dos elementos históricos e legais, será lançada a discordância à orientação do STF, uma vez que a violação a deveres constitucionais ligados à propriedade, notadamente a improdutividade, gera um estado permanente caracterizado como atentado a direito fundamental.

PALAVRAS-CHAVE: Desapropriação. Reforma Agrária. Propriedade Improdutiva. Vistoria Prévia. Contraditório. Notificação. Processo Administrativo.

ABSTRACT: The present work seeks to identify the content of the administrative process stages established for the expropriation of unproductive lands with the scope of meeting the constitutional public policy of agrarian reform. From the correct identification, it is intended to analyze the origin of the contradictory and its procedural and procedural repercussions. The analysis and delimitation, along with the actual content of the right to property that involves constitutional duties, will serve as a point of criticism to the current jurisprudential guidance of the Federal Supreme Court, which affirms that the absolute nullity process is malfunctioning, or noncompliance with formalities in the preliminary phase of survey. From the regency legislation, we will analyze, in particular, the phase identified as a preliminary survey, tracing its content and repercussions in the sphere of the inappropriate. By comparing historical and legal elements, we will disagree with the orientation of the STF, since the violation of constitutional duties related to property, especially unproductivity, generates a permanent state characterized as an attack on fundamental right.

KEYWORDS: Expropriation. Land Reform. Unproductive Property. Preliminary Inspection. Contradictory. Notification. Administrative Process.

INTRODUÇÃO

O direito à propriedade mostra-se fonte de intensas discussões, notadamente, quando se fala na sua perda compulsória, ou seja, na desapropriação.

O estudo se propõe a identificar as principais decisões da Corte Suprema do país no que se refere à desapropriação para reforma agrária calcada na improdutividade e a garantia do contraditório nos respectivos processos, verificando sua conformidade com a evolução do direito à propriedade nos moldes da Constituição Federal de 1988. Para tanto, pretende-se examinar, especificamente, a fase inicial do processo de desapropriação fulcrada na improdutividade (fase preliminar de vistoria), cotejando as formalidades exigidas com as garantidas processuais do proprietário, constatando o momento e as consequências inerentes à vistoria à luz da legislação e das interpretações jurisprudenciais.

A compreensão do tema exige uma breve análise do direito à propriedade e sua evolução histórica, evidenciando-se a transição de um direito absoluto, calcado nos ideais liberais, até alcançar seu atual conceito de direito fundamental, permeado pelas premissas do Estado Social.

Conforme será visto, a natural evolução traduziu uma proteção constitucional não mais absoluta ao direito à propriedade, tanto que o próprio ordenamento brasileiro prevê a possibilidade de desapropriação no caso de terras improdutivas, sendo este um importante instrumento de justiça social.

Evidentemente, considerando-se a relevância do direito em questão, a desapropriação pressupõe a observância de um devido processo, o qual dá legitimidade ao ato estatal. Nesse ponto, buscar-se-á identificar as fases do procedimento adotado na desapropriação para reforma agrária de terras improdutivas, buscando delimitar a essência do direito à defesa e contraditório, definindo-se a natureza da fase denominada vistoria prévia. Após, será verificada a adequação das consequências processuais estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal em face do ordenamento legal e das posições doutrinárias.

Ao final, buscar-se-á demonstrar que a fase preliminar não é essencial para garantir o contraditório e a ampla defesa, de modo que eventuais desconformidades procedimentais se convalidam com as fases subsequentes, ainda mais se considerada a função social desempenhada pelo poder público por meio do instituto da desapropriação.

1. A DESAPROPRIAÇÃO PARA REFORMA AGRÁRIA FUNDADA NA IMPRODUTIVIDADE – ETAPAS E PROCEDIMENTOS

O artigo 184 da Constituição Federal define desapropriação como o processo estatal iniciado pela União e destinado a substituir, compulsoriamente, o direito de propriedade de imóveis rurais improdutivos de grande extensão, por uma indenização prévia, justa e em títulos da dívida agrária.

A base dessa espécie de desapropriação é a inobservância da função social rural, sendo competente para sua decretação a União (ou seus delegados).

Assumem relevância as previsões da Lei 8.629/93 e IN 83/2015 do Instituto Nacional

de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, Autarquia Federal responsável por levar a efeito a citada desapropriação por descumprimento da função social.

Em linhas gerais, temos que o procedimento administrativo que busca a identificação de terras improdutivas suscetíveis à desapropriação para reforma agrária segue os seguintes passos:

a - Etapa de verificação – a lei 8.629 e a IN 83/2015 viabilizam o ingresso no imóvel particular para o levantamento de dados e informações visando à elaboração do Laudo Agrônômico de Fiscalização – LAF. Prevê-se a comunicação prévia do proprietário para acompanhamento do ato. Estipula-se, como prazo mínimo entre o ato e a comunicação, três dias;

b - Laudo Agrônômico de Vistoria (LAV) e Estudo de Capacidade de Geração de Renda – ECGR – são as peças técnicas elaboradas a partir da vistoria do imóvel em cotejo com as demais informações documentais preexistentes. Deverá ser conclusivo acerca do cumprimento da função social da propriedade sob os aspectos econômico, ambiental, trabalhista e bem-estar, na forma do art. 9º da Lei nº 8.629/93, e conter manifestação quanto à viabilidade técnica, ambiental, econômica e ao potencial de uso dos recursos naturais do imóvel rural para o assentamento de trabalhadores rurais (art. 10, IN 83/2015). É no LAV, que se dá a determinação do valor de mercado do imóvel rural;

c - Consolidação do Laudo Agrônômico de Vistoria – A conclusão do LAV será comunicada ao proprietário. Na ocasião, informa-se o resultado da classificação fundiária e da avaliação do imóvel, enviando-se cópia do LAF e LVA, bem como há designação de data para audiência de acordo extrajudicial. Em sendo frustrada a tentativa de acordo, passa a fluir o prazo para impugnação administrativa (art. 16, IN 83/2015). Assim, poderá o proprietário impugnar o LAV no prazo de 15 dias, dirigindo-se ao Superintendente da Autarquia. A decisão do superintendente deve ser proferida em 30 dias, notificando-se o impugnante do resultado. Faculta-se, na permanência de irrisignação, a interposição de recurso administrativo, sem efeito suspensivo, no prazo de 10 dias. É competente para o julgamento do recurso o órgão colegiado da autarquia (Comitê de Decisão Regional);

d - Decreto do Executivo – Após o término dos julgamentos, todas as peças são encaminhadas para o Ministério do Desenvolvimento Agrário, culminando o procedimento com a edição de Decreto Presidencial que declara o imóvel de interesse social. Seguem-se as emissões das TDAs e descentralização de recursos financeiros para indenização do imóvel. Adotadas as providências orçamentárias, os autos são restituídos à superintendência de origem para o ajuizamento da ação de desapropriação ou realização de acordo extrajudicial.

Considerando o tema proposto, identificação do contraditório no procedimento de identificação de terras a serem destinadas à Reforma Agrária, notadamente na questão que envolve a etapa de vistoria preliminar, tem-se que as principais fontes normativas estão no art. 2º, § 2º, da Lei n.º 8.629/93 e na IN 83/2015 do Incra, o art. 8º, incisos e parágrafos². Os dispositivos

² - Art. 2º, [...] § 2º Para os fins deste artigo, fica a União, através do órgão federal competente, autorizada a ingressar no imóvel de propriedade particular para levantamento de dados e informações, mediante prévia comunicação escrita ao proprietário, preposto ou seu representante." (Lei n.º 8629/93)

"Art. 8º - O ingresso no imóvel rural de propriedade particular para o levantamento de dados e informações visando à elaboração do Laudo Agrônômico de Fiscalização - LAF far-se-á mediante prévia comunicação ao proprietário, preposto ou seu representante legal, de acordo com o previsto nos §§ 2º e 3º do art. 2º da Lei n.º 8.629, de 25 de fevereiro de 1993:

preveem que a vistoria para levantamento de dados do imóvel poderá ocorrer após prévia comunicação ao proprietário ou representante.

Para o Supremo Tribunal Federal, a notificação prévia representa garantia do devido processo legal, uma vez que permite ao proprietário o acompanhamento dos trabalhos de vistoria que busca lastrear o laudo agrônômico e que atestará o cumprimento ou não da função social. Trata-se de elemento essencial do devido processo da lei e essencial à legitimação do ato expropriatório. Ou seja, para a Corte Suprema, essa notificação ganha o status de garantia do contraditório que assegura o exercício da ampla defesa. De modo que, sua violação implicaria a nulidade absoluta do procedimento que assim tenha se estabelecido a partir daquele ato.³

I - pessoalmente, provada pela assinatura do proprietário, preposto ou representante legal, devidamente identificado, com a data do recebimento da comunicação; ou

II - por via postal, com aviso de recebimento em mãos próprias - AR-MP; ou

III - por via extrajudicial, por meio do Tabelionato de Notas.

§ 1º - Será admitida a comunicação por meio de edital, a ser publicada por 3 (três) vezes consecutivas em jornal de grande circulação na capital do Estado de localização do imóvel rural, quando não tiverem êxito os meios de comunicação previstos nos incisos I, II ou III, devidamente comprovado.

§ 2º - A comunicação prévia de que trata este artigo deverá ser feita com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, da qual deverá constar o período estimado para ingresso no imóvel rural, que não poderá extrapolar 30 (trinta) dias a partir do seu recebimento.

§ 3º - Passados mais de 30 (trinta) dias da notificação, o imóvel poderá ser vistoriado se houver assentimento do proprietário ou mediante nova comunicação.

§ 4º - Havendo mais de um proprietário, o prazo previsto no parágrafo anterior será contado a partir da entrega da última comunicação.

§ 5º - Quando se tratar de imóvel rural indicado com base no art. 2º do Decreto nº 2.250, de 1997, a realização da vistoria será comunicada às entidades representativas dos trabalhadores rurais e das classes produtoras, a fim de que possam indicar representante técnico para acompanhar o levantamento de dados e informações.

§ 6º - O ofício de comunicação prévia a ser assinado pelo superintendente regional será elaborado pela SR(00)T observando-se o seguinte:

I - os dados serão obtidos a partir da análise da certidão dominial atualizada do imóvel rural;

II - se houver complexidade na identificação do(s) proprietário(s) requerer-se-á a manifestação da SR(00)PFE/R.

§ 7º - Na hipótese de espólio a comunicação deve ser dirigida ao inventariante juntando-se ao processo a certidão do inventário, a identificação do inventariante e a cópia do termo de sua nomeação.

§ 8º - Caso o inventariante do espólio não tenha sido nomeado, a comunicação deverá ser dirigida ao cônjuge sobrevivente ou a qualquer herdeiro ou legatário que esteja na posse do imóvel, com a subsequente notificação por edital dos demais herdeiros." (IN 83/2015 do Incra)

3 - MANDADO DE SEGURANÇA – IMÓVEL RURAL – REFORMA AGRÁRIA – DECISÃO QUE ANULOU A DECLARAÇÃO EXPROPRIATÓRIA – SUPOSTA INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO RECORRIDO – PRETENDIDO RESTABELECIMENTO DA DESAPROPRIAÇÃO-SANÇÃO – FALTA DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL E PRÉVIA DO PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL RURAL QUANTO À REALIZAÇÃO DA VISTORIA (LEI Nº 8.629/93, ART. 2º, § 2º) – OFENSA AO POSTULADO DO “DUE PROCESS OF LAW” (CF, ART. 5º, LIV) – ALEGAÇÃO DE QUE A VISTORIA FOI FEITA NA PRESENÇA DE PREPOSTO INDICADO PELO PROPRIETÁRIO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO, PELO EXPROPRIANTE, DE QUE REFERIDO PREPOSTO DISPUNHA DE PODERES PARA REPRESENTAR O PROPRIETÁRIO – TRANSGRESSÃO AO DIREITO DE DEFESA E AO POSTULADO DO CONTRADITÓRIO – O SIGNIFICADO DA VISTORIA PRÉVIA – REFORMA AGRÁRIA E ABUSO DE PODER – INADMISSIBILIDADE – NULIDADE RADICAL DA DECLARAÇÃO EXPROPRIATÓRIA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

(MS 25146 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-125 DIVULG 28-06-2013 PUBLIC 01-07-2013)

DESAPROPRIAÇÃO – PROPRIEDADE – FICÇÃO JURÍDICA – ABERTURA DE SUCESSÃO. Consoante dispõe o artigo 46, § 6º, da Lei nº 4.504/64, por força da herança, o imóvel é considerado como se dividido já estivesse. DESAPROPRIAÇÃO – VISTORIA. Descabe implementar a vistoria quando o imóvel tem sido alvo de invasão. DESAPROPRIAÇÃO – VISTORIA – NOTIFICAÇÃO. Sendo o objetivo da notificação ensejar ao proprietário o acompanhamento da vistoria, designando, inclusive, técnico, a designação de data mostra-se indispensável à valia da medida.

(MS 25493, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 14/12/2011, DJE-080 DIVULG 24-04-2012 PUBLIC 25-04-2012 EMENT VOL-02653-01 PP-00001)

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. DESAPROPRIAÇÃO. REFORMA AGRÁRIA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. NOTIFICAÇÃO POR EDITAL. POSSIBILIDADE. INDIVIDUALIZAÇÃO DAS GLEBAS. PRODUTIVIDADE DO IMÓVEL. SEGURANÇA DENEGADA. É parte legítima para impetrar mandado de segurança contra decreto que declara de interesse social para fins de reforma agrária o atual proprietário do imóvel, ainda que outros fossem os proprietários no momento em que foi realizada a vistoria pelo INCRA. Inexistência de nulidade da notificação das então proprietárias do imóvel. Notificação feita por edital e acompanhamento pessoal, por uma das condôminas, do trabalho efetuado pelo INCRA. A ausência de registro individualizado no Cartório de Registro de Imóveis das glebas que cabem a cada uma das condôminas faz com que seja legítima a consideração do imóvel como um todo indiviso. Impossibilidade de verificação da produtividade do imóvel, por demandar dilação probatória, incabível no mandado de segurança. Ordem denegada.

Para a verificação da correção das conclusões quanto aos atributos da fase de vistoria prévia pelo STF, faz-se necessária a análise da evolução histórica do direito à propriedade e a tutela desse direito pela Constituição Federal de 1988.

2. BREVE HISTÓRICO - PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA – DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS

No Estado Liberal surgiram os direitos de primeira geração, entre os quais se incluía o direito à propriedade. Eram as liberdades clássicas. Tais direitos subjetivos e substantivos traziam como garantia a impossibilidade de intervenção estatal. Ocorre que as distorções decorrentes da abstenção estatal e da ineficiência da igualdade formal criaram o cenário de opressão e miséria da classe trabalhadora. Tais fatos foram agravados pela a revolução industrial. Houve, então, a Revolução Russa (1917) com o escopo de organizar a classe trabalhadora para resistir à exploração desmedida. Nasce, portanto, o Estado Social.

O Estado Social caracterizou-se pela possibilidade de intervenção do Estado na Ordem Econômica, pelo princípio da igualdade material e pela efetiva realização da justiça social. A igualdade aparece, aqui, ligada umbilicalmente ao direito de liberdade real:

Dentro da perspectiva da igualdade material, uma vez que já se reconhecia as desigualdades fáticas, tornou-se imprescindível que o Estado passasse a agir ativamente pela promoção de direitos para a classe social desfavorecida econômica, social e culturalmente, sob pena de que tais pessoas quedassem-se inevitavelmente afastadas da possibilidade das condições mínimas de sobrevivência que deve ser aliada a um conceito de dignidade, por mais subjetivo que este possa ser.

Para se falar, então, em um direito de igualdade é necessário, antes de mais nada, que se prime pela liberdade real, esta concebida como a condição humana de ter presentes todas as condições materiais aptas à garantia da existência humana. Ou seja, só é realmente livre quem já possui condições mínimas atendidas, citando-se, a título de exemplo, a questão da alimentação, trabalho, educação, lazer, entre outras. Bem, após o ser humano ser livre pode-se cogitar a proteção da sua igualdade material ou substancial.

(MS 25325, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2008, DJe-241, DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-01 PP-00275)

EMENTA: DESAPROPRIAÇÃO. Interesse social. Reforma Agrária. Imóvel rural. Levantamento de dados e informações. Vistoria. Prévia comunicação escrita ao proprietário, preposto ou representante. Elemento essencial do devido processo da lei (due process of law). Inobservância. Proprietária pessoalmente cientificada por ofício e aviso de recebimento sem menção da data em que foram recebidos. Notificação irregular e ineficaz. Nulidade do decreto reconhecida. Ofensa a direito líquido e certo. Segurança concedida. Aplicação do art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.629/93, cc. art. 5º, LIV, da CF. Precedentes. Voto vencido. Para efeito do disposto no art. 2º, § 2º, da Lei federal nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, com a redação da MP nº 1.577, de 11 de junho de 1997, reputa-se irregular e ineficaz a notificação recebida pelo proprietário, mas da qual não conste a data de recebimento. (MS 24130, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/2008, DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008 EMENT VOL-02324-02 PP-00338 RTJ VOL-00206-01 PP-00313)

DESAPROPRIAÇÃO - REFORMA AGRÁRIA - LEVANTAMENTO DE DADOS E INFORMAÇÕES - NOTIFICAÇÃO - INGRESSO NO IMÓVEL - CONDOMÍNIO - USUFRUTUÁRIO. CONSTATADO QUE O IMÓVEL ENCONTRA-SE EM CONDOMÍNIO - SENDO OBJETO DE USUFRUTO, A NOTIFICAÇÃO PREVISTA NO PAR. 2. DO ARTIGO 2. DA LEI N. 8.629, DE 25 DE FEVEREIRO DE 1993, HÁ DE FAZER-SE, NA VIA DIRETA, AOS TITULARES DO DOMÍNIO E AO USUFRUTUÁRIO, CONSIDERADOS INDIVIDUALMENTE, OU, NA INDIRETA, AQUELES QUE OS REPRESENTEM LEGALMENTE. (MS 22165, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/1995, DJ 07-12-1995 PP-42607 EMENT VOL-01812-01 PP-00122)

EMENTA: DESAPROPRIAÇÃO DE IMÓVEL RURAL, POR INTERESSE SOCIAL, PARA FIM DE REFORMA AGRÁRIA. Bem vistoriado pelos agentes do INCRA sem prévia notificação ao proprietário, formalidade que a jurisprudência do STF tem por essencial à legitimação do ato expropriatório. Ressalva de ponto de vista em contrário do Relator. Mandado de segurança deferido. (MS 22638, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 05/06/1997, DJ 04-05-2001 PP-00005 EMENT VOL-02029-02 PP-00326)

A igualdade material, enquanto direito de segunda dimensão, encontra no Estado sua maior promotora. Para tanto, o Estado passa a desempenhar uma atuação positiva, como garantidor e mesmo prestador de serviços públicos, o que lhe exige, de forma direta, um incremento financeiro.⁴

Pode-se afirmar que é no Estado Social que surgem as obrigações positivas estatais. Cria-se a necessidade de o Estado implantar políticas públicas destinadas a garantir os direitos de segunda geração como educação, saúde e moradia, uma vez que, para o atingimento do conceito de cidadão, o indivíduo precisaria de um mínimo de direitos garantidos e realizados. A primeira previsão constitucional dos direitos sociais surge no México em 1917, seguida pela Constituição de Weimer em 1919. Registre-se que ambas condicionaram o direito à propriedade à observância ao cumprimento da função social⁵.

Ocorre que o Estado social não conseguiu atingir sua plenitude, visto que não foi capaz de alcançar a justiça social almejada ou a efetiva participação popular no processo democrático. Note-se que o fascismo e nazismo desenvolveram-se sob sua égide.

É neste contexto que se desenvolve o Estado Democrático de Direito e os direitos de terceira geração - direitos transindividuais. Cita-se o respeito ao meio ambiente, à paz, à autodeterminação dos povos e à moralidade administrativa. Democrático, em face da necessidade de que o poder emane do povo. Legal, ante a imperiosa observância às disposições previamente estabelecidas em lei. A democracia figura como elemento indissociável para a correta fruição dos direitos fundamentais.

Tendo em mente os conceitos evolutivos acima, no ordenamento nacional, a primeira Constituição Brasileira a contemplar o poder do Estado de desapropriar a propriedade de particular é a de 1824⁶.

Passando à atualidade, tem-se que a Constituição Federal de 1988, que em seu Capítulo III dispõe sobre a Política Agrícola e Fundiária da Reforma Agrária, prevê a propriedade como direito fundamental, entretanto elenca os deveres fundamentais necessariamente a serem observados para ensejar a respectiva proteção. O descumprimento deles acarreta, entre outras medidas, a desapropriação.

Importante ressaltar que a Constituição de 1988, ao definir a adoção do modelo de Estado Democrático de Direito, não se limitou à garantia da participação popular no processo democrático. Há inegável traço de Estado Social, na medida em que insculpido em seu texto o compromisso de assegurar e preservar todos os direitos essenciais do homem, seja por meio de políticas públicas, seja por conferir ao cidadão o poder de exigir do poder público sua efetivação.

Verifica-se, portanto, que o Brasil se apresenta como Estado Social e Democrático de Direito. E é o viés de Estado Social que mais afeta o direito à propriedade, por toda evidência. A

4 - ALVES, Cândice Lisbôa Alves; ASSIS, Christiane Costa. Direitos Fundamentais e Mínimo Existencial: Uma Crítica à Vinculação Econômica do Direito. *Revista Eletrônica de Direito Centro Universitário Newton Paiva*, 07, jun. 2013, disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/direito>.

5 - "O Estado torna-se um Estado Social, positivamente atuante para ensejar o desenvolvimento (não o mero crescimento, mas a elevação do nível cultural e a mudança social) e a realização da justiça social (é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico)." SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. 7ª tiragem., Malheiros: São Paulo: Malheiros, 2006. p. 55.

6 - Art. 179, inciso XXII- É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público, legalmente verificado, exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos em que terá lugar esta única exceção e dará as regras para se determinar a indenização."

política de reforma agrária e a desapropriação como seu instrumento buscam garantir o direito essencial à propriedade, ou seja, aquele direito à propriedade umbilicalmente ligado aos direitos sociais (conforme se verá, nem toda a propriedade pode ser considerada direito fundamental).

Em síntese, percebe-se que os fundamentos iluministas que permearam os ideais de individualismo, que se traduziam em um direito absoluto de propriedade, não obtiveram êxito. A evolução conduziu à necessidade de um comportamento ativo, de ações por parte dos titulares do referido direito para que seu exercício pudesse ser reconhecido. Observe-se a lição de Fábio Konder Comparato⁷:

Seja como for, é dentro dessa perspectiva institucional que se pôs, já no bojo do constitucionalismo liberal, a questão do direito de todo indivíduo à propriedade, ou seja, o direito à aquisição dos bens indispensáveis a sua subsistência, de acordo com os padrões de cada momento histórico. A lógica do raciocínio tornou incoercível o momento político reivindicatório. Se a propriedade privada era reconhecida como garantia última da liberdade individual, tornava-se inevitável sustentar que a ordem jurídica deveria proteger não apenas os atuais, mas também os futuros e potenciais proprietários. O acesso à propriedade adquiria, pois, insofismavelmente, o caráter de direito fundamental da pessoa humana.

O que se verifica, pela evolução história, é o caminhar da propriedade plena, pura e potestativa para uma propriedade condicionada ao bem-estar social, coletivo. Ou seja, passou-se a trabalhar sob o norte da impossibilidade de exercício irrestrito do direito à propriedade, viabilizando ao Poder Público diversas formas de garantir a observância ao novo paradigma.

O principal efeito de ser considerado um direito fundamental é a espécie de proteção do ser humano.

Uma das constatações que se faz, em virtude do aspecto constitucional e sua evolução, é a impossibilidade de se considerar toda e qualquer forma de propriedade como ensejadora da proteção máxima deferida aos direitos fundamentais. Ou seja, nem toda a propriedade pode ser considerada direito fundamental.

Voltando à previsão na Constituição Brasileira de 1988, tem-se que são exemplos de propriedade com espectro de direito fundamental a pequena e média propriedade rural (desde que trabalhada pela família do proprietário), e a propriedade decorrente do usucapião extraordinário. Percebe-se nitidamente a ligação da propriedade à noção de dignidade humana, contrapondo-se ao poder meramente econômico.

Por sua vez, a propriedade embasada no poder meramente econômico afasta-se da noção da proteção especial de direito fundamental, gerando, inclusive, deveres necessários justamente para assegurar a concretude daquela propriedade classificada como inerente ao ser humano (lado passivo de direitos humanos alheios⁸). Em suma, a propriedade como poder de submissão não se traduz em direito fundamental, ao contrário, atrai para o instituto uma gama de deveres que buscam a plenitude daquela que é tutelada constitucionalmente como direito humano. Jaques Alfonsin⁹ bem demonstra os aspectos ora abordados:

7 - COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*. A questão Agrária e a Justiça. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000. p. 137.

8 - *Ibidem* p. 137.

Aqui reside, quem sabe, um dos posicionamentos mais originais do precedente jurisprudencial em análise. O acesso de tais sujeitos à terra, como meio indispensável de vida, mesmo sob a forma como foi buscado, encontrou justificativa jurídica na própria forma segundo a qual a produtividade da área em disputa vinha sendo desenvolvida.

Pelo menos sob as atuais regras de mercado, não há exagero em se afirmar que a produção, por si só, na medida em que aumenta o potencial de concentração do direito de propriedade - evidência mensurável estatisticamente no nosso país - aumenta igualmente o potencial de exclusão anti-social, limitado que é o espaço físico terra, indispensável à coletividade dos não proprietários.

Assim, verifica-se que a todo direito fundamental correspondem deveres fundamentais. Sob tal prisma, podemos afirmar que o conteúdo do dever fundamental ligado à função social da propriedade é a adequada utilização dos bens em proveito da coletividade. A CF de 1988 é explícita a esse respeito, veja-se, por exemplo, o art. 182, § 2º.

Neste prisma, a desapropriação sanção assume central relevância no ordenamento jurídico, uma vez que, em última análise, é um instrumento garantidor da função social, de coerção à observância do dever fundamental necessário para garantir o direito fundamental da coletividade, promovendo nitidamente a justiça social.

Como salientado inicialmente, o objeto deste estudo restringe-se à desapropriação para reforma agrária decorrente da inobservância da função social em razão da improdutividade, especificamente à garantia do contraditório no respectivo procedimento estatal. Conforme a evolução histórica já aponta, trata-se essa espécie de desapropriação de concretização do direito fundamental da propriedade. Assim, percebe-se que a improdutividade de grande propriedade rural, sob a égide constitucional, assume o caráter de atentado permanente contra o direito fundamental tutelado. Sob esse prisma, passa-se à análise do procedimento da desapropriação buscando identificar a fase em que nasce o contraditório.

3. A INEXISTÊNCIA DE CONTRADITÓRIO NA FASE DE VISTORIA PRELIMINAR

3.1 Improdutividade como ato atentatório ao bem-estar coletivo

Conforme inicialmente referido, as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema estabelecem que a fase preliminar denominada vistoria prévia é a responsável pela instauração do contraditório no procedimento estatal que visa desapropriar gleba rural para fins de reforma agrária. Buscar-se-á identificar nos elementos doutrinários e jurisprudenciais a delimitação do bem protegido pela norma e o aspecto procedimental legal. Passa-se primeiramente à classificação da improdutividade.

Com efeito, a função social da propriedade, além de impor limites negativos ao direito, estabelece um poder-dever ao proprietário, fixando condutas a serem observadas, as quais, em última análise buscam a satisfação do interesse coletivo:

O proprietário da terra, cujo uso não cumpre a função social não está protegido pelo

9 - ALFONSIN, Jacques Távora. A Terra como Objeto de Colisão entre o Direito Patrimonial e os Direitos Humanos Fundamentais. Estudo Crítico de Um Acórdão Paradigmático. *Revista da AJURIS*, n. 75, set. 1999. p. 687.

Direito, não pode utilizar-se dos institutos jurídicos de proteção, com as ações judiciais possessórias e reivindicatórias para reaver a terra de quem as use, mais ainda se quem as usa está fazendo cumprir a função social, isto é, está agindo conforme a lei.¹⁰

A concepção de função social tem como base, a premissa de que, para viver em sociedade o homem deve empregar esforços no sentido de contribuir ao bem-estar da coletividade em detrimento dos interesses puramente individuais.

Neste contexto, erige-se a teoria da função social, segundo a qual “todo indivíduo tem o dever social de desempenhar determinada atividade, de desenvolver da melhor forma possível sua individualidade física, moral e intelectual, para com isso cumprir sua função social da melhor maneira”¹¹.

A evolução histórica, retratada inicialmente, tratou de verificar que, para a garantia da paz e do bem-estar coletivo, fazia-se necessária a observância a regras de fruição de direitos que vão além do individualismo. Para viver em sociedade, não basta o exercício de um direito, mas sim, o exercício de um direito direcionado a uma finalidade que ultrapassa o indivíduo. Vários dispositivos legais foram permeados por essa ideologia. Como exemplo temos o Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/2001¹²; Estatuto da Terra, Lei 4.504/64¹³; a Constituição Federal de 1988, art. 186¹⁴; Lei 8.629/93¹⁵.

10 - MARÉS, Carlos Frederico. *A Função Social da Terra*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003. p. 117.

11 - FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. *A propriedade no Direito Ambiental*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 83.

12 - Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm.

13 - Art. 2º É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei.
§ 1º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:

- a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;
- b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;
- c) assegura a conservação dos recursos naturais;
- d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem.

§ 2º É dever do Poder Público:

- a) promover e criar as condições de acesso do trabalhador rural à propriedade da terra economicamente útil, de preferência nas regiões onde habita, ou, quando as circunstâncias regionais, o aconselhem em zonas previamente ajustadas na forma do disposto na regulamentação desta Lei;
- b) zelar para que a propriedade da terra desempenhe sua função social, estimulando planos para a sua racional utilização, promovendo a justa remuneração e o acesso do trabalhador aos benefícios do aumento da produtividade e ao bem-estar coletivo.

§ 3º A todo agricultor assiste o direito de permanecer na terra que cultive, dentro dos termos e limitações desta Lei, observadas sempre que for o caso, as normas dos contratos de trabalho.

§ 4º É assegurado às populações indígenas o direito à posse das terras que ocupam ou que lhes sejam atribuídas de acordo com a legislação especial que disciplina o regime tutelar a que estão sujeitas.

14 - Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- I - aproveitamento racional e adequado;
- II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- V - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.
- VI - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- VII - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

15 - Art. 1º Esta lei regulamenta e disciplina disposições relativas à reforma agrária, previstas no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal.
Art. 2º A propriedade rural que não cumprir a função social prevista no art. 9º é passível de desapropriação, nos termos desta lei, respeitados os dispositivos constitucionais. (Regulamento)

[...]

Art. 5º A desapropriação por interesse social, aplicável ao imóvel rural que não cumpra sua função social, importa prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária.

A Constituição Federal de 1988 passou a discriminar o conteúdo da função social, afirmando que o direito à propriedade rural deve pautar-se pelo efetivo e adequado uso do solo, explorando-o em atenção à legislação que garanta a correta utilização da terra, dos recursos ambientais e das pessoas envolvidas no processo de exploração. A inobservância de quaisquer dos pontos gera sanções ao proprietário, culminando com a perda do direito à propriedade. Em última análise, o exercício do direito à propriedade deve ser expressão do interesse público.

Neste passo, a Constituição, ao atribuir aos direitos fundamentais a característica de aplicação imediata, reconhece, por consequência, o mesmo atributo aos deveres fundamentais. Os deveres fundamentais, portanto, independem de regulamentação posterior. Mais, tem-se que estes deveres fundamentais inerentes à propriedade geram a obrigatoriedade ao Poder Público de efetivar as políticas Públicas adequadas para o atendimento do escopo do direito humano. A ausência de atuação por parte dos entes públicos poderá ensejar o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão. Neste sentido:

Com efeito, quando a Constituição declara como objetivos fundamentais do Estado brasileiro, de um lado, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e, de outro lado, a promoção do desenvolvimento nacional, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º), é óbvio que ela está determinando, implicitamente, a realização pelo Estado, em todos os níveis – federal, estadual e municipal –, de uma política de distribuição equitativa das propriedades, sobretudo de imóveis rurais próprios à exploração agrícola e imóveis urbanos adequados à construção de moradias. A não realização dessa política pública, representa, indubitavelmente, uma inconstitucionalidade por omissão.¹⁶

Assim, se é nítido que ao particular há necessária submissão aos deveres fundamentais decorrentes do direito humano à propriedade, é correto afirmar que ao Poder Público correspondem os mesmos deveres na esfera de suas atribuições.

Ao Poder Público, em última análise, resta a obrigação de promover o acesso à terra, à propriedade constitucionalmente prevista como direito humano. Cabe ao Estado implementar políticas públicas que possibilitem aos cidadãos desamparados o atingimento de sua dignidade por meio do acesso à terra. Note-se a garantia conferida pela Estatuto da Terra no sentido de que é assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra. Outra remissão direta ao dever do Poder Público também trazida pelo Estatuto da Terra é o de zelar para que a propriedade da terra desempenhe sua função social¹⁷.

Então, temos que, os deveres fundamentais do ente público, ligados ao direito humano da propriedade, dividem-se em: políticas públicas e fiscalização (poder de polícia). A falha em um desses pilares afeta a plenitude do direito constitucionalmente consagrado. Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸:

16 - COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*. A questão Agrária e a Justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 144.

17 - Lei 4.504/64.

18 - MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 41.

Estamos em crer que, ao lume do direito positivo constitucional, a propriedade ainda está claramente configurada como um direito que deve cumprir uma função social e não como sendo pura e simplesmente uma função social, isto é, bem protegido tão só na medida em que a realiza.

Note-se a Posição do Supremo Tribunal Federal quanto ao conceito de função social da propriedade:

O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade. A desapropriação, nesse contexto – enquanto sanção constitucional impositiva ao descumprimento da função social da propriedade – reflete importante instrumento destinado a dar consequência aos compromissos assumidos pelo Estado na ordem econômica e social. Incumbe, ao proprietário da terra, o dever jurídico-social de cultivá-la e de explorá-la adequadamente, sob pena de incidir nas disposições constitucionais e legais que sancionam os senhores de imóveis ociosos, não cultivados e/ou improdutivos, pois só se tem por atendida a função social que condiciona o exercício do direito de propriedade, quando o titular do domínio cumprir a obrigação (1) de favorecer o bem-estar dos que na terra labutam; (2) de manter níveis satisfatórios de produtividade; (3) de assegurar a conservação dos recursos naturais; e (4) de observar as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que possuem o domínio e aqueles que cultivam a propriedade.¹⁹

A desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária, constitui modalidade especial de intervenção do poder público na esfera dominial privada. Dispõe de perfil jurídico-constitucional próprio e traduz, na concreção do seu alcance, uma reação do Estado à descaracterização da função social que inere à propriedade privada. A expropriação-sanção foi mantida pela Constituição de 1988, que a previu para o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social (art. 184, *caput*), hipótese em que o valor da justa indenização – embora prévia – será pago em títulos da dívida pública. A exigência constitucional da justa indenização representa consequência imediatamente derivada da garantia de conservação que foi instituída pelo legislador constituinte em favor do direito de propriedade. A inexistência das leis reclamadas pela Carta Política (art. 184, § 3º e art. 185, n. I) impede o exercício, pela União Federal, do seu poder de promover, para fins de reforma agrária, a modalidade especial de desapropriação a que se refere o texto constitucional (art. 184).²⁰

Assim, considerando a doutrina e jurisprudência citadas, tem-se que direito à propriedade, tutelado pela Constituição como direito inerente à pessoa humana é aquele relacionado diretamente com a dignidade do homem com a propriedade que garante a subsistência, que se traduz em trabalho. A propriedade que garante ao homem a participação social adequada. Esta face do direito à propriedade impõe ao ente público e aos sujeitos privados a proteção máxima, distinta da propriedade derivada exclusivamente do poder econômico, a

19 - ADI 2.213-MC, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 4-4-2002, Plenário, DJ de 23-4-2004.

20 - MS 21.348, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 2-9-1993, Plenário, DJ de 8-10-1993.

qual, em última análise, é fonte de deveres fundamentais.

Neste passo, o dever decorrente do cumprimento da função social, da busca pelo bem coletivo, positivado pela definição de função social, ou seja, a utilização da terra de modo racional e adequado, com observância às normas de direito ambiental e trabalhista, favorecendo o bem-estar dos que participam da cadeia produtiva, aplica-se de forma imediata.

De modo que, se o direito à propriedade não for exercido em consonância com tais preceitos, o descumprimento da função social da propriedade rural conduz à desapropriação-sanção prevista no artigo 184 da Constituição Federal, realizada para fins de interesse público (reforma agrária), mediante o pagamento de indenização em títulos da dívida agrária, resgatáveis em até 20 anos. Seu procedimento está disciplinado pela Lei Complementar 76/2003.

Constata-se, portanto, no que toca ao descumprimento da função social, que sua inobservância configura um ato atentatório ao direito fundamental à propriedade. É justamente essa violação que fundamenta, que alicerça, o poder de polícia. No caso da propriedade improdutiva, tem-se que há o caráter permanente de violação, na medida em que impede o acesso à propriedade dignificante, à utilização do bem, sendo catalizadora de injustiça social.

A tese explanada permite concluir pela inadequação da jurisprudência do STF em compreender a notificação prévia, ato inaugural do processo de desapropriação, como garantia ao devido processo legal. A improdutividade deve ser vista como flagrante violação ao acesso à propriedade constitucionalmente protegida. Violado direito fundamental, cabe ao Estado o dever de agir. Ou seja, a violação ao cumprimento da função social pode ocorrer por meio de descumprimento da legislação trabalhista, ambiental e pela improdutividade, entre outros. Se a fiscalização do descumprimento à legislação ambiental ou trabalhista permite verificação imediata, a improdutividade deve seguir o mesmo trato procedimental pela simples razão de identidade de tutela.

Não há que se atribuir, portanto, à notificação para vistoria na desapropriação de terras improdutivas o caráter de violação ao direito de contraditório, ao devido processo legal, uma vez que por se tratar de poder de polícia decorrente do dever fundamental atribuído ao poder público, a formalidade de notificação prévia seria até mesmo dispensável.

A excessiva proteção ao particular traduzida pelas decisões do STF, desconsiderando o interesse coletivo socialmente protegido, conduz à ditadura da minoria. Ou seja, permite-se que um indivíduo faça a sua vontade prevalecer em inobservância às regras erigidas pela Constituição como necessárias ao convívio social. Preceitua José Cretella Júnior²¹:

A segurança das pessoas e das coisas é elemento básico das condições universais, fato absolutamente indispensável para o natural desenvolvimento da personalidade humana.

Proclamada inviolável pelo direito, não fica, porém, livre de forças exteriores, pessoais e impessoais, que ameaçam a todo instante a paz física e espiritual dos indivíduos. Tais ameaças que se originem em perigo contra o qual a personalidade oferece, primeiro, a própria força particular, em seguida, a força organizada do meio social, pelo motivo muito simples de que a ameaça dirigida a uma pessoa constitui ameaça indireta a toda a coletividade, precisam ser coibidas.

21 - CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 553.

Assim, as prerrogativas conferidas à Administração Pública objetivam garantir o bem-estar da comunidade, ainda que resultem em limitação ao exercício de direito pelo particular.

O interesse social é, portanto, o fundamento do poder de polícia, cuja função é tornar possível a convivência social. Nesse sentido é a lição de José Marinho Pinheiro Madeira²²:

Portanto, todo direito há de encontrar um nível ótimo de utilização, para que a satisfação de um direito individual por seu destinatário não fira o direito de outros e o interesse coletivo, pois sem isto não existiria a garantia de igualdade de todos perante a lei.

Nesta ótica, percebe-se que a existência de uma grande propriedade rural improdutiva ao lado do cenário onde de seres humanos veem-se privados de necessidades mínimas como alimento, trabalho e moradia – ou seja, sem atingir o mínimo dos direitos sociais que proporcionam as condições necessárias para atingirem o status de seres humanos providos de dignidade – não pode se sobrepor ou descer a formalismos exacerbados.

A interpretação do ordenamento vigente deve ser norteadada pelo desvalor do direito à propriedade improdutiva que, por violar direitos sociais fundamentais, há de perder sua proteção constitucional. Daí que teremos um conflito de um direito particular comum *versos* direitos sociais inerentes aos seres humanos, figurando a função social como verdadeira salvaguarda da dignidade humana.

Os juristas sabem que a Constituição garante a propriedade de qualquer pessoa, mas também sabem que o texto não dispõe que todos os cidadãos tenham de ser proprietários. Sabem igualmente os Juristas que todos os cidadãos têm direito à vida digna, à saúde, à educação, à moradia, ao trabalho, ao lazer e, enfim, a desenvolver tantas dimensões da atividade e personalidade humanas que lhes sejam próprias; mas igualmente se sabe que a Constituição não impede que alguns cidadãos se apropriem dos recursos materiais para isso necessários mais do que outros, no mais das vezes inviabilizando a esses últimos o acesso mínimo a qualquer direito elementar.

Essas situações, quando verificadas, acabam por conduzir à conclusão obrigatória de que para a adequada compatibilização do regime constitucional, mesmo sem dizer, fica pressuposta logicamente a necessidade de limitar o acesso aos bens materiais, independentemente da capacidade de adquirir porque falta fundamento lógico-sistemático, e pois jurídico-constitucional, para garantir a desigualdade material entre os cidadãos e, na expressão final, para uns possuírem mais do que outros.²³

De modo que, pela doutrina apresentada, autoriza-se à conclusão de que propriedade rural improdutiva representa violação permanente aos direitos sociais e como tal deve ser interpretada. Segue Comparato²⁴:

22 - MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Reconceituando o Poder de polícia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 2.

23 - DE CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer. As Ocupações e a Desapropriação para Reforma Agrária. *Revista de Direito Agrário*, MDA/Incra/Nead/ABDA, Ano 20, n. 19, 2007. p. 32/33.

24 - *Ibidem*, p. 145/146.

Com relação aos demais sujeitos privados, o descumprimento do dever social de proprietário significa uma lesão ao direito fundamental de acesso à propriedade, reconhecido doravante pelo sistema constitucional. Nessa hipótese, as garantias ligadas normalmente à propriedade, notadamente a exclusão das pretensões possessórias de outrem, devem ser afastadas. Como foi adequadamente salientado na doutrina alemã, a norma de vinculação da propriedade não diz respeito, tão-só, ao uso do bem, mas à própria essência do domínio. Quem não cumpre a função social da propriedade perde as garantias, judiciais e extrajudiciais, de proteção da posse, inerentes à propriedade, como o desforço privado imediato (CC, art. 502) e as ações possessórias. A aplicação das normas do Código Civil e de Processo Civil, nunca é demais repetir, há de ser feita à luz dos mandamentos constitucionais, e não de modo cego e mecânico, sem atenção às circunstâncias de cada caso, que podem envolver o descumprimento de deveres fundamentais.

Desta feita, pode-se afirmar que a legislação infraconstitucional deve ser interpretada de acordo com a finalidade albergada pela constituição. Neste passo, a jurisprudência do STF, ao compreender que a notificação para o acompanhamento da vistoria que busca a constatação dos índices de produtividade é direito correlato ao devido processo legal como garantia do contraditório, ensejando, via de regra, quaisquer falhas, nulidade absoluta do procedimento, acaba por consagrar valores liberais, dissociando-se do caráter social previsto pela Constituição.

Defende-se, portanto, que a improdutividade implica em violação grave e permanente ao direito ao acesso à propriedade. Atentando contra direitos fundamentais sociais do cidadão e, em última análise, afetando à dignidade da pessoa humana. Trata-se de infração permanente a dever social, ensejando ao Estado a necessária intervenção para concretizar a justiça social. A concretização da política pública de reforma agrária, em tal hipótese, passa pela identificação de tais glebas em manifesta exteriorização do poder de polícia administrativa, o que atrairia a incidência do § 5º do art. 2º da Lei n. 8.629.

3.2 Tratamento procedimental

No que toca ao aspecto procedimental, faz-se necessária a análise do § 5º do art. 2º da Lei n. 8.629, que prevê expressamente que “no caso de fiscalização decorrente do exercício do poder de polícia, será dispensada a comunicação de que tratam os §§ 2º e 3º.”²⁵

O dispositivo citado refere-se justamente à verificação do cumprimento da função social. Todavia a atual interpretação do STF não aplica a excepcionalidade à verificação da função social maculada pela improdutividade. Para a Corte, tal exceção somente se aplicaria para situações em que o êxito da constatação da situação perpetrada, que viola a função social, dependesse do elemento surpresa (infrações à legislação ambiental e trabalhista, por exemplo). Ou seja, para o STF, somente o descumprimento da função social decorrente da não exploração do imóvel

25 - Art. 2º A propriedade rural que não cumprir a função social prevista no art. 9º é passível de desapropriação, nos termos desta lei, respeitados os dispositivos constitucionais.

§ 1º Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social.

§ 2º Para os fins deste artigo, fica a União, através do órgão federal competente, autorizada a ingressar no imóvel de propriedade particular para levantamento de dados e informações, mediante prévia comunicação escrita ao proprietário, preposto ou seu representante.

§ 3º Na ausência do proprietário, do preposto ou do representante, a comunicação será feita mediante edital, a ser publicado, por três vezes consecutivas, em jornal de grande circulação na capital do Estado de localização do imóvel.

§ 4º Não será considerada, para os fins desta Lei, qualquer modificação, quanto ao domínio, à dimensão e às condições de uso do imóvel, introduzida ou ocorrida até seis meses após a data da comunicação para levantamento de dados e informações de que tratam os §§ 2º e 3º

§ 5º No caso de fiscalização decorrente do exercício de poder de polícia, será dispensada a comunicação de que tratam os §§ 2º e 3º.

(improdutividade) é que dependeria sempre de notificação formalmente adequada para aferição.

Note-se o Voto da Ministra Ellen Gracie onde afirma que:

A realização de vistoria para levantamento de dados com vistas a aferição da produtividade, ou não, de área rural não se coaduna com a previsão constante do parágrafo 5º, do artigo 2º, da Lei nº 8.629/93. O fator surpresa, ali inserido, é útil para a averiguação da ocorrência de ilícitos, mas, não serve à finalidade de obter um levantamento fidedigno dos índices de aproveitamento da gleba rural.²⁶

A toda evidência que o elemento surpresa para flagrantes violações a direitos humanos, como trabalho escravo ou nas hipóteses de crimes ambientais é quase que decisivo para o sucesso da diligência. Tal ponto é, de fato, distinto da verificação da produtividade. Entretanto não se pode olvidar que, em todos os casos, trata-se de *vistoria*, manifestação óbvia do poder de polícia da Administração. Não há, portanto, razão lógica para impor distinção de tratamento a ponto de uma vistoria se traduzir em garantia do devido processo legal e outra, que tutela o mesmo bem constitucionalmente protegido, não. O latifúndio improdutivo há de ser visto como atentado ao bem-estar social da coletividade, permitindo-se também o abrandamento procedimental. A evolução histórica do direito à propriedade que permeou a Constituição Federal de 1988, ampara a conclusão. Ao passo que, não haveria, por ofensa à lógica, de culminar de nulidade o procedimento que apresentasse vício na notificação prévia para verificação preliminar. Classificar a etapa preliminar de vistoria como inerente ao devido processo legal não atende ao escopo de justiça social buscado pela norma:

O dogmatismo positivista que se satisfaz superficialmente com aquelas exceções, procura justificar o comodismo, seu distanciamento dos problemas urgentes e vitais que sempre estão envolvidos nos conflitos sobre a terra, apelando também para o devido processo legal. Sem considerar o mais do que evidente caráter instrumental que tal princípio da Constituição visa preservar, esse posicionamento transforma-o de meio em fim, mascarando como decisão sobre paz o que não passa de provisória e não resolvida trégua.²⁷

Os elementos de pesquisa permitem concluir que eventual desvio de forma na notificação prévia relativa à vistoria jamais poderia nulificar o procedimento. Isso porque, vistoria, por definição, é inspeção levada a efeito por autoridade, decorrendo, portanto, do poder de polícia da Administração. O interesse público centra-se no dever constitucional de cumprimento da função social da propriedade, não sendo dado ao particular a possibilidade de obstar a diligência. Trata-se de etapa inexoravelmente marcada de caráter inquisitorial. Daí que, seja pelo interesse protegido, seja pela característica do poder de polícia e, notadamente, por estarmos em um Estado Social e Democrático de Direito, pela possibilidade de pleno exercício de defesa frente à conclusão da diligência, não há que se falar em vício capaz de nulificar o procedimento desapropriatório. O contraditório não tem lugar na fase inquisitorial.

26 - MS 24547, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 14/08/2003, DJ 23-04-2004, PP-00009.

27 - ALFONSIN, Jacques Távora. A Função Social da Posse como Pressuposto de Litude Ético-Jurídica do Acesso e da Conservação do Direito à Terra. *Revista de direito Agrário*, MDA/INCRA/NEAD/ABDA, Ano 19, n. 18, 2006. p. 187.

Por tais razões, defende-se que o contraditório e a ampla defesa, em sede de desapropriação por descumprimento da função social por improdutividade, tem início a partir da conclusão do laudo agrônômico de fiscalização, quando, então, será aberta a via da impugnação e recurso (art. 16, IN do Incra n. 83/2015). Mais, veja-se que não é outra a conclusão que se verifica da exposição de motivos da MP 2.183-56/2001 (que alterou a Lei 8.629), a qual fala expressamente que a notificação para o ato de vistoria não tem a finalidade de instaurar o contraditório:

As alterações propostas, pela via da medida provisória, impõem-se pela urgência em afastar da legislação os entraves que inviabilizam a maior efetividade e rapidez na atuação do poder público, relativas às áreas improdutivas, destinando-as ao assentamento de trabalhadores rurais.

A modificação do § 2º e a inclusão do § 3º ao artigo 2º dará efetividade ao dispositivo. Com efeito, a maneira prevista no texto legal em vigor dificulta, senão impossibilita a atuação do Estado, pois a interpretação formal desse dispositivo, como se fosse citação pessoal, tem ensejado o retardamento da ação do órgão público competente, na identificação de imóveis que descumprem a função social. O objetivo da norma é tão-somente comunicar ao proprietário a realização do levantamento de dados, não estabelecendo, nesta fase, o contraditório.²⁸

O entendimento ora apresentado encontra respaldo no voto vencido do Ministro Sepúlveda²⁹ proferido em mandado de segurança que discutiu o tema:

Continuo a entender que a notificação do §2º do artigo 2º da Lei 8629 destina-se a convalidar a entrada dos servidores do INCRA em propriedade alheia. Só para opor-se a essa entrada, seria dado ao proprietário alegar a falta de notificação. Não é o que se faz. Pretende-se, apenas, invalidar a vistoria, à base da falta desta notificação que não se destina a estabelecer um processo contraditório no campo, mas apenas para uma vistoria, que, na ação de desapropriação é que poderá ser amplamente discutida pelo proprietário.

No mesmo julgamento, também restaram vencidos os Ministros Carlos Velloso e Neri da Silveira.

O Ministro Carlos Velloso afirmou:

Não obstante sustentar a tese no sentido de que a notificação prévia é necessária para a instauração do procedimento administrativo de desapropriação para fins de reforma agrária – confira-se o voto que proferi no MS 22319-SP, Plenário, 20.06.96 – certo é que a lei não estabelece formalidades para a efetivação dessa notificação. [...]

Devemos, sem dúvida, cuidar no sentido de que o devido processo legal esteja efetivado e garantido. Isso não quer dizer, entretanto, que, mediante formalismos e artificialismos, possa a efetivação do devido processo legal fazer-se em detrimento de direitos e interesses também tão respeitáveis quanto os do desapropriado.

28 - Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=131292>

29 - MS 22638, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 05/06/1997, DJ 04-05-2001, PP-00005.

Pelo viés que se apresentou, podemos trazer à baila a necessidade de se classificar a etapa de vistoria como procedimento e não como processo administrativo, o qual somente teria nascimento com a notificação para conciliação ou impugnação das conclusões do LAF. Assim, como o contraditório é inerente ao processo, não haveria dúvidas quanto ao momento de seu surgimento.

Na lição de Vasco Pereira da Silva³⁰, no processo o formato é rígido e uniforme, por estar em causa a decisão de um litígio. Por sua vez, em se tratando de procedimento, o modelo é flexível e adaptável às realidades apresentadas, por se tratar da satisfação de necessidades coletivas por parte da Administração. Cabe à Justiça a resolução de conflitos de interesse, logo atraí os atributos da passividade e imparcialidade. No caso da Administração, tem-se que sua atuação visa a satisfação das necessidades coletivas que busquem o bem-estar, caracterizando-se, portanto, pela iniciativa e parcialidade.

Consta-se, portanto, que procedimentalmente a fase da vistoria não agrega contraditório, seja por ainda não se tratar de processo administrativo propriamente dito, seja porque haverá plenitude de viabilidade de impugnação facultada ao particular com a notificação do LAF, conforme previsão no art. 16 da IN 83/2015.

Por tais razões, conclui-se que vícios procedimentais referentes às disposições legais quanto à notificação prévia do proprietário não poderão eivar o procedimento de desapropriação de nulidade.

4. CONCLUSÃO

A evolução histórica do direito à propriedade, desde o estado liberal até o ordenamento vigente, permite concluir que a propriedade constitucionalmente protegida é aquela que reflete os direitos fundamentais sociais.

Os direitos fundamentais correspondem a deveres fundamentais. Tais deveres afetam ao particular que, para exercer seu direito de proprietário, deve orientar-se necessariamente pela observância da função social. Por sua vez, ao Estado caberá a implementação de políticas públicas voltadas para a concretização da finalidade perseguida pela constituição, bem como zelar pela observância dos particulares a tais deveres. Neste passo, o poder de polícia da administração é instrumento válido à preservação da propriedade que recebe o manto de proteção constitucional como direito individual, qual seja a propriedade ligada diretamente ao trabalho, à moradia, àquela que garante a dignidade da pessoa humana (em contraponto à propriedade meramente baseada no poder de submissão), figurando como parte essencial da política agrária.

A grande propriedade rural improdutiva, por ser afronta imediata ao direito de acesso à propriedade dignificante, traduzindo-se em fonte de injustiça social, é flagrante violação ao dever de cumprimento da função social. Lesa, de forma permanente, o direito constitucionalmente protegido de acesso à propriedade como aspecto de direito social. Por se tratar de infração permanente, conclui-se pela possibilidade do Estado, em cumprimento aos seus deveres fundamentais, executar atos fiscalizatórios inclusive à revelia do proprietário, fundamentando-se no art. § 5º do art. 2º

30 - SILVA, Vasco Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*: Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2003. p. 377 e 397.

da Lei n. 8.629. De todo modo, ainda que se entenda por necessária a notificação prévia para acompanhamento da vistoria, tal formalidade não é capaz de ensejar contraditório e ampla defesa. Trata-se de fiscalização, ato decorrente do poder de polícia. Decorrência lógica é a impossibilidade de eivar de nulidade tal etapa por ofensa ao devido processo legal, acaso algum desvio de forma seja apurado.

A etapa que inaugura o contraditório e ampla defesa na desapropriação calcada na improdutividade ocorre a partir da notificação quanto às conclusões do laudo agrônomo, o qual poderá ser impugnado e, dessa decisão, caberá recurso.

Por tais constatações, tem-se a necessidade de revisão da jurisprudência do STF, visto que, ao reconhecer como direito ao devido processo legal correlato ao direito de defesa e contraditório, a etapa preliminar de verificação da produtividade, está protegendo não o bem constitucional social, mas sim, o direito privado, fulcrado nos ideais liberais de propriedade.

REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Jacques Távora. A Função Social da Posse como Pressuposto de Licitude Ético-Jurídica do Acesso e da Conservação do Direito à Terra. *Revista de direito Agrário*, MDA/INCRA/NEAD/ABDA, Ano 19, n. 18, 2006.

_____. A Terra como Objeto de Colisão entre o Direito Patrimonial e os Direitos Humanos Fundamentais. Estudo Crítico de Um Acórdão Paradigmático. *Revista da AJURIS*, n. 75, set. 1999.

ALVES, Cândice Lisbôa Alves; ASSIS, Christiane Costa. Direitos Fundamentais e Mínimo Existencial: Uma Crítica à Vinculação Econômica do Direito. *Revista Eletrônica de Direito Centro Universitário Newton Paiva*, 07 jun. 2013, disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1161>.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 10. ed. 3ª Reimpressão, Tomo II, 1990.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. A questão Agrária e a Justiça. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DE CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer. As Ocupações e a Desapropriação para Reforma Agrária. *Revista de Direito Agrário*, MDA/InCra/Nead/ABDA, Ano 20, n. 19, 2007.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. A propriedade no Direito Ambiental. 3. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2008.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Reconceituando o Poder de polícia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

MARÉS, Carlos Frederico. *A Função Social da Terra*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Vasco Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*: Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. 7º tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.





A REMESSA NECESSÁRIA E A SÚMULA 45/STJ – UMA ANÁLISE CRÍTICA

THE REQUIRED SHIPMENT AND THE 45 / STJ SUMMIT - A CRITICAL ANALYSIS

Márcio Carvalho Faria¹

Márcia de Paula Galvão Faria²

SUMÁRIO: Introdução; 1. Aspectos históricos relevantes da Remessa Necessária; 2. A Remessa Necessária e o novo CPC; 3. Natureza jurídica da Remessa Necessária; 4. Análise crítica da Remessa Necessária; 5. A súmula 45/STJ e as (supostas) ofensas À CF/88; 5.1. A súmula 45/STJ: uma análise crítica; 5.2. A súmula 45/STJ: uma ofensa ao princípio constitucional da isonomia?; 6 Conclusão; Referências.

1 - Doutor e Mestre em Direito Processual (UERJ). Professor Adjunto de Direito Processual Civil (UFJF). Presidente do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, seção Juiz de Fora/MG (IAMG/JF). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Advogado.

2 - Graduada em Direito pela Faculdade Metodista Granbery. Graduada em Administração de Empresas com habilitação em Cooperativas pela Universidade Federal de Viçosa. Especialista em Finanças pela Faculdade de Administração e Economia da Universidade Federal de Juiz de Fora. Assistente Técnico Administrativo do Ministério da Fazenda.

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo tecer considerações acerca da remessa necessária, prevista no artigo 496 do Código de Processo Civil, a fim de se verificar se a interpretação vertida pela súmula 45 do Superior Tribunal de Justiça pode ser considerada constitucional diante do princípio da isonomia. Para tanto será feito um breve relato do histórico do instituto, bem como uma exposição da discussão doutrinária relativa a sua natureza jurídica, para, em seguida, analisar-se especificamente uma de suas construções jurisprudenciais, qual seja, a consolidada na súmula 45 do STJ, verificando não só o contexto de sua criação, como se ainda há justificativas para a sua permanência no ordenamento jurídico, especialmente a partir do princípio da isonomia. Por meio da pesquisa bibliográfica, que se deu em doutrina especializada, legislação e jurisprudência, pôde-se perceber a relevância e atualidade do tema, cuja pesquisa se mostra oportuna, notadamente por conta da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Prerrogativas Processuais. Fazenda Pública. Remessa Necessária. Princípio da Isonomia. Súmula 45/STJ.

ABSTRACT: This work aims to generalize about the required shipping, provided for in article 496 of the of Brazilian Civil Procedure Code, in order to ascertain whether the interpretation set out by 45 summary of the Brazilian Superior Court of Justice can be considered before the constitutional principle of equality. To do so will be made a brief account of the history of the institute, as well as an exhibition of doctrinal discussion concerning your legal nature, to then examine specifically one of its buildings in jurisprudence, which is the consolidated summary of the STJ 45, checking not only the context of your creation, as if there is still justification for your permanence in the legal system especially from the principle of equality. By means of bibliographical research, in specialized doctrine, legislation and case law, one can understand the relevance and timeliness of the theme, whose research appears appropriate, notably on account of the entry into force of the new Brazilian Civil Procedure Code.

KEYWORDS: Procedural Prerogatives. Public Treasury. Sending the File for a Review. Principle of Isonomy. Summary 45/STJ.

INTRODUÇÃO

O foco central desse estudo é o instituto da remessa necessária, previsto atualmente no art. 496, CPC/15, que estabelece a obrigatoriedade de as sentenças proferidas contra a Fazenda Pública serem confirmadas pelo tribunal para que possam produzir efeitos. A pesquisa analisará, dentre outros pontos, as características básicas, as raízes históricas e os requisitos do reexame obrigatório. Ademais, pretende-se examinar o verbete de n. 45 da jurisprudência sumulada do Superior Tribunal de Justiça, a fim de que se verifique, à luz do princípio da isonomia, principalmente após a vigência do CPC/15, se há ou não possibilidade de sua manutenção no ordenamento jurídico.

Para tanto, serão investigados doutrina especializada, textos legislativos e artigos científicos sobre o tema, com o objetivo de contextualizar o problema, bem como julgados de tribunais nacionais, em especial do STJ e do STF.

Cabe destacar, desde logo, que não serão discutidas questões de direito criminal, administrativo ou trabalhista, assim como também não serão enfrentados pontos atinentes ao direito estrangeiro, vez que o foco deste estudo é a legislação brasileira.

1. ASPECTOS HISTÓRICOS RELEVANTES DA REMESSA NECESSÁRIA

O instituto da remessa necessária nasceu em tempos idos, provavelmente na Europa ocidental, ainda no Direito Medieval, sendo originariamente utilizado no processo penal e denominado, à época, de apelação *ex officio*³.

Segundo Jorge Tosta⁴, a obrigatoriedade de se recorrer data do século XIV, mais precisamente de 12 de março de 1355, tendo sido criada pelo Rei de Portugal D. Afonso IV, basicamente por conta da inquisitorialidade característica do processo penal lusitano daquele tempo⁵.

A partir de 1521, com a vigência do *Código Manuelino*, tal instituto teve sua abrangência ampliada, embora ainda restrito a questões criminais⁶. Pode-se afirmar, outrossim, que mesmo a partir de 1603, quando do surgimento das *Ordenações Filipinas*, o recurso de ofício seguia tendo como objetivo rever as decisões de juízes de primeira instância no processo penal em favor do réu, pois as penalidades podiam significar até mesmo a morte⁷.

Foi somente a partir do século XIX, mais exatamente por meio da Lei de 04 de outubro de 1831 que, no Brasil, passou-se a falar em apelação *ex-officio* no processo civil. Seu artigo 90 impunha que o juízo deveria recorrer de toda sentença que proferisse contra a Fa-

3 - Nesse sentido: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 9 ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 202.

4 - TOSTA, Jorge. *Do reexame necessário*. São Paulo: RT, 2005. p. 105.

5 - Neste sentido: JAYME, Fernando Gonzaga; SALOMÉ, Joana Faria; OLIVEIRA JR., Délio Mota de. O reexame necessário no processo civil brasileiro: um mal desnecessário. In: *Revista de Processo*, v. 220. São Paulo: RT, 2013, p. 375-405, especialmente p. 377-382.

6 - TOSTA, op. cit., p. 107.

7 - CUNHA, op. cit., p. 202.

zenda Nacional, desde que a condenação excedesse a alçada⁸.

Vale trazer à baila interessante dado histórico apresentado por Jorge Tosta, no sentido de que, mesmo quando de sua criação, muitas foram as críticas a seu respeito, pois para alguns não se mostraria justo impor aos demais litigantes um privilégio processual fazendário dessa natureza. Apesar disso, com o objetivo de evitar prevaricações dos procuradores fiscais, o “remédio” seria obrigar os juízes a apelar de ofício⁹, sendo este, também conforme Jorge Tosta, “o motivo do surgimento do reexame necessário em nosso sistema processual civil”¹⁰.

Com a promulgação da Constituição de 1891 e o início do período das codificações estaduais, a remessa necessária esteve presente nas legislações da Bahia (art. 1251, Lei 1121, de 21/08/1915), de Minas Gerais (arts. 1455 e 1467, Lei 830, de 07/09/1922), do Distrito Federal (à época, no Rio de Janeiro, pelo arts. 1116, 1118 e 1122 do Decreto 16752, de 31/12/1924), de São Paulo (arts. 1076 e 1089, Lei 2421, de 14/01/1930), de Santa Catharina (art. 1855), do Pará (art. 1063), do Ceará (art. 1327), do Rio Grande do Norte (art. 970) e de Pernambuco (art. 1444)¹¹.

Com a reunificação do direito processual efetuada pelo CPC/1939¹², a apelação *ex officio* foi prevista no Livro VII, que tratava dos Recursos, exatamente em seu art. 822, o qual trazia em seu parágrafo único, inciso III, a hipótese de revisão obrigatória das sentenças proferidas contra a União, os Estados e os Municípios.

O Código de Processo Civil de 1973, a seu turno, trouxe tal instituto na seção referente à coisa julgada, mais precisamente no artigo 475, condicionando a produção de efeitos da sentença à sua posterior confirmação pelo tribunal, nos casos de anulação de casamento (inciso I) ou de pronunciamentos contrários à União, aos Estados e aos Municípios (incisos II e III).

Posteriormente, o art. 10 da Lei 9469/97 ampliou o conceito de “Fazenda Pública” para efeito de incidência da remessa obrigatória, determinando que, se incluíssem as autarquias e fundações públicas e, mais tarde, já com a Lei 10352/01, inclui-se também o Distrito Federal (art. 475, I, CPC/73).

Impende ressaltar que foi a mesma lei 10352/01 que, a um só tempo, revogou a hipótese relativa à anulação de casamento como, e principalmente, elencou situações em que a remessa estaria dispensada (art. 475, §§ 2º e 3º, CPC/73).

Nesse diapasão, causas com valores inferiores a 60 salários mínimos, bem como aquelas fundadas em jurisprudência pacificada, notadamente de Tribunais Superiores.

Finalmente, o Código de Processo Civil de 2015 manteve a previsão do duplo grau de jurisdição obrigatório para determinadas sentenças em seu artigo 496, o qual se encontra posicionado no capítulo “Da sentença e da coisa julgada”, especificamente na seção “Da remessa ne-

8 - NERY JUNIOR, Nelson. Teoria Geral dos Recursos. 7. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 91.

9 - TOSTA, op. cit., p. 108-109.

10 - Ibidem, p. 109.

11 - Ibidem, p. 109-114.

12 - Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 30 ago. 2017.

cessária”, e teve o mérito de consolidar a terminologia utilizada pela doutrina, além de adotá-la, de modo uniforme, por todo o diploma (arts. 936, § 4º, II; 947; 978, parágrafo único; e 1040, II).

2. A REMESSA NECESSÁRIA E O NOVO CPC

O Código de Processo Civil de 2015, conforme dito anteriormente, manteve a remessa necessária, mas alterou seu posicionamento, que passou a ser regulada em uma seção específica (seção III do capítulo XIII, título I, livro I, da Parte Especial), sendo essa a primeira modificação facilmente perceptível, vez que no CPC/73 estava prevista na seção II, Capítulo VIII, Título VIII, Livro I, que era destinada ao trato da coisa julgada.

Em relação ao conteúdo, as inovações consistem: i) mantiveram-se excluídas do duplo grau de jurisdição obrigatório as sentenças proferidas contra as sociedades de economia mista e as empresas públicas, por possuírem, ambas as espécies de empresas, natureza jurídica de direito privado; ii) para efeito de incidência do instituto, ocorreu sensível aumento no valor da condenação que determina a sua observância (art. 496, § 3º), passando de 60 (sessenta) salários mínimos (art. 475, § 2º, CPC/73) para montantes que variam de 100 a 1000 salários mínimos, conforme o ente público vencido (a saber: 100 para municípios que não constituam capitais de estados, bem como suas respectivas autarquias e fundações; 500 para estados e Distrito Federal, além de municípios que constituam capitais de estados, assim como as suas respectivas autarquias e fundações; e 1.000 quando se tratar da União e as respectivas autarquias e fundações de direito público); iii) a inclusão da hipótese de não incidência do instituto quando a sentença estiver fundada em entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) ou em incidente de assunção de competência (IAC) e entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa (art. 496, § 4º).

Cabe destacar a enorme influência que os precedentes exercem no reexame obrigatório, em especial com o CPC/15: no regime anterior, apenas nos casos em que as sentenças estivessem amparadas por súmulas de Tribunal Superior se permitia a dispensa do envio dos autos ao juízo *ad quem*; no atual diploma, todavia, além da manutenção da hipótese já mencionada, a existência de precedentes firmados em novos procedimentos (IRDR e IAC), ainda que em graus inferiores, bem como a manifestação do próprio ente público em âmbito administrativo, são suficientes para impedir que a causa se dirija, compulsoriamente, à instância revisora¹³.

Regra geral, só há remessa necessária contra sentença (art. 496, *caput*, CPC/15), sendo tal ponto mantido na redação do novel código. No entanto, se for proferida decisão interlocutória resolutoria de mérito (art. 356, CPC/15) contra a Fazenda Pública, mostrar-se-á imperiosa a remessa necessária, sendo essa, outrossim, mais uma novidade do CPC/15.

Nos demais pontos, permanece, em linhas gerais, a sistemática do CPC/73, já com as alterações delineadas no capítulo 1 acima.

Nesse sentido, deve-se lembrar de que a remessa obrigatória, de natureza jurídica con-

13 - Nesse sentido: CUNHA, Leonardo Carneiro da. Art. 496. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (coord). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. tiragem. São Paulo: RT, 2015. p. 1261-1262.

trovertida, tem lugar quando vencida a Fazenda Pública, por si ou suas autarquias e fundações de direito público (art. 496, inciso I) ou, ainda, quando julgados procedentes, total ou parcialmente, embargos à execução fiscal (art. 496, inciso II).

Assim sendo, mesmo que não haja apelação, ou quando ela for parcial¹⁴, o juiz deverá determinar expressamente a remessa dos autos ao juízo *ad quem* e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á (art. 496, §1º, CPC/15).

De se ressaltar que, de acordo com o STJ¹⁵, só haverá remessa necessária quando a decisão resolver o mérito, de modo que a extinção do feito sem resolução de mérito, ainda que desfavoravelmente à Fazenda Pública, não dá ensejo ao instituto.

Quanto ao procedimento no tribunal, a remessa se assemelha, em muitos pontos, ao julgamento dos recursos, especialmente após a entrada em vigor do CPC/15. Assim, por exemplo, é possível que seu julgamento seja precedido de sustentação oral (art. 936, I), bem como se admite, também, solicitação de preferência em seu julgamento (art. 936, II).

Ainda a corroborar tal afirmativa de que o instituto em estudo tem peculiar relação com os recursos, prescreve o art. 935, CPC/15 que a apreciação da remessa deve ser incluída em pauta, com antecedência mínima de cinco dias, sob pena de nulidade (súmula 117/STJ). De mesmo modo, a remessa pode ser apreciada monocraticamente pelo relator, nas hipóteses do art. 932, IV e V, CPC/15, conforme já prescrevia, também, a súmula 253/STJ.

3. NATUREZA JURÍDICA DA REMESSA NECESSÁRIA

Existem diversas teorias acerca da natureza jurídica da remessa necessária¹⁶, podendo aqui se frisar, como principais, a que a considera uma condição de eficácia da sentença e, ainda, a que a reconhece como um recurso.

Os adeptos da primeira teoria se valem principalmente de dois argumentos para sustentá-la: *a um*, defendem que a remessa necessária, por significar um requisito *sine qua non* para que a sentença contrária aos interesses fazendários possa surtir efeitos, deveria ser entendida como

14 - Sobre o tema, vide o enunciado de n.º 432, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: "A interposição de apelação parcial não impede a remessa necessária".

15 - Nesse sentido: STJ, 1ª T., REsp 927.624/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 02/10/2008, DJe 20/10/2008.

16 - Como não é esse o escopo principal do trabalho e tais teorias são, reconhecidamente, de adoção minoritária na doutrina, preferiu-se a elas fazer referência em rodapé. Assim, podem ser citadas três teorias, a saber: (a) *teoria do impulso oficial*: para seus defensores (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. XI. 2. ed. p. 156 *apud* TOSTA, op. cit., p. 148), a remessa necessária, por não ter natureza jurídica de recurso, não apresenta a característica da voluntariedade, e deve, de ofício, ser encaminhada ao tribunal pelo juiz, que não possui capacidade postulatória. Diante dessas duas particularidades, essa teoria defende ter a remessa necessária natureza jurídica de impulso oficial fixado por lei; (b) *teoria do ato complexo*: essa teoria, que encontra defensores na jurisprudência do STJ (1 T., REsp 242.111/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 22/08/2000, DJ 25/09/2000, p. 94), vale-se do conceito de ato complexo do direito administrativo, qual seja, um ato que precisa da manifestação de dois órgãos distintos. Dessa forma, a exigência de julgamento em tribunal hierarquicamente superior para dar efetividade à sentença proferida em primeiro grau, faz com que a natureza jurídica da remessa necessária seja a de um ato complexo; (c) *teoria do "quase recurso"*: de acordo com seus defensores (por exemplo: MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. v. III. 2. parte. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 116-117), a remessa necessária, por não possuir a característica dos recursos de ser interposta pela(s) parte(s) que sucumbiu(ram), e sim de ofício pelo juízo a quo, ao juízo ad quem, ela seria considerada um "quase recurso". Sobre o tema, consulte: MAZZEI, Rodrigo. A remessa "necessária" (reexame por remessa) e sua natureza jurídica. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. v. 12. São Paulo: RT, 2011. p. 405-432.

uma condição de eficácia exigida por lei; *a dois*, consideram que, por estar o instituto previsto no capítulo intitulado “Da sentença e coisa julgada” (capítulo XIII, livro I, título I, parte especial do CPC/15), não poderia ter natureza recursal, já que os recursos estão regulados em outro livro do código, o de número III.

Ademais, conforme leciona Oriane Neto¹⁷, falta natureza recursal à remessa exatamente por ausência de previsão legal¹⁸, vez que os recursos estão taxativamente previstos como tal.

Vale dizer que essa teoria já existia antes mesmo do CPC/73, mas foi na vigência do código revogado que se tornou dominante¹⁹.

Bernardo Pimentel Souza, um de seus defensores, após análise das condições para a ocorrência da remessa oficial ao tribunal ad quem declara, “[...] [d]á a conclusão acerca da natureza jurídica do instituto: *condição à formação da coisa julgada*”²⁰.

Tais condições seriam a falta de cumprimento dos requisitos dos recursos, como por exemplo, preparo, voluntariedade, tipicidade, interesse em recorrer, legitimidade, prazo para sua interposição, entre outros, o que impediria sua classificação como tal.

De igual teor, Nelson Nery Junior²¹ defende a impossibilidade de se reconhecer a remessa como recurso, basicamente porque (i) o juiz não estaria entre os legitimados para recorrer (art. 499, CPC/73 e art. 996, CPC/15), não tendo, portanto, como se considerar íntegro um recurso interposto pelo juiz, sujeito processual não dotado de legitimidade legal; (ii) não haveria prazo para a submissão do processo ao tribunal para apreciação da remessa necessária, o que contrariaria um dos requisitos de admissibilidade mais característicos dos recursos, qual seja, a tempestividade; (iii) não há dialeticidade, vez que o instituto não impugna especificamente os pontos da decisão analisada, ao contrário dos recursos que, por sua natureza, pressupõem tal enfrentamento, seja para fomentar o contraditório, seja para permitir uma revisão específica por parte do juízo ad quem; e, dentre outras razões, talvez a fundamental: (iv) não há, na remessa obrigatória, a voluntariedade, uma das características essenciais de todo ato recursal, vez que corriqueiramente a doutrina²² o vislumbra como um ônus ou faculdade, e não uma obrigação.

Dentre os defensores da primeira teoria estavam também, até o advento do CPC/15,

17 - “[...] Existem alguns remédios que, por absoluta falta de previsão legal, não são considerados como recursos, mas, tendo em vista a finalidade para a qual foram criados, fazem as vezes destes e, por esta razão, são reputados seus sucedâneos. Os mais importantes são o pedido de reconsideração, a correção parcial, a remessa obrigatória (art. 475 do CPC), também conhecida pelo *nomen juris* de reexame necessário de sentença [...]” (ORIONE NETO, Luiz. *Recursos Cíveis*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 155).

18 - “[...] Recurso, para o jurista brasileiro, há de ser tudo aquilo (e só aquilo) que o direito brasileiro considera recurso e como tal disciplina”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis. Rio de Janeiro: 1968, p. 10 apud BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Em defesa da revisão obrigatória das sentenças contrárias à fazenda pública. In: *Temas de Direito Processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 199-210, especialmente p. 201-202).

19 - NERY JUNIOR, op. cit., p. 92-93, especialmente nota de rodapé n.º 115.

20 - SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 970-972.

21 - NERY JR., op. cit., p. 91-94.

22 - “[...] pode-se conceituar recurso, no direito processual civil brasileiro, como o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna. Atente-se bem: dentro do mesmo *processo*, não necessariamente dos mesmos *autos*.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de processo civil, Lei 5.869*, de 11 de janeiro de 1973. v. V, arts. 476 a 565. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 233).

Freddie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, como se vê:

O reexame necessário condiciona a eficácia da sentença à sua reapreciação pelo tribunal ao qual está vinculado o juiz que a proferiu. Enquanto não for procedida à reanálise da sentença, esta não transita em julgado, não contendo plena eficácia. [...] Conclui-se, desse modo, que o reexame necessário reveste-se da natureza de condição de eficácia da sentença, não ostentando feição de recurso²³.

No entanto, com o surgimento do CPC/15, Didier Jr. e Cunha mudaram de ponto de vista, passando a defender, na nova edição de seu Curso, que “a remessa necessária [...] é, enfim, um recurso de ofício, interposto, geralmente, na própria sentença”²⁴, pois, ainda segundo tais autores, “dizer que a remessa necessária é condição de eficácia da sentença contém o equívoco de definir algo pelos seus efeitos, e não pelo que é”²⁵.

Cumprе mencionar que a teoria da remessa necessária como recurso, apesar de ter ganhado tão importantes adeptos, e antes mesmo disso já ter sido vista como precisa por autores como Sérgio Bermudes²⁶, ainda é considerada como minoritária.

De acordo com essa teoria, os requisitos dos recursos seriam relativizados. Para Didier Jr. e Cunha, “não existe um conceito universal de recurso. [...] No sistema brasileiro, há recursos voluntários e recursos compulsórios. Em ambos há provocação e impugnação”²⁷, e essas seriam as características fundamentais da definição de um recurso.

Assim, para tal posição, na remessa necessária haveria um recurso interposto, de ofício, pelo próprio juízo prolator da decisão contrária aos interesses da fazenda pública.

A despeito da relevância do debate, cabe-nos salientar que, para os fins desse artigo, tal discussão não será determinante, já que, quer se adote a primeira teoria, quer se acolha a segunda (ou mesmo quer se entenda pertinente alguma das teorias minoritárias mencionadas na nota de rodapé n.º 17), o problema irá persistir, qual seja: a aplicação, à remessa necessária, do ditame da súmula 45/STJ²⁸, a saber, vedação da *reformatio in pejus* (vide capítulo 5).

4 ANÁLISE CRÍTICA DA REMESSA NECESSÁRIA

A remessa necessária, conforme visto no capítulo I, faz parte do ordenamento jurídico

23 - DIDIER JR., Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil, meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. v. 3, 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 487.

24 - DIDIER JR., Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil, meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. v. 3, 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 403.

25 - Ibidem, p. 403.

26 - BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 173-174.

27 - DIDIER JR.; CUNHA, op. cit., 2016. p. 404.

28 - STJ, Súmula 45: “No reexame necessário, é defeso, ao tribunal, agravar a condenação imposta a Fazenda Pública”. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf]. Acesso em: 17 abr. 2017.

brasileiro desde as primeiras legislações genuinamente pátrias, estando presente, especificamente, em todos os Códigos de Processo Civil editados até os dias atuais.

Sua adoção na legislação interna se deu com as justificativas de que o Estado ou não possuía defensores minimamente capazes, diligentes e probos²⁹, ou não os detinha em número suficiente para proteger seus interesses³⁰, argumentos esses que, para grande parte da doutrina³¹, devem ser vistos como uma verdadeira ofensa aos seus servidores, já que a remessa necessária deixa evidente a falta de confiança nos representantes do poder público em juízo.

Além disso, o instituto sob análise é tido como resquício do princípio inquisitório³² e inexistente nos sistemas processuais dos países mais desenvolvidos³³.

Nesse sentido, é importante salientar a posição de Leonardo Greco, para quem a remessa necessária é:

Inconstitucional, imoral e uma demonstração da hipocrisia do Estado brasileiro, essa é a minha opinião sobre o duplo grau de jurisdição obrigatório ou remessa necessária. O Estado, que promete ser o guardião dos direitos dos cidadãos, é o primeiro a não respeitá-los, com a consciência da impunidade, tantos são os obstáculos que o cidadão terá de superar para obter na justiça a tutela dos seus direitos³⁴.

A doutrina majoritária³⁵, ao criticar o pretexto para a existência da remessa necessária, lamenta a perda da oportunidade, por parte do legislador, de ter dado fim ao instituto quando da elaboração do CPC/15, assim como ocorreu, por exemplo, com os embargos infringentes (art. 530, CPC/73) e o agravo retido (art. 522, CPC/73).

No essencial, a discussão limita-se à possibilidade de se conferir, de modo (i)legítimo, tratamento diferenciado a determinado ente processual. Em outras palavras: a remessa necessária deve ser encarada como um indevido privilégio, que vulnera a isonomia processual, ou tão somen-

29 - “[...] Esse aberrante favorecimento, que a generalidade dos ordenamentos dos povos civilizados desconhece, põe o Estado em situação manifestamente mais cômoda que os particulares, além de apoiar-se no falso pressuposto da incapacidade profissional, desleixo ou mesmo corrupção generalizada entre os procuradores dos entes estatais”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 1, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 217).

30 - “[A] sobrevivência dessa excrescência se deve à falta de confiança do Estado nos seus juízes e nos seus procuradores e à pouca importância que, nas elevadas esferas dos três Poderes do Estado, tem sido dada ao dever do Estado de respeitar os direitos de todos e dever do Judiciário de tutelá-los com eficácia. [...] Para justificar a permanência do reexame necessário, com frequência se ouve a utilização do argumento de que nem todos os entes públicos dispõem de procuradores competentes e em número suficiente, pois muitos deles são pequenos e pobres municípios do interior”. (GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*: recursos e processos da competência originária dos tribunais. v. 3, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 85-86).

31 - *Nesse sentido*: DINAMARCO, op. cit., p. 217; BUZAID, Alfredo. Da apelação *ex officio* no sistema do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1951. p. 57-58 apud BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. v. 5, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 399; GRECO, op. cit., p. 85-86; ZENKNER, Marcelo. O (velho) reexame necessário no Novo CPC.; In: DIDIER JR., Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord). *Advocacia pública*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 265-278.

32 - *Nesse sentido*: STJ, 2T., REsp. 52.101/ES, Rel. Min. Nancy Andrigui, j. 15.8.2000, DJU 11.9.2000, p. 232; NERY JUNIOR, op. cit., p. 91; e SOUZA, op. cit., p. 86.

33 - GRECO, op. cit., p. 83-88.

34 - *Ibidem*, p. 87.

35 - De acordo: GRECO, op. cit., p. 83-88; NERY JUNIOR, op. cit., p. 97; e ZENKNER, op. cit., p. 265-278.

te como uma prerrogativa, justificada pelos interesses defendidos pela Fazenda Pública?

Para Leonardo Greco, não existem dúvidas a respeito da natureza de privilégio do instituto:

As partes devem ser tratadas com igualdade, de tal modo que desfrutem concretamente das mesmas oportunidades de sucesso final, em face das circunstâncias da causa [...]. A igualdade concreta também se aplica quando uma das partes é o Estado, sob pena de privar o particular da garantia da tutela jurisdicional efetiva. Os chamados privilégios processuais da Fazenda Pública somente são legítimos na medida em que se fazem necessários para que o Estado possa exercer com plenitude a sua defesa em juízo, em igualdade de condições com qualquer outro litigante. De nenhum modo são toleráveis para dar ao Estado posição de vantagem ou para dificultar ou retardar o acesso à Justiça do cidadão ou para eximir o Estado do cumprimento dos seus deveres. *Reexame necessário*, critérios diferenciados para o arbitramento de honorários da sucumbência, [...] *são privilégios que violam a garantia da igualdade concreta*. Quanto aos prazos em dobro ou em quádruplo, a questão é polêmica³⁶.

No mesmo sentido, vê-se o posicionamento de Ada Pellegrini Grinover, que considera o reexame necessário um “verdadeiro privilégio, insustentável, porque nem sempre nesses casos [nos que incide a remessa necessária] a lide versará sobre bem da vida considerado socialmente relevante”³⁷. Em outros termos, continua Grinover, o instituto seria inconstitucional por estabelecer vantagem baseada na pessoa e não na relevância pública da matéria discutida.

De igual teor, é o pensamento de Maurício Giannico:

O excesso de prerrogativas processuais do Estado, justificável apenas sob a ótica de uma inaceitável filosofia política totalitária, remete-nos a uma concepção ultrapassada, nociva e contrastante com as já conhecidas tendências da universalização da jurisdição, da efetividade do processo e da pacificação social com justiça. Esses privilégios são, no mais das vezes, indesejáveis resquícios advindos dos sistemas antidemocráticos que regeram o contexto nacional vivido nas décadas de 30 e 40 (Estado Novo) e, na prática, subsistem por uma mera comodidade institucional³⁸.

Em sentido diametralmente oposto, coloca-se a relevante doutrina de José Carlos Barbosa Moreira³⁹ que, embora minoritária, entende relevante a existência e manutenção da prerrogativa da remessa necessária no ordenamento jurídico pátrio.

Assim, e para defender seu ponto de vista, Barbosa Moreira propõe-se a trazer argu-

36 - GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2017. (grifos acrescentados).

37 - GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975. p. 45. De ressaltar que o mesmo entendimento foi confirmado muitos anos depois, na consagrada obra escrita pela autora, em coautoria com Cintra e Dinamarco: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 60.

38 - GIANNICO, Maurício. Remessa obrigatória e o princípio da isonomia. In: *Revista de Processo*, v. 111. São Paulo: RT, 2003. p. 53-68.

39 - BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Em defesa da revisão obrigatória das sentenças contrárias à fazenda pública. In: *Temas de Direito Processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 199-210.

mentos que, em seu entender, serviriam para refutar as principais críticas à remessa obrigatória.

Com tal escopo, entende Barbosa Moreira que não é possível mensurar se os interesses da Fazenda Pública são defendidos por seus procuradores de forma satisfatória, e que somente uma pesquisa estatística encerraria tal discussão. Com efeito, como não se tem notícia da realização dessa pesquisa, fica praticamente impossível defender que a desnecessidade da remessa, já que, pelo menos em tese, ela pode ser útil aos interesses fazendários.

Ademais, não se poderia nomear de autoritário o instituto multicitado, pois sua origem, ao contrário do que muitos alegam, não se deu durante o regime ditatorial do país, mas sim em 1831, ainda no período do Império, não sendo uma inovação dos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973. Aliás, Barbosa Moreira afirma que “é falsa a premissa implícita de que tem feição autoritária toda e qualquer medida legislativa tomada em período ditatorial ou semiditatorial”⁴⁰.

Nessa mesma toada, prossegue Barbosa Moreira dizendo que não é possível afirmar com propriedade que a remessa obrigatória seria uma exclusividade brasileira⁴¹, vez que ela está presente no ordenamento jurídico de vários países da América Latina (por exemplo, o da Colômbia), e, ainda que não positivado nas legislações europeias, ainda sob sua perspectiva, essa falta não significa tratamento igualitário entre o Poder Público e o particular, mas sim que existem outras formas de proteção dos Estados (por exemplo, o contencioso administrativo francês⁴²).

Por fim, Barbosa Moreira afirma que a lei busca o resultado justo para a Fazenda Pública, de modo que a submissão aos dois graus de jurisdição se trata de mera prerrogativa processual, justificada, na maioria das vezes, pelo interesse público, o que parece ser uma medida razoável para se proteger o patrimônio público⁴³.

Com propriedade, assevera:

A obrigatoriedade do reexame em segundo grau das sentenças contrárias à Fazenda Pública não ofende o princípio da isonomia, corretamente entendido. A Fazenda não é um litigante qualquer. Não pode ser tratada como tal; [...]. O interesse público, justamente por ser público – ou seja, da coletividade como um todo – é merecedor de proteção especial [...]⁴⁴.

Ainda sob essa lógica, pode-se citar o posicionamento de Leonardo Carneiro da Cunha, que entende ser a remessa necessária uma consequência da necessidade de se preservar os interesses públicos⁴⁵, e não necessariamente de um privilégio sem fundamento, pois

As “vantagens” processuais conferidas à Fazenda Pública revestem o matiz de prerrogativas, eis que contêm fundamento razoável, atendendo, efetivamente, ao princípio

40 - BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 207.

41 - BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 204-206. No mesmo sentido: MAZZEI, op. cit., p. 405-432; TOSTA, op. cit., p. 120-123.

42 - BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 205.

43 - Ibidem, p. 208.

44 - Ibidem, p. 209.

45 - CUNHA, op. cit., p. 204.

da igualdade, no sentido aristotélico de tratar os iguais de forma igual e desiguais de forma desigual⁴⁶.

Analisados, ainda que brevemente, alguns dos principais argumentos contrários e favoráveis à remessa – e sem que aqui seja, por ora, realizado qualquer conclusão a esse respeito –, certo é que o instituto, como visto nos capítulos anteriores, foi mantido no CPC/15, e, portanto, deve ser estudado.

Nesse propósito, é fundamental entendê-lo como uma regra excepcional no ordenamento, na medida em que, como também já visto (cap. 2), suas hipóteses de incidência foram bastante reduzidas com o art. 496, CPC/15. Assim, e como exceção que é, a remessa deve ser interpretada restritivamente, até mesmo como uma forma de amenizar seu impacto no ordenamento⁴⁷.

5. A SÚMULA 45/STJ E AS (SUPOSTAS) OFENSAS À CF/88

5.1 A súmula 45/STJ: uma análise crítica

Tomando-se por base a corrente que entende constitucional o instituto da remessa necessária – sem que isso implique, no presente artigo, em posicionamento a esse respeito –, cumpre destacar, nesse capítulo, a discussão a respeito do verbete n.º 45 do enunciado sumular do STJ.

O posicionamento do STJ, desde muito antes da súmula aqui analisada, vinha sendo no sentido de que a remessa de ofício foi idealizada para defender o interesse do Estado ou de pessoa jurídica de direito público envolvida na causa, não podendo o tribunal ser contrário ao “espírito” do instituto, agravando a situação da Fazenda Pública. Destarte, em julgamento realizado em 5 de agosto de 1992, por ocasião do julgamento do REsp 14.238/SP⁴⁸, o Ministro Relator Demócrito Reinaldo, com o aval de todos os julgadores presentes da 1ª Turma, propôs o encaminhamento dos autos à 1ª Seção para a elaboração de uma súmula, a fim de uniformizar a sua interpretação.

Posteriormente⁴⁹, tal sugestão foi plenamente aceita na 1ª Seção, tendo sido editado o verbete n.º 45 aqui citado, o qual, como se percebe da leitura da jurisprudência do STJ⁵⁰ e de ou-

46 - CUNHA, op. cit., p. 204.

47 - Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 285; JAYME; SALOMÉ; OLIVEIRA JR., op. cit., p. 383; MOLLICA, Rogério. A remessa necessária e o Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord). *Advocacia pública*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 455-466; NERY JUNIOR, op. cit., p. 91-99; STJ, 2T, AgRgAg 2187-DF, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 14.3.1990, v.u., DJU 2.4.1990, p. 2455.

48 - STJ, 1ª Turma, REsp 14.238/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 05/08/92, DJ 21/09/92.

49 - Deve-se fazer, aqui, uma observação no mínimo curiosa: segundo o STJ, o julgamento do qual partiu a ideia de se propor a edição da súmula 45 se deu, como visto, em 5 de agosto de 1992. Sucede, entretanto, que ao se verificar, no próprio site do STJ, a data de criação da respectiva súmula, constata-se o dia 16 de junho de 1992. Ora, como poderia ser possível que a súmula “nascesse” antes mesmo da sua proposta de criação? Certamente, há algum equívoco nas datas informadas pelo STJ.

50 - Nesse sentido, vejam-se decisões de cinco das seis turmas do STJ: REsp 1017496/AM, 1T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 04/02/2010, DJe 19/02/2010; REsp 1.600.115/GO, 2T., Rel. Min. Herman Benjamin, j. 18/08/2016, DJe 12/09/2016; REsp 34.301/SP, 4T., Rel. Min. Antonio Torreão Braz, j. 23/11/1993, DJ 07/02/1994, p. 1185; REsp 1203710/MG, 5T., Rel. Min. Regina Helena Costa, j. 22/10/2013, DJe 28/10/2013; AgRg no Ag 1103245/RS, 6T., Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 23/11/2010, DJe 17/12/2010.

tras cortes locais do país⁵¹, vem sendo, salvo raras exceções⁵², reiteradamente aplicado⁵³.

Diante de tal posicionamento dominante nos tribunais e, especialmente, para que possa se chegar ao cerne da controvérsia, faz-se necessário revisitar o sistema recursal brasileiro, especialmente duas de suas características básicas, quais sejam: i) a voluntariedade e ii) a vedação da *reformatio in pejus*.

A voluntariedade significa que o recurso é uma manifestação intencional de um dos sujeitos processuais, e está vinculada aos legitimados previstos no art. 996, CPC/15, a saber, a parte vencida, o terceiro prejudicado e o Ministério Público, quer como fiscal da lei, quer como parte interessada.

Em outros termos: o recurso é, conforme assevera Alexandre Freitas Câmara, “um mecanismo de utilização voluntária”, “uma manifestação de insatisfação”, vez que “recorre contra uma decisão aquele que, insatisfeito com ela, pretende provocar o seu reexame”⁵⁴.

Por sua vez, o princípio da proibição da *reformatio in pejus* tem o objetivo de evitar que o juízo ad quem possa decidir de modo a piorar a situação de quem interpôs o recurso. Nas palavras de Leonardo Greco:

Sendo o recurso um direito subjetivo de obter o reexame de uma decisão judicial que causa prejuízo ao recorrente [...], desse reexame somente poderá resultar uma decisão que reduza esse prejuízo ou o mantenha, mas não que o agrave. É a chamada proibição da *reformatio in pejus*⁵⁵.

Isto é, sendo o recurso um direito do interessado, com base no princípio da vedação da *reformatio in pejus*, desse reexame só poderá resultar uma decisão que mantenha o entendimento da primeira instância ou que reduza o prejuízo do recorrente, sendo vedado seu agravamento, sob pena de se ferir o próprio direito ao recurso. Afinal, caso o recurso pudesse piorar a situação daquele que dele se utiliza, dificilmente o interessado se veria incentivado a levar a sua pretensão ao juízo ad quem, e acabaria por se conformar, ainda que forçosamente, com a decisão do juízo *a quo*.

A *reformatio in pejus*, assim, atenta contra a própria essência do duplo grau de jurisdição, pois a chance de ter sua situação piorada faria com que o recorrente não se sentisse incentivado a devolver ao Judiciário a questão que lhe foi desfavorável.

51 - Nesse sentido: TRF1, 5T, AC 0002151-16.2011.4.01.3806/MG, Rel. Des. Federal Souza Prudente, e-DJF1 de 29/03/2016; TRF3, 11ª Turma, Remessa Necessária Cível 1705438 - 0048850-56.2011.4.03.9999, Rel. Juíza Convocada Noemi Martins, j. 06/12/2016, e-DJF3 Judicial 1 Data:16/12/2016; TRF3, 2ª Seção, EI 114122 - 0402906-15.1991.4.03.6103, Rel. Juíza Convocada em Substituição Regina Costa, j. 20/10/2009, e-DJF3 Judicial 1 23/11/2009 pg.16.

52 - Nesse sentido: TRF1, 5T, AC 0002151-16.2011.4.01.3806/MG, Rel. Des. Federal Souza Prudente, e-DJF1 de 29/03/2016; TRF3, 11ª Turma, Remessa Necessária Cível 1705438 - 0048850-56.2011.4.03.9999, Rel. Juíza Convocada Noemi Martins, j. 06/12/2016, e-DJF3 Judicial 1 Data:16/12/2016; TRF3, 2ª Seção, EI 114122 - 0402906-15.1991.4.03.6103, Rel. Juíza Convocada em Substituição Regina Costa, j. 20/10/2009, e-DJF3 Judicial 1 23/11/2009 pg.16.

53 - Vale ressaltar que o próprio STJ pode vir a rever sua posição, pelo menos quanto às causas previdenciárias, consoante se infere de notícia recentemente publicada no portal Migalhas, em que a 1ª Seção discute se há, ou não, possibilidade de rever decisão tomada desfavoravelmente ao Estado em sede de remessa necessária. Nos autos do REsp 1.544.804/RJ, logo após o voto do Min. Relator Mauro Campbell, o julgamento foi suspenso, mediante pedido de vista da Min. Assusete Magalhães, e até a presente data não foi retomado. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI255229,11049 Beneficio+previdenciario+revisado+em+reexame+necessario+esta+em>. Acesso em: 15 maio 2017.

54 - CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 495.

55 - GRECO, op. cit., p. 25.

Por outro lado, e como já mencionado⁵⁶, a remessa necessária tem como principal característica a devolução ao juízo *ad quem*, de ofício, por ato do juízo a quo, da sentença em que os interesses fazendários foram prejudicados.

No entanto, de acordo com Leonardo Greco, “[o] juiz não tem qualquer interesse em que a sua decisão seja revista ou reexaminada, por ser o mais isento dos sujeitos processuais”⁵⁷. Logo, tal ato descaracteriza totalmente a voluntariedade, de tal forma que ocorre, nessa circunstância, o chamado “efeito translativo”⁵⁸ que, conforme Cassio Scarpinella Bueno:

[...] viabiliza a possibilidade de o Tribunal, mesmo sem provocação de quaisquer das partes [...] modificar integralmente a sentença, tal qual proferida, ainda que isso acarrete, em termos práticos, uma piora na situação da Fazenda Pública, mesmo sem recurso da outra parte⁵⁹.

Essa é, em linhas gerais, a mesma ideia defendida por Nelson Nery Junior:

Consequência análoga à provocada pelo efeito translativo do recurso ocorre com o reexame necessário, pelo tribunal, das sentenças sujeitas ao duplo grau obrigatório (CPC 475). Também aqui não se pode falar em efeito devolutivo da remessa necessária, porque se está diante de manifestação do princípio inquisitório. O que existe, na verdade, é que a eficácia plena da sentença, nos casos do CPC 475, fica condicionada ao seu reexame pelo tribunal ad quem. A sentença como um todo é que fica submetida ao reexame, de sorte que é lícito ao tribunal modificar a sentença, reformando-a ao anulando-a, total ou parcialmente⁶⁰.

Assim sendo, e em síntese, pode-se perceber que a característica da voluntariedade (e, por consequência, a proibição da *reformatio in pejus*) está ligada ao efeito devolutivo, ao passo que, por outro lado, a remessa *ex officio* está ligada ao efeito translativo.

A despeito de tais diferenças, a jurisprudência pátria e a doutrina favorável à súmula 45/STJ têm defendido, ainda que por analogia, a aplicação da proibição da *reformatio in pejus* ao reexame necessário, sob a justificativa de que tal instituto foi criado para tutelar interesses da Fazenda Pública, de modo que, por consequência, o duplo grau de jurisdição só a ela aproveitaria.

Em outras palavras, e para que fique ainda mais claro: no julgamento da remessa necessária, independentemente do que possa ter ocorrido em primeiro grau de jurisdição, entende a jurisprudência que deverá o tribunal observar as súmulas 45 e 325⁶¹ do STJ, o que restringe o julgamento, restando ao órgão julgador duas opções: ou entende que a sentença está perfeita, e julga improcedente a remessa, ou julga imprecisa a sentença, reformando-a, desde que tal decisão seja favorável à Fazenda Pública.

56 - Vide, a esse respeito, o capítulo 2, especificamente o entendimento daqueles que, como Didier Jr. e Cunha, veem na remessa obrigatória um recurso de ofício.

57 - GRECO, op. cit., p. 22.

58 - Nesse sentido: BUENO, op. cit., p. 407; SOUZA, op. cit., p. 85-88; NERY JÚNIOR, op. cit., p. 94-98.

59 - BUENO, op. cit., p. 407; destaques acrescentados.

60 - NERY JÚNIOR, op. cit., p. 464.

Ora, se é correta a premissa de que, em sede de remessa necessária, todas as questões contrárias à Fazenda Pública são enviadas de ofício ao tribunal, parece correto também pensar que isso se deve ao efeito translativo, uma vez que, como visto, o efeito devolutivo está ligado a um ato volitivo.

Assim sendo, não parece razoável querer que se incida, em questão atinente ao efeito translativo, uma regra característica do efeito devolutivo, qual seja, a proibição da *reformatio in pejus*.

Vale frisar: por maior que seja o equívoco cometido pela sentença, de acordo com os citados enunciados do STJ, deverão ser revistas somente as parcelas da condenação suportada pela Fazenda Pública, ou seja, se ficar caracterizado que houve negativa de direitos na sentença e o seu reparo importar em melhora na situação daquele que litiga com o Estado, não haveria, quanto a tais pontos, incidência do efeito translativo, e o tribunal deveria fechar seus olhos a esse respeito, em evidente desperdício de atividade jurisdicional e, porque não dizer, à isonomia.

Em síntese: ainda que se considere que a remessa é um recurso interposto pelo próprio juiz, de ofício, não parece haver razoabilidade em entender que a “devolutividade” implicaria apenas em resultados favoráveis à Fazenda Pública. O que a lei impõe é, como já se viu, em respeito ao interesse público ali discutido, que haja um reexame da matéria, nada mencionando a respeito do *resultado* deste re julgamento.

Se isso não fosse suficiente, o enunciado aqui discutido ainda vulnera a isonomia processual, como se passa a demonstrar.

5.2 A súmula 45/STJ: uma ofensa ao princípio constitucional da isonomia?

Como se sabe, os direitos fundamentais previstos na CF/88 devem perpassar todo o sistema jurídico, vez que

[...] as normas constitucionais que consagram direitos fundamentais não se referem apenas a direitos subjetivos dos indivíduos, estabelecendo, também, as garantias fundamentais da proteção desses direitos e os princípios objetivos da ordem democrática do Estado de Direito⁶².

Nesse sentido, Paulo Roberto de Gouvêa Medina ensina que:

[...] Têm-se, ao lado dos princípios constitucionais processuais, princípios constitucionais básicos de imediata repercussão no campo do processo. Desses decorrem alguns dos direitos públicos subjetivos invocáveis em juízo, como o da isonomia (Const. do Brasil, art. 5º, *caput*)⁶³.

61 - A súmula 325, aqui referida, é, de certo modo, decorrência lógica da súmula 45, já que aquela prevê, de modo expresso, que “A remessa oficial devolve ao Tribunal o reexame de todas as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado”. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf]. Acesso em 26.04.2017.

62 - QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais (teoria geral)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 71 apud JAYME; SALOMÉ; OLIVEIRA JR., op. cit., p. 385.

63 - MEDINA, Paulo Roberto Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 28.

Dessa forma, a súmula 45 do STJ deve ser aferida à luz dos chamados princípios constitucionais processuais, em especial, o princípio da igualdade, elencado no art. 5º, caput da CF/88 e, na legislação ordinária, no art. 139, I do CPC/2015.

Também chamado de princípio da isonomia, este preceito determina que o ordenamento jurídico trate igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade, além de assegurar às partes processuais tratamento igualitário.

Tal princípio deve ser observado tanto no aspecto formal como no material, devendo, ainda, quando utilizado, manter uma relação lógica e direta com a finalidade buscada pela norma jurídica que o estabeleceu.

Quanto ao aspecto formal ou estático, conforme estabelece Rafael Sirangelo de Abreu⁶⁴, determinada norma é considerada isonômica se for aplicada igualmente para todos os destinatários, e se não estabelecer distinções desarrazoadas.

Com efeito, ao menos aparentemente, a remessa necessária se justifica, já que pretende conceder – e de fato concede – um benefício ao Estado por conta do interesse público defendido em juízo.

Por outro lado, e ainda sob o enfoque de Rafael Sirangelo de Abreu⁶⁵, o viés material ou dinâmico do princípio da isonomia deve ser respeitado quando da aplicação em concreto do dispositivo sob exame, de modo que substancialmente não deixe dúvidas a respeito da observância da igualdade.

É especificamente sob tal perspectiva que, salvo melhor juízo, a súmula 45 do STJ parece ofender a isonomia.

Isso porque o STJ, ao editar e aplicar a súmula 45, fez, em favor da Fazenda Pública, uma interpretação restritiva do art. 475 do CPC/73, atual art. 496 do CPC/15, excluindo, de modo ilegítimo e ilegal, uma possibilidade de interpretação que, em tese, seria plenamente possível do instituto da remessa necessária, qual seja, a de piorar a situação da Fazenda Pública.

Tal restrição não poderia ser feita pelo intérprete legal, pois, como dispõe conhecida regra hermenêutica, “onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir”. É essa, aliás, a conclusão a que chegou Bernardo Pimentel:

[...] Com efeito, superada a orientação que considerava a remessa obrigatória uma espécie de recurso de ofício, tem-se atribuído ao instituto do reexame necessário a natureza jurídica de condição à formação da coisa julgada. Daí a impossibilidade da aplicação do princípio da irreformabilidade para pior ao reexame necessário. Trata-se de princípio norteador dos recursos, por estar atrelado ao princípio dispositivo, próprio dos recursos. Sob outro prisma, não há no art. 475 nenhum indício de que “o duplo grau de jurisdição” é limitado em favor dos entes públicos. Na verdade, há apenas exigência do “duplo grau de jurisdição”, o qual deve ser integral, tendo em vista a inexistência de restrição no preceito de regência: *ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere*. Aliás, interpretação diversa não se coaduna com o princípio da isonomia⁶⁶.

64 - ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito*. São Paulo: RT, 2015. p. 29-30.

65 - *Ibidem*, p. 37. Mais adiante (p. 199), Rafael Sirangelo de Abreu aborda a questão da isonomia especificamente a respeito da remessa necessária, também entendendo que “a potencialidade de prejuízo ao patrimônio da coletividade não impõe, por si só, a necessidade de tratamento diferenciado, uma vez que no debate processual haverá plenas oportunidades de desempenho do exercício de influência por todos os sujeitos processuais”.

66 - SOUZA, op. cit., p. 87; destaques do original.

Ademais, como bem observa Hugo de Brito Machado Segundo, o reconhecimento concreto da isonomia não pode ser uma justificativa para arbitrariedades, mas sim para um propósito legítimo⁶⁷ do legislador/aplicador.

Afinal, a ideia de igualdade somente comporta essa diferenciação de abordagem quando há uma intenção e para sua efetivação são utilizados critérios razoáveis e suficientes para que seja evitado o tratamento tendencioso⁶⁸.

Em outros termos, e consoante lição de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, “a igualdade perante a lei é premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz”, de modo que “da norma inscrita no art. 5º, caput, da Constituição, brota o princípio da igualdade processual”⁶⁹.

No caso, ao contrário, conforme lição da doutrina majoritária⁷⁰, não há nada na norma de regência, nem mesmo no ordenamento pátrio como um todo, que permita inferir que a súmula 45 do STJ estaria a homenagear a isonomia processual em concreto⁷¹.

Nessa lógica, Nelson Nery Junior coloca:

Nesse procedimento da remessa necessária é impertinente falar em *reformatio in peius*, já que não atua o princípio dispositivo, mas o inquisitório. Assim, não havendo recurso da parte ou interessado, pode o tribunal, v.g., modificar a sentença agravando a posição da Fazenda Pública, pois o reexame necessário não foi criado para proteger descomedidamente os interesses públicos, mas para fazer com que a sentença que lhes fora adversa seja obrigatoriamente reexaminada por órgão de jurisdição hierarquicamente superior⁷².

De modo ainda mais enfático, conclui Nelson Nery Jr. que:

Condicionar o reexame necessário a o tribunal apenas melhore a situação da Fazenda Pública, vale dizer, condicionar o reexame necessário *secundum eventum*, é violar a garantia constitucional da igualdade. Daí por que reputamos ser incorreto, *data maxima*

67 - MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo Tributário*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 20-21.

68 - “A igualdade na legislação pressupõe a inexistência de distinções arbitrárias no seu conteúdo. A distinção tem de ser feita de forma racional pelo legislador. É claro que a igualdade ‘não consiste em um tratamento igual sem distinção de todos em todas as relações, já que ‘senão aquilo que é igual deve ser tratado igualmente’. O problema da igualdade na legislação, portanto, está na utilização de critérios legítimos para distinção entre pessoas e situações no processo. É vedada, em outras palavras, a existência de ‘distinções arbitrárias’ na legislação, isto é, realizadas sem finalidade legítima (legitimate purpose)’. O direito a igualdade e à paridade de armas, para além de vincular o legislador, vincula igualmente o juiz na condução do processo. É inadmissível que, por ato judicial, as partes tenham oportunidades assimétricas ao longo do processo” (MARINONI, Luiz Guilherme *et al. Novo Curso de processo civil*. v. 1. São Paulo: RT, 2015. p. 499).

69 - CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 59.

70 - Nesse sentido: BUENO, op. cit.; NERY JÚNIOR, op. cit.; SOUZA, op. cit.; NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002.

71 - Contra, entendendo ser legítima a interpretação dada pela súmula 45/STJ: JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. p.203-204.

72 - NERY JÚNIOR, op. cit., p. 464.

venia, porque inconstitucional, o entendimento sumulado do Superior tribunal de Justiça (STJ 45), no sentido de que o Tribunal não poderia agravar, no julgamento da remessa necessária, a situação da Fazenda Pública, sob os fundamentos de que a parte contrária teria aquiescido à sentença e de que, caso se prejudicasse a Fazenda, haveria *reformatio in peius*, proibida pelo sistema recursal brasileiro⁷³.

Ainda sob esse ponto de vista, Cassio Scarpinella Bueno pondera:

A ausência de iniciativa da parte prejudicada pela sentença em busca de sua revisão é, destarte, suficiente para afastar do instituto a possibilidade de ocorrência da “*reformatio in peius*”, instituto que, ademais, limita-se aos recursos, o que o reexame necessário não é. [...] Compreender que do reexame necessário não pode resultar prejuízo para a Fazenda Pública quando não houver apelação da parte interessada (ou do terceiro) robustece as considerações [...] no sentido de tornar ainda mais evidente que o instituto destoa do “modelo constitucional do direito processual civil”, em especial do “princípio da isonomia”⁷⁴.

Diante de tais considerações, vale frisar: em nenhum dispositivo do CPC, e nem mesmo de qualquer outra norma, existe a vedação propagada pela súm. 45/STJ, de modo que, como destaca Bernardo Pimentel Souza⁷⁵, possuindo a remessa necessária natureza jurídica de condição de eficácia da sentença, a exigência do duplo grau de jurisdição obrigatório deveria se dar de modo integral.

A manifesta crítica à súm. 45/STJ é também abraçada por Marcus Vinícius Rios Gonçalves, como se vê:

O reexame necessário também merece análise à luz do princípio da igualdade. Em si, ele não ofende, pois apenas submete a eficácia da sentença à apreciação do tribunal. O que constitui injustificável privilégio é a impossibilidade de se agravar a situação da Fazenda (Súmula 45 do STJ). Não há, portanto, um reexame necessário de toda decisão, mas reapreciação apenas daquilo em que a Fazenda sucumbiu, o que não se sustenta à luz do princípio da isonomia⁷⁶.

Por fim, e a arrematar quaisquer dúvidas, importa observar a interpretação do art. 5º, caput da CF/88 elaborada pelo próprio STF, em trabalho denominado “A Constituição e o Supremo”:

O princípio da isonomia, que se reveste de autoaplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei; e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsá-

73 - NERY JÚNIOR, op. cit., p. 98.

74 - BUENO, op. cit., p. 407.

75 - SOUZA, op. cit., p. 971-972.

76 - GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil, teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)*. v. 1. 13 ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 51.

veis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. (STF, MI 58, rel. p/ o ac. min. Celso de Mello, j. 14/12/90, DJ de 19/4/91; destaques acrescentados)⁷⁷.

Desse modo, ainda que se considere constitucional, por força da proteção ao interesse público, o instituto da remessa necessária e, por consequência, o art. 496, CPC/15, percebe-se nitidamente que não se mostra compatível com a Magna Carta a interpretação descrita na súmula 45/STJ, que estabelece “tratamento seletivo ou discriminatório” não trazido pelo legislador.

Demais disso, ao restringir a aplicação da norma legal, todos os órgãos do Judiciário que dão guarida à súmula 45/STJ acabam por se colocar na função de legisladores, em evidente desprezo à separação de poderes, já que, conforme ressalta Enrico Tullio Liebman, em análise da clássica obra “Juizes Legisladores?”, de Mauro Cappelletti,

[...] A lei é a lei, e o juiz a ela se submete (art. 101, alínea 2, da Constituição Italiana), não podendo completá-la ou integrá-la, mas somente aplicá-la, o que quer dizer, tornar claro, concretizar, explicitar, o que o ordenamento jurídico já contém, embora de forma abstrata⁷⁸.

Afinal, como preceitua o próprio STF, “tanto vulnera a lei o provimento judicial que implica exclusão do campo de aplicação da hipótese contemplada, como a que inclui exigência que se lhe mostra estranha”⁷⁹. Isto posto, pode-se concluir que o entendimento que retira uma hipótese de aplicação do art. 496, CPC/15 certamente o vulnera.

6. CONCLUSÃO

O presente artigo se propôs a analisar o instituto da remessa necessária, trazendo inicialmente seu histórico, para então comentar sua previsão no CPC/15, atualizando o leitor acerca das alterações sofridas em relação ao CPC/73. Posteriormente foi discutida sua natureza jurídica, levando a uma análise crítica da remessa e, conseqüentemente, do conteúdo da súmula 45 do Superior Tribunal de Justiça.

Ainda que presente em todos os Códigos de Processo Civil brasileiros, o instituto ora examinado é duramente criticado pela doutrina, seja em relação à justificativa para a sua criação,

77 - Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acesso em: 08 maio 2017.

78 - LIEBMAN, Enrico Tullio. A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei. In: *Revista de Processo*, v. 43. São Paulo: RT, 1986. p. 57-60; destaques acrescentados.

79 - EMENTA: [...] Recurso extraordinário. Violação à lei. *Tanto vulnera a lei o provimento judicial que implica exclusão do campo de aplicação de hipótese contemplada, como o que inclui exigência que se lhe mostra estranha.* [...] Violação à lei. Registro de candidatos ao Senado. Suplentes. Par. 3 do art. 45, CF/88. Este dispositivo legal não disciplina o registro dos candidatos. Vulnera-o decisão que o tem como pertinente para, de forma peremptória, indeferir o registro de chapa em que apresentado apenas um suplente, pouco importando que a diligência objetivando a complementação respectiva esteja prevista em diploma legal de cunho ordinário. O desrespeito a este não serve à manutenção do esvaziamento dos direitos e garantias constitucionais explícitos e dos que decorrem dos princípios inseridos na Lei Maior (STF, Pleno, RE 128519, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 27/09/1990, DJ 08-03-1991 PP-02206 EMENTA VOL-01610-04 PP-00576; destaques acrescentados).

seja quanto à sua manutenção até os dias atuais.

Como foi demonstrado ao longo do trabalho, a doutrina majoritária entende ser a remessa necessária um privilégio da Fazenda Pública, que não se justifica no atual cenário processual, devido a crescente valorização da constitucionalização do processo.

Diante da permanência do instituto no ordenamento jurídico pátrio pelo CPC/15, a doutrina traz à tona a discussão acerca da sua natureza jurídica, prevalecendo o entendimento de que se trata de condição de eficácia da sentença.

Nesse momento pode-se perceber que a doutrina majoritária entende que toda a matéria discutida no processo seria devolvida ao tribunal, o qual, teoricamente, poderia analisá-la de forma ampla e irrestrita. No entanto, como visto, essa reanálise é modulada pela súmula 45/STJ, a impedir que as questões contrárias à Fazenda Pública sejam enfrentadas.

Diante disso, foi feita uma investigação crítica da referida súmula, identificando que, ao editá-la, o STJ fez uma interpretação restritiva do então art. 475, CPC/73, hoje substituído pelo art. 496 do CPC/15, para, como dito, excluir a possibilidade de o tribunal piorar a situação da Fazenda Pública.

Tal atitude merece censura, vez que o intérprete da lei não tem competência para suprimir uma das possibilidades de resultado quando da aplicação da lei, já que o dispositivo que regula a remessa necessária em momento algum garante que o resultado da revisão não possa piorar os interesses fazendários.

Assim, entende-se que o STJ – e todos os tribunais que aplicam a súm. 45/STJ –, além de violarem a regra de hermenêutica de que não cabe ao intérprete criar distinções não criadas pelo legislador, violam também a garantia constitucional da igualdade.

Nesse sentido, considera-se que o enunciado sumular multicitado deve ser visto como uma afronta ao modelo constitucional processual vigente no ordenamento jurídico atual, que não comporta mais privilégios processuais desarrazoados.

Diante desse contexto, observa-se inequívoco desrespeito ao princípio da isonomia, especificamente em seu aspecto material, que preceitua a observância da igualdade das partes quando da aplicação em concreto do dispositivo legal, no caso o artigo 496 do CPC/15.

Por todas essas razões, e de modo conclusivo, entende-se que, caso determinado tribunal local venha a aplicar a súmula 45/STJ, deverá se pensar na interposição de recurso especial por ofensa ao art. 496, CPC/15, nos termos do art. 105, III, CF/88.

De igual modo, defende-se que o STJ – a Corte Superior que, de acordo com a CF/88, deve ser a “guardiã da lei federal” – deve urgentemente cancelar sua súmula 45, na medida em que, como dito, seu entendimento se afigura ilegal e contrário ao princípio da isonomia.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito*. São Paulo: RT, 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de processo civil, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. v. V, arts. 476 a 565. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Em defesa da revisão obrigatória das sentenças contrárias à fazenda pública. In: *Temas de Direito Processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. 199–210.

BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. v. 5. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *O poder público em juízo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

_____. Art. 496. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (coord). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. tiragem. São Paulo: RT, 2015. p. 1227–1262.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil, meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. v. 3, 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

_____. *Curso de direito processual civil, meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. v. 3, 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v.1, 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

GIANNICO, Mauricio. Remessa obrigatória e o princípio da isonomia. In: *Revista de Processo*. v. 111. São Paulo: RT, 2003. p. 53–68.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil, teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)*. v. 1, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Novo curso de direito processual civil, processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões*. v. 3, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade*. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. *Os princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975.

GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais Do Processo: o processo justo*. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2017.

_____. *Instituições de Processo Civil: recursos e processos da competência originária dos tribunais*. v. 3, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

JAYME, Fernando Gonzaga; SALOMÉ, Joana Faria; OLIVEIRA JR., Délio Mota de. O reexame necessário no processo civil brasileiro: um mal desnecessário. In: *Revista de Processo*, v. 220, São Paulo: RT, 2013. p. 375-405.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tullio. A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei. In: *Revista de Processo*, v. 43. São Paulo: RT, 1986. p. 57-60.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo tributário*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. v. 1, 2ª tiragem. São Paulo: RT, 2015.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. v. III. 2. parte. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

MAZZEI, Rodrigo. A remessa “necessária” (reexame por remessa) e sua natureza jurídica. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. v. 12. São Paulo: RT, 2011. p. 405-432.

MEDINA, Paulo Roberto Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Leonardo Castanho. *O Recurso Especial e o controle difuso de constitucionalidade*. São Paulo: RT, 2006.

MOLLICA, Rogerio. A remessa necessária e o Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord). *Advocacia pública*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 455-466.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Teoria Geral dos Recursos*. 7. ed. São Paulo: RT, 2014.

ORIONE NETO, Luiz. *Recursos Cíveis*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual contemporâneo*. v. 2. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SHIMURA, Sérgio. Reanálise do duplo grau de jurisdição obrigatório diante das garantias constitucionais. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. p. 604-615.


SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOSTA, Jorge. *Do reexame necessário*. São Paulo: RT, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

ZENKNER, Marcelo. O (velho) reexame necessário no Novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord). *Advocacia pública*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 265-278.





.....

A TECNOLOGIA A SERVIÇO DA DEMOCRACIA: O PROCESSO ELEITORAL NA ERA DA INFORMAÇÃO

.....

THE TECHNOLOGY AT THE SERVICE OF DEMOCRACY:
THE ELECTORAL PROCESS IN THE ERA OF INFORMATION

Guilherme Oliveira de Arruda¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. A tecnologia que revoluciona; 2. O sistema de votação com urnas eletrônicas; 3. Usos práticos da votação pela internet; 4. Conclusão; Referências.

¹ - Advogado da União, Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília-UnB, Pós-graduando em Direito Digital e Compliance pela Faculdade Damásio, Graduado em Ciência Jurídicas pela PUC-Rio.



RESUMO: O sistema de votação em urnas eletrônicas trouxe importante celeridade ao procedimento de apuração dos votos mas ainda traz desconfiança de parte do eleitorado com relação a sua inviolabilidade. A inovação tecnológica do *Blockchain* tem potencial para revolucionar diversos aspectos da vida em sociedade e apresenta soluções que tornarão todo o procedimento mais simples, econômico e confiável.

PALAVRAS-CHAVE: Eleições. Sistema de Votação em Urna Eletrônica. Inovações Tecnológicas. *Blockchain*.

ABSTRACT: The voting system in electronic ballot has brought important speed to the procedure of calculation of votes although still brings distrust on the part of the electorate with respect to its inviolability. Blockchain's technological innovation has the potential to revolutionize many aspects of life in society and presents solutions that will make the whole procedure simpler, more economical and more reliable.

KEYWORDS: Elections. Voting System in Electronic Ballot Box. Technological innovations. Blockchain.

INTRODUÇÃO

Em meio a uma crise sem precedentes na história política do Brasil vivida nesses anos de 2016 e 2017, parcela da nossa sociedade, seja formada por especialistas ou mero palpiteiros, clama pela adoção de soluções eleitorais mais transparentes e seguras em prol do futuro da nação. Sugestão muito ventilada nos diversos meios de comunicação, seja por meio da mídia tradicional ou mesmo pelos inúmeros grupos de discussão na rede mundial de computadores, seria a convocação de eleições diretas² para escolha dos novos governantes. Ocorre que a referida tese, além de não ter amparo na norma constitucional, encontra barreira na dificuldade que representa a tarefa de organização de um pleito eleitoral em curto espaço de tempo. Além dos elevados custos, faz-se necessária a disponibilidade de tempo suficiente para adoção de diversos procedimentos prévios indispensáveis.

Imaginem, no entanto, que, sendo superados os requisitos normativos estabelecidos pelo ordenamento jurídico, fosse possível a realização de um célere pleito eleitoral com a votação se realizando por meio de um telefone celular, de forma completamente segura e insuscetível a fraudes. Isso pode parecer obra de ficção, no entanto é a mais nova realidade. Uma vez que todos os eleitores estejam previamente cadastrados no sistema eleitoral, seria possível a emissão dos seus votos, independentemente do local que estejam, simplesmente por meio de alguns toques na tela de um aplicativo em um de seus dispositivos móveis.

A primeira ideia que pode emergir de nossas mentes é de que isso seria logicamente impossível. Ledo engano, pois a tecnologia necessária para essa “mágica” encontra-se ao alcance de nossa capacidade tecnológica nesse momento. Trata-se do *Blockchain*, ou da rede *Blockchain*.

1. A TECNOLOGIA QUE REVOLUCIONA

O *Blockchain*³ pode ser considerado a principal inovação tecnológica decorrente da criação de uma moeda digital criptografada denominada *Bitcoin*. Trata-se de um tipo de banco de dados distribuído que armazena o registro de transações de forma permanente e, o que é mais relevante, à prova de qualquer violação externa, inviolável, “inderrubável” e extremamente eficiente.

Tal base de dados, distribuída em servidores e computadores ao redor do planeta, mantém um livro-razão⁴ expansível de dados e registros. Este documento virtual é encriptado e protegido contra adulteração, revisão e extinção da informação registrada. Os blocos que compõem o *Blockchain*, processados continuamente à medida do tempo, contém *hashes*⁵ que vinculam e indicam infor-

2 - Os juristas que sustentam essa possibilidade fundamentam-se nos parágrafos 3º e 4º do artigo 224 do Código Eleitoral, na redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015.

3 - ALECRIM, 2017. Para uma boa noção técnica de como funciona o *Blockchain*, sugerimos a leitura do site: <<https://www.infowester.com/blockchain.php>>. Acesso em: 6 jul. 2017.

4 - Denominação utilizada para o principal agrupamento de registros contábilísticos de uma empresa que usa o método das partidas dobradas. Ele é composto pelo conjunto de contas contábeis e é um “índice” para todas as transações que ocorrem em uma companhia.

5 - Uma função de *hash* criptográfico, muitas vezes é conhecida simplesmente como *hash* – é um algoritmo matemático que transforma qualquer bloco de dados em uma série de caracteres de comprimento fixo. Independentemente do comprimento dos dados de entrada, o mesmo tipo de *hash* de saída será sempre um valor *hash* do mesmo comprimento. É utilizado para certificar que arquivos digitais não sofreram alterações. Disponível em: <<https://blog.kaspersky.com.br/hash-o-que-sao-e-como-funcionam/2773/>>. Acesso em: 9 jul. 2017.

mação importante na base de dados. Esses blocos de informações também são públicos, no sentido de que todos os nós (participantes que cedem poder computacional ao sistema) da rede têm acesso.

Esse sistema, por ser distribuído, está em milhares de computadores e quando uma atualização legítima é feita, as cópias existentes em todas as máquinas são imediatamente sincronizadas. Pode ocorrer de alguns computadores se desconectarem da rede, mas isso não afetará o sistema pois todos os outros nós ainda estarão lá.

A mistura de transações, blocos e descentralização de dados no livro-razão permite grandes oportunidades em diversas áreas, pois o cerne dessa inovação tecnológica é a confiança distribuída e implementada através de um mecanismo denominado *proof of work*, que cumpre a vital tarefa de assegurar o sistema. O especialista em segurança digital Andreas Antonopoulos define o *proof of work* como sendo um sistema digital composto de complexas funções criptográficas específicas e de uma série de conjuntos de subsistemas de equilíbrio de teoria dos jogos que dinamicamente se ajustam e criam economias em escala.⁶

O *Blockchain*, apesar de ter sido idealizado para seu fundamento original na troca financeira, apresenta oportunidades que vão muito além desse ramo da economia em razão de possuir as seguintes qualidades⁷:

- **Eliminação de troca por intermediário e falta de confiança** - Duas partes são capazes de fazer uma troca sem a supervisão ou intermediação de uma terceira parte, reduzindo fortemente ou até eliminando o risco de contraparte.
- **Empoderamento dos usuários** - Usuários estão no controle de todas as suas informações e transações.
- **Alta qualidade de dados** - Os dados do *Blockchain* são completos, consistentes, datados, precisos e amplamente disponíveis.
- **Durabilidade, confiabilidade e longevidade** - Devido as redes serem descentralizadas, a rede *Blockchain* não tem um ponto central de falha e é mais resistente a ataques maliciosos.
- **Integridade de processo** - Usuários podem confiar que suas transações serão executadas exatamente como o protocolo determina, removendo a necessidade de uma terceira parte.
- **Transparência e imutabilidade** - Mudanças realizada em redes *Blockchains* públicas são visíveis publicamente por todas as partes, criando transparência, e todas as transações são imutáveis, isto é, elas não podem ser alteradas ou deletadas.
- **Simplificação de ecossistema** - Com todas as transações sendo adicionadas a um único livro-razão público, isso reduz a desordem e complicações geradas por múltiplos livros-razões.

6 - ANTONOPOULOS, Andreas. *Apresentação Consensus Algorithms, Blockchain Technology and Bitcoin*. Disponível em: <<http://www.iam Satoshi.com/consensus-algorithms-blockchain-technology-and-bitcoin/>>. Acesso em: 9 jul. 2017.

7 - BLOCKCHAIN. In: *WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre*. Wikipedia, 2017. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Blockchain>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

- **Transações mais rápidas** - Transações interbancárias podem potencialmente levar dias para serem compensadas e terem acordo final, especialmente fora do horário de trabalho. Transações com *Blockchain* podem reduzir o tempo de transações para minutos e são processadas 24 horas por dia e 7 dias por semana.
- **Menor custo por transação** - Eliminando o intermédio de terceiros e despesas gerais para troca de bens, *Blockchains* têm o potencial de reduzir significativamente taxas de transações.
- **Digital** - Praticamente qualquer documento ou bem pode ser expressado em forma de código e encapsulado ou referenciado por uma entrada do livro-razão, o que significa que a tecnologia *Blockchain* tem aplicações muito amplas, a maioria ainda não pensada, muito menos implementada.

Existem, em linhas gerais, dois tipos de *Blockchain*, os públicos e os privados. Para melhor compreender as diferenças, utilizando uma analogia simples e bastante presente no cotidiano dos ambientes corporativos, considere os aspectos comparativos entre a *Internet*, que é pública e disponível para todos, e as *intranets*, que são criadas por entidades específicas e disponíveis apenas para certos indivíduos com permissão.

Podemos, dessa forma, melhor definir cada um deles:

- ***Blockchains* públicos** são descentralizados e acessíveis a qualquer usuário da rede, independentemente da origem do seu acesso. As transações são verificadas publicamente e permanecem disponíveis em domínio público. Para assegurar a integridade do sistema e validar as transações, incentivos financeiros para os participantes da rede e mecanismos consensuais são embutidos no sistema. *Crowdsourcing*⁸ é uma vantagem dos *blockchains* públicos, uma vez que estão fora de controle de qualquer entidade privada ou governamental. Considerando estar disponível para todos, aperfeiçoamentos são feitos por consenso dos participantes. Pelo fato do acesso ser aberto constata-se maior encorajamento de participação e faz com que seja mais provável que as redes de *blockchains* públicos sejam, no futuro próximo, empregadas em uma maior variedade de aplicações.⁹

- ***Blockchains* privados** são configuradas e mantidas por uma entidade privada. Protocolos de segurança controlam e limitam o acesso das partes autorizadas. As transações são verificadas dentro da própria rede e pode, potencialmente, ser alterado internamente, o que possibilita operadores a corrigir erros. Essa característica não é permitida em *Blockchains* públicos, considerando que isso pode gerar riscos de segurança. *Blockchains* privados podem automatizar transações mais rapidamente – geralmente dentro de segundos – porque eles operam em redes mais centralizadas e composta por poucos computadores.¹⁰

8 - Termo recente, citado pela primeira vez em 2006 quando os editores da Revista Wired, Jeff Howe e Mark Robinson fundiram as palavras *crowd* (multidão) e *outsourcing* (terceirização) para se referirem a um novo conceito de interação social, baseado na construção coletiva de soluções com benefícios a todos.

9 - PETRASIC e BORNFREUND (2016). Disponível em: <<https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/the-blockchain-thought-leadership.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

10 - PETRASIC e BORNFREUND (2016). Disponível em: <<https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/the-blockchain-thought-leadership.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

A rede *Blockchain* já faz parte da história da internet. Inicialmente criada para a realização de transações financeiras, trata-se de uma verdadeira revolução cuja utilização pode ser feita nas mais diversas áreas tendo como limitação apenas a criatividade humana. Da mesma forma que a internet dos dias atuais apresenta ferramentas de utilização que eram totalmente imprevisíveis antes da criação da *World Wide Web* em 1994, difícil dizer neste momento quais as possibilidades de aplicação dos *Blockchains*.

2. O SISTEMA DE VOTAÇÃO COM URNAS ELETRÔNICAS

Há alguns anos o brasileiro acostumou-se a comparecer em sua seção eleitoral e, no momento de exercer sua cidadania, realizar o ato de depositar seu voto em uma urna eletrônica. Somente aqueles com idade mais avançada e que vivenciaram as longas noites de contagem de votos nas juntas de apuração eleitoral poderão dar o devido valor ao processo de contagem de votos em vigor atualmente.

No entanto, a confiança do eleitor brasileiro não é totalmente imune a críticas quanto ao sistema de contagem dos votos depositados nas urnas. Em toda eleição sempre surgem dúvidas, questionamentos e denúncias de irregularidades ocorridas no processo. Não é que as urnas sejam fontes de desconfiança. O maior problema é a forma de apuração dos votos. Se *sites* de grandes corporações sofrem ataques de *hackers*, não poderia o sistema eleitoral brasileiro ser alvo de ataques semelhantes? Segundo Aranha (2012) e Feldman (2006), conforme citados por COMETTI (2016), estudos realizados em urnas eleitorais do Brasil¹¹ e dos Estados Unidos¹² demonstraram que a tecnologia utilizada nesses sistemas de votação tradicionais apresenta vulnerabilidades.

A primeira previsão normativa no ordenamento pátrio acerca do processamento eletrônico de dados, fundamento para a instituição dos votos em urnas eletrônicas, foi a Lei nº 6.996, de 7 de junho de 1982, que assim estabeleceu em seu art. 1º:

Art. 1º Os Tribunais Regionais Eleitorais, nos Estados em que for autorizado pelo Tribunal Superior Eleitoral, poderão utilizar processamento eletrônico de dados nos serviços eleitorais, na forma prevista nesta Lei.

Em seguida tivemos a Lei nº 7.444, de 20 de dezembro de 1985, que previu a implantação do processamento eletrônico de dados no alistamento eleitoral e a revisão do eleitorado, representando mais um passo em direção ao sistema hoje utilizado de votações em urnas eletrônicas. No ano de 1986 a Justiça Eleitoral iniciou seu processo de informatização, criando o cadastro único informatizado de eleitores, que impossibilitou a inscrição do mesmo eleitor em mais de um estado da federação.

Sempre caminhando em evolução do sistema, nas eleições municipais de 1996 foi reali-

11 - ARANHA, Diego F. et al. Vulnerabilidades no software da urna eletrônica brasileira. *Relatório Técnico*, v. 18, p. 19, 2012 In: COMETTI, Natalia Paola de Vasconcelos. *Um Estudo Sobre a Tecnologia Blockchain e sua Aplicação em Sistemas de Votação*. Recife. 2016.

12 - FELDMAN, Ariel J.; HALDERMAN, J. Alex; FELTEN, Edward W. Security analysis of the Diebold AccuVote-TS voting machine. 2006 In: COMETTI, Natalia Paola de Vasconcelos. *Um Estudo Sobre a Tecnologia Blockchain e sua Aplicação em Sistemas de Votação*. Recife. 2016.

zada a primeira votação eletrônica do Brasil, sendo disponibilizado para um terço do eleitorado a votação nas urnas eletrônicas que estiveram presentes em todo o estado do Rio de Janeiro, nas demais capitais dos estados e nos municípios com mais de 200 mil eleitores, totalizando 57 cidades no país¹³. A partir das eleições no ano 2000, o voto eletrônico foi implantado em todo o Brasil.

No intuito de transmitir maior confiança ao eleitor foi aprovada a Lei nº 13.165/2015 que altera o Código Eleitoral Brasileiro¹⁴, assim estabelecendo:

Art. 59-A. No processo de votação eletrônica, a urna imprimirá o registro de cada voto, que será depositado, de forma automática e sem contato manual do eleitor, em local previamente lacrado.

Parágrafo único. O processo de votação não será concluído até que o eleitor confirme a correspondência entre o teor de seu voto e o registro impresso e exibido pela urna eletrônica.

Dessa forma, a impressão do voto será obrigatória a partir das eleições gerais de 2018. Na escolha de presidente, governadores, senadores e deputados, a votação continuará a ser eletrônica, mas um boletim será impresso e arquivado em uma urna física lacrada. O eleitor não levará o comprovante do voto para casa, nem terá acesso ao papel impresso. O registro impresso será depositado em local previamente lacrado, de forma automática e sem contato manual do eleitor, para garantir o total sigilo do voto. Em caso de suspeita de fraude, a Justiça Eleitoral poderá auditar votos, comparando o que foi registrado na urna eletrônica e o que foi depositado na urna física.

Tal previsão não teve o apoio do corpo técnico do Tribunal Superior Eleitoral, que argumentaram que a impressão dos votos tornaria o processo eleitoral muito custoso. A adoção desse modelo deve representar impacto financeiro de R\$ 1,8 bilhão, segundo estimativa do TSE. Haverá aquisição de equipamentos de impressão e despesas de custeio das eleições, além de possíveis problemas apontados pela Justiça Eleitoral — como falhas, fraudes e atraso na apuração¹⁵.

É certo que as mudanças provenientes do processo eleitoral brasileiro ainda não foram concluídas. Assim, é importante que nosso sistema de escolha democrática por meio de votos em urnas eletrônicas seja revisto e atualizado em conformidade com as recentes inovações tecnológicas, trazendo mais segurança e economicidade ao processo em sua integralidade.

Utilizando a tecnologia da rede *Blockchain*, se considerarmos que cada voto seria uma transação eletrônica registrada neste banco de dados, qualquer cidadão poderia auditar instantaneamente uma eleição. Por meio dessa premissa é possível fazer com que a votação seja ainda mais descentralizada, uma vez que todas as transações ou variáveis - no caso, os votos! - são anunciadas para todos os participantes no sistema e anunciados em blocos.

Em nome da transparência, qualquer pessoa no mundo pode ver o número de votos de

13 - Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/biometria-e-urna-eletronica/eleicoes>>. Acesso em: 8 jul. 2017.

14 - Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965.

15 - Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/02/23/voto-impresso-comeca-a-valer-em-2018-mas-ja-e-alvo-de-criticas>>. Acesso em: 8 jul. 2017.

candidatos em tempo real, já que este é um dos principais pontos fortes da tecnologia *Blockchain*. No entanto, é importante não esquecer que nenhuma informação pessoal de eleitores individuais será exibida no processo, já que a tecnologia *Blockchain* permite a privacidade até um certo ponto.

3. USOS PRÁTICOS DA VOTAÇÃO PELA INTERNET

Como uma votação poderia funcionar por meio do *Blockchain*? A juntas eleitorais poderiam criar “carteiras” digitais para cada candidato ou partido eleitoral, com eleitores devidamente cadastrados que alocam sua opção de voto (ou “moeda”) para cada posição aberta. Assim, cidadãos votam anonimamente pelo seu avatar pessoal, enviando seu voto para a carteira de seu candidato escolhido. O *Blockchain* registra e confirma a transação e quem terminar com a maioria das “moedas” ganha. O *Blockchain* registra e confirma a transação. Dessa forma, o candidato que obtiver a maioria das moedas vence o pleito¹⁶.

A Estônia foi a primeira nação a utilizar a internet como ferramenta para votação *on-line*, no ano de 2005, antes, portanto, da criação da tecnologia do *Blockchain*¹⁷.

Com relação à inovação tecnológica ora apresentada, a Aliança Liberal da Dinamarca, em 22 de abril de 2014, por ocasião de seu encontro anual, pode ser considerado o primeiro partido político a utilizar o *Blockchain* como sistema de votação interna em Hvidovre, ocorrida no subúrbio de Copenhagem.¹⁸

A Ucrânia também pretende implantar uma plataforma de eleição utilizando *Blockchain* que permitirá a realização de pleitos eleitorais em diversos níveis, incluindo primárias e referendos^{19, 20}.

Algumas empresas da área de tecnologia, as chamadas *startups*, apresentaram propostas de solução para a questão que ora é debatida com algumas especificidades, mas que tem por objetivo a utilização do *Blockchain* para realização de eleições políticas. Dessa forma, algumas dessas novas empresas são: *Blockchain Apparatus*²¹; *Follow My Vote*²²; *V Initiative*²³ e *Bit Congress*²⁴.

16 - TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. *Blockchain Revolution Como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo*. Senai-SP Editora. p. 260.

17 - Disponível em: <<https://e-estonia.com/solutions/e-governance/i-voting/>>. Acesso em: 8 jul. 2017.

18 - DOTSON (2014). Disponível em: <<https://siliconangle.com/blog/2014/05/07/bitcoin-weekly-2014-may-7-first-political-party-to-use-blockchain-for-e-voting-is-from-denmark-the-rise-of-digital-currency-bitcoins-niche-in-developing-economies/>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

19 - Disponível em: Ukraine Government Plans to Trial Ethereum Blockchain-Based Election Platform. In: <<https://bitcoinmagazine.com/articles/ukraine-government-plans-to-trial-ethereum-blockchain-based-election-platform-1455641691/>>. Acesso em: 2 jul. 2017.

20 - Disponível em: <<https://www.cosmopolitan.pt/index.php/technology/item/444-eleicoes-na-ucrania-podem-vir-a-ser-efectuadas-no-ethereum-blockchain/>>. Acesso em: 8 jul. 2017.

21 - Disponível em: <<http://blockchainapparatus.com/>>. Acesso em: 2 jul. 2017.

22 - Disponível em: <<https://followmyvote.com/>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

23 - Disponível em: <<http://v-initiative.org/>>. Acesso em: 6 jul. 2017.

24 - Disponível em: <http://www.bitcongress.org/>. Acesso em: 8 jul. 2017.

Nada obstante apresentem soluções semelhantes com pequenas variações na concepção da ideia e da aplicação, seria importante no caso brasileiro que tivesse uma autoridade central controladora do sistema, que no caso é a Justiça Eleitoral, e que, por questões de soberania, fosse utilizada uma *blockchain* privada e não uma pública como a do *Bitcoin*.

Importante que a legislação acompanhe tal evolução tecnológica. Enquanto a posição dos órgãos regulamentadores não estiver clara, a confusão e a incerteza continuarão existindo para todos os envolvidos na atuação das redes *Blockchain*. A regulamentação normativa não precisa ser completa e detalhada em razão da complexidade do tema²⁵, mas é preciso haver seu reconhecimento pelo Ordenamento Jurídico.

O primeiro exemplo de votação usando *Blockchain* que se vislumbra no cenário nacional é o aplicativo *Mudamos+*, de autoria do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio (ITS), disponível para aparelhos celulares. Conforme defende o Instituto, “com a introdução da tecnologia na política, abre-se um infinito de oportunidades para construção de novas formas de participação da população. A Internet é uma poderosa ferramenta para informar os cidadãos e cidadãs sobre como estes podem participar mais ativamente da vida política do seu bairro, cidade, estado e país”.²⁶

Tal aplicativo possibilita que projetos de lei de iniciativa popular possam ser assinados digitalmente por meio de dispositivos móveis. Conforme defende um dos criadores do aplicativo, o advogado eleitoral Marlon Reis, acerca da validade da assinatura digital realizada pelo novo sistema²⁷:

Além de ser um meio muito prático de coletar o apoio dos eleitores, o aplicativo também é muito mais seguro do que o registro no papel, garante Márton. Isso porque utiliza o *Blockchain*, tecnologia utilizada para o desenvolvimento de aplicativos de bancos, bem como para criptografar o bitcoin, moeda digital descentralizada.

Além disso, para que a assinatura seja coletada pelo aplicativo, é necessário que os dados do usuário sejam compatíveis. Pede-se a data de nascimento, CPF e o título de eleitor do cidadão. Por fim, ainda é possível rastrear o celular dos usuários via IMEI, número atrelado a cada aparelho.

Nada disso existe na coleta de assinaturas em papel, em que o cidadão pode simplesmente colocar qualquer dado. Por isso, o risco de fraudes é muito menor pelo *Mudamos+*, garante Márton.

Dessa forma, de inestimável valor pode ser a contribuição do *Blockchain* para a evolução e o aperfeiçoamento do sistema democrático brasileiro rumo à nova era da informação, em um futuro mais próximo do que muitos podem imaginar.

25 - Há cerca de 100 anos, ao defender a necessidade de regulação de uso dos modernos veículos automotores não era possível imaginar a importância normas tratando de uso de cinto de segurança ou airbags.

26 - Instituto de Tecnologia & Sociedade do Rio - ITS. Relatório Projetos de lei de iniciativa popular no Brasil. Disponível em: <<https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/03/Relat%C3%B3rio-PLIPS-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2017.

27 - BLUME (2017). MUDAMOS+: o aplicativo que promete revolucionar a iniciativa popular. Disponível em: <http://www.politize.com.br/mudamos-aplicativo-iniciativa-popular/>.

4. CONCLUSÃO

O uso das tecnologias de comunicação e informação ainda será ampliado e aprimorado no contexto do sistema eleitoral brasileiro e, nesse contexto, o *Blockchain* é considerado uma inovação disruptiva²⁸.

No intuito de garantir a finalidade precípua do sufrágio, qual seja, a de assegurar o respeito à opinião do eleitor manifestada por meio do voto na indicação de seus representantes políticos, deve ser iniciada uma discussão política sobre o modelo de Software a ser utilizado e as inevitáveis mudanças na legislação eleitoral. Dessa forma, faz-se necessário um projeto de transição entre o modelo atual e o novo que permita a realização de adaptações e inovações.

REFERÊNCIAS

ALECRIM, Emerson. *O que é Blockchain: significado e funcionamento*, 2017. Disponível em: <<https://www.infowester.com/blockchain.php>>. Acesso em: 9 jul. 2017.

BLUME, Bruno André. *MUDAMOS+*: o aplicativo que promete revolucionar a iniciativa popular, 2017. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/mudamos-aplicativo-iniciativa-popular/>>. Acesso em: 10 jul. 2017

COMETTI, Natalia Paola de Vasconcelos. *Um Estudo Sobre A Tecnologia BLOCKCHAIN e Sua Aplicação Em Sistemas de Votação*. 1. ed. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, janeiro de 2016. Ciência da Computação - Centro de Informática da Universidade Federal de Pernambuco.

DOTSON, Kyt. *Bitcoin Weekly 2014 May 7: First political party to use blockchain for e-voting is from Denmark, The Rise of Digital Currency, Bitcoin's niche in developing economies*, 2014. Disponível em: <<https://siliconangle.com/blog/2014/05/07/bitcoin-weekly-2014-may-7-first-political-party-to-use-blockchain-for-e-voting-is-from-denmark-the-rise-of-digital-currency-bitcoins-niche-in-developing-economies/>>. Acesso em: 7 jul. 2017.


MOUGAYAR, William. *Blockchain para Negócios*. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2017.

PETRASIC, Kevin; BORNFREUND, Matthew. *Beyond Bitcoin: The blockchain revolution in financial services*, 2016. Disponível em: <<https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/the-blockchain-thought-leadership.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2017

TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. *Blockchain Revolution: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo*. São Paulo: SENAI-SP Editora, 2016.

28 - Inovações disruptivas envolvem tecnologias radicalmente novas, implicando, muitas vezes, o descarte de tecnologias que, não obstante terem sido bem sucedidas ao seu tempo, acabaram por consumir recursos além dos necessários para os dias atuais. O termo foi utilizado pela primeira vez por Clayton Christensen, professor de Harvard em um artigo publicado no ano de 1995 com o título *Disruptive Technologies: Catching the Wave*.





.....

A TEORIA DA *ACTIO NATA* E O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL COM BASE NA DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE LIMITADA

.....

THE *ACTIO NATA* THEORY AND THE COLLECTION OF
TAXES DUE TO THE IRREGULAR COMPANY SHUTDOWN

Rodolfo Botelho Cursino¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. A Responsabilidade Tributária e a Dissolução Irregular da Sociedade Limitada; 2. O Prazo Prescricional para o Redirecionamento da Execução Fiscal; 3. Considerações Finais; Referências.

1 - Procurador da Fazenda Nacional. Especialista em Direito Processual pela PUC/MG e em Direito Público pela UBC/SP.

RESUMO: Bastante comum na praxe jurídica é a dissolução irregular da sociedade limitada, que atrai a aplicação da responsabilidade tributária prevista no artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, possibilitando seja pleiteado pela Fazenda Pública o redirecionamento da execução fiscal em face do sócio administrador. Diverge-se, no entanto, acerca do marco inicial para o cômputo prescricional para o exercício desta pretensão por parte da exequente, estando tal discussão pendente de julgamento no Recurso Especial nº 1201993, a ser julgado na sistemática do artigo 543-C, do CPC. Este trabalho teve por objeto a análise de referida divergência, tendo-se entendido pela necessidade de aplicação da teoria da *actio nata*, derivada do artigo 189, do Código Civil, iniciando-se o cômputo do prazo a partir da ciência da exequente acerca da dissolução irregular.

PALAVRAS-CHAVE: Redirecionamento. Actio Nata. Execução Fiscal. Responsabilidade Tributária. Encerramento Irregular de Sociedades Limitadas.

ABSTRACT: Quite common in judicial praxis is the irregular termination of the limited company, applying the tax liability contained in the Brazilian's tax code, enabling the redirection of tax enforcement to the administrator. However, there divergence about the starting point to the period to apply this redirection, which will be judged by the court in the Recurso Especial nº 1201993. Is required the application of the *actio nata* theory and the article 189 of the civil code, starting the reckoning from the knowing by the creditor.

KEYWORDS: Redirection. Actio Nata. Tax Enforcement. Tax Liability. Company Shutdown.

INTRODUÇÃO

Um dos maiores desafios do Direito pátrio é cumprir com o escopo da tutela executiva, de modo a dar maior efetividade aos processos de execução e possibilitar a satisfação do credor, pacificando-se, assim, a lide. No âmbito da execução fiscal, regida pela Lei nº 6.830/80 e com aplicação subsidiária do Código de Processo Civil - CPC, é gradativa a frustração da execução, sobretudo diante da criação de ferramentas fraudulentas ou de evasão fiscal, que dificultam a recuperação do crédito público.

Neste contexto, bastante comum na praxe judiciária da execução fiscal é a constatação da dissolução irregular de sociedades, ou seja, sociedades que, embora, juridicamente permaneçam existindo, deixam de funcionar do ponto de vista fático, dilapidando o seu patrimônio e fechando suas portas, frustrando assim qualquer hipótese de êxito de seus credores na cobrança de seus créditos.

Em resposta a situações como esta, o próprio Código Tributário Nacional - CTN, em seu artigo 135, inciso III, prevê hipóteses de responsabilização daqueles que exercem a gestão da empresa, quando constatado que atuaram de forma a violar a legislação ou o próprio estatuto/contrato social. Regulando a aplicação de tal dispositivo legal ao contexto fático, o Superior Tribunal de Justiça elaborou a Súmula nº 435, que dispõe que se presume dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, de forma a possibilitar o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente, na forma do artigo 135, III, do CTN.

Em que pese a previsão legal da responsabilização e o apoio do próprio Judiciário à aplicação de tal dispositivo, diverge a doutrina e a jurisprudência sobre o momento em que pode ocorrer o pleito do redirecionamento, se haveria prazo prescricional para exercê-lo e qual seria o marco inicial de tal cômputo.

Neste contexto, o presente artigo tem por escopo abordar o prazo prescricional para redirecionamento da execução fiscal, nos termos artigo 135, III, do CTN, analisando-se a doutrina e da jurisprudência pátria, de forma a consolidar as principais teses existentes sobre o tema.

1. A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA E A DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE LIMITADA

O Código Tributário Nacional, em seu artigo 121, ao dispor sobre o sujeito passivo da obrigação tributária, divide-os em duas espécies, quais sejam, o contribuinte, que possui relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; e o responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei. Neste sentido, prevê-se a possibilidade de imputar o pagamento de um crédito tributário a pessoa que não possui relação pessoal e direta com o respectivo fato gerador, mas tão somente por disposição legal, por razões que variam desde a política fiscal, facilidade de fiscalização até o cometimento de infrações.

Dentre os diversos normativos acerca da responsabilidade tributária que constam no Código Tributário Nacional, o presente estudo concentrará a abordagem apenas na previsão do seu artigo 135, inciso III, que dispõe que são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. Ou seja, permite o Código Tributário Nacional a responsabilidade daqueles que exercem a gestão da pessoa jurídica de direito privado e que tenham praticados atos que vão além dos seus poderes ou que violem a legislação, o contrato social ou o estatuto das pessoas jurídicas.

No Direito brasileiro, a depender do tipo societário escolhido para dar forma a uma pessoa jurídica, há a separação patrimonial ou não dos bens da empresa e de seus sócios. Tal separação corresponde ao Princípio da Autonomia Patrimonial, aplicados aos principais tipos societários da praxe brasileira, a sociedade limitada e a sociedade por ações, e que corresponde a uma verdadeira blindagem ao patrimônio dos sócios/acionistas em relação às obrigações contraídas em nome da pessoa jurídica, conforme regulado pelo Código Civil. O presente estudo terá por foco apenas as sociedades limitadas.

Em linhas gerais, sem adentrar nas regras próprias do direito societário e adotando-se uma abordagem do ponto de vista do direito tributário, um sócio não responderá pelas obrigações contraídas pela pessoa jurídica apenas pelo fato de dela ser sócio. Em outras palavras, um sócio não pode ser considerado responsável tributário apenas pelo fato de compor a empresa, sem que tenha praticado alguma outra conduta que atraia a responsabilidade, nos termos legais.

Neste sentido, inclusive, o Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade formal e material do artigo 13, da Lei nº 8.620/93, que previa a responsabilidade solidária dos sócios de empresas por cotas de responsabilidade limitada por débitos da pessoa jurídica junto à Seguridade Social. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça, também, por meio da Súmula 430, já fixara entendimento de que o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente. Destarte, tratando-se de pessoa jurídica, seus componentes apenas responderão por eventuais débitos tributários contraídos pelo ente quando também praticarem algum ato previsto em lei que atraia esta responsabilidade.

Assim, conforme acima mencionado, cumpre destacar que a previsão do artigo 135, inciso III, do CTN, restringe-se àqueles que exercem o poder de gestão da empresa, a sua efetiva administração, não se podendo penalizar aquele que esteja na condição de mero sócio, salvo eventual constatação de fraude, como na colocação de “laranja” na administração da pessoa jurídica, por exemplo. A razão deste requisito é o de que é o administrador que é a figura central da empresa, é o órgão que executa a vontade da pessoa jurídica, assim como o braço, a mão, a boca executam a da pessoa natural.”² Ademais, não basta serem gestores, sendo imprescindível que tenham agido de forma a violar à lei ou aos contratos sociais/estatuto.

Referido dispositivo é alvo de intensa divergência no âmbito doutrinário e jurisprudencial, em especial, acerca da natureza da responsabilidade ali prevista. Sistemáticamente, observa-se que se formaram três correntes sobre o assunto. Doutrinadores como Luciano Amaro e Sacha Calmon entendem que a responsabilidade prevista na mencionada norma não é nem solidária,

² - REIS JÚNIOR, Ari Timóteo. *Responsabilidade dos sócios e administradores pelos débitos tributários da pessoa jurídica*. Revista Tributária e de Finanças Públicas. Vol.74. Mai/2007. P.26.

nem mesmo subsidiária, mas, sim, um terceiro tipo, em que o responsável passa a responder pessoalmente e exclusivamente pelos créditos, excluindo-se, pois, o contribuinte de referida cobrança.³ Justifica Luciano Amaro que o deslocamento da responsabilidade do contribuinte para o terceiro ocorre quando “o representado ou administrado é (no plano privado), assim como o Fisco (no plano público), vítima de ilicitude praticada pelo representante ou administrador”.⁴

Já para uma segunda corrente, da qual fazem parte Hugo de Brito Machado e Luiz Alberto Gurgel de Faria, a responsabilidade seria solidária, pela inexistência de norma expressa que exclua o contribuinte, não possuindo o termo “pessoalmente” o condão de ser interpretado como “exclusivamente”.⁵ Fundamenta-se, ainda, referida corrente no sentido de que, caso o legislador pretendesse a exclusão, em sua previsão, deveria tê-lo disposto de modo expresso. Neste sentido, “em se tratando de responsabilidade inerente à própria condição de contribuinte, não é razoável admitir-se que desapareça sem que a lei o diga expressamente”.⁶

Por fim, um terceiro entendimento, de lavra do doutrinador Leandro Paulsen, é no sentido de que a previsão do artigo 135, III, do CTN, corresponde a uma responsabilidade pessoal e exclusiva. No entanto, diante de situações em que o ato tenha sido praticado em benefício da empresa, incidiria o artigo 124, I, do CTN, que estabelece a solidariedade em função do interesse comum, passando, em tais casos, a ser a responsabilidade solidária e sem benefício de ordem.⁷

Assim, em que pese a existência de posicionamentos diversos, observa-se que, mesmo os que entendem que a responsabilidade não seria solidária, admitem que, em caso de o ato praticado pelo gestor favorecer a empresa em detrimento do Fisco, não haveria que se falar em exclusão da empresa do polo passivo, sob pena de favorecê-la por sua própria torpeza.

No âmbito judicial, por sua vez, com base na Súmula nº 430/STJ⁸, bem como no entendimento firmado por aquela Corte, que será melhor detalhado a seguir, de que a citação da pessoa jurídica interrompe a prescrição para citação dos sócios, entende-se que o Superior Tribunal de Justiça adotou a segunda corrente, referente à responsabilidade solidária dos sócios gerentes, nos termos do artigo 135, inciso III, do CTN. Neste sentido, inclusive, em recente julgado no REsp 1455490/PR, o STJ, por sua Segunda Turma, reafirmou o posicionamento do Tribunal acerca da natureza solidária da responsabilidade do artigo supramencionado. Por ser o entendimento adotado pelo Superior Tribunal, bem como por entender ser o mais correto, uma vez que privilegia

2 - REIS JÚNIOR, Ari Timóteo. *Responsabilidade dos sócios e administradores pelos débitos tributários da pessoa jurídica*. Revista Tributária e de Finanças Públicas. Vol.74. Mai/2007. P.26.

3 - AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P.327; COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 634.

4 - *Ibid.*, p.328.

5 - Código tributário nacional comentado: doutrina e jurisprudência, artigo por artigo, inclusive ICMS (LC 87/1996 e LC 114/2002) e ISS (LC116/2003) / coordenador Vladimir Passos de Freitas – 4 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. P.643/644; MACHADO, Hugo de Brito apud RIBEIRO FILHO, Eduardo de Assis. *A responsabilidade tributária do sócio administrador, por uma concepção subjetiva e solidária*. Revista da PGFN. Ano I, nº2, Brasília: 2011.

6 - MACHADO, Hugo de Brito apud PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2007.p.916.

7 - PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008. P.152.

8 - Súmula 430/STJ: “O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente”.

a recuperação do crédito público em detrimento da realização de fraudes, e, ainda, por inexistir norma expressa que retire a responsabilidade do contribuinte, adota-se, neste estudo, a responsabilidade do artigo 135, inciso III, do CTN, como sendo solidária.

Dentre as causas aptas a atrair a aplicação do artigo 135, III, do CTN, a dissolução irregular da pessoa jurídica se destaca como a mais comum na praxe jurídica. Como cediço, o ordenamento jurídico pátrio prevê procedimentos próprios tanto para a criação como para o encerramento das pessoas jurídicas.

O Código Civil brasileiro, ao dispor sobre as pessoas jurídicas, em seu artigo 45, instituiu que a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado tem início com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo. Ademais, ao tratar das disposições gerais aplicáveis às sociedades, afirma, em seu artigo 985, que a sociedade só adquire a personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos. Por fim, quando aborda os institutos complementares, regula formalidades para tal constituição, em seu artigo 1150, segundo o qual o empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária.

No caso do encerramento da pessoa jurídica, tem-se a dissolução, a liquidação e a partilha. A dissolução pode ocorrer de forma amigável, por meio do distrato, ou judicial, por meio de uma sentença. Seja qual for o meio, o referido documento deve ser arquivado na respectiva Junta/Cartório, e, em seguida, publicado. Com a liquidação, realiza-se todo o ativo para que possa haver o pagamento do passivo.⁹ Neste sentido, o artigo 51, do Código Civil brasileiro, dispõe que, em caso de dissolução da pessoa jurídica, esta subsistirá até a sua liquidação, devendo-se averbar sua situação no órgão em que estiver registrada, e, ao fim, proceder-se ao cancelamento de sua inscrição. Ademais, em complemento às legislações de regência, estipulou o Departamento Nacional do Registro do Comércio, por meio da DNRC nº 105/2007, a necessidade de apresentação de certidão negativa de tributos para fins de averbação da dissolução. Destarte, não há como uma sociedade dissolver regularmente sem que haja a regularização de seus débitos fiscais, salvo consista em microempresa ou pequena empresa, nos termos da Lei Complementar nº 123/06.

Ocorre que, na prática, é bastante comum que as pessoas jurídicas fechem suas portas, vendam os seus bens e procedam, assim, ao “encerramento de fato”, sem obedecer aos ditames legais, caracterizando, desta forma, a dissolução irregular, causa apta ao redirecionamento da execução fiscal, por violação à lei, nos termos do artigo 135, III, do CTN. Tal situação acaba por frustrar os credores das sociedades encerradas irregularmente, por não saber a quem cobrar referido débito ou, muitas vezes, por inexistirem bens da sociedade aptos à referida quitação.

Atento a tal situação, o Superior Tribunal de Justiça, após reiteradas decisões, editou a Súmula nº 435, segundo a qual se presume dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o re-

9 - LYNCH, Maria Antonieta; SANTOS, Saulo de Tarso Muniz dos. *Responsabilidade tributária dos sócios e o lançamento*. Doutrinas essenciais de Direito Tributário. Vol.6. Fev./2011. P.610.

direcionamento da execução fiscal para o sócio-gerente. Portanto, para este enunciado, por ser obrigação do contribuinte a atualização de seus dados e endereço junto aos órgãos públicos e ao Fisco, deve-se considerar que a pessoa jurídica estaria em funcionamento no endereço informado em seu domicílio fiscal. Acaso ali não mais se encontre, presume-se que houve a sua dissolução irregular, legitimando, pois, o redirecionamento da execução fiscal. Atente-se, ainda, que, segundo entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, a comprovação de que a empresa não se encontra em funcionamento em seu domicílio fiscal deve ser realizada por meio de certidão de Oficial de Justiça que ali comparecer para realizar diligências.

Destarte, realizada diligência, por meio de Oficial de Justiça, no endereço informado pela sociedade ao Fisco, como sendo seu domicílio fiscal, e ali ela não se encontrando, presume-se que dissolveu irregularmente, sem adotar quaisquer dos procedimentos previstos em lei para o seu encerramento. Ademais, deve-se esclarecer que a presunção de que trata a mencionada Súmula é *juris tantum*, cabendo ao responsável incluído no polo passivo desconstituí-la, por meio da oposição dos devidos embargos à execução.

Frise-se que existem outras razões que poderiam levar à conclusão de que ocorrera a dissolução irregular, a exemplo da declaração de inaptidão da empresa junto à Receita Federal, nos termos da Instrução Normativa 66/97, a qual, dentre as hipóteses ali previstas, declara a inaptidão do CNPJ quando da não localização da empresa no endereço informado a Receita Federal. Acaso tal constatação ocorra antes da constituição do crédito, nada obsta que o Fisco realize a responsabilização no âmbito administrativo, já inscrevendo o débito em face do responsável. Ademais, a prova pela Fazenda de que a sociedade a algum tempo não mais apresenta declaração anual de imposto de renda ou não realiza qualquer movimentação financeira já seriam elementos aptos à comprovação da dissolução irregular. No entanto, para o Superior Tribunal de Justiça, apenas possui presunção de veracidade a certificação do fato pelo Oficial de Justiça, cabendo ao Fisco, se o caso, apresentar elementos comprobatórios aptos à comprovação da dissolução irregular por outros meios, acaso não esteja o sócio administrador incluído na Certidão de Dívida Ativa.

Constatada a dissolução irregular, que consiste em violação à lei, atrai-se a aplicação do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, possibilitando-se, assim, que a Fazenda Pública pleiteie a responsabilização tributária do sócio administrador, o que ocorre, no âmbito processual, pelo redirecionamento da execução fiscal. O redirecionamento consiste num incidente cognitivo na execução, no qual a Fazenda, por simples petição nos autos, irá comprovar a violação à lei (ou demonstrar a ocorrência dos termos da Súmula nº 435/STJ) e requerer a inclusão do responsável no polo passivo dos autos, passando o sócio administrador a ser verdadeiro devedor executado, efetivando-se a sua citação nos termos do artigo 8º da Lei nº 6830/80.

2. O PRAZO PRESCRICIONAL PARA O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL COM BASE NA DISSOLUÇÃO IRREGULAR

Como abordado, constatando-se, no âmbito judicial, a dissolução irregular da empresa, possibilita-se a responsabilização do sócio administrador, com sua inclusão no polo passivo da execução fiscal. No entanto, possuindo a própria obrigação em face do devedor originário um prazo para ser cobrado na via judicial, seria incoerente possibilitar que o redirecionamento em face do responsável ocorresse a qualquer tempo, o que eternizaria a lide. Por este motivo,

a doutrina e a jurisprudência há muito debatem o limite temporal para o exercício do direito do redirecionamento em face do responsável tributário. Primeiramente, deve-se observar que inexistente previsão expressa, no Código Tributário Nacional, acerca de tal situação, adotando a doutrina e a jurisprudência o prazo de cinco anos, à semelhança do previsto para o exercício do direito de ação ao fisco. Diverge-se, no entanto, a partir de quando se iniciaria a contagem do referido prazo quinzenal.

Para compreender os dois principais entendimentos sobre o tema, necessário se faz rememorar a origem da Súmula nº 430/STJ. Há alguns anos atrás, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a tese fazendária no sentido de que o inadimplemento do tributo consistiria em violação à lei, possibilitando, assim, o redirecionamento da execução fiscal em face do responsável tributário. Neste sentido, estabeleceu o Superior Tribunal de Justiça, considerando que a responsabilidade seria solidária, que a citação do devedor originário interromperia a prescrição para o responsável tributário, de modo que o Fisco possuiria o prazo de cinco anos, a partir da citação do devedor originário, para pleitear o redirecionamento em face do responsável e citá-lo. Referido entendimento era bastante coerente, uma vez que, como acima estudado, de acordo com a *actio nata*, a pretensão do fisco nasceria com a violação do direito. No caso, havendo o inadimplemento por parte do devedor originário, que ocorre desde o início do feito fiscal, já surgiria a pretensão ao Fisco de redirecionar a execução fiscal em face do responsável, o que deveria ocorrer em cinco anos.

Ocorre que, com o passar do tempo, após diversas decisões, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua Súmula 430, consolidou o entendimento no sentido de que o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente. Não obstante referida mudança de entendimento, o Egrégio STJ e grande parte da doutrina continuou a aplicar a tese de que a citação do devedor originária interromperia a prescrição para o responsável tributário, devendo o Fisco pleitear o redirecionamento e o responsável ser devidamente citado em até cinco anos a partir do marco citatório inicial, inclusive em se tratando de dissolução irregular.¹⁰

Aplicar referido entendimento à responsabilidade pela dissolução irregular, nos termos previstos na Súmula nº 435/STJ, ou a qualquer outro fato que atraia a aplicação do artigo 135, inciso III, do CTN e seja constatado apenas em âmbito judicial é deturpar o próprio conceito de prescrição, bem como serve de estímulo a diversas práticas fraudulentas, dificultando a já árdua tarefa de recuperação do crédito público.

Imagine-se, por exemplo, que uma execução fiscal tenha sido ajuizada em face de determinada empresa, dentro do prazo prescricional, tendo ela sido prontamente e devidamente citada, mas permanecido inerte no pagamento do débito ou oferecimento de bens. Após diversas diligências, o Oficial de Justiça penhora bens de seu ativo em garantia da execução fiscal. Aceita referida garantia, a empresa opôs embargos à execução, recebidos com efeito suspensivo. Passado mais de cinco anos da citação, ao cumprir mandado de constatação dos bens, certifica o Oficial de Justiça

10 - Dentre diversos julgados, destaca-se o AGRESP 200200537097, de lavra da Primeira Turma do STJ; no RESP 200401058130, de relatoria de Castro Meira, Segunda Turma, DJ DATA: 21/03/2005; RESP 200400302443, de relatoria de José Delgado, Primeira Turma, DJ DATA:13/09/2004; AGRESP 200302167025, relatado por Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ DATA:24/05/2004; AGA 199800799834, relator Castro Meira, Segunda Turma, DJ DATA:06/10/2003; RESP 199700535169, relatoria de Ari Pargendler, Segunda Turma, DJ DATA:06/10/1997; EDRESP 200500974770, relator José Delgado, Primeira Turma, DJ DATA:03/04/2006; EDAGA 201000174458, relator Luiz Fux, Primeira Turma, DJE DATA:14/12/2010.

que a empresa não se encontra no seu domicílio fiscal, não havendo sinais do paradeiro dos bens penhorados. Ademais, considere que determinada empresa tenha sido devidamente citada. Após 3 anos de processo judicial, não encontrados bens penhoráveis, em diligência, constate o Oficial de Justiça a sua dissolução irregular. Requerida pelo Fisco a inclusão do responsável no polo passivo, este se oculta e muda diversas vezes de endereço, dificultando assim o próprio requerimento de citação editalícia, tendo sua citação ocorrido após seis anos da citação da empresa. Em ambas as situações, aplicando-se a tese acima mencionada, a Fazenda Pública teria perdido o seu direito de responsabilizar o sócio administrador.

Como resposta à referida construção jurisprudencial, parte da doutrina e da jurisprudência passou a defender a aplicação, em tais casos, da teoria da *actio nata*, que, como já estudado, nada mais é do que a pura aplicação do artigo 189, do Código Civil brasileiro. É o momento da ocorrência da lesão ao direito que gera a pretensão e que deve, portanto, ser considerado como o termo inicial da prescrição. Somente nasceria para a Fazenda a pretensão para responsabilização dos sócios quando da ciência acerca de motivo apto ao redirecionamento.

No caso, adotando-se a concepção subjetiva da *actio nata*, a pretensão, e, assim, o início do cômputo da prescrição, surgiria apenas na data do carimbo de vista dos autos dado a Fazenda, no qual já conste a certidão do Oficial de Justiça que informe a ocorrência da dissolução irregular. Em uma concepção objetiva, por sua vez, teria início o prazo prescricional da data da juntada da certidão do oficial de justiça aos autos.

Tendo o feito executivo sido ajuizado apenas em face do contribuinte, apenas surge à Fazenda não só o interesse, como o próprio direito, a redirecionar a execução fiscal e responsabilizar terceiro quando da efetiva ocorrência da hipótese legal prevista em lei. Como exigir o prévio exercício de um direito que só surge para o exequente, muitas vezes, em momento bem posterior à citação do contribuinte?

Analisando os elementos que compõe a prescrição, Ricardo Lodi Ribeiro, defende serem necessários: a) o nascimento da ação (violação o direito); b) inércia do titular do direito; c) decurso do tempo. Ou seja, violado o direito, nasceria para o seu titular a pretensão de exercê-lo por meio de uma ação, a qual se submete a um prazo prescricional, que fulminará a pretensão quando o titular se mantiver inerte e decorrer o prazo previsto em lei.¹¹ Assim, ao se adotar a tese da prescrição quinquenal a partir da citação do contribuinte, estar-se-ia rechaçando todos os elementos aqui mencionados. Analisando-se os exemplos acima elaborados, observa-se, no segundo, que, até a certificação pelo Oficial de Justiça acerca da dissolução irregular, a execução fiscal estava em seu curso regular, não tendo a executada e seus representantes praticado qualquer ato capaz de atrair a responsabilização tributária. Apenas com a certificação da dissolução irregular é que se constatou a prática do ilícito, surgindo, neste momento, à Fazenda Pública, o interesse e o direito em redirecionar o feito. Destarte, apenas se a Fazenda Pública deixasse transcorrer o prazo de cinco anos a partir da constatação é que se consumaria o prazo prescricional, caracterizado por todos os seus elementos: a) o nascimento da ação com a violação do direito ocasionado pela dissolução irregular; b) inércia do titular do direito, pelo não requerimento do redirecionamento; c) decurso do tempo, pelo transcurso de 5 anos. Da mesma forma, no primeiro exemplo, apenas com a constatação da

11 - RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A prescrição e a decadência do crédito tributário*. Revista Tributária de Finanças Públicas, vol.52, p.186/198, SET/2003.

dissolução irregular, após anos de processo, é que teria a Fazenda Pública a possibilidade de redirecionar o feito.

O Superior Tribunal de Justiça, por algumas vezes, já adotou a aplicação da teoria *actio nata* para o caso ora estudado. Dentre diversos julgados, cita-se a ementa proferida no AGRESP 200802386451:

EXECUÇÃO FISCAL – DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA – MARCO INICIAL DA PRESCRIÇÃO – “*ACTIO NATA*”. 1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que o termo inicial da prescrição é o momento da ocorrência da lesão ao direito, consagração do princípio universal da *actio nata*. 2. In casu, não ocorreu a prescrição, porquanto o redirecionamento só se tornou possível a partir da dissolução irregular da empresa executada. Agravo regimental improvido.^{12,13}

Frise-se, inclusive, que a adoção da *actio nata* para início do cômputo do prazo prescricional não se trata apenas de tese a favorecer o Fisco, tendo sido utilizada como fundamento, também, conforme defende Fagundes Júnior à repetição de indébito tributário em decorrência da declaração de inconstitucionalidade, iniciando-se o prazo no momento da prolação do acórdão pelo STF ou quando da suspensão pelo Senado.¹⁴ Como dito, o uso de referida tese consiste na mera aplicação do instituto prescricional previsto no ordenamento jurídico pátrio, devendo-se ser utilizada em todos os casos levados ao Judiciário. Ressalta-se, no entanto, que os julgados mais recentes e os mais numerosos proferidos pelo STJ são no sentido da aplicação da primeira tese, considerando como marco inicial prescricional a citação da pessoa jurídica. Ocorre que a presente questão não se encontra definida, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, estando em debate por meio do Recurso Representativo de Controvérsia, a ser julgado nos termos do artigo 543-C, do CPC, REsp 1201993, restando-se aguardar a pacificação da presente questão no âmbito da Corte de Justiça.

Entende-se como medida mais correta e mais justa a aplicação da segunda tese. A utilização da teoria da *actio nata* é medida que se coaduna com o próprio conceito de prescrição e dificulta o abuso e as fraudes perpetradas pelos executados, no intuito de frustrar a execução fiscal e seus credores, situação bastante comum na praxe jurídica. Entende-se, ainda, que se deve adotar a concepção subjetiva da prescrição, iniciando-se o seu cômputo a partir da ciência por parte do exequente, que ocorre com a efetiva vista dos autos em que conste a certidão do Oficial de Justiça, por ser o momento exato em que nasce a pretensão para o redirecionamento.

Por fim, a tese de que a efetiva citação do responsável deve ser realizada no prazo de cinco anos do início da prescrição deve ser analisada, caso a caso, com parcimônia, devendo-se considerar como marco para possibilidade do redirecionamento a data do pedido de redirecionamento dentro do prazo quinquenal, isto porque, por diversas vezes, a demora na citação ocorre

12 - STJ, AGRESP 200802386451, relator Humberto Martins, Segunda Turma, DJE DATA:18/09/2009.

13 - Neste mesmo sentido, os julgados no AgRg no REsp 1196377/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 27/10/2010; AGRESP 201000981780, de relatoria de Humberto Martins, Segunda Turma, DJE:27/10/2010; REsp 1095687/SP, Rel. Herman Benjamim, Segunda Turma, DJe 08/10/2010; AgRg no REsp 1196377 SP 2010/0098178-0, Relator: Ministro Humberto Martins, Segunda Turma DJe 27/10/2010.

14 - FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral Pereira. *Actio Nata*: fundamento para a reabertura do prazo para pleitear a restituição total de indébito tributário. Revista Tributária e de Finanças Públicas. Vol.71. Nov/2006. P.107.

por mora do Judiciário, com aplicação análoga à previsão da Súmula nº 106/STJ¹⁵, ou por conduta do executado, que se oculta e frustra, assim, os seus credores.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste estudo, observou-se que o direito tributário não conceitua o instituto da prescrição, valendo-se, portanto, para sua aplicação, do conceito trazido pelo Código Civil de 2002, que prevê o nascimento da prescrição em momento concomitante ao nascimento da pretensão, consequência da violação de um direito.

A doutrina e os tribunais divergem acerca do momento inicial do cômputo do prazo prescricional para redirecionamento da execução fiscal, com escopo no artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, em virtude da violação à lei ocasionada pela dissolução irregular da sociedade limitada, situação bastante comum na praxe jurídica. Atualmente, os recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça são no sentido de estabelecer como marco para início do cômputo do prazo prescricional em face do responsável a citação da sociedade executada. Tal discussão, no entanto, encontra-se pendente de julgamento, na sistemática do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, no âmbito do Recurso Especial nº 1201993, o qual, em julho de 2017, encontrava-se no aguardo de proferimento de voto de quatro de seus Ministros.

Entende-se pela necessidade de aplicação da teoria da *actio nata*, enraizada no artigo 189, do Código Civil brasileiro, no intuito de resolver referida discussão, considerando-se como evento apto a iniciar a contagem do prazo prescricional a violação do direito da exequente, qual seja, a ocorrência da dissolução irregular. Para tanto, deve-se considerar a aplicação da mencionada teoria em seu viés subjetivo, entendendo-se como marco inicial da contagem a data em que a exequente teve vista dos autos em que conste a certidão do Oficial de Justiça acerca da dissolução irregular da sociedade.

Conclui-se, ainda, que o Judiciário deve, ao analisar a situação posta em lide, fazê-la, caso a caso, com parcimônia, devendo-se considerar como marco para possibilidade do redirecionamento a data do pedido de redirecionamento dentro do prazo quinquenal, considerando que muitas são as vezes em que a demora na citação ocorre por mora do Judiciário, com aplicação análoga à previsão da Súmula nº 106/STJ¹⁶, ou por conduta do executado, que se oculta e frustra, assim, os seus credores.

Com a adoção do referido entendimento, prevalecerá a aplicação da própria previsão do ordenamento jurídico brasileiro e do exato escopo da reponsabilidade administrativa estampada no artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, rechaçando-se as tão comuns fraudes e tentativas de frustração das execuções fiscais, bem como privilegiando a recuperação do crédito público, benéfica para toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. O redirecionamento da execução fiscal contra os sócios da pessoa jurídica. *Revista de Processo*, v. 188, out. 2010.

15 - Súmula 106/STJ: “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”.

16 - Súmula 106/STJ: “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARAÚJO, Juliana Furtado Costa. O prazo para redirecionamento da ação de execução fiscal em face de terceiros responsáveis. *Revista da PGFN*, Ano I, nº 1, 2011.

BRESCOVIT, Leandro; MORAES, Leandro Barcellos. O Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1201993 e a prescrição quinquenal ao redirecionamento na execução fiscal. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, nº 105, out 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11941&revista_caderno=26>. Acesso em: jan. 2015.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral Pereira. Actio Nata: fundamento para a reabertura do prazo para pleitear a restituição total de indébito tributário. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v.71. nov. 2006.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Código tributário nacional comentado: doutrina e jurisprudência*, artigo por artigo, inclusive ICMS (LC 87/1996 e LC 114/2002) e ISS (LC116/2003) / coordenador Vladimir Passos de Freitas. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LYNCH, Maria Antonieta; SANTOS, Saulo de Tarso Muniz dos. Responsabilidade tributária dos sócios e o lançamento. *Doutrinas essenciais de Direito Tributário*. v. 6, fev. 2011.

MEIRA, Marcos José Santos. A responsabilidade tributária dos sócios-gerentes pela dissolução irregular da sociedade empresária – termo inicial da prescrição para o redirecionamento da execução fiscal e elemento pessoal de imputação. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v.114, jan. 2014.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2007.

_____ *Curso de direito tributário*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008.

REIS JÚNIOR, Ari Timóteo. Responsabilidade dos sócios e administradores pelos débitos tributários da pessoa jurídica. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v.74, maio 2007.

RIBEIRO FILHO, Eduardo de Assis. A responsabilidade tributária do sócio administrador, por uma concepção subjetiva e solidária. *Revista da PGFN*, Ano I, nº2, Brasília: 2011.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. A prescrição e a decadência do crédito tributário. *Revista Tributária de Finanças Públicas*, v. 52, set. 2003.

STEINER, Renata Carlos. A ciência do lesado e o início da contagem do prazo prescricional. *Revista de Direito Privado*, v. 50, abr. 2012.





AS PRERROGATIVAS DA ADVOCACIA
PÚBLICA: UM OLHAR SOBRE A
ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL

THE PREROGATIVES OF PUBLIC ADVOCACY:
A LOOK AT FEDERAL PUBLIC ADVOCACY

Grégoire Moreira de Moura¹

Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes²

SUMÁRIO: 1. Histórico da Advocacia Pública Federal; 2. O papel da Advocacia Pública; 3. Advocacia Pública e o Judiciário em números; 4. As prerrogativas da Advocacia Pública na legislação; 5. As vedações e a responsabilidade do parecerista; 6. Conclusão; Referências.

1 - Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Mestre em Ciências Penais pela UFMG. Doutorando em Direito Constitucional pela UFMG. Ex – Diretor Nacional da Escola da Advocacia-Geral da União.

2 - Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra. Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Professor Associado II da Faculdade de Direito da UFMG. Professor Adjunto IV da PUC-MG. Membro do Conselho Científico do Instituto de Hermenêutica Jurídica - IHJ.



RESUMO: A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 criou a Advocacia-Geral da União, prevendo sua natureza jurídica como função essencial à Justiça, dando-lhe um importante status constitucional. Apesar disso, não se tem uma correlação entre tal status constitucional e seu desenvolvimento doutrinário e acadêmico. Com efeito, o objetivo deste artigo consiste em suprir essa lacuna, com a demonstração dos avanços e retrocessos das prerrogativas da Advocacia Pública, porém com foco específico no histórico, desenvolvimento e atribuições do advogado público federal, para, ao final, demonstrar a importância da leitura dessas prerrogativas como responsabilidade do advogado público no exercício de sua função e não como mais um privilégio de uma determinada classe .

PALAVRAS-CHAVE: Prerrogativas. Advocacia Pública Federal. Autonomia. Independência. Status Constitucional.

ABSTRACT: The Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 created the Attorney General of the Union, predicting its legal nature as an essential function of Justice, giving it an important constitutional status. Nevertheless, there is no correlation between such constitutional status and its doctrinal and academic development. The purpose of this article is to fill this gap with the demonstration of the advances and setbacks of the prerogatives of Public Advocacy, but with a specific focus on the history, development and attributions of the federal public lawyer, in order to demonstrate the importance of presents these prerogatives as the responsibility of the public attorney in the exercise of his function and not as a privilege of a particular class.

KEYWORDS: Prerogatives Federal Public Advocacy. Autonomy. Independence. Constitutional Status.

1. HISTÓRICO DA ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL

A Advocacia Pública Federal tem seu surgimento nos idos do período imperial, todavia, é no período republicano que pode se notar uma maior semelhança institucional com o que temos hoje².

Como nota-se no livro “Nos limites da História: A construção da AGU”:

No Império, a função de Procurador da Coroa permanece ligada ao Poder Executivo, no entanto, há a criação do Poder Judicial, conforme mencionado acima. No Período Republicano a Advocacia Pública Federal mantém-se no Poder Executivo, mas agora coligada ao Ministério Público, modelo que somente seria alterado na Constituição de 1988.

Em seus primórdios, a atividade de procurador e advogado de Estado pode ser identificada no cargo de Procurador dos Nossos Feitos, criado nas Ordenações Afonsinas (1446). Descrição semelhante se encontra nas Ordenações Manuelinas (1521) com os cargos de Procurador dos Nossos Feitos e do Promotor de Justiça da Casa da Suplicação. Nas Ordenações Filipinas (1603), por seu turno, estão presentes os cargos de Procurador dos Feitos da Coroa (Livro I, Título XII), o de Procurador dos Feitos da Fazenda (Livro I, Título XIII), o de Procurador dos Feitos da Fazenda (Livro I, Título XIII) e também o de Promotor de Justiça da Casa de Suplicação (Livro I, Título XV), antecipando uma divisão entre atribuições e funções que mais tarde seriam consolidadas³.

Antes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) havia uma confusão entre as funções do Ministério Público Federal (MPF) e a Advocacia Pública Federal, pois o que hoje é função da Advocacia Pública, outrora, era do MPF⁴. Tal fato gera a confusão dos leigos entre os cargos de Procurador Federal e Procurador da República, como sói acontecer.

Na Advocacia Pública temos dois grandes eixos de atuação: contencioso e consultivo.

Antes de 1988, a Administração Direta (União) tinha sua função contenciosa exercida pelo Ministério Público Federal e a consultiva pela Consultoria Geral da União e as Consultorias Jurídicas dos Ministérios.

Por outro lado, a Administração Tributária (Ministério da Fazenda) tinha sua função

2 - O cargo de Desembargador Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda é outro exemplo de antecedente de advogado de Estado. Ele consta no Regimento de 7 de março de 1609, que instala a Relação do Estado do Brasil, instalado na capital Salvador e no Regimento que determina sua reinstalação em 1652. GUEDES, Jefferson Carús; HAUSCHILD, Mauro Luciano. *Nos limites da história: a construção da Advocacia-Geral da União: livro comemorativo aos 15 anos*. Brasília: UNIP:UNAFE, 2009. p. 09. Daí o dia nacional da Advocacia Pública ser comemorado em 7 de março, na forma da Lei N° 12.636, DE 14 de maio de 2012.

3 - GUEDES, Jefferson Carús; HAUSCHILD, Mauro Luciano. *Nos limites da história: a construção da Advocacia-Geral da União: livro comemorativo aos 15 anos*. Brasília: UNIP:UNAFE, 2009. p.08/09.

4 - Ainda no início do Período Republicano foi promulgado o Decreto n° 848, de 11 de outubro de 1890, que criou a Justiça Federal e estabeleceu que a responsabilidade sobre a promoção dos direitos e interesses da União ficaria a cargo do Procurador Geral da República, junto ao Supremo Tribunal Federal e aos Procuradores da República nas seções da Justiça Federal. Desse modo, é possível afirmar que no primeiro século de vida republicana brasileira (1889-1988) a defesa judicial da União esteve a cargo do Ministério Público Federal, exercida pelos Procuradores da República. GUEDES, Jefferson Carús; HAUSCHILD, Mauro Luciano. *Nos limites da história: a construção da Advocacia-Geral da União: livro comemorativo aos 15 anos*. Brasília: UNIP:UNAFE, 2009. p. 10.

contenciosa exercida pelo Ministério Público Federal e dos Estados (art. 15 da Lei nº 5.010/1966)⁵ e a consultiva pela Procuradoria-Geral da Fazenda e a Consultoria Jurídica do Ministério da Fazenda.

E a Administração Indireta (Autarquias e Fundações) tinham suas funções contenciosa e consultiva exercidas pelas suas unidades próprias de defesa, orientação e assessoramento. Daí os cargos de procuradores autárquicos, por exemplo.

Com a CRFB/88 e a criação da Advocacia-Geral da União, as funções supracitadas de defesa da União foram retiradas do Ministério Público Federal, com a redação do artigo 131, *in verbis*:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Como se denota da leitura do caput do artigo 131 CRFB/88, havia necessidade de se aguardar a edição de uma lei complementar, para organização e funcionamento da Instituição, o que só ocorreu em 1993 a partir da edição da Lei Complementar nº 73. Todavia, neste interregno de tempo, entre 1988 e 1993, a estrutura foi parcialmente mantida, como era antes de 1988.

Com a edição da Lei Complementar nº 73 cria-se a Procuradoria da União e a Procuradoria da Fazenda Nacional e com a Lei nº 10.480/2002 - MP 2048-26/2000 cria-se a Procuradoria-Geral Federal e a carreira de Procurador Federal. Além disso, temos a Procuradoria-Geral do Banco Central criada pela Lei nº 9.650, de 27 de maio 1998.

Hoje, as quatro carreiras são materialmente consideradas parte da Advocacia-Geral da

5 - Na redação original: Art. 15. Nas Comarcas do interior onde não funcionar Vara da Justiça Federal (artigo 12), os Juízes Estaduais são competentes para processar e julgar:

I - os executivos fiscais da União e de suas autarquias, ajuizados contra devedores domiciliados nas respectivas Comarcas; (Vide Decreto-Lei nº 488, de 1969) (Revogado pela Lei nº 13.043, de 2014)

II - as vistorias e justificações destinadas a fazer prova perante a administração federal, centralizada ou autárquica, quando o requerente fôr domiciliado na Comarca; (Vide Decreto-Lei nº 488, de 1969)

III - os feitos ajuizados contra instituições previdenciárias por segurados ou beneficiários residentes na Comarca, que se referirem a benefícios de natureza pecuniária. (Vide Decreto-Lei nº 488, de 1969)

IV - as ações de qualquer natureza, inclusive os processos acessórios e incidentes a elas relativos, propostas por sociedades de economia mista com participação majoritária federal contra pessoas domiciliadas na Comarca, ou que versem sobre bens nela situados. (Incluído pelo Decreto-Lei nº 30, de 1966)

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no art. 42 desta Lei e no art. 1.213 do Código de Processo Civil, poderão os Juízes e auxiliares da Justiça Federal praticar atos e diligências processuais no território de qualquer dos Municípios abrangidos pela seção, subseção ou circunscrição da respectiva Vara Federal (Incluído pela Lei nº 10.772, de 21.11.2003).

União, sendo que o PLP 337/2017⁶ pretende alterar a Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, para que formalize a estrutura já existente, com o seguinte desenho de atribuições: Advogado da União – função consultiva e contenciosa da Administração Direta, exceto em causas tributárias da competência da Procuradoria-Geral da Fazenda; Procurador Federal – função consultiva e contenciosa da Administração Indireta – agências, fundações e autarquias; Procurador da Fazenda Nacional – função consultiva e contenciosa da Administração Direta em causas tributárias e Procurador do Banco Central – função consultiva e contenciosa do Banco Central.

2. O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA

Conforme dito acima, a Advocacia-Geral da União está prevista no artigo 131 da CRFB/88 e, portanto, tem *status* constitucional com natureza jurídica de função essencial à Justiça, com dois troncos principais de atuação: contenciosa e consultiva.

Com efeito, o objetivo principal da AGU é promover a defesa do Estado Brasileiro e gerar segurança jurídica, além do controle preventivo de legalidade do desenvolvimento de todas as políticas públicas federais, ou seja, o fim último da AGU é a proteção da cidadania.

Todavia, há que se mudar o paradigma da atuação da Advocacia Pública, não em relação aos dois eixos fundamentais supracitados, mas na forma de priorizar esses eixos.

É preciso que se faça e se reconheça o papel da Advocacia Pública como uma Advocacia verdadeiramente de Estado e não de Governo⁷, o que implica na necessidade de redimensionamento de sua atividade com estratégia direcionada principalmente para sua atuação extrajudicial, uma vez que é menos onerosa e soluciona materialmente o conflito de interesses.

Logo, é crucial o investimento na autonomia do advogado público, a fim de que na defesa do interesse público primário, incremente sua atuação extrajudicial, visto que o Estado economiza recursos públicos (o custo de um processo judicial é altíssimo)⁸ por um lado e, por outro, proporciona segurança jurídica ao cidadão brasileiro, além de adquirir respeito e legitimidade jurídica, política e social.

Nos demais casos em que a judicialização for imperativa, como *ultima ratio*, deve a AGU prezar pela luta fidedigna com esteira no princípio da duração razoável do processo, na forma do art. 5º, LXXVIII da CRFB/88⁹.

6 - Ementa: Altera a Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União. Explicação da Ementa: Insere a Procuradoria-Geral Federal e a Procuradoria-Geral do Banco Central como órgãos de direção superior da AGU. Revoga dispositivos das Leis nº 9.028, de 1995 e 10.480, de 2002. Mais informações em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122125>. Acesso em: 25 jun. 2017.

7 - Aquela que se preocupa em defender os interesses partidários e/ou do governante A ou B, o que caracteriza um desvio de finalidade das suas reais dimensões e funções.

8 - Para uma ideia dos custos de gestão, número de processos e orçamento do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2017.

9 - Art. 5º, LXXVIII CRFB/88 - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Neste diapasão, a modernidade exige uma mudança de postura da Advocacia Pública da inércia defensiva e protelatória, para a proatividade resolutiva, dando azo ao seu verdadeiro papel constitucional como função essencial à Justiça, ou seja, focar na defesa estratégica, no combate à corrupção, na redução de litígios, na recuperação de ativos e na transformação de uma cultura de litigiosidade em uma cultura da paz, além da introspecção nas suas unidades internas do sistema multiportas, como forma de resolução de conflitos.

Portanto, faz-se necessária uma verdadeira mudança de mentalidade no âmbito interno¹⁰ e externo do órgão, isto é, tanto dos governantes como dos membros da advocacia pública.

Tal fato fica ainda mais claro, quando se analisa os números que envolvem a Advocacia Pública e o Poder Judiciário no Brasil, pois demonstram a ampla necessidade de se buscar meios alternativos de resolução de conflitos, como pode-se ver adiante.

3. ADVOCACIA PÚBLICA E O JUDICIÁRIO EM NÚMEROS

Os números que envolvem a Advocacia Pública e o Judiciário no Brasil são enormes e estarrecedores, não só pelo tamanho do país em que estamos, mas também pela importância que possuem na resolução dos conflitos.

Como já aduzido em outra oportunidade¹¹, segundo o CNJ, Justiça em Números¹², o Brasil teria aproximadamente 100 milhões de processos judiciais em andamento, sendo que na Justiça Estadual teríamos 20.282.181 novos casos em 2013; na Justiça Federal seriam 3.353.742 novos casos em 2013, por exemplo.

Tal fato gera a seguinte conclusão: para cada dois brasileiros existe um processo judicial, ou seja, vive-se a era da judicialização dos conflitos.

Porém, vale ressaltar que alguns dados dizem que o grande responsável por tal judicialização é o Poder Público, já que atua como demandante ou demandado em 50% a 60% dos processos¹³.

E como se faz para movimentar uma máquina tão vultosa e cara? Faz-se mister uma Advocacia Pública grande e bem estruturada, assim como um Judiciário, para conseguir-se paridade de armas, o que, infelizmente, não vem acontecendo na prática cotidiana, tanto em aspectos orçamentários quanto estruturais, conforme demonstrado abaixo.

Consoante o Panorama AGU 2016, que traz o AGU em números, a advocacia pública

10 - Algumas ações já foram feitas nesse sentido, como a criação da CCAF – Câmara de Conciliação da Administração Federal, por exemplo, e a implantação do Programa de Redução de Demandas. Para mais informações, respectivamente: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/170561. E http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/212518. Acesso em: 22 maio 2017.

11 - Capítulo da tese de doutorado em Direito Constitucional pela UFMG, ainda não apresentada pelo autor em banca examinadora, mas que me permito citar.

12 - Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 29 jul. 2016.

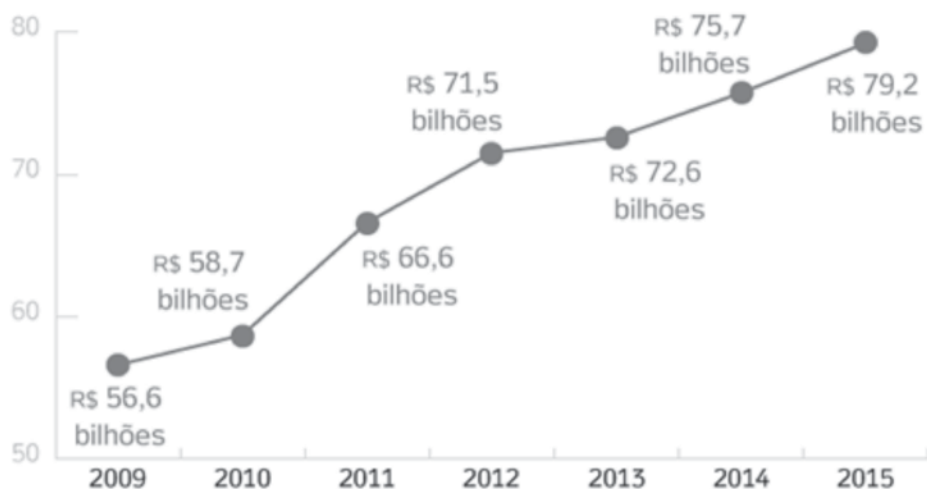
13 - Disponível em: http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/para_uma_nova_cartografia_da_justica_no_brasil.pdf. Acesso em: 29 jul. 2016.

teria 1000 unidades em todo o Brasil e cerca de 12 mil advogados e servidores¹⁴.

A atuação da Advocacia Pública Federal na Administração Direta gerou uma economia de R\$ 1,2 bilhão e arrecadação de R\$ 183,5 milhões; nas Autarquias e Fundações foi gerada uma economia de 20,7 bilhões e Arrecadação de R\$ 2,1 bilhões; na Fazenda Nacional gerou uma economia arrecadação de R\$14,5 bilhões e, por fim, no Banco Central gerou uma economia de R\$23,4 bilhões e Arrecadação de R\$3,3 bilhões, ou seja, um total de economia R\$ 45,3 bilhões e arrecadação de R\$ 20 bilhões, perfazendo R\$ 65,3 bilhões¹⁵.

Já o Poder Judiciário teve um aumento de despesas enorme nos últimos anos, conforme demonstra o gráfico abaixo.

Despesas do Judiciário



Fonte: relatório Justiça em Números 2016

Com efeito, em 2015, cada brasileiro desembolsou R\$ 387,00, para manter o Poder Judiciário, o que equivale no mesmo ano a 1,3% do PIB e demonstra um crescimento de 31% de 2009 a 2015¹⁶.

Desta feita, o que a AGU arrecadou de maneira direta ou indireta, o Poder Judiciário gastou para sua manutenção.

Vale lembrar que a análise é meramente econômica, isto é, visa demonstrar com transparência os gastos públicos em torno das duas instituições, sem desmerecer a importância que

14 - Ver www.agu.gov.br.

15 - Dados obtidos no Panorama AGU 2016 disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/217496. Acesso em: 26 jun. 2017.

16 - Fonte: <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/10/17/judiciario-fica-mais-caro-e-leva-13-do-pib-juiz-custa-r-46-milmes.htm>.

ambas têm no Estado Democrático de Direito, cada uma exercendo sua missão constitucional.

Mas o questionamento que se faz é: há paridade de armas? Há paridade de prerrogativas? O serviço prestado por ambos é eficiente para o alto gasto envolvido?

A partir de uma interpretação que não perfaz todas as peculiaridades técnicas dos números, verifica-se que há necessidade de redução do número de processos e aumento da eficiência, com a conseqüente redução de gastos públicos. E mais, é preciso que se garanta aos advogados públicos as mesmas condições de luta de outras Instituições com mesmo status constitucional – função essencial à Justiça.

Desta feita, para se concretizar o diálogo institucional e o devido processo extrajudicial ou judicial, é preciso garantir prerrogativas à Advocacia Pública, respeitadas as diferenças estruturais e funcionais.

4. AS PRERROGATIVAS DA ADVOCACIA PÚBLICA NA LEGISLAÇÃO

O termo prerrogativa é ambíguo e muitas vezes de difícil definição, além do problema de ser confundido com vantagem ou privilégio, o que gera inúmeras críticas em um Estado Democrático de Direito.

No vernáculo, prerrogativa é “vantagem com que se distingue uma pessoa ou corporação; privilégio, regalia”¹⁷.

Em tese, a prerrogativa seria um direito advindo do exercício de um ofício, cargo ou profissão.

Todavia, a própria nomenclatura gera controvérsias, pois, ao contrário do que se afirma, a prerrogativa, ao menos no caso em tela, não pode ser tratada como uma vantagem, mas sim como uma responsabilidade advinda do cargo, isto é, só deve ser exercida na atividade profissional.

Nesse espectro, deixa de ser uma vantagem para ser uma necessidade e, se transforma em uma responsabilidade funcional, para que a Advocacia Pública atinja seu desiderato constitucional com paridade de forças e armas institucionais.

Logo, qualquer “prerrogativa” deve ser encarada como responsabilidade institucional, ou seja, quando exercida em desacordo com a legislação ou com desvios de finalidade, são inidôneas e ilegais.

Dentre as prerrogativas do advogado público federal, temos: independência técnica, imunidade profissional, identidade funcional, poder de requisitar às autoridades segurança para sua proteção no exercício da função, não ser preso ou responsabilizado por descumprimento de decisão judicial também no exercício das funções, só pode ser preso em flagrante de crime inafiançável, devendo tal fato ser imediatamente comunicado ao Advogado-Geral da União, direito à prisão especial, intimação pessoal, ser ouvido como testemunha em hora e local previamente ajustado, mesmo tratamento protocolar que o dado às demais funções essenciais à Justiça e ser responsabilizado apenas junto ao seu órgão discipli-

17 - Mini Dicionário Aurélio. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2004. p. 651.

nar¹⁸, sem prejuízo das demais prerrogativas garantidas aos advogados em geral, na forma da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB).

Também no Código de Processo Civil de 2015 houve reconhecimento da Advocacia Pública como atora fundamental no processo em seu Título VI, cujo artigo 182 dispõe que “incumbe à Advocacia Pública, na forma da lei, defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta”, além de garantir a intimação pessoal no artigo 183¹⁹ do próprio Código de Processo Civil de 2015, bem como a responsabilização do advogado público somente em casos de dolo ou fraude no exercício de suas funções, conforme previsão no artigo 184 do mesmo diploma legal²⁰.

Também no Código de Processo Civil de 2015 há a previsão da possibilidade de se considerar o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal como título executivo extrajudicial²¹, bem como a previsão de honorários advocatícios na forma do art.85, § 19²² do mesmo normativo de 2015.

A Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), malgrado não trazer especificamente prerrogativas

18 - Art. 38 da Lei 13.327/2016: “São prerrogativas dos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo, sem prejuízo daquelas previstas em outras normas:

I - receber intimação pessoalmente, mediante carga ou remessa dos autos, em qualquer processo e grau de jurisdição, nos feitos em que tiver que officiar, admitido o encaminhamento eletrônico na forma de lei;

II - requisitar às autoridades de segurança auxílio para sua própria proteção e para a proteção de testemunhas, de patrimônio e de instalações federais, no exercício de suas funções, sempre que caracterizada ameaça, na forma estabelecida em portaria do Advogado-Geral da União;

III - não ser preso ou responsabilizado pelo descumprimento de determinação judicial no exercício de suas funções;

IV - somente ser preso ou detido por ordem escrita do juízo criminal competente, ou em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade policial lavrará o auto respectivo e fará imediata comunicação ao juízo competente e ao Advogado-Geral da União, sob pena de nulidade;

V - ser recolhido a prisão especial ou a sala especial de Estado Maior, com direito a privacidade, e ser recolhido em dependência separada em estabelecimento de cumprimento de pena após sentença condenatória transitada em julgado;

VI - ser ouvido, como testemunha, em dia, hora e local previamente ajustados com o magistrado ou a autoridade competente;

VII - ter o mesmo tratamento protocolar reservado aos magistrados e aos demais titulares dos cargos das funções essenciais à justiça;

VIII - ter ingresso e trânsito livres, em razão de serviço, em qualquer recinto ou órgão público, sendo-lhe exigida somente a apresentação da carteira de identidade funcional;

IX - usar as insígnias privativas do cargo.

§ 1o No curso de investigação policial, quando houver indício de prática de infração penal pelos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo, a autoridade policial, civil ou militar, comunicará imediatamente o fato ao Advogado-Geral da União.

§ 2o No exercício de suas funções, os ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo não serão responsabilizados, exceto pelos respectivos órgãos correicionais ou disciplinares, ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude.

§ 3o A apuração de falta disciplinar dos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo compete exclusivamente aos respectivos órgãos correicionais ou disciplinares.

§ 4o Respeitadas as atribuições de cada um dos cargos mencionados neste Capítulo, a advocacia institucional pode ser exercida em processo judicial ou administrativo, em qualquer localidade ou unidade da Federação, observada a designação pela autoridade competente.

§ 5o A carteira de identidade funcional dos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo é válida como documento de identidade para todos os fins legais e tem fé pública em todo o território nacional.

19 - Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

§ 1º A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico.

§ 2º Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público.

20 - Art. 184. O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.

21 - Artigo 784, IV do novo CPC.

22 - § 19. Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei”.

na acepção do termo, traz importantes elementos para a advocacia pública como a quebra do mito de intransigibilidade na sua atuação²³, permitindo a possibilidade de instaurar mediação coletiva²⁴, além de instituir o dever de resolução extrajudicial do conflito entre entes públicos²⁵ e o de submeter ao filtro de ajuizamento em casos que envolvam diretamente entes públicos nos polos ativo e passivo da demanda²⁶.

A Advocacia Pública, assim, mormente pós 1988 tem aos poucos ocupado seu papel de protagonismo na defesa do Estado com o reconhecimento de suas responsabilidades na legislação, ainda que se tenha pleitos ainda não atendidos, como a autonomia orçamentária (PEC nº 82/2007), fixação de subsídio em percentual de paridade com outras carreiras de Estado (PEC nº 443/2009), criação de carreira de apoio, advocacia liberal, indenização por acúmulo de funções, PLP 337/2017 que altera a LC nº 73/93, para formalizar a inclusão da Procuradoria-Geral Federal e a Procuradoria-Geral do Banco Central como órgãos de direção superior da Advocacia-Geral da União.

5. AS VEDAÇÕES E A RESPONSABILIDADE DO PARECERISTA

O protagonismo da Advocacia Pública e a sua divisão em carreiras de Estado trazem não só as impropriamente chamadas prerrogativas, mas também as correlatas responsabilidades na atuação, com diversas proibições e vedações, no intuito de garantir a observância dos princípios esculpidos no artigo 37 da CRFB/88²⁷.

Uma dessas vedações constitucionais é a proibição de cumulação de cargos públicos, exceto quando tiver compatibilidades de horários, na forma do art. 37, XVI CRFB/88, ou seja, somente pode ser cumulado dois cargos de professor ou um cargo de professor e outro técnico ou científico.

Além disso, pode-se citar a proibição do exercício da advocacia liberal fora das atribuições, exceto as hipóteses de advocacia em causa própria e a *pro bono*. Aqui há uma ofensa à paridade e simetria constitucional com outras Procuradorias, especialmente as Procuradorias Estaduais em que, na sua maioria esmagadora, permitem a advocacia liberal, salvo em casos de conflito de interesses, o que deveria ser de imediato estendido aos advogados públicos federais, na forma do artigo 30, I do Estatuto da OAB²⁸.

Tem-se outras vedações e proibições na advocacia pública federal como proibição de

23 - Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

24 - Art. 33, Parágrafo único. A Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos.

25 - “Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

26 - Art. 39. A propositura de ação judicial em que figurem concomitantemente nos polos ativo e passivo órgãos ou entidades de direito público que integrem a administração pública federal deverá ser previamente autorizada pelo Advogado-Geral da União.

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

28 - “Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia:

I - os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora” [...]

contrariar súmula, parecer e orientação técnica do Advogado-Geral da União, manifestar sobre processo sem autorização do chefe maior da Instituição, assim como as hipóteses de suspeição e impedimento previstas nos artigos 29 e 30 da Lei Complementar nº 73/93²⁹.

Tema que suscita também discussões acaloradas na atividade consultiva do advogado público em geral é a responsabilidade do parecerista. Pela limitação deste artigo, não se aprofundará no tema, mas faz-se mister tratar de assunto tão caro às responsabilidades do advogado público.

Diante da possibilidade de responsabilização do parecerista e das diversas discussões doutrinárias e jurisprudências em torno do tema, pode-se dizer que a definição perpassa pela natureza jurídica do próprio parecer, isto é, se possui caráter opinativo ou decisório.

Citam-se três paradigmas representativos das correntes sobre o tema, todas desenvolvidas em decisões judiciais, quais sejam:

- a) MS 24.073 – em que veda a responsabilização do parecerista³⁰
- b) MS 24.584 – permite a responsabilização do parecerista³¹
- c) MS 24.631 – permite a responsabilização do parecerista, condicionada à natureza da consulta e do parecer emitido³².

29 - Art. 29. É defeso aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União exercer suas funções em processo judicial ou administrativo: I - em que sejam parte; II - em que hajam atuado como advogado de qualquer das partes; III - em que seja interessado parente consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o segundo grau, bem como cônjuge ou companheiro; IV - nas hipóteses da legislação processual.

Art. 30. Os membros efetivos da Advocacia-Geral da União devem dar-se por impedidos:

I - quando hajam proferido parecer favorável à pretensão deduzida em juízo pela parte adversa; II - nas hipóteses da legislação processual.

Parágrafo único. Nas situações previstas neste artigo, cumpre seja dada ciência, ao superior hierárquico imediato, em expediente reservado, dos motivos do impedimento, objetivando a designação de substituto.

30 - EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Previsão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III - Mandado de Segurança deferido. Julgamento em 06/11/2002. Relator Ministro Carlos Velloso.

31 - Ementa: ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE - ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento:09/08/2007.

32 - EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. Julgamento:09/08/2007.

Interessante a assertiva que foi trazida no bojo do MS nº 24.584/DF julgado no Supremo Tribunal Federal (STF) em que há uma classificação da natureza da consulta e, por conseguinte, na definição do parecer como facultativo, obrigatório e vinculante, como demonstrado na nota supra, de forma bem clara na transcrição da ementa³³.

Na realidade, a melhor solução atualmente, seria evitar tais discussões e aplicar diretamente o artigo Art. 184 do CPC que, salvo melhor juízo, pode ser aplicado ao caso.

Diz ele: “O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”, isto é, o parecerista seria responsabilizado somente quando agir com dolo ou fraude, como, por exemplo, em casos de conluio prévio com a empresa concorrente, compra de parecer, dentre outros.

Como arremata bem Claudio Madureira:

Não discordo da responsabilização de procuradores, tampouco de juízes e promotores, quando suas manifestações jurídicas se contaminam por vícios de outra natureza, como ocorre, por exemplo, quando se verifica em concreto o recebimento de vantagem financeira para proferir pareceres, denúncias e sentenças. O que me causa apreensão, como intérprete, como estudioso do direito e, sobretudo, como cidadão, é que se afirme, muitas vezes com naturalidade, ser viável, à luz do ordenamento jurídico-positivo, a aplicação de sanções a esses profissionais pela tão só circunstância de eles não terem conseguido antecipar, quando da formulação de suas manifestações jurídicas, os posicionamentos ulteriormente firmados pelos órgãos de controle, pelo Ministério Público e/ou pelo Poder Judiciário³⁴.

6 . CONCLUSÃO

De todo o exposto, é preciso que haja um incremento do respeito à autonomia técnica, à independência e a responsabilidade da Advocacia Pública na condução de uma advocacia eminentemente de Estado, onde a garantia e o aumento das prerrogativas não seja tratado como privilégio de classe, mas sim como crescimento de responsabilidade no combate à corrupção, na orientação e assessoramento jurídicos corretos, no desenvolvimento rápido e eficaz da política pública e, principalmente, na garantia da segurança jurídica do Estado.

O primeiro passo a ser dado para atingir tal objetivo, consiste na atuação da a Advocacia Pública com liberdade e sem interferências políticas de governantes tanto na execução diária de atividades consultivas e jurídicas, como na nomeação de cargos vitais e estratégicos dentro da Instituição.

Em segundo lugar, deve haver uma mudança de paradigma em relação à postura do advogado público, para que deixe de ser um litigante contumaz e se transforme num gestor resolutivo de processos de maneira técnica e eficiente.

Noutro giro, é primordial que se comece a pensar no inchaço do Poder Judiciário causado pelo

33 - Para maiores estudos sobre a responsabilização do parecerista, ver: MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

34 - MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 299.

excesso de demandas que contenham a Administração Pública em um dos polos do processo, permitindo ao seu representante judicial que trace a melhor estratégia de defesa, inclusive, com foco na atuação consultiva e preventiva da demanda judicial, fortalecendo esses órgãos internos de consultoria.

Por fim, faz-se necessária a paridade de armas entre os diversos atores do processo, tanto nas garantias legais, como nas questões orçamentárias, estruturais e, principalmente, quanto às prerrogativas e vedações, com o fito de que cada uma das Instituições exerçam seu verdadeiro papel traçado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, o Poder Executivo resgate plenamente sua função de definidor e executor das diversas políticas públicas sem necessidade de interferências externas constantes como sói acontecer nos dias atuais.

Para tanto, a Advocacia Pública como função essencial à Justiça deve ocupar seu espaço como importante ator constitucional, com paridade de armas com outras Instituições, para que possa dialogar institucionalmente de igual para igual, na esteira de uma aplicação preventiva do Direito, bem como na busca da resposta correta, pois, se isso acontecer, quem ganha é o cidadão brasileiro, o verdadeiro destinatário do serviço prestado pela Advocacia Pública em todas as suas esferas, quais sejam federal, estadual e municipal.

REFERÊNCIAS

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. *Teoria Geral do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GALINDO FILHO, Lucas Tavares. Teoria e Empiria do Ágape nas Ciências Sociais: uma fundamental reviravolta na questão. In: *Cidadania, Participação e Fraternidade: uma abordagem multidisciplinar*. Organizadores: Marconi Aurélio e Silva, Fernando Gomes de Andrade, Paulo Muniz Lopes. Recife: Universitária da UFPE, 2014.

GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de Conflitos a partir do Direito Fraterno*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

GUEDES, Jefferson Carús; HAUSCHILD, Mauro Luciano. *Nos limites da história: a construção da Advocacia-Geral da União: livro comemorativo aos 15 anos*. Brasília: UNIP: UNAFE, 2009.


MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

RESTA, Eligio. *Il Diritto Fraterno*. Lecce: Editori Laterza, 2005.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. 3. ed. São Paulo: Método, 2016.

VOLPATO, Karina; CAMILO, Kenia Volpato. *Mediação e racionalidade no conflito empresarial*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI258574,91041-Mediacao+e+racionalidade+no+conflito+empresarial>. Acesso em: 11 maio 2017.





.....

DIREITO PROBATÓRIO: PROVAS NAS AÇÕES ENVOLVENDO A FAZENDA PÚBLICA

.....

PROBATIONARY RIGHT: EVIDENCE IN ACTIONS INVOLVING THE PUBLIC TREASURY

Ana Paula De Sant'anna Corrêa Fonte¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Isonomia, Contraditório e Fundamentação das Decisões Judiciais; 2 Verdades e Provas; 3 Direito à Prova; 4 Provas Típicas e Atípicas. Prova Emprestada; 5 Produção de provas de Ofício e a Requerimento. Poderes Instrutórios do Juiz; 6 Ônus da Provas e Sistema de Distribuição do Ônus da Prova; 6.a) Ônus da prova: encargo ou dever?; 6.b) Teorias do ônus da prova: estática e dinâmica. Sistema adotado pelo Código de Processo Civil; 6.c) Ônus da prova como regra de instrução e estado de dúvida do juiz; 7 Valoração da Prova, Meios de Valoração e Princípio da Comunhão das Provas; 8 Valoração da Prova e Novo CPC; 9 Objeto de Prova; 10 Provas nas Ações Envolvendo a Fazenda Pública; 10.a) Ações previdenciárias – aposentadoria rural; 10.b) Ações trabalhistas – responsabilidade subsidiária da Fazenda Pública; 11 Conclusão; Referências.

1 - Procuradora Federal - AGU. Pós-Graduação Latu Sensu em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio. Pós-Graduação Latu Sensu em Direito Público: Teoria e Prática pelo Centro Universitário Uniseb. Graduação em Direito pela UFF – Universidade Federal Fluminense.



RESUMO: O Direito Probatório e sua aplicação é tema de grande relevância, principalmente após o início de vigência do novo Código de Processo Civil. A busca da verdade, o alcance e eficácia das provas devem ser lidos em consonância com direitos e princípios constitucionais, principalmente ampla defesa e contraditório. Nessa seara, a eficácia das provas nas ações envolvendo a Fazenda Pública possui destaque, na medida que em várias dessas ações o direito probatório é aplicado de forma diferenciada. A atuação prática nas ações em que a Fazenda Pública é parte demonstra que a aplicação do direito probatório muitas vezes não é eficaz e a busca da verdade resta prejudicada. Observa-se que em algumas ações vigora a presunção de “culpa” da Fazenda Pública, razão pela qual o seu direito à ampla defesa resta limitado. O presente artigo visa analisar se em algumas ações envolvendo a Fazenda Pública há inversão do ônus da prova mesmo diante do não cabimento, bem como se há limitação da ampla defesa, reduzida valoração das provas produzidas pela Fazenda e consequentes condenações incabíveis.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Probatório. Provas. Verdade. Alcance. Eficácia. Fazenda Pública.

SUMMARY: The Probation Law and its application is a subject of great relevance, especially after the new Code of Civil Procedure begins. The search for truth, the scope and effectiveness of evidence must be read in line with constitutional rights and principles, especially wide defense and contradictory. In this section, the efficacy of the evidence in the actions involving the Public Treasury is highlighted, since in several of these actions the evidentiary law is applied in a differentiated way. Practical action in actions in which the Public Treasury is a party demonstrates that the application of evidentiary law is often ineffective and the search for truth remains impaired. It is observed that in some actions the presumption of “fault” of the Public Treasury prevails, reason why its right to the ample defense is limited. The present article aims to analyze whether in some actions involving the Public Treasury there is inversion of the burden of proof even in the face of noncompliance, as well as if there is limitation of the wide defense, reduced valuation of the evidence produced by the Treasury and consequent convictions.

KEYWORDS: Probative Law. Evidences. Truth. Reach. Efficiency. Public Farm.

INTRODUÇÃO

A presente artigo visa o estudo do direito probatório sob a ótica do novo Código de Processo Civil e seu funcionamento nas ações envolvendo a Fazenda Pública.

Muitas vezes o direito probatório é posto em segundo plano e os tópicos estudados se resumem ao conceito de provas, sistemas probatórios e meios de prova. Acontece que o viés constitucional que norteia o novo Código de Processo Civil colocou o direito probatório num patamar de maior importância, razão pela qual um estudo crítico, sob um prisma menos tradicional, ganha relevância, principalmente na seara da Advocacia Pública.

Atualmente, é possível afirmar que o direito probatório através de busca da verdade, do alcance e da eficácia das provas interfere diretamente na prestação jurisdicional de qualidade com a pronúncia de decisões justas e favoráveis ao verdadeiro titular do direito.

O direito à prova possui assento constitucional ao lado de outros princípios caros, como o contraditório e a ampla defesa. O dever de cooperação entre as partes do processo implica uma atuação proativa na instrução probatória.

Ocorre que a prática processual demonstra que muitas vezes o direito probatório não é visto com a importância devida. A aplicação do direito probatório muitas vezes não é eficaz e a busca da verdade resta prejudicada.

Em algumas ações envolvendo a Fazenda Pública, há inversão do ônus da prova mesmo diante do não cabimento, bem como há limitação da ampla defesa, reduzida valoração das provas produzidas pela Fazenda e consequentes condenações incabíveis. Observa-se que em tais ações vigora a presunção de “culpa” da Fazenda Pública, razão pela qual o seu direito ao contraditório resta limitado.

Hodiernamente, ouve-se a menção de que grande parte das aposentadorias rurais são concedidas judicialmente, em total inversão do ônus da prova. Benefícios assistenciais de prestação continuada são concedidos judicialmente independentemente do preenchimento de todos os requisitos legais, em ignorância do conjunto probatório.

A Fazenda Pública é condenada subsidiariamente em várias ações trabalhistas mesmo quando demonstra a fiscalização do contrato. Benefícios são concedidos a servidores independentemente da comprovação da necessidade e dos requisitos.

Nesse sentido, é de suma importância a análise crítica da eficácia das provas nas ações envolvendo a Fazenda Pública.

Assim, esse artigo, através de um recorte pequeno de decisões de primeira instância, faz uma análise crítica a fim de verificar a eficácia prática das provas, a instrução probatória e os desdobramentos do procedimento probatório sob a ótica daqueles que possuem o contato direto com as provas.

O tema possui grande importância, pois decisões proferidas em desatenção às provas produzidas podem acarretar situações ilegais que se prolongam no tempo. Além disso, essas decisões proferidas repetidamente incentivam o ajuizamento indiscriminado de ações e a fixação

de precedentes teratológicos.

Tais decisões proferidas em ações cuja uma das partes seja a Fazenda Pública acarreta lesão ao erário público e, inevitavelmente, causam prejuízos à toda sociedade.

1. ISONOMIA, CONTRADITÓRIO E FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Para uma melhor compreensão da importância das provas e do procedimento probatório, torna-se necessária a explanação acerca dos princípios da isonomia, do contraditório e da regra de fundamentação das decisões judiciais.

O princípio da isonomia possui previsão constitucional (art. 5º, *caput* da CR/88). Consoante o ordenamento jurídico pátrio e os novos anseios sociais, a isonomia não é vista apenas sob a ótica formal, segundo a qual todos são iguais perante à lei. Igualdade implica reconhecer diferenças, peculiaridades, hipossuficiência entre as pessoas. Trata-se da isonomia sob o viés material.

Esse raciocínio aplica-se do processo civil. Assim, eventualmente, a fim de garantir a isonomia entre as partes, torna-se necessário o tratamento desigual. Nesse sentido, o novo CPC prevê essas ponderações em vários dispositivos, tais como art. 7º (paridade de tratamento como regra geral), artigos 350/351 (ao autor é conferido 15 dias para manifestar-se sobre a contestação, ou seja, o mesmo prazo conferido ao réu para contestar), art. 183 (prazo em dobro para todas as manifestações da Fazenda Pública, diante das suas peculiaridades e da burocracia que a envolve), art. 186 (prazo em dobro para todas as manifestações da Defensoria Pública, tendo em vista as dificuldades e falta de estrutura enfrentadas pela mesma).

Ou seja, é nítida a preocupação do legislador com a garantia da igualdade plena. Na instrução probatória não é diferente, devendo ser assegurado às partes envolvidas o mesmo prazo para elaboração de quesitos, apresentação de rol de testemunhas, manifestação sobre laudos periciais, sobre cálculos e demais documentos.

O princípio do contraditório também possui assento constitucional, estando previsto no art. 5º, LV da CR/88. O princípio também é reforçado nos artigos 9º e 10 do novo CPC, segundo os quais, em regra, não será proferida nenhuma decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida, e o juiz não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de manifestação, ainda que se trata de matéria cognoscível de ofício.

Trata-se de importante previsão, pois não se pode confundir julgamentos de ofício com julgamentos surpresas e sem oitiva das partes envolvidas.

Ressalta-se, assim, que o novo Código de Processo Civil ampliou o conceito de contraditório. A doutrina clássica visualizava o princípio do contraditório através do binômio ação e reação, bastando a concessão da ciência dos atos processuais e da posterior oportunidade de manifestação.

Ultrapassada essa visão pequena do contraditório, o mesmo passou a ser analisado sob o viés informação – reação – influência. Essa nova visão objetivou uma maior efetividade do

contraditório, segundo a qual, o contraditório deve ser entendido como o direito à informação pela parte (ciência), somado à possibilidade de manifestação acerca de todos os atos e termos do processo (reação), bem como uma real influência no conteúdo da decisão.

Essa visão mais ampla veio para colocar fim às decisões judiciais que aparentemente respeitam o contraditório. A título de exemplo, em uma audiência trabalhista, onde há instrução e apresentação de contestação, o juiz profere sentença na própria audiência, e apesar da ciência dos atos e termos processuais pelas partes e das manifestações cabíveis, o conteúdo da sentença não apresenta nenhuma influência da contestação. Trata-se de hipótese exemplificativa, mas muito comum na prática e que deve ser rechaçada fortemente por violação do contraditório.

Atualmente, existe um posicionamento que analisa o contraditório sob quatro vertentes: informação – reação – influência – cooperação. Assim, devem as partes ter ciência de todos os atos processuais, manifestarem-se a respeito, influenciando as decisões judiciais e cooperando entre si e com o juiz na relação processual. Essa visão estaria em consonância com os ditames do novo Código de Processo Civil.

Por fim, um dos pilares da decisão judicial é a sua fundamentação. Trata-se de elemento essencial da sentença (art. 489, II do CPC/15) que possibilita à parte saber os reais motivos e razões que acarretaram a decisão proferida, bem como embasar eventual recurso.

A regra da fundamentação da sentença também está prevista na Constituição da República (art. 93, IX) e foi reproduzida nos artigos 11 e 489, II e §1º do CPC/15.

Desta forma, reconhecida qualquer deficiência na fundamentação, será hipótese de *error in procedendo*, e a decisão será passível de nulidade.

Ante o exposto, observa-se que os princípios da isonomia e do contraditório, bem como a regra da fundamentação da sentença são de suma importância na instrução probatória.

2. VERDADE E PROVAS

Em síntese, as provas podem ser conceituadas como os meios ou instrumentos de convicção do juiz acerca da existência ou inexistência dos fatos. Assim, o objetivo imediato da prova é o alcance da verdade acerca dos fatos. Contudo, no processo é difícil alcançar a verdade absoluta, ou dita real, com minúcia de detalhes, pois as partes envolvidas normalmente agem em prol de seus interesses particulares e o juiz está adstrito às provas produzidas nos autos. É comum, então, que as provas não reproduzam exatamente como ocorreram os fatos.

Há de se considerar, ainda, as limitações impostas pelo ordenamento jurídico sobre as provas e sua produção. Muitas vezes as partes sabem da verdade real e simplesmente não conseguem produzir provas suficientes para convencer o magistrado. Ocorre que, nem por isso, a verdade deve ser posta de lado. Pelo contrário, no processo deve-se tentar alcançar a verdade mais próxima da realidade fática, o que para alguns autores chama-se quase verdade.

Assim, as provas não são um fim em si mesmas, mas apenas meios aptos ao alcance da efetiva realização da justiça e de uma prestação jurisdicional de boa qualidade. Decisões injustas e que se contrapõem à verdade por desconsideração de uma prova relevante ou por uma análise

superficial da mesma devem ser evitadas a todo custo, pois tais decisões, uma vez que se tornam imutáveis, acarretam a manutenção de prejuízos imensuráveis.

Desta forma, apesar das dificuldades, deve-se buscar a melhor verdade possível. Apesar da existência de hipossuficiência, deve-se buscar a melhor verdade possível. Deve-se buscar a verdade que mais se aproxima da verdade real, do que realmente ocorreu no mundo dos fatos, isento de qualquer conceito pré-concebido. É essa busca imparcial que garante a realização da justiça, e não o ativismo judicial excessivo que se contrapõe à imparcialidade.

Nesse sentido, a doutrina vem salientando², numa visão mais crítica, que o novo CPC prima pelo modelo objetivo em detrimento do modelo subjetivo, no qual são proferidas decisões de cunho mais íntimo, subjetivo, parcial, tendencialmente menos justas. O processo civil constitucional, principalmente após a promulgação do novo Código de Processo Civil, está preocupado com a busca da verdade, pois assim alcança-se decisões mais justas, conferindo direito ao seu real titular.

De forma bem simples: o CPC de 1973 apostava em um tipo de paradigma filosófico; o de 2014-15 aposta na intersubjetividade, ao expungir – espero que para sempre – esse resquício de um paradigma ultrapassado, autoritário, fundado na consciência individual do intérprete. (STRECK, Lenio Luiz. 2016. p. 107-114).

Ressalta-se ainda que, tradicionalmente, a doutrina faz a distinção entre verdade material e verdade formal ou processual, sendo esta última aquela que se estabelece no bojo do processo.

Contudo, o que se observa é que essa distinção não é mais relevante para a busca da melhor verdade possível, principalmente diante do novo diploma processual. Trata-se de uma distinção ultrapassada e meramente doutrinária, encontrada em quase todos os manuais de Direito Processual Civil, mas que não possui peso na busca da verdade real.

Conforme pontuado por José Maria Tesheiner (2016)³, essa distinção tradicional é criticada por Taruffo (2012), nos seguintes termos:

Outra distinção carente de fundamento que se pode rapidamente deixar de lado (não obstante se trata de um consenso bastante difundido) é aquela que põe entre verdade formal ou processual, que se estabelece no contexto do processo, e verdade real, que seria apurada somente fora do processo. [...] A justificativa dessa distinção parece consistir na circunstância de que no processo existem normas que concernem às provas (condicionando, por tanto, de várias maneiras a apuração dos fatos) e regras (como aquelas sobre a coisa julgada) que põe fim à busca da verdade. Pelo contrário, fora do processo a busca da verdade “verdadeira” poderá desenvolver-se de forma livre e ilimitada.

Esse modo de argumentar é, entretanto, falacioso. Por um lado, pode-se dizer que, em linhas gerais, não existem diferentes espécies de verdade, que dependeriam de se estar no interior ou no exterior do processo: como já foi dito várias vezes, a verdade dos

2 - Lenio Luiz Streck – Professor titular da UNISINOS e UNESA, Doutor e Pós-Doutor em Direito, Ex-Procurador de Justiça RS, Advogado.

3 - Professor de Processo Civil da PUCRS e Desembargador aposentado do TJRS – (TESHEINER, José Maria. Capítulo 3 – Direitos fundamentais, verdade e processo. In: DIDIER JR, Fredie (coord. geral), JOBIM, Marco Félix (coord.) e FERREIRA, William Santos (coord.). Direito Probatório – *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Bahia: JusPodivm, 2. ed. 2016. p. 59-90).

enunciados sobre fatos da causa é determinada pela realidade desses fatos, e isso acontece seja no processo, seja fora dele. Portanto, a distinção entre verdade processual e verdade real carece de fundamento. (TARUFFO, 2012, p.107-7 *apud* TESHEINER, José Maria. 2016. P. 59-90).

E Taruffo (2012) prossegue, quanto às regras processuais:

Pode-se somente dizer que essas produzem um *déficit* na apuração da verdade que se dá no processo, já que, por exemplo, obstam a produção a produção de provas relevantes à apuração dos fatos cujo conhecimento é importante para a decisão. Esse *déficit* não implica que haja uma verdade processual: implica somente que, em um processo em que vigem normas limitadoras da possibilidade de servir-se de todas as provas relevantes, apure-se somente uma verdade limitada e incompleta, ou – nos casos mais graves – não se apure verdade nenhuma. O problema, então, não concerne à verdade, mas aos limites em que a disciplina do processo consente que essa seja apurada. (TARUFFO, 2012, p.107-7 *apud* TESHEINER, José Maria. 2016. P. 59-90).

A crítica de Taruffo (2012) é apropriada diante da ideia de busca da verdade que envolve o direito probatório. Nesse sentido, há que se concordar com professor José Maria já citado, no sentido de que é certo que a existência dos fatos pode ser cognoscível ou não. É certo que os fatos podem ser comprovados dentro ou fora do processo. É certo que no processo, muitas vezes, podem-se estabelecer enunciados fáticos falsos. Assim, a distinção entre verdade material ou formal perde relevância, pois a verdade dos fatos pode ser comprovada de várias formas, dentro do processo ou fora dele.

Nesse sentido, o que o novo Código de Processo Civil busca é o alcance da verdade, mantendo a atipicidade das provas, a liberdade da produção de provas como regra, possibilitando o uso da prova emprestada, inovando a sistemática da distribuição do ônus da prova com a adoção de uma distribuição mais dinâmica, que leva em consideração as especificidades do caso concreto, trazendo alterações quanto à valoração das provas, bem como extinguindo (para alguns doutrinadores) o livre convencimento e se aproximando mais do modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas, de um modelo mais racional e sem subjetivismos tendenciosos.

Hoje, o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e esta apreciação não será livre. Não há que se falar em livre convencimento. As provas não servem simplesmente para convencer o magistrado, mas sim para demonstrar a verdade dos fatos, devendo o juiz atuar racional e objetivamente.

Vale trazer à baila os comentários do jurista Lenio Streck (2016) acerca dessa extinção:

O NCPC, ao retirar o poder de livre convencimento ou livre apreciação, assume um nítido sentido “não protagonista”, afastando o velho instrumentalismo e os fantasmas do antigo “socialismo processual” (Büllow, Menger, Klein). Não se pode mais invocar, igualmente, o princípio (sic) da presunção racional. O novo Código não compactua com presunções, mesmo que venham com epítetos como “racional”, etc. Trata-se de uma opção paradigmática feita pelo legislador. A decisão judicial exige exercício prático, sendo de dever, capacidade de se adotar uma atitude reflexiva em relação às próprias pré-compreensões, garantia de coparticipação dos destinatários da decisão no processo deliberativo, aprendizado institucional e debate público. Isso não quer dizer que o juiz se

transforme em um exegeta do século XIX ou que esteja proibido de interpretar. O CPC apenas passou a lhe exigir responsabilidade política e suspensão de seus prejuízos sobre o mundo e os fatos a interpretar-julgar. (STRECK, Lenio Luiz. 2016. P. 107-114).

Assim, nota-se que, mais do que nunca o estudo das provas e da busca da verdade é de suma importância e deve ser analisado com seriedade, pois somente a verdade proporciona uma prestação jurisdicional de qualidade, com a pronúncia de decisões justas (em favor do verdadeiro titular do direito), o que gera confiança e afasta o descrédito no sistema estatal de resolução de conflitos.

3. DIREITO À PROVA

O novo Código de Processo Civil reflete uma visão constitucional do processo. Cada vez mais, prima-se pela aplicação do viés constitucional aos diversos ramos do direito, e com o processo civil não é diferente.

Não somente o direito material deve ser interpretado e aplicado à luz da Constituição Federal. O direito processual também deve ser analisado sob a ótica constitucional a fim de evitar uma prestação jurisdicional ineficiente e injusta.

Nesse sentido, diante da constitucionalização do processo civil, o direito à prova é também uma garantia constitucional. O direito à prova garante o efetivo exercício do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, os quais são expressamente garantidos na Constituição Federal, em seu art. 5º, LV. Tal constatação lança o direito à prova ao patamar de garantia constitucional, conforme bem resumido por João Batista Lopes (2016)⁴:

De nada adiantaria, porém, a mera declaração formal do contraditório e da ampla defesa se não fosse garantido ao jurisdicionado provas os fatos que embasam sua posição processual. (LOPES, João Batista. 2016. p. 49-58).

Contudo, é necessário ressaltar que, como qualquer direito, ainda que constitucional, o direito à prova não é absoluto. Ou seja, é um direito constitucional, de suma importância, que deve ser preservado, mas não a qualquer custo. Existem limitações a este direito, o que ocorre através da ponderação ou valoração entre os direitos envolvidos.

A busca da verdade legitima a prestação jurisdicional, mas não é um fim em si mesma, razão pela qual é admissível, e até recomendado em alguns casos, a aplicação de restrições ao direito à prova a fim de evitar distorções e resultados lesivos e injustos.

Como exemplo, o art. 369 do CPC/15, ao estabelecer a liberdade de prova como regra geral, prevê que as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos. Ou seja, o direito à prova não compreende a produção de provas ilegais, ilícitas e imorais sob pena de violação de outros direitos e princípios constitucionais e norteadores do estado democrático de direito.

4 - Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado da PUC/SP, Desembargador aposentado do TJSP, Membro do IPDP – Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Membro do CEAPRO – Centro de Estudos Avançados de Processo.

É bem verdade que, em alguns julgados, as provas ilícitas e imorais são admitidas em caráter excepcional, tendo em vista os direitos envolvidos (como por exemplo, direito à vida, direito à liberdade, direito de locomoção). Tais excepcionalidades ocorrem, geralmente, no bojo do processo penal, onde os valores envolvidos são extremamente caros.

Assim, salvo casos excepcionais, em regra, para o alcance da verdade não vale tudo. Não se trata da máxima de Nicolau Maquiavel segundo a qual os fins justificam os meios. Não é possível a produção indiscriminada de provas.

4. PROVAS TÍPICAS E ATÍPICAS. PROVA EMPRESTADA

O Código de Processo Civil de 2015 deixou expresso a liberdade dos meios de prova (princípio da universalidade de provas) em seu art. 369 ao prever que:

As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Essa previsão decorre da ideia de que o processo corre no interesse das partes, as quais visam o alcance da justiça. São as partes destinatárias da prestação jurisdicional, a qual deve ser de boa qualidade, razão pela qual, apesar de certas limitações (vedação às provas ilegais, por exemplo), o ordenamento jurídico pátrio admite a liberdade dos meios de provas.

Assim, a doutrina classifica as provas em provas típicas (documental, oral, testemunhas, confissão, perícia, entre outras) e atípicas, como certificações feitas pelo oficial de justiça diligente, declarações escritas por terceiros e prova emprestada. Essa última já era admitida, antes da vigência do novo Código de Processo Civil, pela doutrina e jurisprudência pacífica.

A liberdade na produção de provas acarreta conseqüentemente a admissão de variadas provas, desde que lícitas. Em muitos casos, os fatos são efetivamente comprovados através de provas atípicas, sendo as certificações feitas pelos oficiais de justiça muito comuns para apurar a veracidade de declarações firmadas pelas partes (por exemplo, quando o oficial de justiça faz diligências *in loco* nos casos de aposentadoria rural).

Do mesmo modo, a prova emprestada ganhou relevância e previsão expressa inédita. Muitas vezes, a prova produzida em outro processo e utilizada em processo novo é suficiente e necessária para demonstrar a verdade, bem como reverencia a celeridade e economia processual. Trata-se de otimização do desempenho da prestação jurisdicional, uma vez que se evita a repetição desnecessária de provas e a prática de atos inúteis.

A prova emprestada é aquela prova produzida em um processo de origem e transladada para outro processo. Essa prova já era admitida pela jurisprudência da vigente do CPC/73.

O novo Código de Processo Civil então trouxe dispositivo expresso a fim de evitar maiores indagações e críticas. Prevê o art. 372 que o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, ou seja, da prova emprestada, atribuindo-lhe o valor que considerar

adequado, observado o contraditório.

Por óbvio, a prova emprestada deve ser submetida ao crivo do contraditório e ampla defesa, uma vez que se trata de prova produzida em outro processo e a regra geral é da produção de provas nos próprios autos. Vale ressaltar que, nesses casos, o contraditório é tardio ou postergado, o que não significa violação desse princípio constitucional, desde que o mesmo seja observado em sua forma plena (informação – reação – influência, conforme já exposto).

O contraditório postergado ocorre em várias situações (como por exemplo, na produção antecipada de provas) e é amplamente admitido pelo ordenamento jurídico e jurisprudência pátria.

Existem posições doutrinárias que sustentam a necessidade do contraditório no processo de origem (a prova deve ter sido produzida com a participação das mesmas partes atuantes no novo processo), ou no novo processo, ou em ambos. Contudo, parece que tal exigência é excessiva e pode acabar por inviabilizar a aplicação e eficácia da prova emprestada.

Outrossim, não é razoável a limitação da prova emprestada sob a alegação de que foi produzida em justiça diferente. Isso é ilógico e fere a própria sistemática da prova emprestada. Esse diálogo e compartilhamento de provas entre processos distintos é admissível entre justiça estadual e federal, entre processo civil e criminal.

Diante dessas peculiaridades, a jurisprudência pátria já pacificou alguns questionamentos acerca da prova emprestada. Segundo o STJ, provas produzidas em inquérito civil podem ser utilizadas em outro processo, provas produzidas em inquérito policial podem ser utilizadas em processo civil, é possível o empréstimo de provas mesmo diante da diferença das partes do processo original e do processo de destino⁵.

Contudo, neste último caso vale chamar atenção para a situação da utilização da prova emprestada contra uma parte de que não figurou no processo originário e a repetição da prova revela-se impossível. Nesse caso, possivelmente o contraditório não será respeitado, cabendo o magistrado analisar o caso concreto, suas peculiaridades e eventualmente aplicar a ponderação de valores, aceitando ou não a prova.

Sobre a natureza jurídica da prova emprestada, é consenso que a nova previsão legal não alterou a natureza documental desta prova, uma vez que a prova emprestada é uma prova testemunhal, pericial, ou até uma confissão transladada e utilizada no processo novo sob o manto de documento.

Assim, insta salientar que a prova produzida em cartas precatórias ou rogatórias não são consideradas provas emprestadas, pois o processo é considerado o mesmo e o juízo deprecado é considerado um prolongamento do juízo de origem. Do mesmo modo, é consenso na doutrina que a prova documental não funciona como prova emprestada, pois o documento conserva sua eficácia como documento em qualquer processo.

Questão interessante é o procedimento para utilização da prova emprestada. Essa deve ser translada do processo de origem para o processo novo através de certidão emitida pelo juízo

5 - STJ – AgRg no AREsp 24.940-RJ (Informativo 536); STJ – EREsp 617.428-SP (Informativo 543).

de origem. Simples reprodução xerográfica não implica prova emprestada, correspondendo tão somente à mera prova documental. É a certidão do juízo de origem que confere autenticidade à prova emprestada.

Por fim, é importante ressaltar que a prova emprestada possui valor como qualquer outra prova. A ideia de que a prova emprestada é prova inferior, ou ato extrajudicial de baixo valor probatório, foi superada. Contudo, a valoração deve levar em conta a não aplicação dos princípios da imediatidade entre as partes e o juiz da prova, da identidade física do juiz, da concentração dos atos processuais e da oralidade.

Desta feita, observa-se que a prova emprestada é um desdobramento da liberdade da produção de provas, sendo amplamente admitida, desde que haja observância dos princípios constitucionais.

Ainda dentro do capítulo de provas típicas e atípicas, insta ressaltar a existência do silêncio. O silêncio seria um meio de prova? Seria uma prova atípica? Existe quem sustente que não sob o argumento de que o silêncio é a ausência de manifestação de vontade. Ocorre que, apesar de não constar em dispositivos do Código de Processo Civil, o silêncio é capaz de influenciar o juiz como qualquer outro meio de prova, se adequando, assim, ao conceito de prova previsto no art. 369, segundo o qual provas são todos os meios legais e moralmente legítimos capazes de influir eficazmente na convicção do magistrado.

Observa-se na prática que, muitas vezes, o juiz profere decisão com base no silêncio de uma das partes. O que não se pode esquecer é que o silêncio pode influenciar na convicção do magistrado, mas não pode significar a inversão do ônus da prova. Ora, o silêncio somente pode servir como prova se a parte tinha a obrigação de se manifestar e não o fez.

5. PRODUÇÃO DE PROVAS DE OFÍCIO E A REQUERIMENTO. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Conforme o Novo CPC, o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determina as provas necessárias ao julgamento do mérito e indefere, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias (art. 370, CPC/15).

Isso demonstra que a produção de provas pode ocorrer através do requerimento das partes, o que é mais comum, uma vez que em regra a prova incumbe a quem alega, bem como pode ocorrer de ofício pelo juiz.

A busca da verdade e conseqüentemente de uma prestação jurisdicional de qualidade implica que todas as provas relevantes ao caso estejam em juízo.

O juiz não pode ser visto como um sujeito imparcial ao ponto de distanciar-se da produção de provas. Pelo contrário, o juiz deve zelar pela busca da verdade em prol de uma prestação jurisdicional de qualidade. Apesar da imparcialidade, o juiz não pode compactuar com omissões e falhas na produção probatória capazes de acarretar decisões injustas.

Desta forma, caso as provas relevantes à busca da verdade não estejam em sua totalidade em juízo, bem como haja insuficiência de provas capaz de causar prejuízo à prestação jurisdicional

e à decisão justa de mérito, deve o juiz determinar de ofício a produção de provas ou até mesmo solicitar demais provas às partes.

Cumpra esclarecer que o magistrado pode, inclusive, determinar de ofício a produção de prova emprestada, solicitando respectiva certidão ao juízo de origem.

Conforme já mencionado em capítulo anterior, essa conduta oficiosa do magistrado pauta-se no dever de cooperação dos sujeitos do processo.

Outrossim, a atuação oficiosa do juiz é limitada pelo princípio do dispositivo e não significa parcialidade em favor de uma das partes, pois ao determinar a produção da prova o juiz não prevê o resultado da mesma.

Assim, a regra do ônus da prova não interfere na atuação oficiosa do juiz, pois este não atua em prol de parte determinada. O que ocorre é o favorecimento, ainda que indireto, do verdadeiro titular do direito material, exatamente o que uma decisão justa visa. Trata-se de cooperação.

Do mesmo modo, a existência de direitos disponíveis não interfere na atuação oficiosa do juiz. Apesar da previsão de possibilidade de acordos entre as partes sobre o procedimento (art. 190, CPC/15), estes não poderão acarretar a exclusão de provas relevantes à lide, na medida em que a prestação jurisdicional de qualidade e a pronúncia de decisões justas se sobrepõem a tais direitos.

Vale ressaltar, ainda, que essa possibilidade de atuação de ofício não é propriamente um poder do juiz, mas sim uma faculdade, conforme reste demonstrada a necessidade.

6. ÔNUS DA PROVA E SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

O ônus da prova, consoante doutrina pátria, possui dois aspectos: objetivo e subjetivo. O ônus da prova implica o estudo sobre quem é o responsável pela produção da prova.

Esse é o aspecto subjetivo desse ônus. Segundo regra geral do direito, quem alega sem provar age como se não estivesse sequer alegado. Alegações desprovidas de provas não são consideradas alegações.

Prevê o art. 373 do CPC/15 que o ônus da prova incumbe, em regra, ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Ou seja, o ônus da prova incumbe a quem alega. Esse é o aspecto subjetivo do ônus da prova.

Deve o autor provar o fato constitutivo de seu direito. E ao réu incumbe o dever de contestar especificamente as alegações autorais (ônus da impugnação específica), apresentando contraprova dos fatos constitutivos do direito do autor, e provas dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito autoral.

O ônus da prova estimula a participação das partes no processo, as quais devem atuar a fim de comprovar suas alegações. Não é possível que a parte tão somente apresente suas alegações

e não comprove nenhuma delas. Na medida em que a jurisdição é inerte e o juiz está adstrito ao princípio do dispositivo, as partes devem atuar no processo a fim de provocar a atuação do magistrado.

O novo CPC, ao reforçar princípios, direitos e garantias constitucionais, ressalta o dever de cooperação entre as partes, segundo o qual, todas os sujeitos do processo estão envolvidos numa relação jurídica processual ampla, e apesar dos interesses antagônicos devem atuar em cooperação, em prol do alcance de uma decisão justa. O novo CPC não entende o processo como um campo de batalha ou há condutas omissivas propositais e estratégicas, apresentação de provas surpresas ou esquivas na produção de provas. As partes devem atuar em colaboração e pautar-se na boa-fé.

Nesse sentido, prevê o art. 6º do CPC/15 de forma clara e objetiva que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha decisão de mérito justa e efetiva. Note-se que o dispositivo legal menciona que o dever de cooperação é de todos os sujeitos do processo, e não apenas das partes. Isso significa que o juiz também deve atuar em cooperação com as partes.

O dever de cooperação pelo juiz possui quatro vertentes: esclarecimento, diálogo (consulta), prevenção e auxílio (adequação). O dever de esclarecimentos significa que o juiz deve exigir esclarecimentos das partes, sanando dúvidas e contradições nos requerimentos formulados (como por exemplo no saneamento compartilhado - Art. 357, CPC/15), bem como deve ele mesmo ser claro em suas decisões, sempre fundamentando as mesmas (art. 11 e art. 489, II e §§1º, 2º, 3º do CPC/15).

O dever de diálogo / consulta impõe ao juiz a consulta prévia às partes quando necessário, a oitiva das partes antes de decidir, evitando decisões surpresas, de ofício, ou até mesmo decisões prejudiciais por insuficiência de provas. Ora, o magistrado funciona como o pacificador da lide e garantidor da prestação jurisdicional de qualidade. Não basta o mero pronunciamento de decisões, estas devem ser justas.

Assim, o juiz deve atuar em cooperação com as partes, mantendo o diálogo e não ficando distante.

Insta salientar que, ao contrário do que algumas críticas afirmam, esse diálogo não fere a celeridade processual e a duração razoável do processo, pois na medida em que as partes são prévia e plenamente ouvidas, que o contraditório é garantido, o número de recursos e impugnações tende a diminuir. Ou seja, a cooperação entre as partes enseja decisões mais justas e maior aceitação pela parte contrária.

O dever de prevenção significa que o magistrado deve alertar as partes sobre os riscos de suas manifestações, instando-as a corrigir eventuais vícios e defeitos do processo. E por fim, o dever de auxílio implica a atuação do juiz no sentido de auxiliar as partes a fim de afastar obstáculos que dificultem ou impeçam suas faculdades processuais, como por exemplo na aplicação da distribuição do ônus da prova (art. 373, §1º, CPC/15).

Como nota-se, o dever de cooperação está intimamente ligado com a esfera probatória e com o ônus da prova.

Quanto ao aspecto objetivo do ônus da prova, ressalta-se a divergência existente

antes do novo CPC: ônus da prova como regra de julgamento ou como regra de procedimento (comportamento ou instrução).

O ônus da prova como regra de julgamento afasta declarações de *non liquet* pelo juiz, o qual está obrigado a julgar todas as demandas que lhe são submetidas, proferindo decisões preferencialmente de mérito (princípio da prevalência das decisões de mérito, que ganhou destaque e virou premissa no novo Código de Processo Civil). O magistrado deve julgar as causas que lhe são postas, ainda que para isso socorra-se da analogia, costumes e princípios gerais do direito, bem como determine a realização de outras provas a fim de esclarecer os fatos⁶.

Contudo, isso não afasta a ideia de ônus da prova como regra de procedimento (comportamento ou instrução), segundo a qual as partes devem produzir todas as provas que estão ao alcance durante a instrução processual.

Por algum tempo, essa questão foi motivo de uma prestação jurisdicional ineficiente, uma vez que muitos juízos apenas invertiam o ônus da prova no momento da sentença, alegando que a questão era regra de julgamento, o que por vezes pegava a parte contrária de surpresa, em flagrante violação dos princípios do contraditório e ampla defesa.

O STJ, então, no julgamento do EREsp 422.778-SP, em 29/2/2012, declarou que a inversão do ônus da prova é regra de instrução:

Trata-se de regra de instrução, devendo a decisão judicial que determiná-la ser proferida preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurar à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo a reabertura de oportunidade para manifestar-se nos autos.

A inversão do ônus da prova deve ocorrer antes da finalização da instrução probatória, a fim de que seja garantida à parte em desfavor de quem o ônus foi invertido a oportunidade de manifestação e produção probatória.

Isso porque o ônus da prova também funciona como norteador do comportamento das partes. Nesse sentido, são os comentários do Mestre e Doutor em Direito (UFRGS) e Professor Artur Thompsen Carpes (2016):

Nada obstante certa polêmica na doutrina quanto à existência da função subjetiva, sua sensibilidade ao longo de todo o procedimento probatório revela-se suficiente para perceber que o ônus da prova funciona não apenas como critério de julgamento, mas também como critério que indica às partes o modo pela qual devem pautar a sua atividade em torno da prova.

[...] É inegável, entretanto, que o ônus da prova funciona como estímulo qualitativo dirigido às partes para que estas forneçam as provas destinadas à confirmação de suas alegações de fato. Caso o ônus da prova não exercesse tal função, a atividade probatória das partes não seria tão qualificada, o que significaria prejuízo à formação do juízo de fato. (CARPES, Artur Thompsen. 2016. p. 197-209).

6 - Enunciado nº 297 do FPPC: (art. 355) O juiz que promove julgamento antecipado do mérito por desnecessidade de outras provas não pode proferir sentença de improcedência por insuficiência de provas.

Essa posição do STJ foi, ainda que indiretamente, positivada no CPC/15, o qual, em prol dos princípios constitucionais que o norteiam, veda decisões judiciais surpresas e prima pela oportunidade de ciência e manifestação prévia das partes.

a) **Ônus da prova: encargo ou dever?**

Acerca da natureza jurídica do ônus da prova, vale salientar que alguns doutrinadores entendem que, apesar da nomenclatura de ônus da prova, não se trata necessariamente de um ônus da parte.

Ônus implica um dever, o qual acarreta sanções em caso de descumprimento. Contudo, o ônus da prova na realidade é um mero encargo que a parte pode cumprir ou não, sob pena de ficar tão somente em situação de desvantagem (o prejuízo da não comprovação de suas alegações).

Ou seja, o ônus da prova é um direito da parte provar o que alegou. Contudo, em caso de inobservância dessa faculdade, não há que falar em ilícito e sanção, mas tão somente em efeitos processuais negativos e possível negativa do direto pleiteado.

Contudo, segundo Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2016), a prova é um direito das partes, mas também é um dever. Segundo os doutrinadores, entender o ônus da prova como um mero encargo viola os deveres de colaboração, lealdade e boa fé processuais.

A prova não se limita a um direito no campo processual. Ela é também um dever, alinhado aos deveres de lealdade e de boa fé processuais. Realmente, para que o Estado possa desempenhar adequadamente a sua tarefa de decidir as controvérsias que lhe são submetidas, é essencial que as pessoas que tenham conhecimento dos fatos relevantes para a solução desse litígio efetivamente colaborem e tragam para o processo esses elementos em que se fundará o conhecimento do órgão jurisdicional. Afinal, se o texto constitucional impõe ao Estado o dever de julgar os conflitos e de dar tutela efetiva, tempestiva e adequada a qualquer lesão ou ameaça a direito, então é indispensável que se imponha a toda coletividade o consectário dever de auxiliar a jurisdição nessa tarefa, fornecendo-lhe os subsídios para que possa conhecer os fatos e julgar corretamente (art. 378). Por isso, pode-se afirmar que ao lado do direito, a prova é também um dever. E esse dever nada mais é do que um reflexo – para toda a sociedade – dos direitos fundamentais processuais, em particular, dos direitos de acesso à Justiça e de ampla defesa. (MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. 2016).

Interessante esse posicionamento, na medida que melhor se coaduna com as novas vertentes do atual Código de Processo Civil.

Se o CPC/15 possui um viés constitucional, com primazia dos princípios do contraditório e ampla defesa, bem como ressalta o direito (constitucional) à prova e enaltece as regras de cooperação, lealdade e boa fé processuais, o entendimento do ônus da prova como mero encargo ou faculdade processual cujo descumprimento não gera sanção contrária é contraditório.

O art. 378 do CPC/15 traz uma imposição geral de colaboração ao prever que ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade. E como toda imposição apresenta algumas sanções pontuadas por exemplo no art. 80, II do CPC/15 (litigância de má fé que acarreta multa e indenização), no art. 400 do CPC/15, bem como na esfera

penal, como os artigos 347 (crime de fraude processual) e 356 (crime de sonegação de papel ou objeto de valor probatório), ambos do CP.

Outrossim, diversos dispositivos do Código de Processo Civil enaltecem a prova como um dever, tais como os artigos 77 (deveres das partes), 379 (dever das partes de produzir provas, salvo prova contra si), 380 (dever do terceiro de informar ao juiz os fatos e circunstâncias de seu conhecimento, e de exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder).

Sobre a garantia de não produção de provas contra si, os doutrinadores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2016) ainda criticam a amplitude da redação inicial do art. 379 do CPC/15 que prevê que incumbe à parte, preservado o direito de não produzir prova contra si própria, comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária; praticar o ato que lhe for determinado.

Em última análise, a interpretação literal desse preceito (em sua parte inicial) institui e legitima a chicana processual e autoriza a litigância abertamente de má fé, o que não se pode aceitar. Supor que a parte tenha o direito de esconder a prova que lhe é desfavorável, e que só tenha o “dever” – que aí é nada mais do que o seu próprio interesse! – de trazer aos autos a prova que lhe é favorável, realmente, é imaginar que a parte deve sempre tentar litigar, ainda que de forma abusiva, na esperança de que a parte contrária não consiga obter por outra via a prova que foi, com autorização do código, escondida. Nada há que justifique esse imaginado “direito”, que sequer se harmonize com a seriedade que se espera de quem litiga judicialmente. [...] Enfim, é evidente que a parte inicial do art. 379 é apenas um excesso infeliz, que exige interpretação que o reduza aos seus limites constitucionais: o direito de não produzir prova que possa repercutir em sua incriminação. (MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. 2016).

Desta forma, independente das divergências acima apontadas, o que não se pode perder de vista é o dever de colaboração dos sujeitos do processo, que devem atuar em prol da busca da verdade com a consequente pronúncia de uma decisão justa e de uma prestação jurisdicional de qualidade.

b) Teorias do ônus da prova: estática e dinâmica. Sistema adotado pelo Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil, tanto o código atual quanto o CPC/73, adota, como regra geral, a teoria estática da distribuição do ônus da prova. Ou seja, o próprio diploma processual determina, estaticamente (previamente e de maneira imutável), quem deve produzir a prova (o ônus da prova incumbe a quem alega).

A teoria estática do ônus da prova está embasada nas ideias de oportunidade e interesse, cabendo a cada parte provar os fatos alegados em seu interesse a fim de alcançar a decisão almejada.

Mas, é notório que em muitos casos uma das partes possui hipossuficiência probatória, ou o caso comporta provas de difícil ou impossível produção (prova diabólica), como os fatos negativos. A teoria estática, então, não é suficiente.

A teoria do ônus da prova ignora a igualdade material (substancial), e não leva em

consideração a verossimilhança das alegações, o interesse das partes na produção da prova e o dever de cooperação dos sujeitos.

Assim, a dinamização do ônus da prova que já era adotada pela jurisprudência na vigência do CPC anterior, ganhou previsão legal expressa no novo CPC. Prevê o art. 373, §1º que:

Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Ressalta-se que, não se trata de simples inversão do ônus da prova, conforme previsto no art. 6º VIII do Código de Defesa do Consumidor. O que o art. 373, §1º do novo Código de Processo Civil prevê é uma dinamização, uma inversão mais ampla desse ônus. Na dinamização, o magistrado ignora a qualidade de autor e réu, e distribuiu o ônus da prova de acordo com quem tem a melhor qualidade, as melhores condições de produzir as provas. Quem pode produzir as provas de forma mais eficiente.

Essa distribuição do ônus da prova de acordo com a aptidão de cada sujeito do processo se coaduna com os princípios norteadores do CPC/15, principalmente com a prevalência das decisões de mérito e com o dever da cooperação.

Note-se que a dinamização do ônus da prova é uma exceção à regra da distribuição estática, devendo ser determinada excepcionalmente, desde que haja impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo pela parte, e haja maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário pela outra parte. Ou seja, não pode o magistrado determinar a dinamização do ônus da prova diante da hipossuficiência probatória de uma parte em prejuízo da outra parte.

A dinamização do ônus da prova não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil (art. 373, §2º, CPC/15). Essa dinamização, então, há que ser ponderada, sendo vedada sempre que tornar impossível ou excessivamente difícil a desincumbência pela parte em desfavor de quem ocorre a inversão.

Obviamente, essa situação só pode gerar a modificação do ônus probatório se a prova que a parte tem dificuldade de produzir possa ser trazida pela parte contrária. Quando se modifica o ônus, é preciso supor que aquele que vai assumi-lo terá a possibilidade de cumpri-lo, pena de a modificação do ônus da prova significar a imposição de uma perda e não apenas a transferência de um ônus. Nessa perspectiva, a modificação do ônus da prova somente deve ocorrer quando o réu tem a possibilidade de demonstrar a não existência do fato constitutivo, ou quando o autor tem condições de fazer prova da inexistência do fato extintivo, modificativo ou impeditivo.

Mais: é evidente que o fato de o réu ter condições de provar a não existência do fato constitutivo não permite, por si só, a modificação do ônus da prova. Isso apenas pode acontecer quando as especificidades da situação de direito material, objeto do processo, demonstrarem que não é racional exigir a prova do fato constitutivo, mas sim exigir a prova de que o fato constitutivo não existe. Ou seja, a modificação do ônus da prova é imperativo de bom senso quando ao autor é impossível, ou muito difícil, provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar a sua inexistência. O

mesmo passa com a situação do autor, em relação aos fatos extintivos, modificativos e impeditivos. (MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. 2016).

Como qualquer medida excepcional, ao ser determinada, o magistrado deve pautar-se pela ponderação e razoabilidade, fundamentando sua decisão.

Acerca do momento processual para aplicação dessa dinamização do ônus da prova, a redação do §1º do art. 373 permite a compreensão de que se trata de regra de instrução, não podendo o juiz proferir a aplicação na sentença.

Outrossim, o CPC/15 prevê a possibilidade da distribuição do ônus da prova ser objeto de acordo entre as partes (inversão convencional), antes ou durante do processo, desde que respeitado os direitos indisponíveis, e não torne excessivamente difícil o exercício do direito da parte (art. 373, §§3º e 4º, CPC/15). Aqui, a inversão ocorre no momento da celebração do acordo entre as partes.

Além da inversão convencional do ônus da prova, o ordenamento jurídico pátrio admite a inversão legal que é aquela que decorre da lei (muito comum no direito consumerista, por exemplo nos artigos 12, §3º, e 14, §3º e 38, todos do Código de Defesa do Consumidor). Trata-se de uma exceção prevista na própria lei. Considera-se o momento de inversão do ônus da prova, nesse caso, desde a propositura da demanda.

c) Ônus da prova como regra de instrução e estado de dúvida do juiz

Conforme mencionado, a regra do ônus da prova impõe deveres instrutórios às partes e dirige o comportamento das mesmas. A parte que descumpriu seu ônus da prova, possivelmente receberá uma decisão desfavorável, salvo se o conjunto probatório constante nos autos convencer o juiz a pronunciar decisão favorável.

Isso significa que o descumprimento desse ônus não implica, necessariamente, um julgamento desfavorável, mas aumenta o risco de tanto.

Nessa perspectiva, é possível sustentar a utilização, em caso de dúvida, pelo juiz da regra do ônus da prova para julgar, ou seja, como regra de julgamento. Nesse sentido, após a fase de instrução probatória, caso não haja convencimento do magistrado e este permaneça em estado de dúvida, deve ser proferida decisão desfavorável à parte que tinha o ônus da prova e não se desincumbiu do mesmo.

Ora, por óbvio, se o autor alegou, mas não provou os fatos constitutivos de seu direito, e se não há nos autos outros elementos de convencimento, a decisão judicial deve ser desfavorável, sob pena de perpetuação de situação de injustiça para o réu.

Outrossim, o juiz também pode decidir, apesar da insuficiência de provas, com base na verossimilhança. O juiz que julga com base na verossimilhança das alegações não está em estado de dúvida, pelo contrário, está convencido da preponderância da verossimilhança, razão pela qual não há que se falar em aplicação da regra do ônus da prova no julgamento.

Note-se que o simples estado de hipossuficiência de uma das partes, principalmente do autor, não pode, por si só, ensejar preponderância da verossimilhança de suas alegações

com a conseqüente pronúncia de decisão favorável, sob pena de concessão de direito a quem não é seu titular.

7. VALORAÇÃO DA PROVA, MEIOS DE VALORAÇÃO E PRINCÍPIO DA COMUNHÃO DAS PROVAS

O assunto valoração das provas é de suma importância, pois de nada adianta a parte produzir várias provas, mas que ao final são consideradas de baixo valor probatório para o magistrado.

A valoração das provas significa conferir valores às provas constantes nos autos a fim de formar um convencimento sobre os fatos alegados. Assim, qualquer homem médio é capaz de valorar provas, uma vez que essa matéria não é afeta à seara jurídica.

Assim, no tocante à valoração das provas torna-se imperioso a análise de meios e sistemas de provas capazes de guiar o juiz e formar seu convencimento.

Nos primórdios do Direito, ouvia-se falar em ordálias e juízos de Deus. Trata-se de sistema probatório no qual a valoração das provas se dava através de testes físicos e consulta aos deuses. A evolução da sociedade e o afastamento entre direito e religião demonstraram que esse sistema era falho.

Posteriormente surgiu o sistema da prova legal ou prova tarifada, segundo o qual cada prova possui um valor atribuído pela lei e ao juiz cabe tão somente o exercício matemático de somar e computar os pontos de cada prova. A crítica a esse sistema reside no fato de que o mesmo privilegia a quantidade da prova em detrimento da qualidade. Atualmente, em alguns dispositivos legais, ainda é possível verificar a existência desse sistema (por exemplo, arts. 215 e 225 do CC/02; arts. 405 e 422 do CPC/15).

Em contraposição, surge o sistema do livre convencimento ou persuasão íntima, através do qual o juiz valora as provas em total liberdade. Nesse sistema, o magistrado atua em total liberdade, beirando inclusive a arbitrariedade, já que ele se vale tão somente do seu convencimento íntimo e não necessita justificar tal.

Surge então o sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional. O juiz confere às provas a valoração que entender cabível de acordo com a formação do seu convencimento. Contudo, essa valoração não é livre, pelo contrário deve ser motivada e se ater aos fatos trazidos ao processo.

O sistema do livre convencimento motivado era plenamente adotado na vigência do CPC/73, pois era visto como o sistema que melhor facilitava a pronúncia de decisões justas. Ao mesmo tempo em que o magistrado pode formar seu convencimento de forma livre, analisando cada prova, conteúdo e qualidade, sem qualquer vinculação e tarifação, deve ele motivar suas decisões a fim de demonstrar uma persuasão racional e a ausência de arbitrariedades.

Na vigência do atual Código de Processo Civil, o tema não é pacífico no bojo da doutrina, conforme restará elucidado no próximo capítulo. Independente desses questionamentos, é certo que o CPC/15 manteve a adoção do princípio da comunhão das provas, segundo o qual o juiz apreciará

todas as provas constantes nos autos, independentemente da parte que a produziu (art. 371).

8. VALORAÇÃO DA PROVA E NOVO CPC

Conforme já ressaltado, o novo Código de Processo Civil apresenta um viés constitucional e conseqüentemente prima pela aplicação de princípios constitucionais. As diversas alterações e inclusões feitas no CPC/15 visam a primazia de uma prestação jurisdicional de qualidade, a busca e o alcance da verdade, a pronúncia de decisões judiciais justas e conseqüentemente favoráveis ao titular do direito.

Assim, alguns doutrinadores mais críticos salientam que o novo Código de Processo Civil adotou um modelo processual objetivo em detrimento do modelo subjetivo, a fim de evitar decisões de cunho mais íntimo, subjetivo, parcial, e tendencialmente menos justas.

Nessa seara, sustentam esses doutrinadores que o CPC/15 extinguiu o sistema do livre convencimento motivado. Para Lenio Luiz Streck (2016), a redação do art. 369 do CPC/15, ao suprimir a expressão “livremente” extinguiu o princípio do livre convencimento, eliminando a possibilidade de o juiz decidir de acordo com a livre apreciação da prova e o livre convencimento.

Por sua vez, Daniel Amorim Neves Assumpção (2016) entende que, apesar da supressão da expressão livre convencimento de outros termos assemelhados, o CPC/15 continua adotando o sistema do livre convencimento motivado. Isso porque, para o autor, esse sistema nunca permitiu a discricionariedade do juiz na análise da prova. O juiz sempre esteve adstrito a todo o conjunto probatório constante nos autos.

A livre valoração das provas significa tão somente dar a carga de convencimento a cada meio de prova presente no caso concreto. O juiz não está vinculado à carga valorativa prevista em lei. Desta forma, o novo CPC/15 repetiu o que já era previsto no diploma anterior.

Por outro lado, decisões proferidas com base em expressões vazias tais como “conforme a prova dos autos”, “diante do robusto conjunto probatório formado pela parte”, “as provas produzidas pela parte não deixam margem à dúvida”, além de nada terem a ver com as técnicas de valoração das provas, são nulas. Eram nulas na vigência do CPC/1973 e são nulas na vigência do Novo Código de Processo. (ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. 2016).

9. OBJETO DE PROVA

Existem duas posições acerca do objeto da prova. Para a primeira corrente doutrinária, o objeto da prova é o alcance da verdade fática. São os fatos que devem ou não serem provados. Diferentemente, para outra parte da doutrina, o objeto da prova são as alegações de fato.

Contudo, verifica-se que o CPC/15 manteve o entendimento do CPC/73 e adota o primeiro entendimento no *caput* do art. 374 (não dependem de prova os fatos). Desta forma, são objetos da prova os fatos controversos, relevantes e precisos.

Vale ressaltar que o que está em foco é a prova dos fatos principais da causa. Os fatos secundários, impertinentes e irrelevantes à demanda posta em juízo não precisam ser objeto de prova, pois além de inúteis, em nada interferem no convencimento do juiz.

Os incisos do art. 374 do CPC/15 dispõe sobre os fatos que não necessitam de prova: os fatos notórios, afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, incontroversos, e em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade não dependem de prova.

10. PROVAS NAS AÇÕES ENVOLVENDO A FAZENDA PÚBLICA

Afim de verificar o que foi exposto nos capítulos anteriores, tornam-se necessários alguns apontamentos feitos a partir de uma análise crítica de casos concretos, principalmente de decisões proferidas em primeira instância⁷, onde a fase instrutória ocorre em maior plenitude.

Ressalta-se que o estudo do direito probatório no bojo da primeira instância é relevante na medida em que é o juiz *a quo* quem possui a melhor condição de julgamento por estar diretamente em contato com as provas, participando da instrução.

a) Ações previdenciárias – aposentadoria rural

A Previdência Social no Brasil é eminentemente contributiva, razão pela qual somente fazem jus ao recebimento de benefícios previdenciários as pessoas que contribuam para o sistema (de maneira efetiva ou conforme presunções previstas em lei) e preencham os requisitos legais.

O art. 201, §7º, II prevê a possibilidade de aposentadoria com redução de idade para o trabalhador rural. Por sua vez, o art. 48 da Lei 8.213/91 define os requisitos necessários à aposentadoria por idade do rurícola.

Nesse sentido, temos que para o gozo da aposentadoria rural por idade é indispensável que o segurado preencha os seguintes requisitos cumulativos: a) qualidade de segurado; b) idade mínima de 55 (cinquenta e cinco) anos, se mulher e 60 (sessenta) anos, se homem e; c) comprovação do efetivo exercício de atividade rural, no período imediatamente anterior ao requerimento, em número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício.

É quanto a esse último requisito que os fatos se tornam controversos. Nesses casos, o objetivo das provas é a veracidade ou não do exercício da atividade rurícola (fato).

Ante o exposto, a jurisprudência posicionou-se, através de súmulas (Súmulas 6 e 14 da TNU), no sentido de que o exercício de atividade rural deve ser provado mediante início de prova material corroborada com outras provas. Contudo, esses enunciados de súmulas não podem ser tratados como premissas absolutas.

7 - A pesquisa jurisprudencial desta obra foi feita observando como recorte as decisões proferidas no âmbito do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Justiça Federal do Rio de Janeiro), bem como Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, e eventualmente STF e STJ, tendo em vista a região de atuação desta autora.

Do mesmo modo, acerca do recorte quantitativo, salienta-se que o objetivo da obra não foi apurar um grande número de decisões para fazer levantamento de dados e números, mas apenas selecionar algumas decisões judiciais para elucidar a aplicação prática do tema. Trata-se de simples amostragem.

O conjunto probatório deve ser analisado como um todo e o magistrado deve estar atento às peculiaridades do caso concreto, uma vez que a prova material não é prova plena e sua análise deve ser profunda.

Nesse sentido, vale elucidar os ensinamentos de José Antonio Savaris (2010):

A prova material é indiciária – e não prova plena – porque ela demonstra a existência de um fato relativamente próximo daquele que se deseja ter por comprovado em juízo. Tomemos um exemplo: na comprovação do exercício da atividade rural, é muito comum a adoção de documentos emitidos ao tempo do exercício da atividade que qualifiquem o segurado como lavrador. Esses documentos não provam a condição de lavrador, mas sugerem o fato, trazem a presunção de sua ocorrência, presunção está que será confortada ou robustecida por outros meios de prova (inspeção judicial ou prova testemunhal, por exemplo). Tanto mais forte será a presunção quanto mais próxima a prova material estiver da afirmação do fato que se deseja evidenciar. (SAVARIS, José Antonio. 2010).

Assim, vale trazer à baila sentenças que analisam, salvo melhor juízo, superficialmente essas provas:

Pleiteia o autor o benefício de aposentadoria por idade, na qualidade de segurado especial. O autor nasceu em 1953 e completou a idade exigida como requisito para concessão do benefício (60 anos) em 2013, por conseguinte, o período de atividade que deve ser comprovado, imediatamente anterior ao requerimento do benefício, é de 180 meses, conforme o art. 142 da Lei nº 8.213/91.

Para comprovação desse tempo de serviço, a lei exige a apresentação de início de prova material.

Os documentos acostados enquadram-se como início de prova material de tais fatos. São eles:

a) Inventário de fls. 20/24, no qual o autor está qualificado como lavrador.

Ressalto que os documentos apresentados não precisam necessariamente referir-se a todo o período equivalente à carência do benefício, consoante Súmula n.º 14 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, que assim dispõe: “Para a concessão de aposentadoria rural por idade, não se exige que o início de prova material corresponda a todo o período equivalente à carência do benefício”.

Ademais, o autor não é casado, o que dificulta a produção da prova documental.

Devo ressaltar também que a propriedade que o autor reside não está em seu nome ainda – inventário em andamento –, o que também dificulta a produção da prova. A prova testemunhal e o depoimento pessoal foram harmônicos. Por fim, destaco que o autor é pessoa com aparência de rurícola, o que se coaduna com todas as provas aqui produzidas.

Sendo assim, reconheço que o autor tem direito ao benefício pleiteado. Pelo exposto, julgo procedente o pedido, condenando o INSS à implantação – e pagamento dos atrasados entre a DIB e a DIP - do benefício aposentadoria rural por idade ao autor, [...] (Processo nº: 0107505-21.2016.4.02.5166 – Vara Federal de Macaé – TRF 2ª Região, em 28/09/2016) - **(Grifou-se)**

Infelizmente, no exemplo acima, o conjunto probatório não foi apreciado de forma plena. No caso, não existe início de prova material idônea, uma vez que a única prova do suposto exercício da atividade rural são poucas cópias de uma ação de inventário, na qual o próprio autor se declara como lavrador. Será que uma mera autodeclaração possui eficácia probatória?

Existem muitas sentenças bem fundamentadas que analisam todas as provas constantes nos autos. Mas, na maioria dos casos, observa-se que as provas não são apreciadas em sua totalidade e de forma plena.

Além disso, em alguns casos as decisões judiciais são fundamentadas em meras presunções em detrimento da fazenda pública e em transgressão das regras de distribuição do ônus da prova.

b) Ações trabalhistas – responsabilidade subsidiária da Fazenda Pública

Acerca da responsabilidade subsidiária da Fazenda Pública, dispõe o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o registro de imóveis.

Apesar da letra expressa da lei, firmou-se, no âmbito da Justiça do Trabalho, o entendimento jurisprudencial pela responsabilidade pura e simples da Administração Pública na qualidade de tomador de serviço (Enunciado de Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho em sua redação original).

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADC nº 16 declarou a constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei nº 8.666/93, estabelecendo que o TST não poderá generalizar os casos e terá de investigar se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

O TST então alterou seu Enunciado de Súmula nº 331 para se adequar ao julgado proferido em sede de controle abstrato de constitucionalidade, passando o inciso V da referida súmula a apresentar a seguinte redação:

Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Ou seja, nas ações trabalhistas que envolvam terceirização (contratação de serviços) deve restar comprovada a falha ou falta de fiscalização do órgão público tomador de serviço para fins de responsabilidade subsidiária.

Ocorre que, na prática, o que se verifica é uma completa inversão do ônus da prova em detrimento da Fazenda Pública. É notório que a estrutura da Administração Pública em muitas vezes dificulta a plena produção de provas. Contudo, em vários casos, mesmo com a produção de prova documental que demonstre a fiscalização pelo ente público, estas são ignoradas e a

responsabilidade subsidiária é reconhecida. Vejamos:

[...] 8- A segunda reclamada impugna o pedido de responsabilidade subsidiária, invocando o art. 71 da Lei de Licitações. O STF, ao julgar a ADC nº 16, considerou constitucional o art. 71 da Lei nº 8.666/93, vedando a responsabilização da administração pública pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela prestadora de serviços, SALVO quando restar demonstrada a culpa in vigilando do ente público, tomador dos serviços. A própria Lei de Licitações, nos artigos 58, III, e 67, caput e § 1º, impõe à administração pública o dever de fiscalizar o cumprimento de todas as obrigações repassadas por meio do contrato licitado e, dentre elas, as obrigações trabalhistas.

No caso presente, a segunda reclamada juntou, dentre outros documentos, o contrato de prestação de serviços (f.224) e um Termo de Ajustamento de Conduta - TAC de f.113/114⁸, comprometendo-se a pagar os salários de dezembro/15 e janeiro/16, de 252 empregados da primeira ré, mas isso não ocorreu em relação ao reclamante, conforme reconhecido à f.226/227.

Esses documentos, a rigor, não demonstram que a segunda reclamada tenha atuado em efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais trabalhistas por parte da prestadora dos serviços.

Note-se que as verbas rescisórias devidas aos empregados também se incluem como obrigação trabalhista decorrente destes contratos de prestação de serviço.

Note-se, ainda, que a segunda ré somente responderá pelos créditos trabalhistas ora deferidos **em caso de inadimplemento por parte da empregadora, o que demonstrará que não fiscalizou a contento a execução do contrato celebrado, o que caracteriza culpa in vigilando**, um dos pilares sobre os quais foi construído o entendimento jurisprudencial estampado na súm. 331/TST que ora aplico.

Nesse sentido, tenho por comprovada a culpa in vigilando da administração pública, devendo a segunda reclamada responder de forma subsidiária pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela primeira reclamada.

Por último, referido entendimento jurisprudencial não comporta benefício da ordem, de modo a excutir em primeiro lugar os bens dos sócios da primeira ré, sob pena de apenar a parte autora com maior demora em receber os direitos a que faz jus.

Nesse sentido, o pedido de chamamento dos sócios da primeira ré ao pólo passivo apresenta-se totalmente descabido, de modo que no inadimplemento, a execução será dirigida em face da segunda ré. Procede o pedido de responsabilização subsidiária da segunda reclamada em relação a todos os créditos deferidos nesse julgado.

A segunda reclamada responde subsidiariamente pelas parcelas pecuniárias deferidas ao autor, inclusive sobre eventual descumprimento de obrigação de fazer. (RTOrd nº 0101079-38.2016.5.01.0283 – 3ª Vara do Trabalho de Campos dos Goytacazes – TRT 1ª Região, em 07/03/2017). **(Grifou-se)**

[...] Da responsabilidade da 2ª reclamada:

Pretende, o reclamante, a declaração de responsabilidade subsidiária do 2º réu, sob o argumento de que lhe prestou serviços por todo pacto laboral.

8 - No referido processo constam outros documentos juntados pela Administração Pública e que demonstram a fiscalização. Tais documentos não foram mencionados na sentença citada, nem mesmo para fins de afastamento dos mesmos.

Ante os documentos juntados, contratos e termos aditivos, incontroverso que as reclamadas firmaram contrato por todo período contratual em que a parte autora laborou para a 1ª ré. Razão pela qual, presume-se que a 2ª ré se beneficiou da força de trabalho do obreiro por todo pacto laboral.

Quanto à regular fiscalização, a reclamada não juntou documentos a fim de provar o alegado. Conclui que não havia regular fiscalização enquanto o contrato do autor vigeu.

Após o julgamento da ADC 16 pelo STF foi encerrada a discussão quanto à constitucionalidade do art. 71, § 1.º, da Lei 8.666/93. Todavia, ainda assim, entendo que a segunda ré é responsável pelos créditos trabalhistas devidos à demandante, **por omissão culposa em relação à fiscalização de seus contratados - culpa in vigilando - pois houve o descumprimento de obrigações trabalhistas.**

A inidoneidade da prestadora de serviços, a má escolha e a deficiência na fiscalização / ausência de fiscalização adequada pela contratante, para fins de aplicação do entendimento adotado, prescindem de comprovação, sendo presumidas pelo simples inadimplemento das obrigações trabalhistas pela prestadora dos serviços, como foi o caso.

No que concerne ao disposto na Súmula Vinculante nº 10 do STF, ressalte-se que o entendimento jurisprudencial firmado no item V da Súmula 331 do TST está embasado na modalidade de culpa in e culpa, institutos jurídicos calcados nos arts. 927 do Código vigilar em eligendo Civil, e ainda na função social do contrato prevista nos artigos 421 e 2.035 do mesmo Código. Portanto, como já referido, não se trata de declarar a inconstitucionalidade do art. 71, § 1.º, da Lei 8.666-93. A hipótese é de antinomia entre normas de mesma hierarquia, que se resolve mediante interpretação sistemática e teleológica do ordenamento jurídico.

Com apoio nesses fundamentos, reconheço a responsabilidade subsidiária do segundo reclamado, UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ.

Registro que a responsabilidade subsidiária atinge, indistintamente, todos os títulos da condenação (Súmula 331, VI, do C. TST), mormente quando destinados a reparar o dano causado ao empregado em razão de ilícitudes cometidas no curso do contrato de trabalho, o qual só finda com o pagamento integral das parcelas devidas, inclusive rescisórias. (RTOrd nº 0012939-44.2015.5.01.0483 – 3ª Vara do Trabalho de Macaé – TRT 1ª Região, em 02/03/2017). **(Grifou-se)**

[...] DA RESPONSABILIDADE DAS RÉS

O artigo 455 da CLT fixou a responsabilidade subsidiária do empregador principal em relação às verbas trabalhistas devidas pelo subempregador.

Tal disposição tem sido aplicada analogicamente às demais situações de terceirizações lícitas pelo TST, conforme sedimentado em sua Súmula 331, segundo a qual o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial (item IV).

No caso em tela houve comportamento negligente e omissivo da 2ª ré a permitir a lesão a direitos fundamentais da parte autora.

Isso porque não houve prova de fiscalização do contrato, juntando alguns documentos de suposta “fiscalização”, mas que em nada efetivou, de fato, análise dos inúmeros problemas contratuais. Assim, preenchidas as condições estampadas na ADC 16 e Súmula 331 do TST a ensejar a aplicação de subsidiariedade do ente público.

Assim sendo, condeno subsidiariamente 2ª ré em relação à 1ª ré. (RTOrd nº 0012344-48.2015.5.01.0482 – 2ª Vara do Trabalho de Macaé – TRT 1ª Região, em 09/11/2016).
(Grifou-se)

Ora, pela lógica do Processo Civil, o ônus da prova incumbe a quem alega, salvo situação excepcional que justifique a inversão ou dinamização do ônus probatório que deve ser aplicada, presentes os requisitos necessários, em decisão fundamentada. Assim, em regra, quem deveria provar a responsabilidade da Administração Pública pela falta ou falha na fiscalização é a parte autora. Ocorre que na prática, esse ônus é imposto à Fazenda Pública.

Contudo, mesmo apresentando provas cujo ônus não lhe incumbe, a Fazenda acaba sendo condenada.

Em vários casos, a Fazenda Pública alega e comprova a devida fiscalização do contrato de prestação de serviços, demonstrando a realização de licitação e celebração de contrato, a designação de servidor específico para acompanhar e fiscalizar o contrato, a instauração de processo administrativo para apurar condutas lesivas da contratada e aplicar sanções, a celebração de termos de ajustamento de conduta, notificações, advertências, multas, retenção de valores, etc. Contudo, tais provas são sempre tidas como insuficientes.

A sensação é que de nada adianta. Nenhuma prova documental juntada aos autos é relevante. O depoimento pessoal sequer é considerado, na maioria dos casos.

Ao contrário da concepção ampla de contraditório, a contestação apresentada em nada influencia a decisão judicial final. A maioria das sentenças segue um modelo padrão.

De acordo com o Novo CPC, embora isso já fosse regra, as decisões proferidas pelo magistrado devem ser devidamente fundamentadas. Prevê o diploma processual que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que: se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Na maioria das sentenças trabalhistas, observa-se que a fundamentação da responsabilidade subsidiária é rasa, sem uma análise mais profunda das provas produzidas e a aplicação ao caso concreto específico. No tocante à responsabilidade subsidiária da Administração Pública, o que parece é que tais decisões invocam motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão semelhante.

Ao desconsiderar uma prova, ou entender pela insuficiência da mesma, deve o magistrado fundamentar de forma clara e objetiva o porquê tal prova não é suficiente. Nesse sentido:

A ausência de informações, com efeito, repercute de maneira muito grave sobre o

contraditório, visto que as partes não terão condições de verificar se as provas produzidas foram efetivamente levadas em conta; perdem, ainda, a possibilidade de solicitar ao juiz esclarecimentos, ou mesmo correção de equívocos, quanto ao raciocínio probatório utilizado. (RAMOS, Vitor de Paula. 2016. p. 115-134).

Se o intuito do Supremo, ao julgar a ADC nº 16, era de afastar a generalização de casos em prol de uma investigação mais rigorosa pela Justiça do Trabalho acerca da causa principal da inadimplência (falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante ou não), aquele não foi alcançado, uma vez que se verifica que a instrução probatória não prima pela apuração da fiscalização, a qual é posta em segundo plano, inclusive com afastamento de documentos nesse sentido.

Assim, não foi por acaso que o assunto retornou ao STF. No dia 30 de março de 2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 760931, com repercussão geral reconhecida, que discute a responsabilidade subsidiária da administração pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa terceirizada. O recurso da União foi parcialmente provido, confirmando-se o entendimento, adotado na ADC nº 16, que veda a responsabilização automática da administração pública, só cabendo sua condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos.

Não há que se falar em presunção de culpa, mas sim em prova inequívoca da conduta omissiva ou comissiva da Administração Pública na fiscalização.

Desempate

[...] Seu voto (ministro Alexandre de Moraes) seguiu a divergência aberta pelo ministro Luiz Fux. Para Moraes, o artigo 71, parágrafo 1º da Lei de Licitações (Lei 8.666/1993) é “mais do que claro” ao exonerar o Poder Público da responsabilidade do pagamento das verbas trabalhistas por inadimplência da empresa prestadora de serviços.

No seu entendimento, elastecer a responsabilidade da Administração Pública na terceirização “parece ser um convite para que se faça o mesmo em outras dinâmicas de colaboração com a iniciativa privada, como as concessões públicas”. O ministro Alexandre de Moraes destacou ainda as implicações jurídicas da decisão para um modelo de relação público-privada mais moderna. “A consolidação da responsabilidade do estado pelos débitos trabalhistas de terceiro apresentaria risco de desestímulo de colaboração da iniciativa privada com a administração pública, estratégia fundamental para a modernização do Estado”, afirmou.

Voto vencedor

O ministro Luiz Fux, relator do voto vencedor – seguido pela ministra Cármen Lúcia e pelos ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Alexandre de Moraes – lembrou, ao votar na sessão de 8 de fevereiro, que a Lei 9.032/1995 introduziu o parágrafo 2º ao artigo 71 da Lei de Licitações para prever a responsabilidade solidária do Poder Público sobre os encargos previdenciários. “Se quisesse, o legislador teria feito o mesmo em relação aos encargos trabalhistas”, afirmou. “Se não o fez, é porque entende que a administração pública já afere, no momento da licitação, a aptidão orçamentária e financeira da empresa contratada” (Notícia publicada em 30/03/2-17 no site do Supremo Tribunal Federal – Terceirização: Plenário define limites da responsabilidade da administração pública – <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=339613>).

Desta forma, o que se verifica é a necessidade de investigar eventual falha ou falta de fiscalização do órgão público tomador de serviço para fins de responsabilidade subsidiária. A instrução probatória deve ser ampla. As provas devem ser inequívocas. Não se trata de presunção de culpa da Administração Pública, e nem da aplicação do princípio do *in dubio pro operário*.

A Fazenda Pública possui direito à prova, contraditório e ampla defesa tanto quanto os particulares. Mesmo nos casos em que a Fazenda Pública seja parte, a instrução probatória deve ser ampla afim de alcançar a verdade e consequentemente decisões justas.

Por fim, vale ressaltar que a nova lei de terceirização possivelmente irá piorar esse cenário na medida em que permite a terceirização de atividades-fim (que são as atividades principais, de cunho finalístico da pessoa jurídica), além das atividades-meio, conforme §3º do art. 9º da Lei nº 13.429/17.

Em caso de inadimplência da contratante, prevê a nova lei que a tomadora de serviços deve responder subsidiariamente, dispondo o § 7º do art. 10 que a contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer o trabalho temporário, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Com essa lei, possivelmente o número de contratações por empresa intermediária irá aumentar, e consequentemente as ações trabalhistas e as condenações por responsabilidade subsidiária da Administração Pública.

11. CONCLUSÃO

Após o estudo do direito probatório é possível concluir que este não é apenas mais uma fase do processo. O direito probatório é um campo específico do direito cuja leitura e aplicação permite a concretização de direitos e princípios constitucionais.

Não é por outro motivo que o direito à prova é visto como um direito constitucional que decorre diretamente do contraditório e da ampla defesa. A instrução probatória tem pôr fim a busca da verdade, e para isso o contraditório deve ser oportunizado em seu sentido mais amplo (informação – reação – influência – cooperação).

O novo Código de Processo Civil ampliou a busca da verdade em prol da pronúncia de decisões judiciais justas através de uma prestação jurisdicional eficiente e de qualidade. Não basta que o judiciário preste uma atividade jurisdicional às partes. A verdade deve ser sempre buscada. As provas devem ser minuciosamente analisadas. O conjunto probatório deve ser levado em consideração como um todo.

Para isso, mais importante que o estudo dos tipos de prova (testemunhal, depoimento pessoal, pericial), é o estudo do princípio da liberdade das provas e sua aplicação prática. O processo civil admite as provas atípicas, na medida em que a busca da verdade de sobrepõe à instrumentalidade.

O modelo processual que se impõe visa o fim de decisões e condutas intersubjetivas e de cunho íntimo e pessoal. Tanto o juiz deve atuar objetivamente, quanto as partes devem pautar-se

pelos princípios da lealdade, boa-fé processual e cooperação.

Assim, a busca da verdade é de suma importância e somente a verdade permite a pronúncia de decisões justas e favoráveis ao titular do direito.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. *Curso de Direito e Processo Previdenciário*. 5. ed. Bahia: JusPodivm, 2014.

AMADO, Frederico. *Direito Previdenciário*. 6. ed. Bahia: JusPodivm, 2015.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17/03/2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.213, da 24 de julho de 1991. *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25/07/1991, republicado 11/04/1996 e republicado em 14/08/1998*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 30 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22/06/1993, republicado em 6/07/1994 e retificado em 6/07/1994*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 30 ago. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017. *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31.3.2017*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (2ª Região). 1ª Vara Federal de Macaé. *Processo nº: 0107505-21.2016.4.02.5166*. Macaé, 28/09/2016. Lex: jurisprudência da JFRJ e TRF2. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/turmas-recursais/jurisprudencia-das-trs>. Acesso em: 30 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (1ª Região). *RTOrd* nº 0101079-38.2016.5.01.0283. 3ª Vara do Trabalho de Campos dos Goytacazes. Campos dos Goytacazes, em 07/03/2017; *RTOrd* nº 0012939-44.2015.5.01.0483 – 3ª Vara do Trabalho de Macaé. Macaé, em 02/03/2017; *RTOrd* nº 0012344-48.2015.5.01.0482 – 2ª Vara do Trabalho de Macaé. Macaé, em 09/11/2016. Lex: jurisprudência JT e TRT1. Disponível em: <http://www.trt1.jus.br/processo-judicial-eletronico>. Acesso em: 30 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 331*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/>. Súmulas. Acesso em 30 ago. 2017.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. *Súmulas 6 e 14*. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>. Súmulas. Acesso em: 30 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 24.940-RJ (Informativo 536); EREsp 617.428-SP (Informativo 543); EREsp 422.778-SP*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>. Jurisprudência. Acesso em: 30 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 16; RE 760931*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Jurisprudência. Acesso em: 30 ago. 2017.

DIDIER JR, Fredie (coord. geral), JOBIM, Marco Félix (coord.) e FERREIRA, William Santos (coord.). *Direito Probatório: Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. 2. ed. Bahia: JusPodivm, 2016.

KOATZ, Rafael Lorenzo Fernandez. *A proibição do non liquet e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*. RDA – Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, V. 270, p. 171-205, set./dez. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v270.2015.58741>. Acesso em: 30 ago. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. 2. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016.

NASCIMENTO, Carlos Valder do; SANTANA, Fabiano Barbosa de. Responsabilidade da união em sede trabalhista subsidiária, solidária ou objetiva?. *Revista Virtual da AGU*. Brasília, Nº 08, março, 2001. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/104462. Acesso em: 30 ago. 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. v. único. 8. ed. Bahia: JusPodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processual Civil Comentado*. Bahia: JusPodivm, 2016.

PALMITESTA, Mariana Aravechia. *Análise crítica da distribuição do ônus da prova*. 2015. p. 119. Dissertação de Mestrado - Direito Processual Civil. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Departamento de Direito Processual. São Paulo: 2015.

SAVARIS, José Antonio. *Direito Processual Previdenciário*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.





.....

(IN) FIDELIDADE PARTIDÁRIA E OS TRÂNSFUGAS NO CENÁRIO POLÍTICO-ELEITORAL BRASILEIRO

.....

PARTIAL (IN) FIDELITY AND THE TRANSFUGAS IN THE
BRAZILIAN POLITICAL-ELECTORAL SCENARIO

Marcelo Nunes Apolinário¹

Maria Laura Maciel Fernandez²

SUMÁRIO: Introdução; 1. Causas da infidelidade partidária no contexto Político brasileiro; 2. Itinerário jurisprudencial do instituto da fidelidade partidária no âmbito dos Tribunais Superiores; 3. O princípio constitucional da liberdade para o exercício do mandato; 4. As consequências para a democracia brasileira; 5. Conclusão; Referências.

1 - Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas/UFPEL. Doutor em Direitos Fundamentais pela Universidad Autónoma de Madrid.

2 - Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Pelotas/UFPEL..

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar o instituto da (in) fidelidade partidária no Brasil. Primeiramente serão apresentadas as principais causas da infidelidade partidária no contexto político nacional. Em segundo lugar, analisar-se-á o entendimento dos Tribunais Superiores nesta matéria e, por fim, quais são as consequências que o alto índice de infidelidade partidária pode causar na democracia que por ora ainda se afigura em desenvolvimento, bem como tratar de tecer algumas sugestões com o objetivo de estancar o suposto problema. A pesquisa, de caráter qualitativo, é realizada sobre a base bibliográfica-documental. Quanto à pesquisa bibliográfica, ela oferece o suporte necessário para a compreensão de conceitos, teorias e sobre o funcionamento das instituições políticas. Já a pesquisa documental busca enfatizar o estudo da legislação referente ao tema proposto. Ademais, foram realizadas pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais no âmbito dos Tribunais Superiores encarregados de julgar a matéria, tais como o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral. Com base nos estudos da infidelidade partidária no Brasil, a troca frequente de partidos reforça uma situação de falta de identidade partidária, razão pela qual inexistente qualquer identificação do candidato com programas partidários e o eleitor acaba votando no indivíduo de sua preferência. Isso ressalta que os partidos não são condições indispensáveis para a geração de oportunidades de carreira política.

PALAVRAS-CHAVE: Fidelidade Partidária. Democracia. Partidos Políticos. Infidelidade Partidária. Ativismo Judicial.

ABSTRACT: This article aims to analyze the institute of (in) party loyalty in Brazil. First, the main causes of party infidelity in the national political context will be presented. Secondly, it will analyze the understanding of the High Courts in this matter and, finally, what are the consequences that the high rate of party infidelity can cause in the democracy that still seems to be developing, as well as try to weave some suggestions with the purpose of stopping the supposed problem. The research, of a qualitative nature, is carried out on the bibliographic-documentary basis. As for bibliographic research, it provides the necessary support for the understanding of concepts, theories and the functioning of political institutions. Already, the documentary research, seeks to emphasize the study of the legislation regarding the proposed theme. In addition, doctrinal and jurisprudential investigations were carried out in the scope of the Superior Courts in charge of judging the matter, such as the Federal Supreme Court and the Superior Electoral Court. Based on the studies of partisan infidelity in Brazil, the frequent exchange of parties reinforces a situation of lack of partisan identity, reason why there is no identification of the candidate with party programs and the voter ends up voting in the individual of his preference. This emphasizes that parties are not indispensable conditions for the generation of political career opportunities.

KEYWORDS: Partisan loyalty. Democracy. Political parties. Party Infidelity. Judicial Activism.

INTRODUÇÃO

O Brasil caracteriza-se por ser um Estado Republicano, Democrático e de Direito. O regime democrático é exercitado de forma direta ou indireta, ou seja, o povo escolhe os seus representantes, mas por vezes, pode participar da vida política diretamente, como nas hipóteses de plebiscito e referendo. No modelo democrático brasileiro, a seleção dos representantes populares é feita através de eleições livres, diretas, periódicas, competitivas e transparentes.

Os sistemas eleitorais são os meios legitimamente utilizados pela sociedade para a composição da representação política no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo. No Brasil, senadores e os cargos executivos de presidente, governadores e prefeitos, são eleitos pelo sistema majoritário. Já os deputados federais, estaduais e vereadores, cargos legislativos, são eleitos pelo sistema proporcional. Os sistemas eleitorais são importantes, porque é em torno destes que a (in) fidelidade partidária é discutida no Congresso Nacional e nos Tribunais Superiores incumbidos de analisar a matéria eleitoral.

A Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, também chamada “Lei dos Partidos Políticos”, define-os em seu art. 1º, como pessoas jurídicas de direito privado, destinados a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal de 1988. Atualmente, observa-se no cenário político brasileiro um número excessivo de partidos, muitos deles vistos como oportunistas e inautênticos por justamente não cumprirem os seus respectivos programas. Essas particularidades, de certa maneira, demonstram os vícios que o sistema apresenta, assim como as justificativas de parcela considerável da sociedade no descrédito da política.

A fidelidade partidária, instituto ao qual o candidato deve se manter fiel ao partido para o qual foi eleito, possui distorções graves no Brasil. Há um alto índice de infidelidade partidária, principalmente no Legislativo. Portanto, será abordado o que é fidelidade partidária e, consequentemente, o que caracteriza a infidelidade, bem como suas principais causas. Após, analisar-se-á o que os Tribunais estão decidindo a respeito do tema, bem como as consequências que a infidelidade partidária pode acarretar na política brasileira, para logo, buscar tecer algumas considerações sugestivas com o intuito de aprimorar o modelo partidário eleitoral.

1. CAUSAS DA INFIDELIDADE PARTIDÁRIA NO CONTEXTO POLÍTICO BRASILEIRO

Paulo Bonavides³ apresenta dados que são indispensáveis na composição dos ordenamentos partidários: um grupo social, um princípio de organização, um acervo de ideias e princípios, um interesse básico em vista que é a tomada do poder e um sentimento de conservação desse mesmo poder ou de domínio do aparelho governativo quando este lhes chega às mãos. Assim, partido político “é uma organização de pessoas que inspiradas por ideias ou movidas por interesses, buscam tomar o poder, normalmente pelo emprego de meios legais, e nele conservar-se para a realização dos fins propugnados.”⁴

3 - BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. São Paulo: Malheiros, 2000.

4 - Ibid., p. 450.

É em torno dos partidos políticos que a fidelidade partidária surge, sendo a consagração consciente, completa e prática do membro do partido, levando-o a agir de modo que a entidade partidária consiga atingir os fins políticos a que se propõe, do melhor modo possível.⁵ Quando o representante abandona esse partido pelo qual fora eleito para aderir a outro, a infidelidade partidária ocorre, tema este discutido amplamente no cenário político brasileiro e nos tribunais, como o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral, tendo em vista que a infidelidade acarreta várias consequências, por vezes, negativas.

São várias as causas da alta infidelidade partidária no país. A principal delas paira em torno do interesse individual do parlamentar, que procura superestimar seu capital político, deslocando-se para partidos que lhe ofereçam melhores oportunidades de ascensão. Assim, o representante deseja maximizar suas chances de sobrevivência na carreira política, cujo futuro é extremamente incerto.⁶

Porém, não é apenas o interesse individual que move os trãnsfugas, pois o sistema proporcional de lista aberta favorece a autonomia dos candidatos e essa individualização entre eles, onde o partido fica em segundo plano. A lista aberta não promove a ordem prévia dos candidatos aos postos legislativos, o que estimula a autonomia dos políticos em relação aos seus partidos, pois a sua eleição não depende de indicação partidária, mas sim da quantidade de votos personalizados que cada candidato é capaz de conquistar.⁷

Na Câmara dos Deputados o interesse individual mostra-se claro quando os eleitos migram de partidos a procura de acesso aos postos institucionais, tais como Mesa Diretora e Presidência de Comissão Permanente; e esta migração também varia conforme a natureza e a popularidade do governo, principalmente quando se observa a coalizão política governamental, ou migração não governista, em governos de cooptação ou apartidários e com baixa popularidade.⁸

As regras eleitorais favorecem a infidelidade. A troca de partidos serve para reduzir a incerteza associada à manutenção da carreira política e as regras eleitorais oferecem um baixo custo para a infidelidade, o que muitas vezes se torna um incentivo. O tempo de filiação prévio à conquista da cadeira legislativa também favorece, pois há maior probabilidade de defecção partidária entre deputados filiados a menos de quatro anos pelo partido pelo qual se elegeram.⁹

2. ITINERÁRIO JURISPRUDENCIAL DO INSTITUTO DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A perda do mandato por infidelidade partidária estava expressamente prevista na Consti-

5 - FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

6 - MELO, Carlos Ranulfo F. Migração Partidária na Câmara dos Deputados: Causas, consequências e possíveis soluções. In: Avritzer; Leonardo, Anastasia, Fátima (Orgs.). Reforma Política no Brasil. Belo Horizonte: UFMG, 2006, p. 321-343.

7 - GERÔNIMO, Gislene Donizetti. Fidelidade Partidária. In: Lembo (Org); Cláudio, Caggiano (Cor); Monica Herman S. *O voto nas Américas*. Barueri, São Paulo: Minha Editora, 2008, p. 107-132.

8 - MARENCO, A. Migração Partidária. In: AVRITZER, L; ANASTASIA, F. (Orgs.). *Reforma Política no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2006. Cap.4, p.183-186.

9 - MARENCO, op. cit.

tuição Federal de 1969, onde, no parágrafo único do art. 152, mencionava que perderia o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem deixasse o partido sob cuja legenda foi eleito.¹⁰ Porém, na atual Constituição Federal¹¹ (1988), não está expressa a perda do mandato por infidelidade partidária, uma vez que o parágrafo único do art. 17 destaca que devem os estatutos partidários estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária e no art. 55, que trata das hipóteses de perda de mandato de Deputado e Senador, não é mencionada a perda do mandato por infidelidade partidária. Entretanto, há um itinerário jurisprudencial no qual o instituto da fidelidade partidária fora discutido, de modo que os Tribunais acabaram firmando precedentes importantes e inovadores acerca da matéria.

Em 2007, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) decidiu sobre a indagação feita pelo Partido Frente Liberal (atual Democratas), consulta nº 1.398, se os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda. Na sessão do dia 27 de março de 2007, por 6 votos a 1, decidiu que sim.¹² O Ministro Cezar Peluso, que proferiu voto favorável, sustentou que a representação proporcional importa na primazia radical dos partidos políticos sobre a pessoa do candidato, ao contrário do sistema majoritário. Aduziu que é mediante o uso de quociente eleitoral e partidário que o candidato concorre e se elege. Além do mais, destacou que o candidato para se eleger usa recursos e a estrutura do partido pelo qual está filiado. (Rel. Min. César Asfor Rocha – CTA n. 1.398).¹³

No mesmo ano, foi feita a consulta nº 1.407, também ao Tribunal Superior Eleitoral, pelo deputado federal Nilson Mourão (PT-AC), que indagava se os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral majoritário, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda. (Rel. Min. Carlos Ayres Britto – CTA n. 1407).¹⁴ Na sessão do dia 16 de outubro de 2007, os Ministros também entenderam que para os cargos eletivos pelo sistema majoritário (Chefes do Executivo e Senadores) incidiria a regra de perda do cargo para o eleito infiel.¹⁵

Com as consultas feitas em 2007 e com suas respectivas decisões, o TSE provocou uma intensa atividade dos partidos, buscando a devolução dos assentos mantidos pelos infieis. Com isso, impulsionou a impetração, por parte do PSDB, DEM e PPS, de mandados de segurança

10 - BRASIL. Constituição (1967). *Emenda constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecor1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

11 - BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

12 - CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. *Direito Eleitoral Esquemático*. In: LENZA, Pedro. (Cor.). São Paulo: Saraiva, 2015.

13 - BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta n. 1.398*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-no-22-526-consulta-no-1-398/view>> Acesso em: 07 set. 2016.

14 - BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). *Consulta n. 1.407*. Classe 5ª, Distrito Federal (Brasília). Relator Ministro Carlos Ayres Brito. Consulente Deputado Federal Nilson Mourão. Julgamento em 16 de outubro de 2007. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 07. set. 2016.

15 - CERQUEIRA, op. cit.

16 - CAGGIANO, Monica Herman S. A fenomenologia dos trãnsfugas no cenário político-eleitoral brasileiro. In: Lembo (Org); Cláudio, Caggiano (Cor); Monica Herman S. *O voto nas Américas*. Barueri, SP: Minha Editora, 2008. p. 219-253.

junto ao Supremo Tribunal Federal, rogando pela interferência do judiciário para ordenar a devolução das cadeiras parlamentares perdidas pela conhecida manobra dos trânsfugas.¹⁶

Nos dias 3 e 4 de outubro de 2007, o STF julgou os Mandados de Segurança n° 26.602¹⁷, 26.603¹⁸ e 26.604¹⁹ e decidiu que a fidelidade partidária é princípio constitucional que deve ser respeitado pelos candidatos eleitos, pois reconheceu o caráter eminentemente partidário do sistema proporcional e as inter-relações entre o eleitor, o partido político e o representante eleito. Na visão do Supremo Tribunal Federal, mudar de partido caracteriza desvio ético-político e gera desequilíbrio no Parlamento, consistindo em fraude contra a vontade do povo. (Mandado de Segurança n° 22.602, 22.603 e 22.604/DF. Rel. Min. Eros Grau. Julg. 4.10.2007). Nos Mandados de Segurança, porém, apenas foram apreciados os cargos sob as regras do sistema proporcional (deputados e vereadores). Inclusive, o STF, seguindo o julgamento realizado pelo TSE na Consulta n° 1.398, fixou a data de 27 de março de 2007 como o marco a partir do qual qualquer eleito pelo sistema proporcional que mudar de partido, sem justo motivo, estaria violando as regras da fidelidade partidária.²⁰

Em decorrência direta deste posicionamento do STF, também em 2007, o TSE resolveu disciplinar o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária, tanto para o sistema proporcional como para o sistema majoritário. Nesse sentido, publicou a Resolução n° 22.610, de 25 de outubro de 2007, onde em seu art. 1° diz que “o partido interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa” (Res. n. 22.610).²¹ Aplicou-se apenas às desfiliações consumadas após 27 de março de 2007, para os mandatários eleitos pelo sistema proporcional e, após 16 de outubro de 2007, para os eleitos pelo sistema majoritário, que foram as datas das consultas feitas ao TSE.²²

Porém, em face da Resolução n° 22.610, foram ajuizadas pelo Partido Social Cristão (PSC) e pela Procuradoria-Geral da República (PGR) duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI n° 3.999 e ADI n° 4.086). Na ADI 3.999, por exemplo, o PSC alegou que a Resolução violava a Constituição, uma vez que o Tribunal Superior Eleitoral havia usurpado a competência legislativa pertencente à União para legislar e criado mais uma hipótese de perda de mandato não expressa no art. 55

17 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Mandado de Segurança n. 26.602*. Impetrante: Partido Popular Socialista (PPS). Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Eros Grau. Julgamento em 04.out.2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>>. Acesso em: 07 set. 2016.

18 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Mandado de Segurança n. 26.603*. Impetrante: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB). Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Celso de Melo. Julgamento em 04.out.2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>>. Acesso em: 07 set. 2016.

19 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Mandado de Segurança n. 26.604*. Impetrante: Partido Democratas (DEM). Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. Julgamento em 04.out.2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057>>. Acesso em: 07 set. 2016.

20 - LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2014.

21 - BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). *Resolução n. 22.610*. Relator Ministro César Peluzo. Disciplina o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/internet/partidos/fidelidade_partidaria/res22610.pdf>. Acesso em: 07set. 2016.

22 - Ibid.

da Constituição Federal. Há de se ressaltar que não há regra expressa, mas a ideia de fidelidade decorre de uma análise sistemática da Constituição (STF, ADI 3.999/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, 12.11.2008).²³ Por 9 votos a 2, o Plenário do STF declarou ambas improcedentes e declarou a plena constitucionalidade da Resolução, até que o Congresso Nacional exerça a sua competência e regule o assunto em Lei específica.²⁴ Os Ministros Eros Grau e Marco Aurélio, que tiveram os seus respectivos votos vencidos, alegaram que o TSE legislou ao editar a Resolução, ingerindo em competência privativa do Poder Legislativo. O voto do relator, Ministro Joaquim Barbosa, acompanhado pelos demais Ministros, foi proferido no sentido de que a Resolução foi editada pelo TSE em obediência a uma recomendação feita pela Suprema Corte, tendo em vista o julgamento dos Mandados de Segurança (22.602, 22.603 e 22.604) (STF, ADI 4.086/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, 12.11.2008).²⁵ Por conseguinte, o Ministro Carlos Brito afirmou que não é possível divorciar eleitor, candidato e partido político, pois o partido estabelece a ponte entre eleitor e eleito e não há meios do eleitor chegar ao seu representante senão pelos partidos políticos.²⁶

Em 2015, outra Ação Direta de Inconstitucionalidade foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República (PGR), Rodrigo Janot. A ADI nº 5.081, sustentava que a mudança de partido por titulares de cargos eleitos pelo sistema majoritário não se submete à regra, já firmada, de perda de cargo dos eleitos pelo sistema proporcional. O Plenário do STF decidiu, no dia 27 de maio de 2015, que não se aplica mesmo, por decisão unânime tendo em vista que o sistema majoritário tem lógica e dinâmica diversa do sistema proporcional. Os ministros aprovaram a tese: “A perda do mandato em razão da mudança do partido não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário, sob pena de violação da soberania popular e das escolhas feitas pelo eleitor” (STF, ADI 5.081/DF, rel. Min. Luís Roberto Barroso, 27.05.2015).²⁷ O Ministro Luís Roberto Barroso, Relator da Ação, destacou as diferenças entre os sistemas, nos quais nas eleições pelo sistema proporcional, é possível votar tanto no candidato quanto no partido e os votos do partido e de outros candidatos do mesmo partido ou coligação são aproveitados pelos demais candidatos e que, portanto, há razões lógicas para que o mandato pertença ao partido. Enquanto que no sistema majoritário, o eleitor identifica claramente em quem vota.²⁸

Finalmente, em 2016, o Congresso Nacional promulgou no dia 18 de fevereiro a Emenda Constitucional nº 91, que altera a Constituição Federal para estabelecer a possibilidade, excepcional e em período determinado, de desfiliação partidária, sem prejuízo do mandato (Emenda Constitucional nº 91, de 18 de Fevereiro de 2016).²⁹ Esta Emenda, denominada de “janela partidária”,

23 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.999/DF*, rel. Min. Joaquim Barbosa, 12.11.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586949>>. Acesso em: 07 set. 2016.

24 - Ibid.

25 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4.086/DF*, rel. Min. Joaquim Barbosa, 12.11.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586951>>. Acesso em: 07 set. 2016.

26 - Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=98954>>. Acesso em: 07 de setembro de 2016

27 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5.081/DF*, rel. Min. Luis Roberto Barroso, 27.05.2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5081.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2016.

28 - Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=292424>. Acesso em: 07 set. 2016.

29 - BRASIL. Constituição (1988). *Emenda Constitucional nº 91, de 18 de fevereiro de 2016. Altera a Constituição Federal para estabelecer a possibilidade, excepcional e em período determinado, de desfiliação partidária, sem prejuízo do mandato*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc91.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

abriu um prazo de 30 dias para que políticos trocassem de partido sem perder o mandato. Pelo texto, a desfiliação não é considerada para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão. Porém, em 2016 houveram duas janelas migratórias que foram aprovadas na minirreforma eleitoral em 2015. A proposta permite a desfiliação sem perda de mandato em todos os anos eleitorais, sempre por 30 dias, seis meses antes do pleito e apenas para quem estiver concluindo o mandato parlamentar. Assim, a regra em 2016 valeu para os vereadores e em 2018 valerá para os deputados federais e estaduais.

3. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE PARA O EXERCÍCIO DO MANDATO

Como foram os Tribunais que acabaram regulando o instituto da fidelidade partidária, alguns autores acabaram se manifestando contrariamente a estas decisões. Eneida Desiree Salgado³⁰, por exemplo, aponta que a liberdade para o exercício do mandato é princípio constitucional e que magistrados não eleitos pelo povo construíram uma norma inconstitucional. Constata, ademais, que estes julgamentos passaram a normatizar a vida democrática sem passar pelo debate político que em tese deve ser realizado no Congresso Nacional, aludindo o que deveria ser coerente para a democracia brasileira além de decidirem, conforme a sua visão, o desenho constitucional que eles creem ser o adequado para o sistema brasileiro.

A Constituição Federal adota a teoria da representação popular, ou seja, o representante possui uma relação com toda a coletividade e não apenas com os eleitores que votaram nele. O povo é o representante e assim, não há uma vontade única para ser refletida. Além disso, o Congresso Nacional é um órgão deliberativo e isso não se coaduna com um mandato vinculado, onde os representantes eleitos devem seguir instruções de seus eleitores ou partidos. Os Congressistas falam pelo povo inteiro e não por uma parcela da população. A vinculação dos representantes e um partido anularia o mandato livre e mostraria que a democracia brasileira se baseia na verdade em uma partidocracia.³¹

O instituto da fidelidade partidária deve ser compreendido dentro dos parâmetros que o ordenamento constitucional dispõe e não com o que deveria ser estipulado, com o perigo de se comprometer a força normativa da Constituição Federal nesse e em outros institutos. No atual ordenamento constitucional, há uma ausência de perda de mandato por desfiliação do partido pelo qual o representante foi eleito. Nisso, a “extração” pelo Poder Judiciário Brasileiro colide. Eneida Desiree Salgado³² lembra que a Assembléia Nacional Constituinte de 1987-88 afastou conscientemente a fidelidade partidária da Constituição Federal. Esta não ficou implícita no texto e nem decorre do sistema, mas foi uma escolha expressa, explicitada nos trabalhos das subcomissões, comissões e na sistematização no plenário da Constituição de 1988 e propostas para a inclusão da hipótese de perda de mandato por desfiliação do partido pelo qual o candidato foi eleito foram apresentadas e rejeitadas:

Os constituintes não adotaram a perda de mandato por infidelidade partidária, não foi

30 - SALGADO, Eneida Desirre. *Princípios Constitucionais Eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

31 - Ibidem.

32 - Ibidem.

sequer uma decisão postergada, foi uma escolha considerada e debatida; os representantes políticos não emendaram a Constituição para incorporá-la ao sistema. Não se pode permitir que isso seja feito por “oráculos” judiciais³³.

O STF alega ter feito uma interpretação sistemática da Constituição Federal, onde se considera em qual sistema se insere a norma e a relaciona com outras normas pertinentes ao mesmo objeto, bem como aos princípios orientadores da matéria e demais elementos que venham a fortalecer a interpretação de modo integrado e não isolado. Assim, utilizaram essa interpretação para a “extração” da fidelidade partidária, quando na verdade, se tivessem utilizado da interpretação histórica, onde se busca o contexto fático da norma, recorrendo aos meios em que a norma foi editada e as aspirações do período, essa não poderia ter sido “extraída”:

A ausência de legitimidade histórica implica a incompatibilidade sistemática, a Constituição estabelece o sistema eleitoral, o modelo de mandato e o estatuto dos congressistas com incluir nesse desenho a fidelidade partidária. Da inexistência de incompatibilidade sistemática decorre a ilegitimidade histórica: na falta de suporte constitucional para a “extração” da fidelidade partidária, a construção jurisprudencial é incoerente com as decisões constituintes, legislativas e jurisprudenciais anteriores.³⁴

4. AS CONSEQUÊNCIAS PARA A DEMOCRACIA BRASILEIRA

Primeiramente, para os eleitores, a infidelidade reforça uma situação de falta de identidade partidária entre os eleitos. Não existe uma identificação do candidato com o partido e programas e o eleitor acaba votando no indivíduo de sua preferência. O que se percebe é que, entre os eleitores, há uma baixa identificação com uma agremiação partidária e com a filiação partidária de um candidato na hora de escolher o voto. Isso reforça a falta de participação política, justificada pela ausência de responsabilidade do representante perante o voto que o elegeu e também torna evidente o porquê de a população possuir um baixo índice de confiança quanto ao desempenho dos parlamentares.³⁵ Além disso, gera uma alteração na correspondência entre votos e cadeiras. Poucos candidatos conseguem votos nominais em número igual ou superior ao quociente eleitoral, assegurando assim a eleição com seus próprios votos. Não obstante, quando troca de legenda, o eleito despreza os votos responsáveis por sua eleição e viola a distribuição de poder político entre os partidos tal como determinada originalmente pelos eleitores. A infidelidade mostra que os partidos não são condições indispensáveis para a geração de oportunidade de carreira política, onde a troca pode assegurar uma reeleição ou mobilidade nos cargos políticos, percebendo-se que a fidelidade partidária possui pouco valor na definição das estratégias da elite política.³⁶

Por fim, há um incremento no custo da informação a ser adquirida pelo eleitor na atribuição do voto legislativo. Mesmo que o eleitor escolha inicialmente o candidato pelos seus atributos

33 - SALGADO, Eneida Desirre. *Princípios Constitucionais Eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 152.

34 - *Ibidem*. p. 154.

35 - MORAES, Everaldo Corrêa de. *Reforma Política no Brasil: Análise das reformas propostas pelo Senado (1998) e pela Câmara (2003)*. 2006. 184 f. Tese (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Distrito Federal. 2006.

36 - MARENCO, *op. cit.*

individuais, com o passar do tempo, há uma relação do candidato e partido, incorporando a legenda como um parâmetro no processo de escolha e as trocas frequentes tornam esse processo mais complexo, conforme André Marengo ressalta:

A estabilidade eleitoral associada à fidelidade partidária pode, em longo prazo, gerar a informação necessária para a produção de reputações necessárias à medida que ao votar uma eleição após a outra, em seu candidato preferido, o eleitor resulte por associá-lo à legenda, e com isso, termine por constituir identidade partidária. Ao mudar de partido, o representante introduz custo adicional para a geração de identidade partidária, uma vez que torna mais difícil a conversão de sua reputação pessoal em reputação partidária.³⁷

Carlos Ranulfo F. Melo aponta três consequências das migrações para o sistema político: provoca a elevação do número de partidos, bem como altera sua força relativa no interior do Congresso; torna precário o funcionamento de alguns sistemas partidários estaduais e afeta o grau de representatividade do sistema partidário em seu conjunto.³⁸

Como bem lembra Luís Roberto Barroso, nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira. A corte possui uma centralidade na tomada de decisões sobre matérias relevantes para a sociedade brasileira. O Tribunal é provocado a se manifestar e não possui a opção de conhecer ou não as ações, desde que preenchidos os requisitos de admissibilidade.³⁹

5. CONCLUSÃO

No que diz respeito ao instituto da (in) fidelidade partidária, pode-se perceber que tanto a Resolução nº 22.610 do TSE quanto a ADIN 5.081 permanecem como precedentes importantes de regulação da (in) fidelidade partidária e que o Congresso Nacional ainda não se manifestou sobre os problemas que tal fenômeno pode ou não causar à democracia brasileira. Precisa-se debater a possível introdução do procedimento de listas fechadas no sistema proporcional, pois o voto em candidato, em vez de em partido, tem sido diagnosticado, de longa data, como nocivo à disciplina e coesão partidárias. Na medida em que boa parcela de nossa representação política enfrenta o desafio eleitoral através de esforços e estratégias individuais, certamente, seu comportamento em relação ao partido não terá as mesmas características que teria, caso o partido fosse relevante para a escolha dos eleitores. Também se pode ampliar o custo para a infidelidade, como por exemplo, o aumento do tempo mínimo de filiação partidária, hoje, de apenas um ano.

Ressalta-se, também, que após os debates promovidos no STF acerca da relação existente entre a Constituição Federal e o instituto da fidelidade partidária, restou claro que talvez seja viável a confecção de uma Proposta de Emenda à Constituição que dê nova redação aos artigos 17

37 - MARENGO, op. cit. p. 185.

38 - MELO, op. cit.

39 - BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. 2008. 29 f. Artigo. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 09 jun. 2016.

e 55 do texto Magno. Estes deveriam prever a perda do cargo eletivo nas hipóteses de o ocupante deixar o partido pelo qual foi eleito e confere à penalidade o *status* constitucional. Interessante é, no contexto atual, a lógica de mudar a Constituição para que ela se adapte à decisão do Poder Judiciário, e não o contrário.

Inclusive, no chamado ativismo judicial, onde há uma escolha por um modo específico de interpretar a Constituição, a participação do Poder Judiciário, para a concretização de valores e sanar anseios sociais, se instala. O Judiciário, ante uma inércia dos outros Poderes republicanos e mais especificamente do Poder Legislativo, acaba por tentar efetivar as demandas sociais. Assim, o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral, ao serem provocados, precisaram atender a uma demanda da sociedade que não estava sendo satisfeita pelo parlamento, ou seja, o conflito existente entre fidelidade e infidelidade partidária.

Assim como o ativismo judicial ajudou a sanar um anseio do país, essa atitude deve ter limites. Os ministros do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, não são eleitos pelo povo, o que pode gerar uma politização indevida da justiça. O Poder Judiciário precisa se limitar aos parâmetros que a Constituição Federal instituiu e não avançar as barreiras dos demais poderes, criando assim, riscos para a legitimidade democrática. O Poder Legislativo precisa resolver a crise na sua representatividade para que a sociedade consiga perceber que, para atender a seus anseios, este é o Poder mais legitimado, democrático e representativo. Essa debilidade tem levado as Cortes Supremas, TSE e STF, a atuarem como poder legiferante, contribuindo para uma aparente desarmonia entre os demais. Desejam-se muitas mudanças no processo político eleitoral, mas estas devem ser realizadas em respeito à harmonia dos poderes e com a participação da sociedade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. 2008. 29 f. Artigo. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 09 jun.2016.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

BRASIL. Constituição (1967). *Emenda constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969*. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

BRASIL. *Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995*. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 19 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta n. 1.398*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-no-22-526-consulta-no-1-398/view>> Acesso em: 07 set. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). *Consulta n. 1.407*. Classe 5ª, Distrito Federal (Brasília). Relator Ministro Carlos Ayres Brito. Consultente Deputado Federal Nilson Mourão. Julgamento em 16 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 07. Set 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). *Resolução n. 22.610*. Relator Ministro César Peluzo. Disciplina o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/internet/partidos/fidelidade_partidaria/res22610.pdf>. Acesso em: 07. set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Mandado de Segurança n. 26.602*. Impetrante: Partido Popular Socialista (PPS). Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Eros Grau. Julgamento em 04.out.2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>>. Acesso em: 07. set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Mandado de Segurança n. 26.603*. Impetrante: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB). Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Celso de Melo. Julgamento em 04.out.2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>>. Acesso em: 07. set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Mandado de Segurança n. 26.604*. Impetrante: Partido Democratas (DEM). Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. Julgamento em 04.out.2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057>> . Acesso em: 07. set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.999/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, 12.11.2008*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586949>>. Acesso em: 07 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4.086/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, 12.11.2008*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586951>>. Acesso em: 07 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5.081/DF, rel. Min. Luis Roberto Barroso, 27.05.2015*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5081.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2016.

CAGGIANO, Monica Herman S. *A fenomenologia dos trãnsfugas no cenário político-eleitoral brasileiro*. In: Lembo (Org); Cláudio, Caggiano (Cor); Monica Herman S. O voto nas Américas. Barueri, SP: Minha Editora, 2008, p. 219-253.

CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. *Direito Eleitoral Esquematisa-*

do. In: LENZA, Pedro. (Cor.). São Paulo: Saraiva, 2015.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SALGADO, Eneida Desirre. *Princípios Constitucionais Eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GERÔNIMO, Gislene Donizetti. Fidelidade Partidária. In: Lembo (Org); Cláudio, Caggiano (Cor); Monica Herman S. *O voto nas Américas*. Barueri, SP: Minha Editora, 2008, p. 107-132.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARENCO, A. Migração Partidária. In: AVRITZER, L; ANASTASIA, F. (Orgs.). *Reforma Política no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2006. Cap.4, p.183-186.

MELO, Carlos Ranulfo F. Migração Partidária na Câmara dos Deputados: Causas, consequências e possíveis soluções. In: Avritzer; Leonardo, Anastasia, Fátima (Orgs.). *Reforma Política no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2006. p. 321-343.

MORAES, Everaldo Corrêa de. *Reforma Política no Brasil: Análise das reformas propostas pelo Senado (1998) e pela Câmara (2003)*. 2006. 184 f. Tese (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Distrito Federal. 2006.

SALGADO, Eneida Desirre. *Princípios Constitucionais Eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

STF confirma constitucionalidade de Resolução do TSE sobre fidelidade partidária. Notícias STF, Brasília, 12 nov. 2008. Notícias. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=98954>>. Acesso em: 07 set. 2016.





.....

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA RECURSAL NO NOVO CPC E OS EFEITOS PARA A ADVOCACIA

.....

THE BURDEN OF LOSS IN CASE OF APPEAL IN
THE NEW CIVIL PROCEDURAL CODE AND
THE EFFECTS FOR LEGAL PROFESSION

Fernando Rubin¹

Luana Korol²

SUMÁRIO: Introdução; **I.** Aspectos Gerais e Jurisprudência; **II.** Recurso Exclusivo Para Majoração dos Honorários Sucumbenciais; **III.** O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição; **IV.** Direito Intertemporal; **V.** Críticas, Controvérsias e Omissões; **VI.** Efeitos e Expectativas para a Advocacia; **VII.** Conclusão; Referências.

1 - Doutorando pela PUCRS. Mestre em processo civil pela UFRGS. Professor da Graduação e Pós-graduação do Centro Universitário Ritter dos Reis – UNIRITTER, Laureate International Universities. Professor Colaborador da Escola Superior de Advocacia – ESA/RS. Professor Pesquisador do Centro de Estudos Trabalhistas do Rio Grande do Sul – CETRA-Imed. Professor convidado de cursos de Pós-graduação *latu sensu*. Parecerista, Colunista e Articulista. Advogado-Sócio do Escritório de Direito Social.

2 - Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UNIRITTER. Advogada. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UNIRITTER, Laureate International Universities – Campus Zona Sul (2016-2).

RESUMO: Um dos temas com relevantes reformas e inovações no novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, são os honorários advocatícios sucumbenciais, os quais são tratados, especialmente, no artigo 85 e parágrafos, de forma muito mais detalhada que nos artigos 20 a 26 do antigo diploma processual de 1973. Com o advento do novo Código de Processo Civil de 2015, além da reprodução do que já constava no CPC/1973, o novo Código trouxe regra totalmente nova ao estabelecer a sucumbência recursal, pela qual os tribunais deverão majorar a sucumbência em fase recursal. A reforma tem característica inovadora o que leva o foco do trabalho a análise de aspectos gerais, demonstrando a interpretação legislativa, doutrinária e jurisprudencial acerca da nova sucumbência, as controvérsias, críticas e omissões normativas, bem como os efeitos da reforma processual. Os honorários de sucumbência recursal têm como objetivo a melhoria da remuneração do advogado, impedindo o aviltamento dos honorários e, conseqüentemente, valoriza o profissional da advocacia através de um regramento mais justo e equilibrado para fixação da remuneração sucumbencial, levando em conta o trabalho desenvolvido nas instâncias superiores.

PALAVRAS-CHAVE: Honorários de Sucumbência Recursal. Novo Código de Processo Civil. Sucumbência Recursal. Efeitos. Advocacia.

ABSTRACT: One of the most relevant issues in the new Civil Procedural Code (Law 13.105/2015), is the fees in case of appeal. This issue receive specific treatment (article 85). In the old Civil Procedural Code (Law 5.869/1973), the articles 20 to 26 establish general aspects about the issue. In addition of what was already stated in the Procedural Code established in 1973, the new code brought new rule for judicial appeal, the court must increase the burden of loss in case of appeal. The reform has innovative characteristics that brings the focus of the article to general aspects, and also for legal interpretation, doctrinarie, case-law analyse. Also, controversies, criticisms and normative omissions are analysed in the new procedural code. Attorney fees in case of appeal was established in order to improve lawyer's remuneration, preventing the degradation of the fees and allowing a equitable regulation in legal fees and court costs.

KEYWORDS: Burden of Loss. Fees in Case of Appeal. New Code of Civil Procedure. Court Costs. Effects. Legal profession. Attorney.

INTRODUÇÃO

Os honorários recursais consistem em tema inédito trazido pelo novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, pela qual os tribunais deverão majorar a sucumbência, sendo a nova norma processual um dos principais temas com relevante repercussão na comunidade jurídica, pois os honorários advocatícios sucumbenciais são tratados de forma muito mais detalhada do que no antigo diploma processual.

Busca-se, por meio do presente estudo, analisar as regras da sucumbência recursal, e, conseqüentemente, quais os efeitos dessa nova sucumbência para a advocacia, bem como se tal inovação reflete na sociedade, uma vez que a relevância da atividade advocatícia para defesa dos direitos dos cidadãos, para o exercício da jurisdição e acesso à justiça, equivale à necessidade de sua adequada remuneração.

Para tanto, serão analisados aspectos gerais através da interpretação legislativa, da interpretação de entendimentos jurisprudenciais dos tribunais regionais e superiores, bem como a interpretação que a doutrina vem construindo. Também trataremos acerca do recurso exclusivo para majoração dos honorários sucumbenciais e do princípio do duplo grau de jurisdição.

Por fim, será examinado o direito intertemporal, os efeitos dos honorários de sucumbência recursal em prol do profissional da advocacia, as expectativas trazidas em relação a essa verba honorária, assim como, promoverá a análise acerca de eventuais controvérsias, críticas e omissões.

1. ASPECTOS GERAIS E JURISPRUDÊNCIA

No antigo diploma processual, os honorários sucumbenciais eram fixados na sentença, pois não existia disposição no sentido de revisão ou majoração por parte do tribunal em caso de recurso, sendo que a fixação levava em consideração o trabalho realizado até o momento da sentença, não levando em conta trabalho futuro a ser realizado pelo advogado em sede recursal³. O novo Código de Processo Civil, no § 11 do artigo 85, positivou norma totalmente inovadora, *in verbis*:

O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.⁴

Verifica-se que é proibido ao tribunal, no somatório final da fixação de honorários sucumbenciais devidos ao advogado, ultrapassar o limite máximo de 20% estabelecido no § 2º do

3 - MACEDO, Elaine Harzheim; PEGORARO JUNIOR, Paulo Roberto. Majoração dos honorários na fase recursal no novo código de processo civil: responsabilidade objetiva ou subjetiva? *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 11, n. 66, p. 40-53, maio/jun. 2015.

4 - BRASIL. Código de Processo Civil (2015). *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

artigo 85, bem como ultrapassar os percentuais máximos previsto nas faixas do § 3º, do mesmo artigo, quando for parte a Fazenda Pública. Assim, os honorários em fase recursal serão somados aos honorários de primeiro grau observados os referidos limites legais⁵ e, só serão majorados, quando a decisão a que se interpõe o recurso tenha sido proferida por outro órgão de jurisdição⁶. E ainda, os honorários recursais serão devidos quando forem julgados por colegiado, bem como quando forem julgados em decisão unipessoal⁷.

Nesse sentido, seguem-se julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul aplicando a nova sucumbência recursal:

AÇÃO ORDINÁRIA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. ELETROCEEE. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. VERBAS RECONHECIDAS PELA JUSTIÇA DO TRABALHO. DIFERENÇAS SALARIAIS. INCORPORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CUSTEIO. HONORÁRIOS RECURSAIS.

[...]

III. De acordo com o art. 85, § 11, do CPC/2015, ao julgar recurso, o Tribunal deve majorar os honorários fixados anteriormente ao advogado vencedor, levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observados os limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento. APELAÇÃO DESPROVIDA.⁸

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ACUMULAÇÃO DE BENEFÍCIOS. AUXÍLIO-ACIDENTE CONCEDIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 9.528/97 E APOSENTADORIA CONCEDIDA APÓS A SUA VIGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL 1.296.673/MG, SUBMETIDO AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 507/STJ. APLICAÇÃO DE MULTA E MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, NO AGRAVO INTERNO. DESCABIMENTO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

[...]

5 - Enunciado 241/FPPC: "(art. 85, caput e § 11). Os honorários de sucumbência recursal serão somados aos honorários pela sucumbência em primeiro grau, observados os limites legais. (Grupo: Advogado e Sociedade de Advogados. Prazos)." (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciado nº 241*. Vitória, ES, 1º, 2 e 3 de maio de 2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2016).

6 - Enunciado 16/ENFAM: "Não é possível majorar os honorários na hipótese de interposição de recurso no mesmo grau de jurisdição (art. 85, § 11, do CPC/2015)." (ENFAM. O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil. *Enunciado nº 16*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2016).

7 - Enunciado 242/FPPC: "(art. 85, § 11). Os honorários de sucumbência recursal são devidos em decisão unipessoal ou colegiada. (Grupo: Advogado e Sociedade de Advogados. Prazos)." (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciado nº 242*. Vitória, ES, 1º, 2 e 3 de maio de 2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2016).

8 - RIOGRANDEDOSUL.Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70070960745. Quinta Câmara Cível. Apte: Lorena Albiero Miranda. Apdo: Fundação CEEE de Seguridade Social – Eletroceee. Relator: Des. Jorge André Pereira Gailhard. Porto Alegre, 28 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70070960745&ano=2016&codigo=1742463>. Acesso em: 30 out. 2016.

VI. Na linha do decidido pelo STJ, “deixa-se de aplicar honorários sucumbenciais recursais nos termos do enunciado 16 da ENFAM: ‘Não é possível majorar os honorários na hipótese de interposição de recurso no mesmo grau de jurisdição (art. 85, § 11, do CPC/2015)’ [...]” (STJ, AgInt no AgRg no REsp 1.200.271/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, DJe de 17/05/2016).

VII. Agravo Regimental improvido.⁹

Verifica-se que o TJRS vem aplicando a norma conforme as disposições legais do § 11, bem como o STJ tem seguido a orientação do enunciado 16 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, no sentido de que não há que se falar em majoração quando o recurso for interposto no mesmo grau de jurisdição da decisão recorrida.

Deve-se entender por “recurso” somente aqueles que são interpostos contra decisão definitiva de mérito, objetivando reformar ou a anular a decisão. Por exemplo, não são cabíveis em agravo de instrumento que tenha como objetivo alterar a decisão acerca de uma tutela provisória, vez que a decisão recorrida não fixa honorários e não se trata de decisão definitiva, bem como na hipótese de embargos de declaração, vez que buscam melhorar o julgamento¹⁰ e são dirigidos ao mesmo órgão de jurisdição que julgou a decisão recorrida. Interessante colacionar decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça nesse sentido:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS – INEXISTÊNCIA DE VÍCIO – DESPROVIMENTO.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS – RECURSO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Descabe a fixação de honorários recursais previstos no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, em sede de declaratórios, considerada a finalidade destes – aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.¹¹

Diante do referido julgado verifica-se que os embargos de declaração não comportam a aplicação do § 11 do artigo 85 do novo CPC, tendo em vista que estes servem para aperfeiçoar a decisão, bem como são julgados pelo mesmo juízo que proferiu a decisão, motivo pelo qual não é possível a majoração pelo trabalho desenvolvido nos embargos de declaração. Nessa seara, vejamos a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HONORÁRIOS RECURSAIS. CABIMENTO. SENTENÇA SOB A ÉGIDE DO CPC/2015.

1. Os embargos de declaração têm a finalidade de esclarecer obscuridade ou contradição da decisão, supri-la de omissão ou corrigi-la quando houver erro material.

9 - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp nº 1504429/SP*. Segunda Turma. Agte: Regina Miranda. Agdo: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Min. Assusete Magalhães. Brasília, DF, 20 de setembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201403314131&dt_publicacao=28/09/2016>. Acesso em: 10 set. 2016.

10 - MOUZALAS, Rinaldo et al. *Processo Civil*: volume único. 8 ed. Revista, ampliada e atualizada, Salvador: JusPodivm, 2016. p. 191.

11 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 895770 AgR-ED*. Primeira Turma. Embte: Maurício Martins da Rosa. Embo: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 21 de junho de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11457913>>. Acesso em: 23 out. 2016.

2. Os presentes embargos merecem ser acolhidos, para majorar os honorários sucumbenciais, com fundamento no artigo 85, §§1º e § 11º, do novo CPC.
3. Embargos de Declaração providos.¹²

Neste caso os honorários recursais só foram fixados em sede de embargos de declaração haja vista que a decisão da apelação não os fixou, tendo sido opostos embargos de declaração com a única e exclusiva finalidade de fixação destes, uma vez que a decisão embargada foi prolatada sob a vigência da nova norma processual, logo, fazendo jus a fixação da sucumbência recursal, havendo o aperfeiçoamento da decisão o que é diferente de fixar novamente a sucumbência recursal pelo provimento dos embargos.

Daniel Amorim Assumpção Neves¹³ entende que a readequação do valor dos honorários advocatícios passa a fazer parte do efeito devolutivo, no sentido de que, mesmo que não haja pedido das partes para que se proceda na majoração, poderá o tribunal analisar a matéria para readequar os honorários conforme o serviço prestado em grau recursal.

Para Estefânia Viveiros¹⁴, o pedido para majoração da verba honorária no recurso não é necessário, pois é um pedido que decorre da própria lei. A autora ainda registra que o legislador foi expresso no sentido de que a regra dos novos honorários recursais se aplica ao processo de conhecimento, não tendo, portanto, aplicação no processo de execução e na fase de liquidação de sentença. No entanto, é de se ressaltar que o § 1º do artigo 85 do CPC/2015 também se refere aos honorários advocatícios em sede recursal ao dispor que “São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente”¹⁵.

Nessa senda, vejamos decisão em recurso de agravo de instrumento em face da decisão proferida nos autos da impugnação ao cumprimento de sentença, julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. TELEFONIA. CONTRATOS DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. BRASIL TELECOM.

[...]

(D) BASE DE CÁLCULO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Os honorários advocatícios fixados na fase de cumprimento de sentença incidem sobre a totalidade do débito exequendo, incluída, aí, a multa do art. 475-J do CPC/73. (E) HONORÁ-

12 - RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração em Apelação Civil nº 0019517-68.2015.8.19.0031*. Vigésima Quinta Câmara Cível. Embargante: Nicole Campos Tenório. Embargado: Sindicato dos Corretores de Imóveis do Rio de Janeiro. Relator(a): Des. Marianna Fux. Rio de Janeiro, 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004D87C481BA061C1479B8060E318DD113BC505594D2510&USER=>>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

13 - NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 220.

14 - VIVEIROS, Estefânia. Honorários advocatícios e sucumbência recursal. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volp; COELHO, Marcus Vinícius Furtado (Coords.). *Honorários Advocatícios*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 673-684.

15 - BRASIL. Código de Processo Civil (2015). *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

RIOS RECURSAIS. Tendo em vista o zelo do advogado, o lugar da prestação de serviço, a importância da causa e o trabalho realizado neste grau recursal, majoro para R\$ 1.200,00 os honorários advocatícios em favor da Brasil Telecom, na forma do determinado no art. 85, § 11, do NCPC (honorários recursais). AGRADO DE INSTRUMENTO PROVIDO EM PARTE.¹⁶

Neste caso, os honorários recursais foram fixados em fase de cumprimento de sentença e em agravo de instrumento, ou seja, o julgado acima colacionado demonstra que a majoração não se dá somente na fase cognitiva, bem como que é cabível majoração em agravo de instrumento desde que a decisão recorrida tenha fixado honorários. Nesse sentido, vejamos recente jurisprudência do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. AGRADO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO QUE, EM PROCESSO DE EXECUÇÃO, ACOLHEU PARCIALMENTE A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E DECLAROU A PRESCRIÇÃO DE PARTE DA DÍVIDA EXECUTADA, SEM POR FIM AO PROCESSO. NATUREZA DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RECURSO CABÍVEL. AGRADO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO. ERRO GROSSEIRO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRADO INTERNO IMPROVIDO.

[...]

VII. Não procede o pedido formulado, pela parte agravada – com fundamento no art. 85, § 11, do CPC/2015 e no Enunciado Administrativo 7/STJ –, para que haja condenação da agravante em honorários advocatícios recursais, porquanto aquele dispositivo legal prevê que “o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente”. Porém, nos presentes autos, não foram anteriormente fixados honorários de advogado, em face da sucumbência recíproca, seja na decisão de 1º Grau, seja no acórdão recorrido.

VIII. Agravo interno improvido.¹⁷

Assim, um dos requisitos para que haja majoração em sede recursal é que a decisão atacada tenha fixado anteriormente os honorários sucumbenciais. Logo, só não é cabível fixação de honorários em recurso contra decisão interlocutória quando esta não os tenha fixado previamente, por não ensejar a fixação de honorários.

A parte só deve recorrer quando realmente esteja convencida da probabilidade de reforma da decisão, isso faria com que só chegassem aos tribunais recursos com maiores chances de serem providos. Porém, o modelo recursal brasileiro é altamente divergente em suas jurisprudências, o que faz com que seja difícil auferir previsão de probabilidade de êxito ou não do recurso, pois os mesmos tribunais possuem, não raro, decisões distintas e contraditórias. Assim, a ausência de um modelo uniforme de precedentes incentiva a prática de interposição de recursos, o que resulta em inúmeros recursos nas instâncias superiores¹⁸.

16 - RIO GRANDE DO SUL Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 70070476544*. Vigésima Quarta Câmara Cível. Agte: Brasil Telecom S/A. Agdo: Paulo Affonso Falcão Fontella. Relator: Des. Jorge Maraschin dos Santos. Porto Alegre, 28 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70070476544&ano=2016&codigo=1783218>. Acesso em: 30 out. 2016.

17 - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp nº 1517815/SP*. Segunda Turma. Agte: Fazenda Pública Do Município de Campinas. Agdo: Ailton Leme Silva. Relator: Min. Assusete Magalhães. Brasília, DF, 18 de agosto de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500447394&dt_publicacao=01/09/2016>. Acesso em: 12 out. 2016.

Nesse raciocínio, a opinião de Rogéria Dotti¹⁹ é de que as inovações contidas no § 11º do artigo 85 do novo CPC trazem duas vantagens: a primeira é que promoverá uma remuneração mais justa ao advogado que trabalha na causa até as instâncias superiores; a segunda é que o ônus da majoração dos honorários em sede recursal será uma forma de desestimular a interposição de recursos sem fundamentos. O Superior Tribunal de Justiça neste sentido se manifestou:

AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ART. 535 DO CPC/73. NÃO IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 283/STF. REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E DANOS MORAIS. SÚMULA N. 7/STJ. HONORÁRIOS RECURSAIS. ART. 85, § 11, DO CPC/15.

[...]

3. O § 11 do art. 85 Código de Processo Civil de 2015 tem dupla funcionalidade, devendo atender à justa remuneração do patrono pelo trabalho adicional na fase recursal e inibir recursos provenientes de decisões condenatórias antecedentes.

4. Atendidos os limites legais dos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC/15, a majoração da verba honorária a título de honorários recursais é medida que se impõe.

5. Agravo interno conhecido em parte e desprovido.²⁰

Todavia, há casos em que não haverá essa dupla funcionalidade, conforme se vê na decisão do TJRS que majorou ao limite máximo os honorários:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. RECUPERAÇÃO DE CONSUMO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA FRAUDE.

[...]

HONORÁRIOS RECURSAIS. Sucumbente o apelante em grau recursal, majoro os honorários advocatícios fixados na sentença para 20% sobre o proveito econômico da demanda, na forma do art. 85, §§ 2º a 6º e 11º, do CPC/15. APELO DESPROVIDO.²¹

Percebe-se que na decisão do TJRS a majoração dos honorários atingiu o limite máximo de 20%. Dessa forma, caso ocorra a interposição de recurso especial ou extraordinário, os Tribunais Superiores não poderão majorar mais a verba honorária recursal, de forma que os advogados não serão remunerados por esse trabalho adicional, bem como a

18 - MACEDO, Elaine Harzheim; PEGORARO JUNIOR, Paulo Roberto. Majoração dos honorários na fase recursal no novo código de processo civil: responsabilidade objetiva ou subjetiva? *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 11, nº 66, p. 40-53, maio/jun. 2015.

19 - DOTTI, Rogéria. Sucumbência recursal: um caminho no desestímulo à protelação. In. LIMA, Marcellus Polastri; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Honorários Advocatícios: aspectos materiais e processuais: (ensaios atualizados com a redação do projeto do novo Código de Processo Civil)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.p. 619-628.

20 - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgIntAREsp nº 370.579/RJ*. Terceira Turma. Agte: Comitê Organizador dos Jogos Pan-Americanos Rio 2007 - CO-RIO. Agdo: Mauro Alves Silveira e Outro. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 23 de junho de 2016..Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1522824&num_registro=201302078962&data=20160630&formato=HTML>. Acesso em: 30 out. 2016.

21 - RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70071400915*. Terceira Turma. Apte: AES SUL Distribuidora Gaucha de Energia S.A. Apdo: Carlos Anterioraphaelli Garcez. Relator: Des. Leonel Pires Ohlweiler. Porto Alegre, 14 de outubro de 2016. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70071400915&ano=2016&codigo=1935004>. Acesso em: 31 out. 2016.

intenção de barrar recursos protelatória restará esvaziada. De qualquer forma, este aresto encaminha-se mais para exceção do que para regra geral.

O STF ainda firmou entendimento de que é cabível a fixação de honorários mesmo que o advogado não tenha apresentado contrarrazões:

É cabível a fixação de honorários recursais, prevista no art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, mesmo quando não apresentadas contrarrazões ou contraminuta pelo advogado (“art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. [...] § 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2o a 6o, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2o e 3o para a fase de conhecimento”). Com base nessa orientação, a Primeira Turma negou provimento a agravos regimentais e, por maioria, fixou honorários recursais. O ministro Marco Aurélio (relator) ficou vencido. Assentou que a fixação de honorários tem como pressuposto o trabalho desenvolvido pelo profissional da advocacia. Se o advogado não teve trabalho e não apresentou contraminuta ou contrarrazões, considerado o recurso interposto, não seria possível a condenação do recorrente ao pagamento da referida verba. Ressaltou não ter recebido o advogado em audiência, tampouco memorial apresentado por ele.

AI 864689 AgR/MS, rel. orig. min. Marco Aurélio, red.p/ o ac. min. Edson Fachin. 27-9-2016. (AI-864689)

ARE 951257 AgR/RJ, rel. orig. min. Marco Aurélio, red.p/ o ac. min. Edson Fachin. 27-9-2016. (ARE-951257)

(Informativo 841, 1ª Turma)²².

Assim, em que pese o advogado não tenha realizado trabalho adicional, serão fixados honorários recursais. Pensemos na seguinte situação: o sucumbente em primeiro grau recorre e perde, no entanto, o advogado da parte vencedora em primeiro grau não apresentou contrarrazões. Neste caso, conforme entendimento mais recente do STF, ainda assim é cabível a fixação de honorários e estes serão majorados.

Nesse contexto, vejamos entendimento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Tribunal do Distrito Federal e Território:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS RECURSAIS. ART. 85, § 11, DO CPC. OMISSÃO. 1. A fixação dos honorários recursais de que trata o § 11 do art. 85 do CPC visa não só remunerar o trabalho do advogado em grau recursal, mas principalmente desestimular a interposição de recursos, tendo em vista a majoração da verba honorária no caso de desprovimento. 2. Em face dessa característica de desestímulo à interposição de recursos, a ausência de contrarrazões não impede a fixação dos honorários recursais. 3. Não é necessário pedido expresso nas contrarrazões para a majoração dos honorários em sede de recurso. 4. O trabalho é o gênero, a contraminuta é a espécie. O trabalho do advogado se desenvolve do início ao fim do processo, de modo que

22 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Informativo STF nº 841*. Honorários Advocaticios. Direito Processual Civil. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/Informativo_mensal_setembro_2016.pdf>. Acesso em: 31 out. 2016.

mesmo quando acompanha o desfecho da fase recursal, exerce seu trabalho. Apresentando ou não contrarrazões, estará, até o final da demanda, no exercício do mandato, e tem direito aos honorários recursais pelo trabalho adicional.²³

APELAÇÃO. CIVIL. SIMULAÇÃO. DOLO. AUSÊNCIA DE PROVA. IMPROCEDENTE. AUSÊNCIA DE CONTRARRAZÕES. HONORÁRIOS RECURSAIS.

(...)

Se não houve efetivamente acréscimo ao trabalho prestado na 1ª instância, porquanto o patrono da parte contrária não apresentou contrarrazões, não lhe cabem honorários recursais.²⁴

Verifica-se pelas jurisprudências acima colacionadas que há divergência em relação ao entendimento do Informativo nº 841 do STF, no sentido de que se a sucumbência recursal tem além da finalidade de desestimular a interposição de recursos, também objetiva uma justa remuneração ao profissional da advocacia pelo seu trabalho em grau superior, logo, não havendo este trabalho adicional não há se falar em majoração da sucumbência em fase recursal, pelo simples fato de que o advogado da parte apelada, mas vencedora, não ter apresentado contrarrazões. Assim, entendimento ao contrário de acordo com o STF com que se coaduna o TRF4, a sucumbência recursal estaria servindo somente como punição para o desestímulo de interposição de recursos. E ainda, pelo julgamento colacionado o TRF4 entende que o advogado pelo acompanhamento do desfecho da fase recursal, exerce seu trabalho e tem direito aos honorários recursais pelo trabalho adicional, pois o exercício do seu mandato é do início ao fim da demanda.

Conforme interpreta Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes²⁵, a nova regra não faz distinção em relação ao julgamento do recurso e suas consequências, se positivo ou negativo. No entanto, quando o recurso interposto pela parte vencida em primeiro grau for provido, não ocorrerá a majoração dos honorários, tendo em vista que o beneficiário dos honorários de sucumbência na decisão de primeiro grau era o advogado da parte recorrida/vencedora. Nesta situação a decisão será cassada e uma nova condenação em honorários deverá ser fixada pelo tribunal em benefício do advogado do recorrente, que também levará em conta todo o trabalho realizado em primeiro e segundo grau. Para o doutrinador é claro que a regra do artigo 85, § 11, do novo CPC tem o objetivo de remunerar o trabalho que o advogado desenvolve em fase recursal e não de punir o

23 - BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 5004054-94.2014.4.04.7109/RS*. Vice-Presidência. Embargante: Taylor Montanha Correa. Embargado: Acórdão. Interessado: União. Relator: Des. Jorge Antônio Maurique. Rio Grande do Sul, 26 de abril de 2017. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41493306369372452024675619175&evento=41493306369372452024675698426&key=3a93e4e3dae424f440963f955dd8f4a904cedee9fee1c72a4d65d0a56c2065>. Acesso em: 20 ago. 2017.

24 - DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível nº 20150910212142.Sexta Turma Civil*. Apte: Nivaldo Alves Bezerra. Apdo: Geronimo Nascimento Santos. Edras Neves. Brasília, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <[https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&ramoJuridico=&baseDados=\[BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_HISTORICA\]&argumentoDePesquisa=972892&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&indexacao=&tipoDeNumero=&tipoDeRelator=&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&numero=&tipoDeData=&dataFim=&dataInicio=&ementa=&orgaoJulgador=&filtroAcordaosPublicos=false&legislacao=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&ramoJuridico=&baseDados=[BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_HISTORICA]&argumentoDePesquisa=972892&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&indexacao=&tipoDeNumero=&tipoDeRelator=&camposSelecionados=[ESPELHO]&numero=&tipoDeData=&dataFim=&dataInicio=&ementa=&orgaoJulgador=&filtroAcordaosPublicos=false&legislacao=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1)>. Acesso em: 20 ago. 2017.

25 - LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Os honorários recursais no Novo Código de Processo Civil. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volp; COELHO, Marcus Vinícius Furtado (Coord.). *Honorários Advocatícios*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 601-608.

recorrente pelo não êxito do recurso.

Todavia, ao contrário, Luiz Henrique Volpe Camargo²⁶ entende que os honorários recursais devem ser fixados independentemente do caso: seja ele de inadmissão ou não provimento. Nestes casos, quando interposto recurso pelo sucumbente em primeiro grau, os honorários já fixados serão somados com os fixados em sede recursal, conforme Enunciado 241 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis, e continuarão a pertencer ao advogado da parte vencedora em primeiro grau. Bem como no caso de total provimento do recurso interposto pelo sucumbente, hipótese em que, tendo em vista o tratamento igualitário determinado pelo artigo 5º, *caput*, da CF/88, o tribunal deverá primeiro realizar a inversão do ônus da sucumbência de primeiro grau para o advogado da nova parte vencedora da causa, para depois fixar a verba recursal que se somará a de primeiro grau que foi redistribuída.

Esta é outra interpretação do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis, sob o Enunciado 243, o qual entende que “No caso de provimento do recurso de apelação, o tribunal redistribuirá os honorários fixados em primeiro grau e arbitrará os honorários de sucumbência recursal”²⁷. No caso de parcial provimento, tendo em vista a impossibilidade de compensação, caberá ao tribunal quando julgar o recurso das partes, estabelecer a proporção da vitória de cada parte e assim fixar os honorários, tanto os de primeiro grau, quanto os recursais.²⁸ Ressalvando os casos de isenção ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, uma vez que a exigibilidade ao pagamento da obrigação decorrente da condenação em honorários advocatícios é suspensa ao recorrente que litigar sobre o abrigo da gratuidade de justiça, conforme o já mencionado § 3º do artigo 98 do NCPC²⁹.

A regra do § 11 do artigo 85 do CPC/2015 não se aplica aos casos de reexame necessário, uma vez que não existe trabalho adicional prestado pelo advogado, porém a ausência de sucumbência recursal não retira do tribunal o reexame da fixação dos honorários em primeiro grau³⁰. Nesse sentido é a Súmula 325 do STJ: “A remessa oficial devolve ao Tribunal o reexame de todas as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado”³¹.

De acordo com o § 12 do artigo 85 do CPC/2015, os honorários recursais são cumuláveis com multas e outras sanções processuais, inclusive as previstas no art. 77, que diz respeito a multas aplicadas na hipótese de prática de ato atentatório à dignidade da justiça, quando as partes, os procuradores e os demais participantes do processo não respeitarem seus deveres³².

26 - CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Os honorários advocatícios pela sucumbência recursal no CPC/2015. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; COELHO, Marcus Vinícius Furtado (Coord.). *Honorários Advocatícios*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 721-748.

27 - FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciado nº 243*. Vitória, ES, 1º, 2 e 3 de maio de 2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2016.

28 - CAMARGO, op. cit., p. 736.

29 - BRASIL. Código de Processo Civil (2015). *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 15 nov. 2016.

30 - CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Os honorários advocatícios pela sucumbência recursal no CPC/2015. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; COELHO, Marcus Vinícius Furtado (Coord.). *Honorários Advocatícios*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 721-748.

31 - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 325*. Corte Especial. Brasília, DF, 03 de maio e 2006. p. 214. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27325%27#DOC1>>. Acesso em: 22 out. 2016.

No tocante à renúncia, a concordância e a desistência do recurso, deverá ser aplicada a mesma regra do artigo 90 do CPC/2015, ou seja, quem renunciou, concordou ou desistiu deverá arcar com a majoração dos honorários, desde que o recurso tenha sido contra decisão que condenou em honorários, bem como desde que tenha havido atuação do advogado da parte contrária. Já em relação à anulação da sentença ou acórdão recorrido, que determine novo julgamento pelo juízo *a quo*, não será aplicada a regra do § 11 do artigo 85 do novo CPC, visto que o trabalho realizado até então e o acréscimo deste serão considerados para condenação em honorários de sucumbência pela nova sentença ou acórdão³².

Para Rinaldo Mouzalas Silva³⁴, não era justo que o advogado continuasse prestando seus serviços depois de proferida a sentença sem ser remunerado, visto que a fixação deveria levar em conta o trabalho realizado e o tempo despendido com a demanda, conforme alínea “c” do § 3º do artigo 20 do CPC/1973. Portanto, prestados serviços em sede recursal, deveria o advogado ser remunerado com nova fixação dos honorários sucumbenciais.

Nas palavras de Alexandre Freitas Câmara³⁵, a nova fixação da verba honorária em sede de recurso é “uma grande novidade, que muito poderá contribuir para a melhoria do sistema, não só por permitir uma remuneração mais adequada do trabalho do advogado, mas também por exercer a função de filtro recursal, desestimulando recursos protelatórios”.

2. RECURSO EXCLUSIVO PARA MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

Importante fazermos uma distinção entre duas situações de majoração de verba honorária sucumbencial: a primeira busca a reforma ou anulação da decisão de mérito proferida em primeira instância, nesta o advogado requer a rediscussão do direito da parte em sede de segunda instância, razão pela qual terá seus honorários majorados pelo tribunal com fulcro no § 11 do artigo 85 do CPC/2015 pelo trabalho adicional realizado; a segunda refere-se à irresignação do advogado da parte vencedora em relação aos honorários fixados em primeira instância, nesta o advogado, independentemente, do resultado da decisão de mérito requer em sede recursal a reanálise correta dos critérios e requisitos do artigo 85 e seus parágrafos, visando à majoração. Percebe-se que são situações distintas e a interposição de um não exclui a possibilidade de interposição do outro³⁶.

Feita a distinção, passa-se à análise da legitimidade para apelar. Na primeira situação a parte é legítima para interpor a apelação, vez que o recurso trata sobre a rediscussão do seu direito. Entretanto, na segunda situação o direito é do advogado, vez que o recurso trata exclusivamente sobre a reanálise da fixação dos honorários de sucumbência. Porém a jurisprudência, em

32 - BRASIL. Código de Processo Civil (2015). *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

33 - FAZIO, César Cipriano de. Honorários advocatícios e sucumbência recursal. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volp; COELHO, Marcus Vinícius Furtado (Coords.). *Honorários Advocatícios*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 621-633.

34 - SILVA, Rinaldo Mouzalas de Souza e. Honorários de sucumbência recursal: dignidade da remuneração profissional e afirmação do direito fundamental à razoável duração do processo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 420, p. 495-512, jul./dez. 2014.

35 - CÂMARA, Alexandre Freitas. Honorários de sucumbência recursal. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volp; COELHO, Marcus Vinícius Furtado (Coords.). *Honorários Advocatícios*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 593-599.

36 - AGRA JUNIOR, Walter de. Recurso de apelação para majoração de honorários. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volp; COELHO, Marcus Vinícius Furtado (Coords.). *Honorários Advocatícios*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 759-776.

boa medida, tem entendido que a legitimidade para interpor o recurso de apelação é concorrente, podendo ser manejado em nome da parte ou em nome do advogado³⁷.

Para Walter de Agra Junior³⁸ o entendimento do STJ é equivocado, pois se a própria Corte reconhecia o direito autônomo do advogado sobre os honorários, como poderia a parte ter legitimidade para interpor recurso acerca da majoração de honorários de sucumbência se não é beneficiária de tal direito? O autor conclui que este entendimento estaria ligado às questões que envolvem a Súmula 306 do STJ, a qual resta superada pelo § 14 do artigo 85 do CPC/2015. Isto posto, não há mais que se falar em legitimidade concorrente, pois não cabe a parte propor recurso com o fito exclusivo de buscar a majoração dos honorários sucumbenciais, visto que o novo Código de Processo Civil deve ser interpretado sistemicamente, ou seja, se o advogado possui direito autônomo sobre os honorários, se estes constituem verba alimentar deste profissional, é ele que deve manejar o recurso próprio para majorar seus honorários de sucumbência.

Assim, o advogado sendo parte legítima para interpor o recurso em questão, deverá, a priori, arcar com os honorários recursais do advogado da parte adversa, caso seu recurso não seja provido, pois pensamento contrário estaria criando uma imunidade processual ao advogado, o que, salvo melhor juízo, não fez o legislador³⁹. É o que se verifica pela previsão do § 5º do artigo 99, pela qual o advogado que interpor recurso em nome próprio com o fim exclusivo de rever a decisão referente à fixação dos honorários sucumbenciais em primeiro grau terá que recolher custas, pois o benefício da gratuidade de justiça concedido ao cliente não se estende a ele, caso em que não podendo arcar com tais custas recursais terá que demonstrar que faz jus à gratuidade⁴⁰.

No entanto, caso o entendimento continue pela legitimidade concorrente ocorrerá uma situação ao menos inusitada, tendo em vista que se o recurso requerendo exclusivamente a majoração for improvido será a parte responsabilizada por arcar com os honorários recursais do advogado da parte adversa⁴¹.

3. O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O princípio do duplo grau de jurisdição não está previsto de forma expressa na Constituição⁴². A sua constitucionalidade como garantidor do direito fundamental a uma segunda análise de mérito e sua natureza jurídica é questão de grandes debates na doutrina processual brasileira⁴³, sendo que este não é o tema em análise pormenorizada.

37 - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 828.300/SC*. Primeira Turma. Recte: Município de Criciúma. Recdo: BESC S/A - Arrendamento Mercantil. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 03 abr. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=769403&num_registro=200600518677&data=20080424&formato=HTML>. Acesso em: 23 out. 2016.

38 - AGRA JUNIOR, op. cit., p.771-772.

39 - Ibidem, p. 773.

40 - BRASIL. Código de Processo Civil (2015). *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 15 nov. 2016.

41 - JORGE, Flávio Cheim. Os Honorários advocatícios e o Recurso de apelação: um enfoque especial nos honorários recursais. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volp; COELHO, Marcus Vinícius Furtado (Coords.). *Honorários Advocatícios*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 685-709.

42 - GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 84.

O princípio em comento prevê a possibilidade da decisão de primeiro grau de jurisdição ser examinada pelo um órgão jurisdicionado de hierarquia superior. A questão que se discute nesse tópico é se a majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais feriria o princípio do duplo grau de jurisdição, tendo em vista que certamente a sucumbência recursal pode servir de instrumento inibidor de recursos, vez que representa forte fator econômico que pode fazer com que a parte sucumbente aceite a decisão de primeiro grau de jurisdição, pois corre o risco de sua condenação em honorários sucumbenciais ser majorada⁴⁴. Sobre o assunto, Márcia Carla Pereira Ribeiro⁴⁵ pondera que:

Ao contrário do que sustentam alguns juristas, a sucumbência recursal não padece de vício de inconstitucionalidade material, visto que a imposição de nova condenação ao pagamento de honorários advocatícios em desfavor da parte vencida, em caso de não conhecimento, ou desprovimento do recurso por unanimidade de votos, não impede a interposição do recurso. Além disso, segundo a jurisprudência do STF, o duplo grau de jurisdição não representa uma garantia constitucional, tampouco integra o devido processo legal, razão pela qual não há que se falar em inconstitucionalidade do instituto da sucumbência recursal por contrariedade ao devido processo legal ou por limitar o duplo grau de jurisdição.

A previsão do § 11 do artigo 85 do CPC/2015, a toda evidência, não fere o duplo grau de jurisdição, pois a majoração dos honorários de sucumbência não impede que as partes interponham recursos, somente impõe nova condenação em caso de insucesso recursal. E ainda, mesmo que a sucumbência recursal possa se apresentar como instrumento limitador ao direito de recorrer, não se pode esquecer que a parte que não pode suportar os custos do processo, o que inclui os honorários advocatícios, sem prejudicar o seu sustento e de sua família tem o direito à assistência judiciária gratuita, o que lhe tornará isento ao pagamento dos ônus sucumbências recursais, pois suspensa a exigibilidade ao pagamento dos honorários advocatícios, logo, não haverá impedimento para interposição de recurso levando em conta o risco econômico⁴⁶.

Mesmo que se pense em violação ao princípio do duplo grau de jurisdição, este não é absoluto, uma vez que a própria Constituição Federal estabelece exceções a tal princípio⁴⁷, logo, não sendo absoluto pode ser relativizado quando posto em confronto com outros princípios e garantias constitucionais – valendo o registro de que no campo laboral, por exemplo, exige-se há tempos o depósito recursal para fins de interposição de irresignação às superiores instâncias (TRTs e TST), o que vem sendo admitido como exigência legal em desfavor do empregador⁴⁸.

43 - CAMBI, Eduardo; POMPÍLIO, Gustavo. Majoração dos honorários sucumbenciais no recurso de apelação. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volp; COELHO, Marcus Vinícius Furtado (Coords.). *Honorários Advocatícios*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 663-672.

44 - A respeito, as nossas construções em: RUBIN, Fernando. *O novo Código de Processo Civil*: da construção de um novo modelo processual às principais linhas estruturantes da Lei nº 13.105/2015. 2. ed. São Paulo: LTr, 2017.

45 - RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. Sucumbência recursal no novo CPC: uma análise econômica. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 50, nº 199, p. 35-54, jul./set. 2013.

46 - CAMBI, Eduardo; POMPÍLIO, Gustavo. Majoração dos honorários sucumbenciais no recurso de apelação. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volp; COELHO, Marcus Vinícius Furtado (Coords.). *Honorários Advocatícios*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 663-672.

47 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Agravo de *Instrumento nº 601.832-8/SP*: Segunda Turma. Agte. Casem Mazloum. Agdo. Ministério Público Federal. Relator Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 13 de julho de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=584974>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

4. DIREITO INTERTEMPORAL

Com o advento de um novo Código de Processo Civil a pergunta que se faz é: qual regra processual será aplicada aos processos atualmente em trâmite, a do CPC/1973 ou a do CPC/2015?

O artigo 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro estabelece que “A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”⁴⁹. A primeira parte do dispositivo assegura a aplicação imediata das leis, ou seja, a lei nova alcança os casos pendentes e futuros. No entanto, a parte final do referido dispositivo e o artigo 5º, XXXVI, da CF/88, que dispõe que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”⁵⁰, contemplam o princípio geral da irretroatividade da lei, tendo por objetivo preservar a segurança jurídica de relações já consolidadas sob a vigência de lei anterior.

Nesse sentido são as disposições transitórias do artigo 14 do novo CPC, o qual prevê que “A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”.⁵¹ Bem como do artigo 1.046 do mesmo diploma legal prevê que, “Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.”⁵².

O Superior Tribunal de Justiça, como se vê nos julgados a seguir, tem adotado o critério da teoria do isolamento dos atos e o princípio *tempus regit actum*:

PROCESSUAL CIVIL (CPC/1973). EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS PARA FINS DE ESCLARECIMENTOS, SEM EFEITOS MODIFICATIVOS.

1. Concernente ao direito intertemporal processual, aplica-se o princípio *tempus regit actum*. Deste modo, em se tratando de recursos, a regra geral é de que estes serão regidos pela lei vigente à época da decisão recorrida, prestigiando a teoria do isolamento dos atos processuais, segundo qual, determina a aplicação imediata da legislação processual superveniente aos atos ainda não praticados, resguardando-se, contudo, os atos já realizados na forma da legislação anterior ou situações consolidadas, de acordo com a lei anterior que os regiam. [...].⁵³.

48 - A respeito, as nossas construções em: RUBIN, Fernando; ROSSAL, Francisco. *Acidentes de trabalho*. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2016.

49 - BRASIL. *Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 27 out. 2016.

50 - BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31 out. 2016.

51 - BRASIL. Código de Processo Civil (2015). *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

52 - Ibidem.

AGRAVO INTERNO. DECISÃO QUE DEU PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. APELO FUNDADO NO CPC/73 PROCEDÊNCIA DO PEDIDO AUTURAL. FIXAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. CRITÉRIOS DO NOVO CPC/2015. INAPLICABILIDADE. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 7/STJ. MAJORAÇÃO. INDEFERIMENTO. PRECEDENTE DO STJ.

1. O acórdão recorrido (fls. 184/195) foi publicado na vigência do CPC/73. Desse modo, as alterações relativas ao cálculo dos honorários advocatícios introduzidas pelo novo CPC/2015 não têm aplicação ao caso dos autos, em observância à regra de direito intertemporal prevista no artigo 14 da nova Lei Adjetiva Civil. 2. Nessa diretriz, a propósito, o Plenário do STJ, na sessão realizada no dia 9 de março de 2016, aprovou o Enunciado Administrativo n. 7/STJ, segundo o qual “somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC). [...]”.⁵⁴

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. DECISÃO AGRAVADA PUBLICADA SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. CONTAGEM DO PRAZO. REGRAS DE DIREITO INTERTEMPORAL. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. INTEMPESTIVIDADE.

1. A nova lei processual se aplica imediatamente aos processos em curso (ex vi do art. 1.046 do CPC/2015), respeitados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada, enfim, os efeitos já produzidos ou a se produzir sob a égide da nova lei.

2. Considerando que o processo é constituído por inúmeros atos, o Direito Processual Civil orienta-se pela Teoria dos Atos Processuais Isolados, segundo a qual, cada ato deve ser considerado separadamente dos demais para o fim de determinar qual a lei que o regerá (princípio do tempus regit actum). Esse sistema está inclusive expressamente previsto no art. 14 do CPC/2015.

3. Com base nesse princípio e em homenagem à segurança jurídica, o Pleno do Superior Tribunal de Justiça interpretou o art. 1.045 do Código de Processo Civil de 2015 e concluiu que o novo CPC entrou em vigor no dia 18/03/2016, além de elaborar uma série de enunciados administrativos sobre regras de direito intertemporal. [...]”.⁵⁵

Conforme cita a jurisprudência colacionada, o STJ elaborou uma série de enunciados administrativos sobre regras de direito intertemporal, um deles é o número 7 que trata dos honorários de sucumbência recursal, os quais só serão aplicados aos recursos interpostos contra decisões proferidas a partir da vigência do CPC/2015, ou seja, a partir de 18 de março de 2016.

53 - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AREsp nº 896.937/SP. Terceira Turma. Embte: D.N.K. Beneficiamento de Mármore, Granitos e Transportes LTDA – EPP. Embdo: Amaranto Leal Locadora de Equipamentos, Comercio e Prestação de Serviços. LTDA – ME. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 15 de setembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1537880&num_registro=201600873177&data=20160926&formato=HTML>. Acesso em: 27 out. 2016.

54 - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp nº 1325649/AP. Primeira Turma. Agte: Elaine Cristina de Souza Albuquerque. Agdo: Estado do Amapá. Relator Min. Sérgio Kukina, Brasília, DF, 16 de junho de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1517460&num_registro=201201099790&data=20160630&formato=HTML>. Acesso em: 28 out. 2016.

55 - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp nº 1584433/SP*. Primeira Turma. Agte: Edgard Magalhães dos Santos. Agdo: União. Relator Min. Gurgel de Faria. Brasília, DF, 15 de setembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1538848&num_registro=201600254552&data=20161021&formato=HTML>. Acesso em: 28 out. 2016.

A jurisprudência afirma que o Código de Processo Civil orienta-se pela teoria dos atos processuais isolados. Tendo em vista que o processo possui vários atos, areferida teoria, para determinar qual lei deve ser aplicada - se a nova, ou se a velha -, leva em conta os atos separadamente, assim, de acordo com o princípio da *tempus regit actum*, o ato será regido, isoladamente, pela lei do tempo em que ocorreu.

Portanto, conforme o artigo 1.046 do CPC/2015 as novas regras se aplicam, desde logo, aos processos pendentes, mas, conforme limita o artigo 14, só serão aplicadas aos processos cujos atos ocorrerem na vigência do CPC/2015. Desta forma, se o processo foi ajuizado na vigência do CPC/1973, mas sua sentença foi prolatada na vigência do CPC/2015, as regras que incidirão serão as do CPC/2015, o que não ocorreria se, além de ser ajuizado na vigência do Código anterior, o ato da sentença também tivesse ocorrido na vigência do CPC/1973. Neste caso, mesmo que a parte recorresse requerendo que as novas regras dos honorários advocatícios fossem aplicadas, não seria possível, tendo em vista as regras de direito intertemporal. Bem como, também não se aplicaria as novas regras aos recursos interpostos sob a égide do CPC/1973 e julgados na vigência do CPC/2015, uma vez que a o ato processual, qual seja, a decisão que ensejou a interposição do recurso, ocorreu na vigência do CPC/1973.

5. CRÍTICAS, CONTROVÉRSIAS E OMISSÕES

Ao estabelecer os honorários recursais o anteprojeto do novo CPC primeiramente tinha como única intenção diminuir a interposição de recursos, com o objetivo de fortalecer as decisões de primeira instância e acelerar o trâmite processual, pouco importando a justa remuneração do advogado pelo trabalho adicional realizado. Visto que a primeira redação previa que a verba recursal do advogado da parte vencedora só seria majorada se o tribunal não admitisse ou negasse, por unanimidade, o provimento do recurso interposto pela parte vencida, e ainda, o limite máximo de condenação chegava aos 25%. Entretanto, houve modificação no Projeto em relação ao tema, tendo sido retirada a autorização de majoração somente nos casos em que fosse mantida a sentença de primeira instância, assim, os honorários recursais passaram a ter uma finalidade dual, ou seja, não apenas teriam a finalidade de acelerar a tramitação processual, com a inibição de recursos, como também à justa remuneração do advogado pelo trabalho realizado em segunda instância. Desta forma, ao mesmo tempo em que penaliza a parte que recorre sem fundamento, no caso de prováveis chances de insucesso, também remunera o profissional que teve que trabalhar mais⁵⁶.

Ao final, a redação definitiva do novo CPC reduziu o limite máximo para 20%. Para Elaine Harzheim Macedo e Paulo Roberto Pegoraro Junior⁵⁷, o limite máximo de 25% da redação original criava razoável estímulo para que as partes não interpusessem recursos sem fundamentos, sem chances prováveis de êxito. Pois, mesmo que a sentença tenha fixado o teto de 20% em honorários sucumbenciais, restaria ainda ao tribunal majorar a verba em 5% para chegar ao limite máximo de 25%, logo, desestimularia a interposição de recursos protelatórios. Portanto, a alteração que reduziu

56 - SILVA, Rinaldo Mouzalas de Souza e. Honorários de sucumbência recursal: dignidade da remuneração profissional e afirmação do direito fundamental à razoável duração do processo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 420, p. 495-512, jul./dez. 2014.

57 - MACEDO, Elaine Harzheim; PEGORARO JUNIOR, Paulo Roberto. Majoração dos honorários na fase recursal no novo código de processo civil: responsabilidade objetiva ou subjetiva? *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 11, n. 66, p. 40-53, maio/jun. 2015.

o limite máximo para fixação de honorários não cumpriu o propósito de diminuir a interposição exacerbada de recursos, pois se a sentença em primeiro grau alcança o limite máximo de 20%, quando houver recurso, o tribunal não poderá agravar, logo, quanto mais próxima do limite máximo a sentença fixar os honorários, maiores serão os incentivos para interposição de recursos.

Nesse sentido, Alexandre Freire e Leonardo Albuquerque Marque⁵⁸ entendem “que o projeto, neste particular, perdeu uma oportunidade histórica para estabelecer mecanismos de desincentivos à utilização dos recursos judiciais, especialmente quando a finalidade almejada for de cunho especificadamente protelatório”.

Na visão de Rinaldo Mouzalas Silva⁵⁹, o que pode ocorrer é que se em decisão meritória for alcançado o limite máximo de fixação, os 20% previstos § 2º ou os limites máximos previstos no § 3º, ambos do artigo 85 do novo CPC, e sendo possível a interposição de recurso, a parte sucumbente, além de tentar reformar a decisão, também terá por alibi a inversão do ônus da sucumbência, acabando por ser dupla a sua motivação recursal. Desta forma pode ocorrer o inverso do que se pretendia, ou seja, o aumento de recursos ao invés da celeridade processual, o que restaria por congestionar ainda mais os tribunais, pois a parte vencida, não tendo a possibilidade de se beneficiar com a majoração dos honorários, arriscará a reversão da condenação em honorários com a reforma da decisão, tendo em vista que não lhe será imposto nenhum outro ônus a não ser as custas recursais.

E ainda, na crítica visão de Rinaldo Mouzalas Silva⁶⁰, o problema pode desencadear na remuneração do advogado, pois, visando inibir a interposição de recursos, os juízes podem acabar por nunca fixar os honorários de sucumbência no percentual máximo, ainda que o trabalho do advogado tenha preenchido todos os critérios dos incisos do § 2º do artigo 85. Pois, se assim não fizerem, estarão incentivando a interposição de recursos, vez que a parte recorrente não terá que se preocupar em caso de não êxito com a majoração dos honorários do advogado da parte adversa. Nesse entendimento, o advogado só terá o seu trabalho reconhecido de forma digna se vier a interpor recurso, caso contrário sua verba será fixada em percentuais sempre abaixo do limite máximo. Nesta hipótese, o novo CPC/2015 seria um retrocesso em relação ao CPC/1973. Já para Assumpção Neves⁶¹, esse entendimento “não condiz com a realidade, porque na praxe forense a condenação em honorários advocatícios acima do piso mínimo é de extrema raridade”.

Já abordamos anteriormente os casos de não provimento e de parcial e total provimento do recurso interposto pela parte sucumbente em primeiro grau, bem como entendimentos acerca da legitimidade e consequências do resultado de recurso interposto exclusivamente com o objetivo de majorar os honorários fixados em primeiro grau. Entretanto, a controvérsia que se traz agora é de como ficará a situação dos honorários recursais quando a parte vencedora em primeiro grau decair de parte mínima do seu pedido. Nesse sentido, vejamos o exemplo de Flávio Cheim Jorge⁶²:

[...] o autor é vencedor em primeiro grau, mas decaiu de parte mínima do pedido: pre-

58 - FREIRE, Alexandre Reis Siqueira; MARQUES, Leonardo Albuquerque. Os honorários de sucumbência no projeto do novo CPC (Relatório-geral de atividades apresentado pelo Deputado Federal Paulo Teixeira - PT). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 232, p. 413-421, jun. 2014.

59 - SILVA, op. cit., p. 507-508.

60 - Ibidem, p. 508.

61 - NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 220.

tendia-se que os juros de mora incidissem a partir do evento danoso e a sentença determinou a correção a partir da citação. Nesse caso, o réu será condenado integralmente pelo pagamento dos honorários. Imagina-se que o autor interponha apelação e vise a reforma da sentença quanto a parte que foi derrotado. Se o recurso for improvido, como deverá ser fixada a condenação dos honorários? Se o beneficiário for o advogado do autor,, a condenação parece inexata, pois ele foi derrotado no recurso. De outro lado, se o beneficiário for advogado do réu, igualmente poderia se sugerir certa incoerência, já que apesar de o autor ter sido vencedor da demanda (decaiu minimamente) será obrigado a pagar honorários advocatícios.

O autor, ao analisar o referido exemplo, conclui que o legislador não previu a situação em que a parte é, ao final, vencedora da causa e sucumbente no recurso. Pois, pela redação do dispositivo do § 11 do artigo 85, percebe-se a ideia de que o vencedor da causa e o vencedor do recurso sempre seriam os mesmos, mas pela prática pensar assim é um equívoco. Assim, os honorários devem ser destinados ao advogado da parte que não sucumbiu no recurso, pouco importando o resultado da causa, uma vez que os honorários são verbas remuneratórias. Se pelo princípio da sucumbência revela-se o vencedor e o derrotado, estes devem ser identificados em cada procedimento que enseje direito aos honorários, pois, neste caso, seria incoerente e inadmissível que a parte vencedora na fase recursal fosse condenada a pagar honorários de sucumbência para o advogado da parte que, em relação ao pedido recursal, restou derrotada⁶³.

Por consequência, na visão do autor, o legislador só regulou a fixação de honorários em casos de majoração, mesmo que decorrentes de improvimento, hipótese na qual os honorários fixados em primeiro grau serão redistribuídos, ou seja, ocorrerá a inversão do ônus da sucumbência para depois ocorrer a majoração dos honorários de fase recursal. Assim, na majoração já existem honorários fixados em percentual não aquém de 10% e pelo recurso eles poderão ser majorados até o limite de 20% ou nos limites dos percentuais do § 3º do artigo 85 do CPC/2015. No entanto, de acordo com o exemplo, no qual o advogado só é titular dos honorários recursais, como fica a fixação dos honorários, qual percentual pode ser atribuído? O autor sugere que o percentual seja de 5% de acordo com o que previa o modelo antigo do anteprojeto do novo CPC, aonde o limite máximo chegaria a 25%, cinco a mais do que o limite de 20%. Isto porque, conforme fundamenta, a fase recursal é menos complexa e trabalhosa que a de primeiro grau, logo, não pode ter os honorários recursais o mesmo peso econômico do que os fixados em sentença, pois, se eles representam verba remuneratória, se deve levar em conta a proporcionalidade com observância ao trabalho realizado⁶⁴.

Diante das críticas, controvérsias e algumas omissões expostas, não há como exaurir todas as situações que podem vir a serem polêmicas ou problemáticas, mesmo porque temos apenas um ano de vigência do novel diploma adjetivo. Também não é o que se deseja, até porque só o tempo e a prática forense possibilitarão a identificação de demais controvérsias, lacunas e problemas, dos quais o Judiciário ficará encarregado de responder, quiçá formatando precedentes para situações mais expressivas de ocorrência, envolvendo inclusive a advocacia pública.

62 - JORGE, Flávio Cheim. Os Honorários advocatícios e o Recurso de apelação: um enfoque especial nos honorários recursais. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volp; COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado (Coords.). *Honorários Advocatícios*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 685-709.

63 - Ibidem. p. 704-705.

64 - JORGE, Flávio Cheim. Os Honorários advocatícios e o Recurso de apelação: um enfoque especial nos honorários recursais. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volp; COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado (Coords.). *Honorários Advocatícios*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 685-709.

6. EFEITOS E EXPECTATIVAS PARA A ADVOCACIA

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 133 estabeleceu que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”⁶⁵. Igualmente, a Lei nº 8.906/1994 que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil estabelece que:

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

§ 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem *múnus público*.

§ 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.⁶⁶

Conforme destaca Paulo Lôbo⁶⁷, o princípio da indisponibilidade é garantia da parte e não do advogado, pois sua razão de ser é de ordem pública, como instrumento garantidor de efetiva cidadania. Assegurando o interesse das partes por profissionais com habilitação e reconhecimento técnico, possibilitando um acesso igualitário à justiça e uma adequada assistência jurídica. Em análise metafórica interpreta que existem, no ordenamento brasileiro, três figuras indispensáveis à administração da justiça: o juiz que julga e simboliza o Estado; o promotor que fiscaliza a aplicação da lei; e o terceiro, o advogado, que postula e representa a defesa dos interesses do povo.

Mesmo no ministério privado, o advogado exerce função social e serviço público, uma vez que concretiza a aplicação do Direito quando alcança a prestação jurisdicional, através do seu saber especializado e contribui para construção da justiça na medida em que não defende somente os interesses do seu cliente, pois tem sempre presente que o patrocínio individual deve estar orientado pelo interesse social⁶⁸.

Para Claudio Pacheco Lamachia⁶⁹, condição importantíssima para o exercício da advocacia é o respeito e a valorização dos honorários advocatícios, pois o artigo 133 da CF/88 e o artigo 2º do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil conferem à profissão destacado e expresso caráter de serviço público e função social, consolidando a importância da advocacia para a realização e promoção da justiça, sendo os honorários do advogado a justa remuneração pelo serviço prestado, logo, essencial para a dignidade e valorização da profissão.

65 - BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31 out. 2016.

66 - BRASIL. *Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994*. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 03 set. 2016.

67 - LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da OAB*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 43.

68 - LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da OAB*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 45.

69 - LAMACHIA, Claudio Pacheco. A valorização da advocacia e o fim do aviltamento dos honorários advocatícios. In: COÊLHO, Marcus Vinicius et al. *As conquistas da advocacia no novo CPC*. Brasília: OAB/Conselho Federal, 2015. p. 45-61.

Nas palavras de Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes⁷⁰, seria “interessante inserir os honorários advocatícios no contexto da garantia constitucional ao acesso à justiça, assim como da necessidade de evitar o abuso do processo”. Nesta senda, haja vista que “o papel da advocacia é de extrema importância para o processo jurisdicional no estado Democrático de Direito”⁷¹, a remuneração do advogado como contraprestação pelos serviços prestados deve estar a altura da sua essencialidade na sociedade visando a dignidade da profissão.

E tal cenário independente se estivermos falando da advocacia privada ou pública, daí por que ser fixado no derradeiro parágrafo 19, do art. 85 da Lei nº 13.105/2015, a previsão de que os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei.

Pois bem. A norma inovadora e de grande repercussão são os honorários de sucumbência recursal, em que pese às críticas e controvérsias já expostas no ponto anterior, algumas das quais o Poder Judiciário terá que solucionar⁷². Todavia, certamente que, a primeira vista, considera-se um avanço para a advocacia a previsão contida no § 11 do artigo 85, que tem como um dos seus objetivos remunerar o trabalho adicional realizado pelo advogado o que, conseqüentemente, conduz a uma remuneração mais justa valorizando o profissional, tendo vista que no CPC/1973 não havia previsão no sentido de valorizar proporcionalmente o trabalho prestado pelo advogado⁷³.

No entanto, tais benefícios na remuneração do advogado, devido à nova sucumbência fixada pelo tribunal, devem ser observados com a intenção de constatar se realmente eles estão servindo ao fim proposto, pelo fato da redação final do novo Código ter fixado o limite máximo em 20% ao invés de 25% ou limites próprios para a sucumbência recursal com acréscimo de 5% a cada grau recursal⁷⁴. De forma que não ocorrendo de fato a valorização do trabalho adicional realizado, pela justa remuneração, a advocacia deverá continuar lutando.

Ao advogado compete a missão de assegurar o pleno exercício do direito constitucional da ampla defesa e da cidadania. No entanto, a profissão, em que pese não seja mercantilista, não tem caráter filantrópico ou gratuito, logo, deve ser o profissional da advocacia remunerado pelo serviço prestado, sendo que tal remuneração deve estar à altura do papel que representa na sociedade e a essencialidade e indispensabilidade de sua função na administração da justiça, valorizando o profissional de grande relevo para a sociedade⁷⁵.

Assim, espera-se que essa inovação trazida pelo artigo 85 do novo CPC cumpra com o papel de um regramento que promova a adequada remuneração pelo serviço adicional realizado; que não haja mais o aviltamento da verba.

70 - LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Honorários advocatícios no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 3.

71 - LIMA NETO, Francisco Vieira; RAIMUNDO, Andreza Lage. Os honorários sucumbenciais e o provimento parcial do recurso inominado nos Juizados Especiais Cíveis. In: LIMA, Marcellus Polastri; MAZZEI, Rodrigo (Coords.). *Honorários Advocatícios: aspectos materiais e processuais*: (ensaios atualizados com a redação do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 279-293.

72 - SILVA, Rinaldo Mouzalas de Souza e. Honorários de sucumbência recursal: dignidade da remuneração profissional e afirmação do direito fundamental à razoável duração do processo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 420, p. 495-512, jul./dez. 2014.

73 - CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Os honorários advocatícios pela sucumbência recursal no CPC/2015. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volp; COELHO, Marcus Vinícius Furtado (Coords.). *Honorários Advocatícios*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 721-748.

74 - CÂMARA, Alexandre Freitas. Honorários de sucumbência recursal. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volp; COELHO, Marcus Vinícius Furtado (Coords.). *Honorários Advocatícios*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 593-599.

Por fim, espera-se que os operadores do Direito, em geral, cooperem para que se extraia da nova regra o maior benefício que ela possa conferir tanto às partes quanto aos advogados.

7. CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve o objetivo de analisar a nova regra inserida pelo artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015 que se refere aos honorários advocatícios de sucumbência recursal, pela qual o tribunal deverá majorar os honorários de sucumbência devido ao trabalho adicional realizado pelo advogado, com observância aos limites legais do §§ 2º e 3º. E ainda, conforme § 12, esses honorários recursais são cumuláveis com multas e outras sanções processuais, inclusive as previstas no art. 77.

Tal inovação tem o objetivo de remunerar o profissional pela continuidade na prestação do serviço e, *a priori*, é de grande valia para classe dos advogados, privados e públicos (art. 85, § 19º), em que pese algumas situações não esclarecidas pelo dispositivo terão que ser solucionadas pelo Poder Judiciário.

Situação que merece atenção é quando o advogado da parte vencedora em relação aos honorários fixados em primeira instância requer em sede recursal a reanálise correta dos critérios e requisitos do artigo 85 e seus parágrafos, visando a majoração dos seus honorários, até então a jurisprudência vem entendendo que a legitimidade para interpor o recurso de apelação é concorrente, podendo ser manejado em nome da parte ou em nome do advogado. Entretanto, o advogado possui direito autônomo sobre os honorários, logo, se estes constituem verba alimentar deste profissional, é ele, salvo melhor juízo, que deve manejar o recurso próprio para majorar seus honorários de sucumbência.

Nesse contexto, o advogado sendo parte legítima para interpor o recurso para majorar seus honorários é quem, *a priori*, deverá arcar com os honorários recursais do advogado da parte adversa, caso seu recurso não seja provido. Verifica-se ser o entendimento mais correto com a interpretação do § 5º do artigo 99, pela qual o advogado que interpor recurso em nome próprio com o fim exclusivo de rever a decisão referente à fixação dos honorários sucumbenciais em primeiro grau terá que recolher custas, pois o benefício da gratuidade de justiça concedido ao cliente não se estende a ele, mas caso o entendimento continue pela legitimidade concorrente quem será responsabilizado por arcar com os honorários recursais do advogado da parte adversa é a parte vencedora na ação que nada tem haver com o direito pleiteado no recurso em questão.

A majoração dos honorários de sucumbência não impede que as partes interponham recursos, somente impõe nova condenação em caso de insucesso recursal, logo, não fere o duplo grau de jurisdição. E ainda, o princípio do duplo grau de jurisdição não é absoluto, uma vez que a própria Constituição Federal estabelece exceções a tal princípio, logo, não sendo absoluto pode ser relativizado quando posto em confronto com outros princípios e garantias constitucionais.

O STJ elaborou um enunciado administrativo sobre regras de direito intertemporal, um deles é o número 7 que trata dos honorários de sucumbência recursal, os quais só serão aplicados

aos recursos interpostos contra decisões proferidas a partir da vigência do CPC/2015, ou seja, a partir de 18 de março de 2016.

Com o novo Código de Processo Civil o tema, honorários advocatícios sucumbenciais, ganha relevante destaque, pois o artigo 85 e seus dezenove parágrafos tratam da matéria de forma muito mais detalhada, esmiuçando o tema e trazendo critérios mais claros e objetivos para sua fixação. As críticas, controvérsias e pequenas omissões tornam certo o fato de que as reformas trarão consigo novos desafios para o Poder Judiciário e para todos os operadores do Direito. Porém, não restam dúvidas que a reforma promoverá uma fixação mais precisa e equilibrada, proporcionando ao profissional da advocacia uma remuneração mais justa e adequada.

Nesse diapasão, concluímos que os honorários recursais representam um avanço para a advocacia, pois possuem o intuito de melhor remunerar o advogado. Ao possibilitar que seu trabalho adicional seja valorizado e retribuído, o que promoverá uma verba sucumbencial mais justa e adequada ao trabalho realizado pelo profissional da advocacia, sendo este indispensável à administração da justiça e possuindo papel essencial para efetivação da cidadania. Além disso, a nova regra que vem beneficiar o causídico enquanto profissional resta por efetivar os direitos fundamentais do ser humano, promovendo sua valorização através de uma adequada remuneração (caráter alimentar da prestação sucumbencial), o que se reflete de forma positiva na sociedade, pois também beneficia quem dele necessita, o cidadão.

REFERÊNCIAS

AGRA JUNIOR, Walter de. Recurso de apelação para majoração de honorários. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volp; COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado (Coords.). *Honorários Advocatícios*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31 out. 2016.

BRASIL. *Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 27 out. 2016.

BRASIL. *Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994*. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 03 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgIntAREsp nº 370.579/RJ*. Terceira

Turma. Agte: Comitê Organizador dos Jogos Pan-Americanos Rio 2007 - CO-RIO. Agdo: Mauro Alves Silveira e Outro. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 23 de junho de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1522824&num_registro=201302078962&data=20160630&formato=HTML>. Acesso em: 30 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp* nº 1504429/SP. Segunda Turma. Agte: Regina Miranda. Agdo: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Min. Assusete Magalhães. Brasília, DF, 20 de setembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201403314131&dt_publicacao=28/09/2016>. Acesso em: 10 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp* nº 1517815/SP. Segunda Turma. Agte: Fazenda Pública Do Município de Campinas. Agdo: Ailton Leme Silva. Relator: Min. Assusete Magalhães. Brasília, DF, 18 de agosto de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500447394&dt_publicacao=01/09/2016>. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp* nº 1325649/AP. Primeira Turma. Agte: Elaine Cristina de Souza Albuquerque. Agdo: Estado do Amapá. Relator Min. Sérgio Kukina, Brasília, DF, 16 de junho de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1517460&num_registro=201201099790&data=20160630&formato=HTML>. Acesso em: 28 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp* nº 1584433/SP. Primeira Turma. Agte: Edgard Magalhães dos Santos. Agdo: União. Relator Min. Gurgel de Faria. Brasília, DF, 15 de setembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1538848&num_registro=201600254552&data=20161021&formato=HTML>. Acesso em: 28 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl no AREsp* nº 896.937/SP. Terceira Turma. Embte: D.N.K. Beneficiamento de Mármore, Granitos e Transportes LTDA – EPP. Embdo: Amarrato Leal Locadora de Equipamentos, Comercio e Prestação de Serviços. LTDA – ME. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 15 de setembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1537880&num_registro=201600873177&data=20160926&formato=HTML>. Acesso em: 27 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 828.300/SC. Primeira Turma. Recte: Município de Criciúma. Recdo: BESC S/A - Arrendamento Mercantil. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 03 abr. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=769403&num_registro=200600518677&data=20080424&formato=HTML>. Acesso em: 23 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula* nº 325. Corte Especial. Brasília, DF, 03 de maio e 2006. p. 214. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27325%27#DOC1>>. Acesso em: 22 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Agravo de Instrumento nº 601.832-8/SP* Segunda Turma. Agte. Casem Mazloum. Agdo. Ministério Público Federal. Relator Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 13 de julho de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=584974>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Informativo STF nº 841*. Honorários Advocatícios. Direito Processual Civil. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/Informativo_mensal_setembro_2016.pdf>. Acesso em: 31 out. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 5004054-94.2014.4.04.7109/RS*. Vice-Presidência. Embargante: Taylor Montanha Correa. Embargado: Acórdão. Interessado: União. Relator: Des. Jorge Antônio Maurique. Rio Grande do Sul, 26 de abril de 2017. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_ey=3a93e4e3daee424f440963f955dd8f4a904cedee9fee1c72a4d65d0a56c2065>. Acesso em: 20 ago. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Honorários de sucumbência recursal. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volp; COELHO, Marcus Vinícius Furtado (Coords.). *Honorários Advocatícios*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Os honorários advocatícios pela sucumbência recursal no CPC/2015. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volp; COELHO, Marcus Vinícius Furtado (Coord.). *Honorários Advocatícios*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CAMBI, Eduardo; POMPÍLIO, Gustavo. Majoração dos honorários sucumbenciais no recurso de apelação. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volp; COELHO, Marcus Vinícius Furtado (Coords.). *Honorários Advocatícios*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

COELHO, Marcus Vinícius Furtado (Coords.). *Honorários Advocatícios*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível nº 20150910212142*. Sexta Turma Civil. Apte: Nivaldo Alves Bezerra. Apdo: Geronimo Nascimento Santos. Relator: Des. Edras Neves. Brasília, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <[246](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&ramoJuridico=&baseDados=[BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_HISTORICA]&argumentoDePesquisa=972892&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&indexacao=&tipoDeNumero=&tipoDeRelator=&camposSelecionados=[ESPELHO]&numero=&tipoDeData=&dataFim=&dataInicio=&ementa=&orgaoJulgador=&filtroAcordaosPublicos=false&legislacao=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1>. Acesso em: 20 ago. 2017.</p></div><div data-bbox=)

DOTTI, Rogéria. Sucumbência recursal: um caminho no desestímulo à protelação. In: LIMA, Marcellus Polastri; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Honorários Advocatícios: aspectos materiais e processuais: (ensaios atualizados com a redação do projeto do novo Código de Processo Civil)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ENFAM. O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil. *Enunciado nº 16*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2016.

FAZIO, César Cipriano de. Honorários advocatícios e sucumbência recursal. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volp; COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado (Coords.). *Honorários Advocatícios*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciado nº 241*. Vitória, ES, 1º, 2 e 3 de maio de 2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2016.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciado nº 242*. Vitória, ES, 1º, 2 e 3 de maio de 2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2016.

FREIRE, Alexandre Reis Siqueira; MARQUES, Leonardo Albuquerque. Os honorários de sucumbência no projeto do novo CPC (Relatório-geral de atividades apresentado pelo Deputado Federal Paulo Teixeira - PT). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 232, p. 413-421, jun. 2014.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

JORGE, Flávio Cheim. Os Honorários advocatícios e o Recurso de apelação: um enfoque especial nos honorários recursais. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volp; COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado (Coords.). *Honorários Advocatícios*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LAMACHIA, Claudio Pacheco. A valorização da advocacia e o fim do aviltamento dos honorários advocatícios. In: COÊLHO, Marcus Vinicius *et al. As conquistas da advocacia no novo CPC*. Brasília: OAB/Conselho Federal, 2015.

LIMA NETO, Francisco Vieira; RAIMUNDO, Andreza Lage. Os honorários sucumbenciais e o provimento parcial do recurso inominado nos Juizados Especiais Cíveis. In: LIMA, Marcellus Polastri; MAZZEI, Rodrigo (Coords.). *Honorários Advocatícios: aspectos materiais e processuais: (ensaios atualizados com a redação do projeto do novo Código de Processo Civil)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da OAB*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Honorários advocatícios no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Os honorários recursais no Novo Código de Processo Civil. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volp; COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado (Coord.). *Honorários Advocatícios*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACEDO, Elaine Harzheim; PEGORARO JUNIOR, Paulo Roberto. Majoração dos honorários na fase recursal no novo código de processo civil: responsabilidade objetiva ou subjetiva? *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 11, n. 66, p. 40-53, maio/jun. 2015.

MACHADO, Rubnes Approbato. *Advocacia e democracia*. Brasília: OAB editora, 2003.

MOUZALAS, Rinaldo *et al.* *Processo Civil*: volume único. 8 ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito processual Civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Sucumbência recursal no novo CPC: uma análise econômica. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 50, n. 199, p. 35-54, jul./set. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70070960745*. Quinta Câmara Cível. Apte: Lorena Albiero Miranda. Apdo: Fundação CEEE de Seguridade Social – Eletroceee. Relator: Des. Jorge André Pereira Gailhard. Porto Alegre, 28 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70070960745&ano=2016&codigo=1742463>. Acesso em: 30 out. 2016.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração nº 0019517-68.2015.8.19.0031. Vigésima Quinta Câmara Cível. Embargante: Nicole Campos Tenório. Embargado: Sindicato dos Corretores de Imóveis do Rio de Janeiro.. Relator(a): Des. Marianna Fux. Rio de Janeiro, 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004D87C481BA061C1479B8060E318DD113BC505594D2510&USER=>>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70071400915*. Terceira Turma. Apte: AES SUL Distribuidora Gaucha de Energia S.A. Apdo: Carlos Anterioraphaelli Garcez. Relator: Des. Leonel Pires Ohlweiler. Porto Alegre, 14 de outubro de 2016. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70071400915&ano=2016&codigo=1935004>. Acesso em: 31 out. 2016.

RUBIN, Fernando. *O novo Código de Processo Civil*: da construção de um novo modelo processual às principais linhas estruturantes da Lei nº 13.105/2015. 2. ed. São Paulo: LTr, 2017.

RUBIN, Fernando; ROSSAL, Francisco. *Acidentes de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.


SILVA, Rinaldo Mouzalas de Souza e. Honorários de sucumbência recursal: dignidade da

remuneração profissional e afirmação do direito fundamental à razoável duração do processo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 420, p. 495-512, jul./dez. 2014.

VIVEIROS, Estefânia. Honorários advocatícios e sucumbência recursal. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volp; COELHO, Marcus Vinícius Furtado (Coords.). *Honorários Advocatícios*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.







.....

POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO FEDERATIVO DE 1988: ANÁLISE QUANTO À COMPLEXIDADE INSTITUCIONAL DO SEU CICLO DE DESENVOLVIMENTO

.....

POLICES IN THE FEDERAL STATE OF 1988: ANALYSIS ON
THE INSTITUTIONAL COMPLEXITY OF POLICY CYCLE

Daniel Telles de Menezes¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Federalismos; 1.1. Fragmentação e aglutinação; 1.2. Competição e Cooperação; 2. Federalismo e Centralização no Brasil; 3. Federalismo na Constituição de 1988; 4. Competência legislativa; 5. Competência Administrativa; 6. Competência financeira; 7. Modelo de Análise Burocrático-Federativo das Políticas Públicas no Brasil; 7.1. Aplicação do Modelo; 8. Conclusão; Referências.

1 - Procurador da Fazenda Nacional – Divisão de Assuntos Fiscais/SCS. PSFN/Santo André/SP.



RESUMO: O artigo pontua as características essenciais dos sistemas federativos de governo, as origens teóricas e históricas do federalismo brasileiro e a dinâmicas de relação intergovernamental que se podem inferir de cada modelo para diferentes áreas de atuação estatal. Seu objetivo é construir um referencial de análise de políticas públicas com base na complexidade da distribuição de competências legislativa, administrativa e financeira entre os entes que compõem a federação brasileira e que possa ser utilizado em estudos posteriores que pretendam relacionar o modo particular de decisão, planejamento e implementação de uma determinada política pública com variáveis ligadas aos resultados da ação estatal ou ao seu modo de execução. A construção de tal referencial, no que se refere à valoração da distribuição de competência, se apoia em teorias que explicam as dinâmicas intergovernamentais e entre a sociedade e os agentes públicos em termos de competição entre governos, ação coletiva, disponibilidade de acesso aos tomadores de decisão e pontos de veto. A metodologia empregada consiste em revisão bibliográfica e hermenêutica constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas. Ciclo de Política Pública. Arranjos Federativos. Complexidade Burocrática. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

ABSTRACT: The article points out the essential characteristics of the federal systems of Government, the theoretical and historical origins of Brazilian federalism and intergovernmental relationship dynamics that can infer each model for different areas of expertise. Its goal is to build a frame of analysis of public policies based on the complexity of the distribution of legislative, administrative and financial skills among the spheres that compose the Brazilian Federation and that can be used in subsequent studies to relate the particular mode of decision-making, planning and implementation of a particular public policy with variables linked to the results of State action or its execution reality. The construction of such a benchmark, as regards the assessment of the distribution of competence, is based on theories that explain the dynamics between government and society terms of competition, collective action, availability of access to decision makers and veto points. The methodology employed consists of literature review and constitutional hermeneutics.

KEYWORDS: Policy. Public Policy Cycle. Federal Arrangements. Bureaucratic Complexity. Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988.

INTRODUÇÃO

A teoria amplamente aceita no campo da ciência política procura fundamentar explicações e previsões sobre o fenômeno político, a decisão e a ação estatal, a partir do funcionamento das instituições de uma sociedade. Cabe a Przeworski² o crédito por haver apontado que “instituições importam” e entre estas instituições a forma de estado tem papel de destaque. Equivale a dizer que se pode tentar explicar os resultados ou funcionamento de uma política pública a partir da maneira pela qual se distribui ou concentra o poder político no território, isto porque a forma de estado teria influência no cálculo estratégico individual dos políticos, nas decisões dos governantes e na relação entre Estado e sociedade. Se isso for verdade, compreender a forma como uma política pública se estrutura entre os níveis de poder da federação pode fornecer respostas sobre seu funcionamento, inclusive quanto ao nível de participação social.

A agenda não é nova. Como aponta Fabio Silva³, estudos relacionam a forma de estado e a participação social na produção de políticas públicas através dos conceitos de descentralização. Estes estudos partem da premissa de que o envolvimento dos cidadãos ocorre mais fortemente em esferas locais^{4,5,6}. Constrói-se uma cadeia causal pela qual a forma federativa representaria maior descentralização do poder de decisão e o empoderamento das arenas locais, o que levaria, conseqüentemente, ao aumento da participação^{7,8}. Estes autores trabalham com o pressuposto de que estados federativos apresentam entes locais com maior poder decisório para formular e executar políticas públicas⁹. De outro lado, verificam que a participação social é mais forte nas esferas locais¹⁰, para então concluírem que em estados federativos a participação social tende a ser mais intensa.

Este artigo procura descrever os padrões de relação federativa nas políticas públicas no Brasil estabelecendo um sistema de classificação que possa servir para selecionar casos e analisar possíveis implicações destes arranjos no funcionamento e resultados das políticas.

2 - PRZEWORSKI, Adam. Institutions matter?. *Government and opposition*, v. 39, n. 4, p. 527-540, 2004.

3 - SILVA, Fabio S., 2012. “De cada um conforme suas capacidades: participação, ambientes institucionais e capacidades de incidência em políticas públicas”. V CONSAD de Gestão Pública.

4 - INNES, Judith E.; BOOHER, David E. Reframing public participation: strategies for the 21st century. *Planning theory & practice*, v. 5, n. 4, p. 419-436, 2004.

5 - FARAHA, Marta Ferreira Santos. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no nível local de governo. *Revista de administração pública*, v. 35, n. 1, p. 119-144, 2001.

6 - FERRAREZI, E., OLIVEIRA, Clarice G., 2012. “Reflexões sobre a emergência da participação social na agenda das políticas públicas: desafios à forma de organização burocrática dos Estado”, V CONSAD de Gestão Pública.

7 - FARAHA, Marta Ferreira Santos. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no nível local de governo. *Revista de administração pública*, v. 35, n. 1, p. 119-144, 2001.

8 - JACOBI, Pedro. Políticas públicas: uma agenda de questões e indagações no contexto da transição. Anais: Encontros Nacionais da ANPUR, v. 3, 2012.

9 - RIBEIRO, Leandro. Federalismo, governo local políticas sociais no Brasil entre 1996 e 2004. In: HOCHMAN, Gilberto, *et al*(org). Federalismo e Políticas Públicas no Brasil. Rio de Janeiro, Editora FIOCRZ, 2013.

10 - DIEGUES, Geraldo César. A construção da participação social na gestão das políticas públicas: o protagonismo do governo local no Brasil. *Administração Pública e Gestão Social*, v. 4, n. 4, 2012.

1. FEDERALISMOS

De modo geral, são classificados como federativos os estados nos quais o poder político encontra-se dividido em pelo menos dois níveis: o subnacional, composto por entidades autônomas, e o nacional, dotado de soberania. Em sentido contrário, estados unitários são aqueles em que o poder político encontra-se concentrado em um único ente que mantém o controle político sobre os governos locais, podendo inclusive dissolvê-los, avocar suas competências, ditar-lhes normas de organização e substituir seus administradores.

Dallari¹¹, cita como características fundamentais de uma federação: a origem constitucional, indissolubilidade do vínculo federativo, soberania exclusiva do ente federal, repartição de competências e rendas na constituição, nacionalidade única. De acordo com o autor, a forma federativa de estado é uma construção moderna que tem origem na Convenção da Filadélfia de 1787. Contudo, o número de estados federativos modernos é tão grande que não se pode dizer que todas as federações têm as mesmas características. Ao contrário, mesmo dentro de um país as relações entre os entes políticos podem ocorrer em arranjos bastante distintos conforme os programas a serem desenvolvidos e os interesses envolvidos. Dito de outro modo, não é correto supor que dentro de um estado federativo todas as relações intergovernamentais se desenvolverão da mesma maneira, sob o mesmo arranjo político-normativo.

Deveras, as normas jurídicas que instituem os poderes estatais e definem sua relação com a sociedade representam, elas mesmas, produtos dessas interações entre grupos de interesse, ou seja, estão sujeitas ao jogo de forças (*politics*) que lhes imprime contornos diferentes conforme o momento de sua produção. Isto significa que não há apenas um arranjo federativo sob o qual todas as políticas públicas se desenvolvem. Na verdade, cada política se insere na agenda governamental através de um processo dialético que cria um arranjo normativo distinto no que se refere às relações intergovernamentais voltadas para o seu desenvolvimento. Por isso, justifica-se o uso do termo federalismos, no plural, para enfatizar estas diferenças de arranjos federativos para políticas públicas distintas no âmbito de um mesmo estado. Acredita-se que estas diferenças podem explicar a ambiguidade dos estudos a respeito da relação entre federalismo e descentralização, já apontada por Arretche.^{12,13}

O direito constitucional define um estado como federação quando sua constituição prevê os seguintes pontos fundamentais: soberania nacional; autonomia regional; indissolubilidade do pacto federativo. Diz-se que nas federações há autonomia regional e soberania nacional. “Assim, a soberania, no federalismo, é atributo do Estado Federal como um todo. Os Estados-membros dispõem de outra característica – a característica da autonomia, que não se confunde com o conceito de soberania”¹⁴. Desta forma, o ente federal não conhece superior na ordem externa nem igual na ordem interna¹⁵, enquanto os entes subnacionais (federados) têm sua autonomia preservada

11 - DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. Saraiva, 1998. p 92-93.

12 - ARRETCHÉ, Marta TS. Mitos da descentralização: mais democracia e eficiência nas políticas públicas. *Revista brasileira de ciências sociais*, v. 31, n. 11, p. 44-66, 1996.

13 - Idem. Relações federativas nas políticas sociais. *Educação & Sociedade*, v. 23, n. 80, p. 25-48, 2002.

14 - MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito Constitucional*. 2. ed. Revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2008. p. 798.

15 - BODIN, Jean. *Os seis livros da República*. Tradução de José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011.

no texto constitucional¹⁶, o qual prevê hipóteses taxativas em que pode ser suprimida, sempre temporariamente, e um tribunal constitucional competente para dirimir conflitos entre entes de distintas esferas.

A seu turno a autonomia regional é descrita pelos atributos de autolegislação, auto-organização, autogoverno e autoadministração.

Entende-se por autolegislação a faculdade de editar leis gerais, abstratas e imperativas para regular relações jurídicas em seus territórios, nos termos da competência estabelecida pela constituição. Este aspecto será tratado mais detalhadamente quando serão analisadas as competências normativas na federação brasileira. Quanto à auto-organização, esta consiste em poder se estruturar juridicamente por meio de uma Constituição Estadual, organizando seus poderes internos, suas finalidades, princípios e recursos – inclusive exercendo as competências tributárias que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) lhes reserva, que também serão objeto de um tópico específico adiante. Araújo¹⁷ traduz a auto-organização como a existência de Constituições Estaduais¹⁸ nas quais se encontram a estrutura organizacional dos Estados-membros, descrevendo seus órgãos, entidades, agentes e regime jurídico. Entende-se que o fato de a CRFB/88 impor limites e balizas à faculdade de auto-organização não viola o princípio federativo uma vez que aquela é norma de natureza nacional, não simplesmente federal, e encontra-se legitimada pelo exercício do Poder Constituinte Originário.

Já o autogoverno, terceiro elemento, diz respeito à escolha dos detentores do poder político pela própria população, não se subordinando à autoridade central. Os artigos 27 e 28 da CRFB/88 tratam de normas gerais para a eleição de governadores e deputados estaduais, prerrogativa reconquistada em 1982, já que no período anterior eram nomeados pelo Governo Militar Federal.

Por fim, a auto-administração se refere à capacidade gerir seus bens, serviços e arrecadar seus próprios impostos. Ainda segundo Araújo consiste no “âmbito autônomo que confere ao Estado-membro prerrogativa para gerir os próprios órgãos e serviços públicos, sem interferência da ordem central.”¹⁹

A última característica comum às federações é a indissolubilidade do pacto federativo, que as difere das confederações. Nestas a secessão depende de simples denúncia ao tratado de instituição, enquanto naquelas os estados-membros não podem desvincular-se da União sem uma ruptura institucional, tal como estabelece o artigo 1º da CRFB/88²⁰.

É preciso ter em conta, que as diferentes federações hoje existentes possuem conformações distintas e as características acima elencadas, em que pese serem essenciais à definição,

16 - CRFB/88 Art. 18. “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”

17 - ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo, Saraiva, 2010. p. 312.

18 - CRFB/88 Art. 25. “Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.”

19 - ARAÚJO, op. cit. p. 314.

20 - CRFB/88 Art. 1º. “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”.

comportam gradações, desde modelos em que são muito intensas e rígidas a outros que apresentam atenuações e flexibilidade. No Brasil, por exemplo, vêm se admitindo que Estados-membros celebrem convênios com organismos internacionais de fomento, ao passo que os poderes de auto-organização e autolegislação são bastante condicionados pela CRFB/88 e pela interpretação que lhes dá o Supremo Tribunal Federal (STF).

1.1. Fragmentação e aglutinação

Tradicionalmente, explicam-se as diferenças existentes entre federações a partir de seu desenvolvimento histórico, isto é, no fato de evoluírem de contextos unitários (centrífugas) ou da aglutinação de entes independentes (centrípetas)²¹. Neste sentido, federações derivadas de processos de conquista de autonomia por seus membros são consideradas centrífugas, ou de desagregação, e tenderiam a uma maior centralização por haverem herdado estruturas centralizadas de poder. Ao contrário, federações derivadas de processos de associação entre membros até então soberanos teriam uma tendência à descentralização mais acentuada na medida em que disporiam de uma tradição institucional de independência. Como aponta Kugelmas²² esta abordagem tradicional não costuma levar em consideração a forma de transição do modelo anterior para o sistema federativo. Portanto, é de se questionar se, por exemplo, duas federações surgidas de contextos unitários, sendo uma decorrente de uma revolução em busca da emancipação e outra advinda de concessões ou mesmo de divisão de poderes entre elites, teriam mais semelhanças ou diferenças em termos de dependência de trajetória.

De acordo com Dallari,²³ o federalismo norte-americano originado na Convenção da Filadélfia de 1787 pode ser descrito como um federalismo de aglutinação (centrípeto). Segundo o autor, naquele país, após a independência das treze colônias em 1776, tiveram lugar algumas convenções de auxílio mútuo e em 1781 adotou-se a forma confederada com a proclamação dos “Estados Unidos Reunidos em Congresso”, que em pouco tempo passou a apresentar desgastes e necessitar de modificações. O autor narra que os vínculos que uniam os Estados confederados desgastaram-se em pouco tempo, mostrando-se frágeis e ineficazes para garantir sua ação conjunta. Nestas circunstâncias promoveu-se uma convenção para atualizar os artigos da confederação, na qual prevaleceu a corrente que defendia a constituição de um Estado Federal.

O outro importante modelo de federação centrípeta, a Alemanha, surge com a Confederação Germânica de 1815-1866. Desde o início até a inauguração da República de Weimar de 1919-1933, buscou-se naquele país o fortalecimento de um poder central que preservasse a unificação contra os separatismos das elites locais, ao mesmo tempo acomodando-as nas instituições políticas nacionais (Von Beyme, 1984).²⁴

O caso brasileiro é usualmente descrito como de uma federação centrífuga, uma vez que durante o período colonial e do império o poder político encontrava-se concentrado nas mãos do

21 - RIKER, William H. *Federalism: Origin, operation, significance*. Boston: Little, Brown, 1964.

22 - KUGELMAS, Eduardo & SOLA, Lourdes. *Recentralização/Descentralização: dinâmica do regime federativo no Brasil dos anos 90*. Tempo Social; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 11(2): 63-81, out. 1999 (editado em fev. 2000).

23 - DALLARI, op. cit. p. 92.

24 - VON BEYME, Klaus. *West Germany Federalism*. In: *International Political Science Review*, v. 5, n. 4, p. 381-396, 1984.

rei de Portugal e posteriormente o imperador do Brasil. A federação brasileira é contemporânea à proclamação da República e neste sentido aflora de um movimento de contestação das elites, e não de um contexto de libertação ou de luta por autonomia. Desta forma, o federalismo brasileiro aproxima-se mais do alemão do que do primogênito norte-americano.

1.2. Competição e Cooperação

Outra abordagem é aquela que classifica os arranjos federativos em competitivos e cooperativos. As nomenclaturas apresentam ligeiras distinções conforme alguns aspectos enfatizados por diferentes autores, mas em linhas gerais referem-se a forma como as competências para desenvolver políticas públicas em uma determinada área se repartem nos planos verticais e horizontais, vale dizer, o arranjo de funções compartilhadas ou repartidas entre o governo central e cada ente subnacional individualmente considerado.

De acordo com Moraes:

A repartição de competência em plano horizontal implica a disseminação de matérias distintas entre as entidades federativas, encerrando as competências exclusiva e privativa de cada unidade da federação.

A repartição de competência em plano vertical importa a distribuição de matérias idênticas entre as entidades federativas, englobando as competências comum e concorrente entre todas as unidades da federação.²⁵

Na teoria jurídica denomina-se federalismo dual ou repartição horizontal os casos em que não há “condomínio legislativo ou administrativo”, ou seja, quando um determinado assunto está atribuído a um determinado nível da federação, apenas. Muito embora a técnica de repartição horizontal evite competição entre níveis distintos, não afasta o risco apontado por Volden²⁶ de competição entre entes de mesma hierarquia caso a competência para agir seja atribuída aos entes subnacionais.

De outro giro, a técnica de especificação de competências comuns, na qual diferentes níveis federativos têm atribuição simultânea, pode gerar competição no mesmo nível de poder ou entre níveis distintos, bem como imobilismo, como aponta Arretche a respeito das políticas sociais nos anos 1980 e início da década de 1990, quando nenhum ente desenvolve ações em uma área que comportaria atuação paralela de todos:

Assim, qualquer ente federativo estava constitucionalmente autorizado a implementar programas nas áreas de saúde, educação, assistência social, habitação e saneamento. Simetricamente, nenhum ente estava obrigado a implementar programas nessas áreas.²⁷

25 - MORAES, Guilherme Pena. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. revista e atualizada. Niterói: Impetus, 2008. p. 315.

26 - VOLDEN, Craig. *The politics of competitive federalism: A race to the bottom in welfare benefits?*. American Journal of Political Science, p. 352-363, 2002.

27 - ARRETCHÉ, Marta. *Federalismo e políticas sociais no Brasil: problemas de coordenação e autonomia*. São Paulo em perspectiva, v. 18, n. 2, p. 17-26, 2004. p. 22.

Já o termo federalismo de cooperação, coordenação ou supletivo, liga-se a técnica de repartição vertical do tipo concorrente, referindo-se a casos em que o ente nacional participa em algumas fases do ciclo da política pública, ou mais comumente em algumas de suas ações, sem competir com os estados-membros na entrega do bem público.

O modelo tem origem na Alemanha, com a Constituição de Weimar de 1919 e está ligado à ideia de promoção de direitos sociais, que demanda uma postura ativa do Estado. A expressão coordenação enfatiza os casos em que o ente nacional tem a função de padronizar ou equalizar as ações dos diferentes entes menores. Cooperação se refere ao aspecto de uma mesma política ser subdividida entre o plano federal e os demais conforme critérios de capacidade técnica e eficiência. Enquanto federalismo supletivo costuma ressaltar o papel da União em subsidiar as ações dos governos regionais ou locais garantindo patamares mínimos de atendimento e reduzindo as desigualdades regionais.

Bercovici, citando Konrad Hesse, compara o federalismo de cooperação, com suas competências concorrentes, com a técnica de competências simultâneas e independentes que caracteriza o federalismo de competição.

O federalismo cooperativo se justifica pelo fato de que, em um Estado intervencionista e voltado para a implementação de políticas públicas, como o estruturado pela Constituição de 1988, as esferas subnacionais não têm mais como analisar e decidir, originariamente, sobre inúmeros setores da atuação estatal, que necessitam de um tratamento uniforme em escala nacional. Isto ocorre principalmente com os setores econômico e social, que exigem unidade de planejamento e direção.²⁸

Sobre o tema, o mesmo Bercovici, agora mencionando Rovira, ensina que há dois momentos de decisão no federalismo de cooperação, um no nível federal, em que se adotam medidas de uniformização da atuação de todos os entes, e outro nos níveis subnacionais em que as decisões são adaptadas conforme suas necessidades. O autor registra também que é possível haver atuação conjunta dos níveis de governo, repartindo o financiamento da política, por exemplo.

Além disso, estudos mais recentes²⁹ têm mencionado, também, casos de cooperação intergovernamental horizontal, como consórcios intermunicipais, na esteira da agenda sobre novas formas de governança, o que também adiciona um aspecto polissêmico ao termo.

Agra³⁰ refere-se ao modelo instituído pelo constituinte de 1988 como um federalismo cooperativo, mas ainda com tendência centrípeta em razão da concentração de receitas tributárias relevantes nas mãos da União. De acordo com o autor (p. 197), “optou-se pela adoção de um critério complexo de separação de competências, convivendo, simultaneamente, competências, privativas, residuais, comuns, concorrentes e exclusivas.”

28 - BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*. Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 13-14.

29 - SANO, Hironobu; ABRUCIO, Fernando Luiz. Federalismo e articulação intergovernamental: os conselhos de secretários estaduais. In: *Federalismo e políticas públicas no Brasil*. Editora Fiocruz, 2013. p. 213-246.

30 - AGRA, Walber Moura. Delineamento das competências federativas no Brasil. In: Novello, Marcelo. *Leituras Complementares de Direito Constitucional. Teoria do Estado*. Salvador: JusPodivm, 2009.

Na mesma linha, Ferreira Filho³¹ anota que a CRFB/88 conferiu maior autonomia aos estados-membros, tentando resgatar o equilíbrio federativo, reestabelecendo o federalismo cooperativo no lugar do federalismo de integração em que predominavam os poderes da União.

Ainda, Bercovici³² entende ter a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 optado pelo federalismo cooperativo, no qual todos os entes da federação devem participar da produção de bens públicos.

A seu turno, Bonavides identifica dois tipos de federalismo cooperativo. O primeiro, autoritário, se caracteriza por sua “índole centralizadora e compressiva das autonomias estaduais, vulnera o princípio democrático e ignora as Casas do Congresso e as Assembleias dos estados-membros como instituições do poder, com as quais o cidadão mais de perto se sente identificado e sobre as quais deposita a mais alta parcela de confiança”³³, muito próximo do federalismo de integração. No segundo, que denomina democrático, o relacionamento entre o poder federal e os poderes estaduais seria mais equilibrado e ocorreria sob balizamentos da CRFB/88.

Os critérios de classificação dos arranjos federativos em dualistas, competitivos e cooperativos possuem interesse significativo para o estudo e formulação de políticas públicas. Isto porque, incorporadas as conclusões de Volden, Olson e Ehrlich ao modelo de análise, tem-se que sistemas tipicamente dualistas, nos quais há delimitação precisa e exclusiva do âmbito de atuação de cada esfera governamental, apontam para problemas como o da competição predatória (*race to bottom*), da ineficiência, da disparidade regional e da perda de escala, mas teriam a virtude de definir claramente as responsabilidades, proporcionando *accountability*, e, no caso de competências locais, estabelecer arenas de discussão pequenas e com poder efetivo de decisão. Modelos dualistas sem exclusividade teriam, além destes, o risco de imobilismo, como apontado por Arretche.

Os arranjos cooperativos, a seu turno, compensariam os problemas da disparidade regional, da eficiência e do ganho de escala. Contudo, a multiplicidade de arenas decisórias, com tamanhos e abrangências territoriais distintos, bem como a imbricação dos processos de interação intergovernamental, com pontos de acesso e veto, aumentam a complexidade do sistema, favorecendo os interesses de grupos menores e mais organizados, e tornando mais lenta e custosa a implementação das decisões.

2. FEDERALISMO E CENTRALIZAÇÃO NO BRASIL

O federalismo no Brasil é contemporâneo à República Velha e instituído pelo Decreto 1 de 15 de novembro de 1889, o qual dispunha que ficava proclamada provisoriamente e decretada como forma de governo da nação brasileira a República Federativa (art. 1º) e convertia as então províncias, em Estados Unidos do Brasil (art. 2º), que elegeriam corpos legislativos (autolegislação) e governos locais (autogoverno), conforme o artigo 3º do Decreto. Rabat³⁴ afirma que o pacto federativo brasi-

31 - FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33.ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 60.

32 - BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

33 - BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta – Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões*. São Paulo: Editores, 2004, p. 434.

leiro tem como plano de fundo a disputa por autonomia pelas regiões econômicas exportadoras em face do poder imperial. O autor descreve o Brasil um federalismo de origem centrífuga e este período inaugural como sendo marcado pela descentralização. Aponta sobre no momento da transição:

A unidade territorial do país já estava relativamente assegurada; havia uma mudança do peso relativo das províncias, em especial com o crescimento econômico de São Paulo, que se mostrava pouco compatível com um poder central em que a influência de províncias economicamente declinantes era arraigada; o fim do regime escravista eliminara um dos sustentáculos principais do império.³⁵

Em seguida o mesmo autor avalia que:

Tal qual acontecera nos Estados Unidos, passado o período inicial de centralização política subsequente à independência, uma postura mais liberal, inerente à situação das oligarquias brasileiras no mercado mundial, pôde ganhar espaço ideológico e institucional. Naquele contexto, a descentralização do poder, ou a redistribuição do poder político entre as regiões, era mais importante até do que a contraposição entre república e monarquia.

Entretanto, a identidade entre o federalismo e a autonomia regional na república é relativizada pelo autor e contestada por Santos³⁶. O primeiro aponta que a “política dos governadores”, especialmente em função do predomínio dos governadores de São Paulo e Minas Gerais, com forte apoio social e econômico da atividade cafeeira, emprestaria ao modelo um caráter centralizador, mantendo os outros estados, à exceção do Rio Grande do Sul, alijados do poder político. De acordo com Santos, ancorado nas lições de Paulo Bonavides, o federalismo no Brasil comporta análise em 3 fases, a primeira correspondendo ao período 1889-1930 onde predominavam questões políticas nas relações intrafederativas, de tal forma marcado pela supremacia das oligarquias paulista e mineiras, que o período deve ser considerado de centralização.

Mas a inspiração liberal do Decreto não se confirmou. Constata-se o dissenso entre essa norma e a realidade. Saiu-se de um autoritarismo monárquico para uma república presidencialista, fundada numa ditadura de Floriano Peixoto violenta, autoritária, que preservava o unitarismo do império. O suporte político era fornecido pelas oligarquias mesmo contra a forma federalista preconizada pela Constituição Federal de 1891.

Em reforço à sua afirmação, aponta que o instituto da intervenção federal foi muito utilizado no primeiro período republicano, até a adoção da “política dos Estados”, com o predomínio daquelas oligarquias, como forma de conter seus ímpetos desagregadores.

Com o fim da República Velha e a consolidação do governo revolucionário em 1932 o panorama federativo brasileiro evolui para um novo patamar de centralização que, à semelhança do caso

34 - RABAT, Márcio Nuno. A Federação: centralização e descentralização do poder político no Brasil. 2002.

35 - RABAT, op. cit. p. 9.

36 - SANTOS, Paulo Rogério Silva dos. Federalismo: Origem e Fundamentos. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 9, n. 24, 1979, p. 75-76.

alemão, se fazia necessário para garantir a unidade política diante dos movimentos de contestação. Rabat ainda menciona a nomeação de governadores (autogoverno) como elemento marcante deste processo de centralização, que de tão acentuado, especialmente após 1937, faz com que Santos considere que o Brasil era de fato um país unitário, em que o princípio federativo era letra morta.

O breve período de democrático após 1945 inicia um ciclo de descentralização política, com o restabelecimento do autogoverno pelos entes federados, que passam a demandar o governo federal pela expansão das políticas públicas e de seu financiamento, mas é prematuramente interrompido pelo golpe de 1964 e uma nova escalada de centralização política que se reflete na administração as políticas públicas, notadamente as políticas sociais, e é considerado o ponto de partida das trajetórias que deságuam no momento atual.

Nesta senda, tem-se que apesar de sua origem centrífuga, o federalismo brasileiro, no que se refere à autonomia dos entes federados e no provimento de bens públicos alternou períodos de maior e menor centralização, o que demonstra a precariedade da variável histórica como explicação suficiente para a compreensão do fenômeno. Questões econômicas como o protagonismo da economia cafeeira, geopolíticas como a ascensão do fascismo e a política externa americana das décadas de 1960 e 1970, bem como a mobilização da sociedade em torno das “diretas já” em 1984 tiveram, cada qual a seu tempo, impacto no desenho institucional das relações federativas no Brasil. Tampouco a origem revolucionária ou conservadora do federalismo brasileiro dá conta de explicar, sozinha, os movimentos pendulares quanto ao seu caráter centralizador. Desta feita, em que pese o interesse analítico das forças que conformam as instituições políticas brasileiras, o plano deste trabalho é analisar em que medida o princípio federativo estabelecido na CRFB/88 favorece ou não a participação popular no desenvolvimento das políticas públicas. Para isso, é preciso compreender a *polity*, a maneira como as instituições, principalmente a forma de Estado, está desenhada no texto constitucional e de que forma ela limita a atuação dos agentes.

3. FEDERALISMO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Além do próprio nome do Estado Brasileiro – “República Federativa do Brasil”³⁷ – o princípio federativo aparece no texto da Constituição como forma do estado já no artigo 1º que ao instituí-lo o faz como “união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”. Assim, ademais do vínculo permanente típico dos estados federativos, a CRFB/88 inova ao incluir os Municípios como entes federativos, conseqüentemente outorgando-lhes as prerrogativas inerentes a tal caracterização.

Ainda sobre o enlace que une Estados, Municípios e Distrito Federal, o artigo 60, §4º, I, do texto da CRFB/88 estabelece a forma federativa como cláusula pétrea, ou seja, sequer pela vontade da maioria qualificada do Congresso Nacional, investida do poder constituinte derivado reformador, poderá o pacto federativo ser suprimido. Da mesma forma, o artigo 34 da CRFB/88, que disciplina as hipóteses de intervenção da União nos Estados, bem como o seguinte, que trata da intervenção dos Estados nos Municípios de seu território, em conjunto, constituem-se garantias do pacto federativo, na medida em que são verdadeiros direitos de não-intervenção concedidos aos entes menores para defesa de sua autonomia em face dos entes maiores com relação às

37 - Preâmbulo e artigo 1º da CRFB/88.

prerrogativas de autogoverno e auto-administração.

Ademais, conferem densidade ao pacto federativo brasileiro de 1988 a existência de uma Corte Constitucional incumbida de julgar conflitos federativos (art. 102, I, *f* da CRFB/88), ou seja, ações em que estejam em disputa interesses de entes maiores e menores ou entre estes, inclusive as representações por intervenção federal nos Estados na forma do artigo 36 da CRFB/88, bem como a existência de um órgão de representação dos Estados no parlamento nacional, o Senado Federal, que além da função de casa revisora no processo legislativo, detém atribuição para aprovar a nomeação de autoridades, com destaque para aquelas que podem interferir na harmonia federativa como Ministros do Supremo Tribunal Federal e Procurador-Geral da República (art. 52, III, *a e e*, CRFB/88) e dispor sobre operações financeiras de interesse dos entes federados (incisos V a IX do artigo 52 da CRFB/88).

Entretanto, no que diz respeito aos arranjos institucionais para o desenvolvimento de políticas públicas sob a forma federativa, os artigos mais relevantes do texto constitucional são aqueles que definem as competências legislativas, administrativas e financeira de cada esfera de governo. É, sobretudo, da interpretação dos artigos 21, 22, 23, 24, 25, 30, 149-A, 153, 155, 156 a 159 e 195 do texto constitucional de 1988 que se extrai o tipo de relações federativas nas quais se desenvolverão as políticas públicas nacionais.

Uma explicação se faz necessária antes de seguir adiante. O princípio da legalidade, corolário do Estado de Direito estabelecido no texto constitucional, significa para os poderes públicos que sua liberdade de atuação está limitada ao que a lei determina que realizem. No Brasil, o governo – poder executivo – não pode agir sem autorização legal, incluindo-se nesse agir a implementação e execução de políticas públicas. Deste modo, a distribuição de competências constitucionais para legislar sobre um determinado tema é de suma importância para se identificar o tipo de arranjos federativo sob o qual se desenvolverá a ação do poder público. As técnicas através das quais essa competência se distribui entre os entes federativos será responsável por definir, conforme visto, o modelo dualista ou cooperativo de relações intergovernamentais.

O texto constitucional, contudo, nem sempre utiliza a expressão política pública. Na maioria dos artigos mencionados acima, que serão analisados a seguir, utiliza-se a expressão “competência para legislar sobre” determinado direito (sentido objetivo), entretanto, em razão do princípio da legalidade já mencionado, não parece inadequado para os fins deste estudo identificar a expressão empregada pela Constituição com a capacidade de agenda e formulação da política pública destinada à promoção do respectivo direito (sentido subjetivo).

A identidade entre competências administrativas e as fases de implementação e execução do ciclo da política pública é um pouco menos direta, mas ainda assim será utilizada para a composição de um quadro das principais políticas públicas desenvolvidas pelo estado brasileiro por determinação do constituinte. Na verdade, a constituição não foi redigida conforme a tipologia de *Bowe et al* (1992)³⁸ e por isso as discriminações de competências legislativa, tributária e administrativa não correspondem fielmente às fases de formulação, implementação e execução, respectivamente. Entretanto, na medida em que se pretende traçar um panorama das relações intergovernamentais previstas no texto constitucional, identificando áreas em que há previsão de

38 - BOWE, R.; BALL, S.; GOLD, A. *Reforming education & changing schools: case studies in policy sociology*. London: Routledge, 1992.

maior atuação conjunta e complementar das esferas, ou, ao invés, maior independência, acredita-se que a análise dos três tipos de competências pode trazer maior densidade ao quadro do que o simples estudo das competências legislativas.

Nada obstante, reconhece-se a necessidade de, antes de aplicar o modelo de análise a casos concretos, realizar um estudo mais aprofundado da legislação de regência para verificar se as normas que regulam as relações intergovernamentais convergem ou divergem do quadro constitucional.

4. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

O texto constitucional distribui a capacidade de produzir leis (auto-legislação) sobre os mais variados assuntos entre União, Estados e Municípios conforme diferentes padrões. Há temas que competem privativamente à União (art. 22, CRFB/88) e que refletem em políticas públicas, tais como trabalho, desapropriação, crédito, transporte, mineração, indígenas, seguridade social, diretrizes para educação nacional, águas, energia, comunicações. Aos municípios compete legislar sobre “assuntos de interesse local” (art. 30, I, CRFB/88), sem especificação, sendo emblemática sua competência na área de ocupação do solo urbano. Por fim, cabe aos Estados legislar sobre distribuição de gás, criação de regiões metropolitanas (art. 25, §§ 1º e 2º, CRFB/88), bem como sobre os temas não atribuídos a outros entes (competência residual), exceto quanto à matéria tributária em que a competência residual é da União.

Há, porém, outro tipo de competência legislativa que o texto atribui simultaneamente à União e aos Estados, dentro da chamada competência concorrente (art. 24, CRFB/88). Nela encontram-se áreas como penitenciárias, consumo, meio ambiente, educação, cultura, desporto, previdência e saúde, infância e juventude, proteção aos portadores de deficiência.

Como se observa há alguns pontos em que ocorre aparente sobreposição da competência concorrente com a privativa, e os conflitos daí decorrentes são resolvidos pelo Supremo Tribunal Federal no exercício da função de guardião do pacto federativo, como bem pontua Tavares³⁹.

Além disso, nos casos de competência legislativa concorrente, que tem enorme relevância no âmbito das políticas distributivas e regulatórias, a constituição previu quatro metanormas que definem o tipo de relações federativas no Brasil, se competitivas, cooperativas ou supletivas. Pela primeira (art. 24, §1º, da CRFB/88) a União definiria apenas normas gerais que seriam suplementadas pelos Estados (art. 24, §2º, da CRFB/88), ou seja, a União estabeleceria as linhas mestras da política, patamares mínimos, objetivos, e os Estados legislariam sobre as questões práticas de implementação e execução, uma aplicação emblemática do modelo de federalismo de cooperação.

Faltando norma nacional os Estados teriam competência plena (art. 24, §3º da CRFB/88). Os municípios suplementariam a legislação federal e estadual (art. 30, II da CRFB/88), no que for pertinente ao interesse local. Novamente surgem conflitos quanto ao alcance da atividade legislativa entre os entes federativos, que desaguarão em normatização casuística pela Corte Suprema. As competências legislativas estão sintetizadas no quadro a seguir.

39 - TAVARES, André Ramos. *Aporias acerca do “Condomínio Legislativo” no Brasil: uma análise a partir do STF*. In: NOVELINO, Marcelo. *Leituras Complementares de Direito Constitucional. Teoria do Estado*. Salvador: JusPodivm, 2009.

	Privativa	Concorrente (Normas Gerais)	Suplementar
União	Artigo 22	Artigo 24 e §1º	
Estados	Artigos 25, I e II e §1º	-	Artigo 24, §2º e 22, parágrafo único.
Municípios	Artigo 30, I (interesse local)	-	Artigo 30, II

Este quadro demonstra que no desenvolvimento de políticas públicas no Brasil, especialmente nas atividades de definição de agenda e formulação de programas, os fóruns de discussão podem estar fragmentados horizontalmente em razão das competências privativas de entes subnacionais, configurando os arranjos federativos complexos.

5. COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA

A segunda frente pela qual as políticas públicas são afetadas, em sua implementação, pelo modelo institucional estabelecido na Constituição é a capacidade administrativa. Em termos práticos ela consiste na autorização constitucional para que União, Estados, e Municípios criem órgãos, contratem pessoal e recursos técnicos para prestarem determinado serviço. Isto porque, de acordo com a interpretação do princípio da legalidade na esfera administrativa, o poder público só pode agir com autorização normativa, ao contrário dos particulares que podem realizar o que a lei não lhes vedar. A carta trata do assunto nos artigos 21, 23, 25, §2º e 30 (incisos V a IX), mas novamente as competências distribuem-se de forma sobreposta.

O artigo 21 trata de ações privativas da União, ou seja, serviços que só ela poderá organizar e prestar, nele incluindo-se ordenação do território, serviço postal, telecomunicações, energia elétrica, navegação aérea, transporte interestadual, portos, instituir sistema de recursos hídricos, além de diretrizes sobre desenvolvimento urbano, habitação, saneamento. O artigo 35 dispõe sobre a competência privativa do estado para prestação de serviço de gás canalizado e o artigo 42 a respeito das forças de segurança pública. A seu turno o artigo 30 trata da competência dos municípios para os serviços de transporte coletivo, educação infantil e ensino fundamental, atendimento à saúde.

Estas são as políticas em que normalmente aflorariam as diferenças regionais, ineficiências alocativas, práticas clientelistas e o efeito de corrida para baixo. Para contornar este problema a constituição prevê para algumas políticas acima a cooperação técnica e financeira da União na prestação de serviços pelos entes menores. Deveras, essa cooperação pode contornar, a falta de capacidade financeira e de uma estrutura prévia para a prestação de serviços pelos entes menores, ou mesmo evitar uma competição predatória entre eles. Por outro lado, a dependência de incentivos e suporte técnico e financeiro da União torna a política pública mais complexa.

As maiores dificuldades, porém, estão no artigo 23 da CRFB/88, que prevê competências comuns, isto é, que todos podem realizar. Neste item encontram-se, por exemplo, saúde, assistência social, proteção aos portadores de deficiência, preservação de bens culturais e naturais, acesso à educação, ciência e cultura, combate à pobreza, habitação, saneamento, abastecimento alimentar. Este artigo claramente institui aquilo que se denomina federalismo de cooperação na medida em que há a previsão (parágrafo único) de edição de leis complementares para regular a cooperação entre os entes federativos a fim de evitar o desequilíbrio regional e a competição entre eles. Nestes casos aflo-

ram praticamente todos os problemas potenciais do federalismo de coordenação, pois, se nas competências privativas os riscos se ligam às diferenças de capacidade de provimento, às perdas de escala e na corrida para baixo, aqui haveria ainda o risco de uma espécie de *free-riding* institucional, com entes menores se beneficiando do provimento por entes maiores – tradicional “jogo de empurra”.

6. COMPETÊNCIA FINANCEIRA

Por fim, para consolidar o federalismo brasileiro, a CRFB/88 distribuiu competências arrecadatórias entre as diferentes esferas de governo, produzindo diferentes capacidades de financiamento de políticas públicas. O modelo adotado é semelhante aos anteriores de modo que União (art. 153, CRFB/88), Estados (art. 155, CRFB/88) e municípios (art. 156, CRFB/88) tem receitas próprias de impostos e taxas. Além dessas, a União tem receitas próprias (exclusivas) para ação na área social (art. 195, CRFB/88) e os municípios para o serviço de iluminação (art. 149-A, CRFB/88). A tabela a seguir mostra a importância relativa de cada tributo na arrecadação brasileira onde se observa a diferença de capacidades financeiras dos três níveis de governo.

Distribuição da Arrecadação Nacional por Ente Federativo e Tipo de Tributo

Tributos	2009	2010	2011	2012	2013
Federais	68,91%	69,03%	70,04%	69,06%	68,92%
Orçamento Fiscal	24,25%	24,32%	25,05%	24,19%	24,09%
Orçamento Seguridade	36,97%	37,02%	37,19%	37,07%	36,91%
Contribuição sobre Folha	16,88%	16,77%	16,82%	17,40%	17,12%
Cofins	10,85%	11,15%	11,28%	11,11%	11,34%
Contr. Sobre Lucro Líquido	4,03%	3,62%	4,01%	3,55%	3,54%
PIS	2,87%	3,21%	2,93%	2,95%	2,90%
Contr. Servidores Públicos	1,72%	1,65%	1,55%	1,46%	1,41%
Contrib. Loterias	0,23%	0,25%	0,25%	0,24%	0,23%
DPVAT	0,24%	0,22%	0,22%	0,22%	0,23%
Contr. Rurais	0,08%	0,07%	0,07%	0,08%	0,08%
Fundo Saúde Militar	0,08%	0,07%	0,06%	0,06%	0,06%
Demais	7,69%	7,69%	7,80%	7,80%	7,92%
FGTS	5,30%	5,08%	5,13%	5,45%	5,63%
Salário Educação	0,09%	0,87%	0,90%	0,94%	0,95%
Sistema S	0,79%	0,78%	0,80%	0,86%	0,88%
CIDE combustíveis	0,46%	0,61%	0,61%	0,18%	0,04%
CIDE Remessas	0,11%	0,10%	0,10%	0,13%	0,13%
Outras Contribuições	0,10%	0,09%	0,10%	0,10%	0,09%
Dívida Ativa	0,12%	0,01%	0,02%	0,03%	0,03%
Contr. Energia Elétrica	0,09%	0,05%	0,06%	0,06%	0,04%
Contr. Sindical	0,03%	0,03%	0,03%	0,03%	0,03%
Tributos Estaduais	25,63%	25,46%	24,44%	25,17%	25,29%
Tributos Municipais	5,46%	5,52%	5,52%	5,57%	5,79%
Total	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%

Fonte: Receita Federal do Brasil⁴⁰

40 - Receita Federal do Brasil. Carga Tributária no Brasil – 2013. disponível em <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2013.pdf>

Descontadas as contribuições para a seguridade social, concentradas quase exclusivamente na União e destinadas ao pagamento de benefícios previdenciários, o que se nota é que apesar de a maioria das competências para gestão de políticas públicas serem comuns, a capacidade financeira dos municípios é bem inferior à da União e dos Estados. Além disso, há uma grande disparidade de arrecadação dentro de cada nível de governo, na medida em que os fatos econômicos sobre os quais incidem a arrecadação também não se distribuem uniformemente no território (propriedade e renda, produção e consumo, comércio exterior).

Para tentar compensar estes problemas, a Constituição prevê um sistema de repartição de receitas nos artigos 157 a 159 nos quais os entes menores participam da arrecadação dos maiores de acordo com dois critérios. Pelos primeiros dois artigos, recebem parcela da arrecadação que tenha relação com fatos ocorridos em seus territórios, como por exemplo IPVA de carros licenciados em um município. Pelo último, participam conforme suas populações e renda domiciliar nos termos da Lei Complementar 62 de 1989. Além desses fundos de participação de Estados e Municípios, o ordenamento jurídico também prevê fundos destinados ao financiamento de políticas específicas, como é o caso do Fundo de Combate à Pobreza (art. 79 do ADCT), Fundo Nacional da Saúde (art. 84 do ADCT), Fundo de Desenvolvimento da Educação Básica (art. 60 do ADCT), e o Fundo de Amparo ao Trabalhador (art. 239 da CRFB/88), entre outros.

De outro lado, para compreensão do impacto do federalismo tributário sobre o desenvolvimento de políticas públicas não basta conhecer os montantes os percentuais de arrecadação de cada uma das esferas de governo, nem mesmo identificar as discrepâncias de receita agregada em um mesmo nível. Isto porque, o sistema tributário nacional prevê uma distinção fundamental entre tributos que pode impactar severamente na capacidade de decisão sobre as políticas a serem realizadas. Trata-se da distinção entre tributos com destinação vinculada e discricionárias. Combinada com os limites impostos pela Lei de responsabilidade Fiscal (LC 101/2000), esta classificação determinará o volume de recursos disponíveis para cada ente federativo atuar em cada um dos setores, bem como sua necessidade de financiamento externo, o que além de constituir uma condicionante financeira, pode representar também um condicionante política na medida em que o alinhamento político dos governos subnacionais aos dos entes maiores poderá influenciar no conteúdo ou mesmo na execução ou não de determinada política, em razão da facilidade na obtenção de recursos.

Nesta linha, são vinculadas as receitas próprias de taxas e contribuições, que devem ser aplicadas nos serviços para os quais foram instituídas. Ao contrário, os impostos são desvinculados, isto é, podem ser empregados em quaisquer ações públicas desde que respeitados os limites da Lei de responsabilidade Fiscal. Também são desvinculadas as transferências decorrentes dos *royalties* de petróleo.

Quanto às transferências através dos fundos de participação, o decreto federal 7.827/12 estabelece normas que condicionam os repasses à aplicação de percentuais mínimos em ações de saúde. Da mesma forma são vinculadas as transferências que ocorrem por meio de fundos setoriais como o FUNDEB e outras estabelecidas em lei. Em geral, as regras de regência destes fundos são objeto de barganha política no parlamento nacional por os entes subnacionais e mais pobres tendem a querer maximizar as parcelas que receberão, a fim de prestar mais serviços desembolsando menos. Ao invés, União e os entes economicamente mais fortes geralmente resistem a aumentar sua contribuição uma vez que estas reduzem sua capacidade de ação sem render frutos políticos.

As transferências voluntárias, que se dão por meio de convênios entre entes maiores e menores, são sempre vinculadas à finalidade do acordo. Um exemplo deste tipo de acordo são

as regras do SUS, pelas quais os municípios aderentes à política de gestão do serviço passam a receber repasses da União. Estas transferências, assim como as regras relativas aos repasses de fundos específicos, são instrumentos relevantes para os entes maiores fomentarem e coordenarem a implementação de políticas públicas pelos entes menores, como observou Arretche (2000). Entretanto, assim como os casos de legislação concorrente e competência administrativa comum, elas incorporam à *policy* uma dinâmica de sobreposição de arenas decisórias, interferindo no tamanho dos grupos de interesse e número de pontos de veto, que podem impactar negativamente nos níveis de participação social.

7. MODELO DE ANÁLISE BUROCRÁTICO-FEDERATIVO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

Como se observa, a CRFB/88, seguindo a tradição das anteriores, adotou a opção de ser minuciosa com relação à organização federativa. Sem qualquer pretensão de realizar um estudo comparado, mas apenas a título de ilustração, a constituição americana se restringe a definir competências federais na seção 8 de seu artigo I, e não vai além de questões sobre defesa, dívida, relações internacionais, naturalização, falência, moeda e correios. Sobre políticas públicas contém apenas uma menção genérica à promoção das ciências e das artes e uma cláusula aberta de provisão do “bem-estar em geral”.

No Brasil, as coisas se passam de outra forma, quase todas as áreas de atuação do Estado estão definidas no texto constitucional em termos de competências legislativas, administrativas e tributárias conforme diferentes modelos de coordenação, complementaridade ou autonomia. Além dessa distribuição de competências, as linhas gerais da maioria dos grandes temas de política estatal vêm definidas nos Títulos VI, VII e, sobretudo, VIII da Lei Magna. Como o objetivo deste trabalho é relacionar o grau de complexidade do arranjo federativo de uma política com o nível de participação popular na sua formulação, implementação (SARAVIA, 2006)⁴¹, propõe-se uma tipologia na qual as políticas sejam posicionadas sobre três eixos crescentes de complexidade.

- **Eixo 1 (normativo):** serão consideradas menos complexas as políticas nas quais a competência legislativa encontra-se atribuída a uma única esfera de poder, isto é, para as quais haja previsão de competência privativa, ao passo que aquelas que contenham previsão de competência concorrente serão consideradas mais complexas do ponto de vista federativo.
- **Eixo 2 (administrativo):** serão consideradas menos complexas políticas desenvolvidas sob um modelo de competência privativa, enquanto as competências comuns serão consideradas neutras, e sua complexidade poderá ser maior ou menor conforme os demais eixos.
- **Eixo 3 (financeiro):** serão consideradas menos complexas as políticas desenvolvidas com recursos próprios do ente executor cuja aplicação seja vinculada e mais complexas as que dependam de repasses voluntários ou de fundos setoriais.

Assim, será adotada uma tipologia quanto à complexidade do processo de produção das

41 - SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elizabete. Políticas Públicas: coletânea, v. 1.

políticas públicas, dividindo-as entre aquelas na qual o resultado depende da atuação dos diferentes entes federativos de forma estratificada (vários níveis) e assíncrona (diferentes etapas do ciclo), aquelas em que apenas um ente possui papel relevante (dual) e as que mais de um ente atuam de forma horizontal, síncrona, para a sua produção.

Tentar-se-á identificar, de um lado arranjos tipicamente federativos-cooperativos (piramidais) em que, para produção de uma dada política, a Constituição preveja atuação da União nas fases de agenda (iniciativa), formulação (competências normativas privativas) ou implementação, especialmente quanto ao financiamento discricionário, com os entes menores atuando como agentes executivos, sem poder decisório sobre estrutura e alocação de recursos. De outro, serão identificados aqueles novos arranjos, que combinam as competências legislativa, administrativa e financeira de maneira mais celular, com a formulação se dando de forma negociada entre os diferentes níveis, a gestão ocorrendo em fórum integrado por todas as esferas envolvidas e o financiamento se dando por meio de recursos próprios ou vinculados à política. Em seguida, será aplicado este modelo analítico a todas as políticas públicas previstas no texto constitucional brasileiro.

7.1 Aplicação do Modelo

A Política Nacional de Saúde é um caso típico de condomínio legislativo e administrativo com relação ao qual a União exerceu seu poder diretivo para coordenar os demais níveis federativos no que se refere à execução e financiamento. Diz o artigo 24, XII da CRFB/88 que a competência legislativa sobre o tema é do tipo concorrente, ou seja, caberia à União a edição de normas gerais e aos Estados e municípios a competência suplementar. Sob o aspecto administrativo, o artigo 23, II da CRFB/88 prevê atuação comum de todas as esferas do poder público enquanto seu artigo 198 estabelece que o sistema será hierarquizado e descentralizado. Por fim, o financiamento das ações de saúde ocorre, conforme o mesmo artigo, a partir de receitas próprias obrigatórias de cada ente e transferências intergovernamentais disciplinadas por lei (art. 195, §10 da CRFB/88). A CPMF, tributo vinculado criado com a finalidade de financiar ações desta política, foi extinta em 2008.

A política Nacional de Educação estabelecida no texto magno obedece mais ou menos à mesma lógica. A competência legislativa é do tipo concorrente, nos termos do artigo 24, IX da CRFB/88. Há que se mencionar, porém, que o artigo 22, XXIV da CRFB/88 prevê a competência privativa da União para estabelecer diretrizes e bases da educação no Brasil configurando um caso de conflito aparente de normas a ser dirimido pelo STF, que decidirá o alcance do conceito de diretrizes e bases, bem como de normas gerais a respeito da política de educação. O que não for reservado à União estará disponível à suplementação estadual e municipal, no que couber. As ações da política de educação são atribuídas às três esferas de governo pelos artigos 23, V e 211 da CRFB/88 sendo expressa a divisão de tarefas no que se refere aos níveis de educação e a ação prioritária de cada ente. O financiamento da educação é o típico exemplo repasse fundo a fundo desde a instituição do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação Básica, composto por receitas de todos os níveis de governo em percentuais mínimos vinculantes e distribuição por meio de critérios objetivos com fins equalizadores (art. 60 do ADCT).

As ações públicas com relação ao meio ambiente obedecerão à legislação instituída na forma do artigo 24, VI, VII e VIII da CRFB/88, isto é, competência concorrente. Durante certo tempo foram frequentes as ações junto ao Supremo Tribunal Federal para que este decidisse sobre a extensão dos poderes da União no estabelecimento de normas gerais, e conseqüentemente

a partir de que ponto se exercia validamente a competência supletiva dos demais componentes da federação. A implementação e execução das ações relacionadas à proteção do meio ambiente compete a todos os entes federativos (art. 23, VI da CRFB/88) e seu financiamento também ocorre por meio de receitas próprias de cada um ou transferências voluntárias.

Quanto à política urbana, de moradia e saneamento, o texto constitucional adota o modelo de legislação concorrente (art. 24, I da CRFB/88) e administração comum para moradia e saneamento (art. 23, IX da CRFB/88) e municipal para política urbana (art. 182 da CRFB/88). Outra vez, há conflito aparente no que se refere à instituição de diretrizes para desenvolvimento urbano, moradia e saneamento, que constam também como competência da União (art. 21, XX da CRFB/88). Arretche (2011, pp.77-126)⁴² nos informa que as políticas de moradia e saneamento passaram por uma grande transformação na década de 1990, após um período de desarticulação financeira na década anterior. Até então a política era implementada com base em um modelo hierarquizado pelo qual o Banco Nacional de Habitação – BNH formalizava contratos de financiamento com as Companhias Estaduais e Municipais de Habitação – COHABs que construía e vendiam as unidades imobiliárias. A partir de 1995, o ente federal retirou-se da função executiva da política habitacional, ficando apenas com o papel de financiar, por meio do Fundo de Garantia pelo Tempo de Serviço - FGTS, a aquisição de unidades habitacionais de acordo com prioridades estabelecidas por um colegiado estadual.

A CRFB/88 dedica o artigo 22, I e XVI à competência legislativa para dispor sobre relações de trabalho e organizar o sistema nacional de emprego. No artigo 21, XXVI, da CRFB/88, cuida-se da atribuição para implementar ações de inspeção do trabalho. Como assinala Côrtes⁴³ “os gestores municipais detêm poucos recursos políticos para controlar a dinâmica do mercado de trabalho que afeta as condições de ocupação da força de trabalho”. Quanto ao financiamento, as ações na área de trabalho e emprego são financiadas pelo orçamento geral da União, exceto o programa de qualificação profissional, que conta com um fundo próprio (Fundo de Amparo ao Trabalhador) de natureza federal e gerido de modo descentralizado. A mesma autora pontua, ainda, que:

[O]s principais atores governamentais são gestores estaduais que administram recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), destinados aos planos estaduais de qualificação. Neste caso, os atores não governamentais com maior influência são os representantes de entidades patronais e de trabalhadores, decidindo sobre recursos financeiros a serem destinados a uma miríade de estabelecimentos públicos e privados, que podem ser contratados para realização de cursos de qualificação profissional.

O arranjo constitucional relativo à política de previdência social tem caráter quase exclusivamente federal. Exceto no que se refere aos regimes próprios de previdência de servidores públicos estaduais e municipais, em que há competência normativa suplementar dos entes subnacionais, toda a competência normativa encontra-se nas mãos da União (art. 22, XXIII da CRFB/88) e as ações são executadas por autarquia Federal (INSS), salvo no tocante à previdência complementar dos Estados e Municípios. Da mesma forma, o financiamento se dá por meio de contribuições sociais inseridas na competência tributária da União (art. 195, da CRFB/88), coma mesma ressalva anterior.

42 - ARRETCHÉ, Marta TS. *Estado federativo e políticas sociais: determinantes da descentralização*. Editora Revan, 2000.

43 - CÔRTEZ, Soraya M. Vargas. Arcabouço histórico-institucional e a conformação de conselhos municipais de políticas públicas. *Educar em Revista*, n. 25, 2005, p. 149.

Para a política de assistência social, o modelo federativo estabelecido na constituição prevê capacidade legislativa concorrente para as ações nas áreas de proteção da infância (art. 24, XV da CRFB/88) e dos deficientes (art. 24, XIV da CRFB/88). Em mais um caso de antinomia o texto coloca a seguridade social como competência normativa privativa da União (art. 22, XXIII, da CRFB/88) aparentemente desconsiderando que o termo seguridade é gênero do qual são espécies a previdência social, a assistência social e a saúde pública. A implementação de ações assistenciais está a cargo de todos os entes federativos, competência comum, de acordo com o artigo 23, incisos II e X da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Já o financiamento dessas ações se dá por meio de contribuições sociais, competência da União, e do orçamento geral de cada governo subnacional, que pode optar por vincular parte de suas receitas a ações desta natureza (art. 204 da CRFB/88). Vale mencionar que a normatização infraconstitucional (L. 8.742/93 – Lei Orgânica da Assistência Social) instituiu um modelo análogo ao sistema único de saúde, pelo qual a União se retiraria da função executiva, permanecendo apenas como financiadora do sistema, ao passo que os municípios adeririam, facultativamente ao sistema, passando a gerir repasses federais para as entidades de assistência em seus territórios, cadastrando-as e fiscalizando-as.

Segundo Costa e Palotti,⁴⁴ “a prestação estatal desse direito continua a ser competência concorrente entre os três níveis de governo.” Os mesmos autores criticam o sistema da LOAS uma vez que “o financiamento da política e a distribuição de competências entre os entes federativos continuam indefinidos”. De fato, na medida em que a vinculação de percentuais de receita é facultativa e os repasses da União permanecem voluntários, o sistema apresentava algumas das dificuldades de coordenação mencionadas nos itens precedentes, situação que se modifica a partir de 2003 com a criação do Ministério de Desenvolvimento Social e a mudança na arquitetura institucional dos programas de combate à pobreza.

A política de transporte tem forte peso da União, seja como agente normativo, nos termos do artigo 22, IX, X e XI, da CRFB/88, como pela sua implementação através de órgão federal o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT (art. 21, XII, *c, d e e* da CRFB/88). Há ainda a previsão da atuação do município na gestão do transporte municipal (art. 30, V da CRFB/88). O financiamento da política é difuso, ou seja, pelo orçamento geral de cada esfera de atuação, sem vinculação ou mínimos estabelecidos.

No que se refere a Política Nacional de Cultura o constituinte atribuiu a legislação concorrente (art. 24, VII e IX da CRFB/88), ou seja, normas gerais da União suplementadas pelos Estados e legislação do município no que se referir ao interesse local. A execução das ações também é prevista de forma comum a todas as esferas de governo (art. 23, V da CRFB/88), bem como o seu financiamento que pode, facultativamente, se dar por meio de fundo estadual vinculado (art. 216, §6º da CRFB/88).

As políticas energética, de comunicação e de mineração, operam com base no mesmo modelo de distribuição de funções na constituição. As competências legislativas e administrativas estão entre os poderes da União (art. 22, IV e XII, e art. 21, XI, XII, *b*, e 176 da CRFB/88). Quanto ao financiamento, se dá por meio de Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico, por sua própria natureza vinculadas à atuação no setor, com fundamento constitucional nos artigos 149, 170 e 192 da CRFB/88 (p. ex. FUST, FUNTEL, CDE, CFEM).

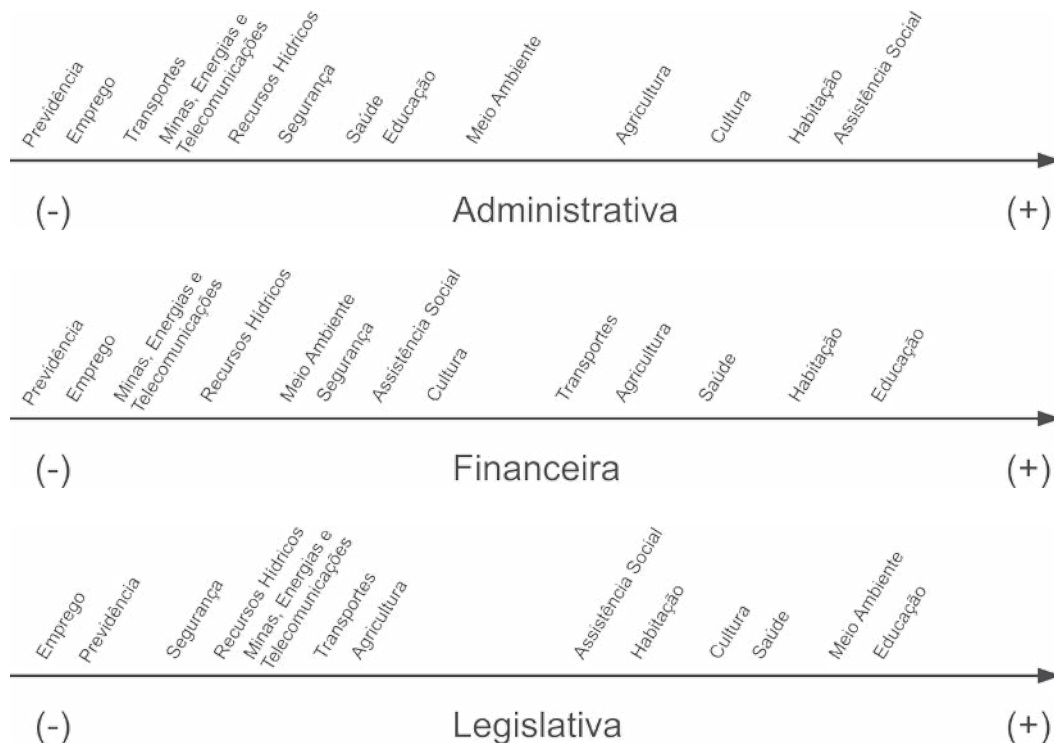
44 - COSTA, Bruno Lazzarotti Diniz; PALOTTI, Pedro Lucas de Moura. Federalismo, descentralização e o novo arranjo institucional da política de assistência social: lidando com problemas de cooperação e autonomia. In: *Federalismo e políticas públicas no Brasil*. Fiocruz, 2013. p. 332.

Para a agricultura e desenvolvimento agrário a Carta de 1988 estabelece competência legislativa federal (art. 22, I da CRFB/88), não se podendo esquecer que boa parte dos conflitos destas políticas de dão com o direito ambiental, cuja competência é concorrente. A execução da política agrícola é comum (art. 23, VIII e 187 da CRFB/88) enquanto à política agrária, que compreende colonização e reforma é executada privativamente pela União (art. 184 da CRFB/88). O financiamento da política se dá por meio de dotações orçamentárias de cada ente federativo, bem como pela política de crédito agrícola compulsório e subsidiado pelas instituições financeiras.

A política nacional de segurança pública tem competência legislativa preponderantemente federal (art. 22, I, XXI da CRFB/88), apenas o direito penitenciário sendo de competência concorrente (art. 24, I da CRFB/88). A execução desta política é comum à União e Estados, mas não sobreposta, conforme competências bem definidas no artigo 144 da CRFB/88. O financiamento se dá por meio de receitas próprias não obrigatoriamente vinculadas e repasses voluntários.

Por fim, para a política nacional de recursos hídricos a competência legislativa é da União nos termos do artigo 22, inciso IV da CRFB/88, mas novamente surgem conflitos com a competência concorrente para legislar sobre proteção do meio ambiente. A implementação e operação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos compete à União (art. 21, XIX, CRFB/88) e o financiamento se dá por meio do orçamento dos entes envolvidos e pela cobrança de tarifas dos usuários.

Com base no referencial escolhido, procura-se posicionar, a seguir, cada uma das políticas antes mencionadas sobre os três eixos analíticos propostos.



8. CONCLUSÃO

Em primeiro lugar, conclui-se, a partir da revisão da literatura citada, que apesar da origem histórica bem definida e da existência de relativo consenso sobre os elementos estruturantes do sistema federativo, que as dinâmicas de poder entre os distintos níveis de governo de uma federação são bastante díspares. Além disso, observou-se que, mesmo no interior de um Estado, diferentes programas de ação costumam se desenvolver sob variados arranjos intergovernamentais, sendo que a existência destes arranjos se explica mais pela disputa de poder e pela trajetória da política específica do que pela origem histórica da Federação.

Constatou-se também que as federações são classificadas na literatura entre modelos de cooperação ou competição e aglutinação ou fragmentação, e que o caso brasileiro é descrito, em regra, como uma federação centrífuga, em que pese bastante centralizada, e cooperativa, em função de ter se originado de um estado unitário – pré-Republicano – e de ter sido previsto na CRFB/88 um sistema de condomínio legislativo, repartição de receitas e administração comum sob coordenação da União.

Estabeleceu-se, com suporte nas teorias da ação coletiva (Olson), dos pontos de acesso (Ehrlich) e da corrida para baixo (Volden), um referencial em três eixos (legislativo, administrativo e financeiro) segundo o qual as políticas dependentes de legislação concorrente, execução estratificada, e financiamento compartilhado seriam mais complexas e burocráticas, em comparação com sistemas duais, ou com outros nos quais o federalismo de cooperação operasse de forma mais sincronizada e horizontal.

Finalmente, procurou-se analisar as normas de cada programa de atuação estatal insculpido na CRFB/88 sob o referencial construído, de modo a posicionar uns em relação aos outros em termos de complexidade burocrática. Com isto, espera-se estimular o desenvolvimento de projetos de pesquisa que relacionem esta variável com outras, a fim de investigar se o arranjo federativo tem influência sobre as dinâmicas e resultados das políticas públicas.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber Moura. Delineamento das competências federativas no Brasil. In: Novelio, Marcelo. *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. Teoria do Estado. Salvador: JusPodivm, 2009.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

ARRETCHE, Marta T. S. Mitos da descentralização: mais democracia e eficiência nas políticas públicas. *Revista brasileira de ciências sociais*, v. 31, n. 11, 1996.

_____. *Estado federativo e políticas sociais: determinantes da descentralização*. Editora Revan, 2000.

_____. Relações federativas nas políticas sociais. *Educação & Sociedade*, v. 23, n. 80, 2002.

_____. Federalismo e políticas sociais no Brasil: problemas de coordenação e autonomia. *São Paulo em perspectiva*, v. 18, n. 2, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 004.

_____. *Constituição econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BODIN, Jean. *Os seis livros da República*. Tradução de José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta – Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOWE, R.; BALL, S.; GOLD, A. *Reforming education & changing schools: case studies in policy sociology*. London: Routledge, 1992.

COSTA, Bruno Lazzarotti Diniz; PALOTTI, Pedro Lucas de Moura. Federalismo, descentralização e o novo arranjo institucional da política de assistência social: lidando com problemas de cooperação e autonomia. In: *Federalismo e políticas públicas no Brasil*. Editora FioCruz, 2013.

CÔRTEZ, Soraya M. Vargas. Arcabouço histórico-institucional e a conformação de conselhos municipais de políticas públicas. *Educar em Revista*, n. 25, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1998.

DIEGUES, Geraldo César. *A construção da participação social na gestão das políticas públicas: o protagonismo do governo local no Brasil*. Administração Pública e Gestão Social, v. 4, n. 4, 2012

EHRlich, Sean D. *Access points: an institutional theory of policy bias and policy complexity*. Oxford University Press, 2011.

FARAH, Marta Ferreira Santos. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no nível local de governo. *Revista de administração pública*, v. 35, n. 1, 2001.

FERRAREZI, E., OLIVEIRA, Clarice G. *Reflexões sobre a emergência da participação social na agenda das políticas públicas: desafios à forma de organização burocrática dos Estados*. V CONSAD de Gestão Pública, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. Revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2007.

HESSE, Konrad. *Constituição econômica e desenvolvimento*. Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

INNES, Judith E.; BOOHER, David E. Reframing public participation: strategies for the 21st century. *Planning theory & practice*, v. 5, n. 4, 2004.

JACOBI, Pedro. Políticas públicas: uma agenda de questões e indagações no contexto da transição. Anais: Encontros Nacionais da ANPUR, v. 3, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito Constitucional*. 2. ed. Revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Guilherme Pena. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Revista e atualizada, Niterói: Impetus, 2008.

OLSON, Mancur. *The logic of collective action: Public goods and the theory of groups*, revised edition. Cambridge: Harvard University Press, 1965, 1971.

PRZEWORSKI, Adam. Institutions matter? In: *Government and opposition*, v. 39, n. 4, 2004.

RABAT, Márcio Nuno. *A Federação: centralização e descentralização do poder político no Brasil*. 2002.

RIBEIRO, Leandro. Federalismo, governo local políticas sociais no Brasil entre 1996 e 2004. In: HOCHMAN, Gilberto, et al (org). *Federalismo e Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro, Editora FIOCRZ, 2013.

SANO, Hironobu; ABRUCIO, Fernando Luiz. Federalismo e articulação intergovernamental: os conselhos de secretários estaduais. In: *Federalismo e políticas públicas no Brasil*. Editora Fiocruz, 2013.

SANTOS, Paulo Rogério Silva dos. Federalismo: Origem e Fundamentos. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 9, n. 24, 1979, p. 75-76.

SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elizabete. *Políticas públicas; coletânea*. Brasília: ENAP, 2006.

SILVA, Fabio S. *De cada um conforme suas capacidades: participação, ambientes institucionais e capacidades de incidência em políticas públicas*. V CONSAD de Gestão Pública, 2012.

TAVARES, André Ramos. *Aporias acerca do “Condomínio Legislativo” no Brasil: uma análise a partir do STF*. In: Novelio, Marcelo. *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. Teoria do Estado. Salvador: JusPodivm, 2009.

VOLDEN, Craig. The politics of competitive federalism: A race to the bottom in welfare benefits?. *American Journal of Political Science*, p. 352-363, 2002.





.....

PRAZO MÁXIMO PARA OCUPAÇÃO DE FUNÇÕES DIRETIVAS NO ÂMBITO DA ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL

.....

THE FEDERAL ATTORNEY'S OFFICE AND TERM
LIMITS FOR LEADING POSITIONS

Igor Aragão Brilhante¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Fundamentos; 1.1 Fundamento político-filosófico para a periódica alternância entre comandantes e comandados; 1.2 A perpetuação, concreta ou imaginada, nas chefias; 1.3 Fundamentos práticos em prol da certeza do rápido retorno às atividades ordinárias; 1.4 O prazo fixo como uma espécie de zéu da ignorância em prol da boa gestão; 2. Conclusão; Referências.

1 - Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco.

RESUMO: Em análise crítica do modelo tradicional de organização da Advocacia Pública Federal, o presente estudo visa a demonstrar a necessidade de estabelecer-se uma regra que preveja expressamente prazo máximo para a ocupação continuada de funções diretivas na instituição. Para tanto, além de questões de ordem prática, serão apresentados fundamentos político-filosóficos para a proposta, centrados na noção de justiça e nos benefícios inerentes à alternância de nomes em funções de comando, com especial menção a lições de Aristóteles e John Rawls.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia Pública Federal. Funções de Comando. Aristóteles. Rawls. Véu da ignorância.

ABSTRACT: In a critical analysis of the traditional model of the Federal Attorney's Office, the present study aims to demonstrate the need to establish a rule that expressly foresees a maximum term for the leading positions in the institution. For this, in addition to practical questions, political and philosophical foundations will be presented for the proposal, based on the notion of justice and the benefits inherent in the alternation of names in managerial functions, with particular reference to the lessons of Aristotle and John Rawls.

KEYWORDS: Federal Attorney's Office. Leading Positions. Aristotle. Rawls. Veil of Ignorance.



INTRODUÇÃO

O presente estudo visa a confirmar, à luz de fundamentos teóricos e de ordem prática, algo que já tende a ser intuitivo à primeira observação da realidade das carreiras da Advocacia Pública Federal. No atual contexto institucional especialmente crítico, em que se avolumam questões múltiplas a exigir solução, há uma medida que teria o potencial de influenciar positivamente quase todos esses pontos hoje problemáticos: a estipulação de um prazo máximo para a ocupação continuada de cargos ou funções de chefia no âmbito das procuradorias.

Com efeito, notadamente em relação a respostas a problemas de condições de trabalho, físicas e institucionais, e do tratamento internamente dispensado aos procuradores, haveria impacto significativo de regra institucional expressa prevendo prazo máximo para ocupação de funções diretivas, sendo esse período breve, fixo e obrigatoriamente sucedido por retorno ao trabalho ordinário de membro da Advocacia Pública Federal. É o que se tentará demonstrar, conferindo-lhe a necessária fundamentação, do ponto de vista tanto teórico quanto mais prático da realidade e do cotidiano das Procuradorias.

1. FUNDAMENTOS

1.1 Fundamento político-filosófico para a periódica alternância entre comandantes e comandados

A proposta de prazo máximo para ocupação cargos diretivos nada mais é que um corolário da necessidade de alternância de poder quando exercido entre iguais. Daí porque é sumamente importante compreender a ocupação de funções de comando à luz da igualdade essencial entre os procuradores de cada carreira da Advocacia Pública Federal.

Com efeito, se se está a analisar universo de colegas de cargo idêntico – alcançado pela mesma via do concurso público, que os faz presumidamente aptos ao exercício das mesmas funções – não seria nem sequer justo subordiná-los, sem alternância, uns aos outros. Essa, na verdade, é a exata lição que o velho Aristóteles, tendo como parâmetro a sociedade em geral, já alertava em seus escritos políticos na Grécia do século III a.C., como se pode ver a seguir²:

§ 6. Sendo melhor que as coisas fiquem como estão, segue-se naturalmente que, na sociedade civil, melhor seria também que os mesmos homens ficassem sempre no poder, se isso fosse possível. Mas, como a perpetuidade no poder é incompatível com a igualdade natural, e além disso sendo justo que todos dele participem, já considerado como um bem, já como um mal, deve-se imitar essa faculdade de alternar no poder que os homens iguais se concedem uns aos outros, do mesmo modo por que antes o receberam. Assim, uns ordenam e outros obedecem, alternadamente, como se se tornassem outros homens. E os magistrados, cada vez que chegam às funções públicas, preenchem ora um cargo, ora outro.

Note-se, agora, como essa constatação de igualdade fundamenta não apenas a necessi-

2 - ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 2. ed. revista, Bauru: Edipro, 2009. p. 41.

dade de alternância “por justiça” para com os que obedecem, havendo ainda reflexos mais amplos e vinculados ao próprio bom exercício da função de comando. Com efeito, a compreensão de que a carreira não é formada por duas espécies bem definidas de membros – uma sendo inatamente superior à outra, por assim dizer – essa compreensão traz consigo também a conclusão da indispensabilidade ou, no mínimo, da extrema pertinência da participação plural nos postos de direção.

Ou por outra: não havendo algo como um rol de procuradores predestinados ou naturalmente ungidos para a função de comando, é extremamente benéfica a renovação de quadros, com a periódica substituição de dirigentes por outros procuradores que, igual ou superiormente aptos, estejam à espera de sua oportunidade. Nesse sentido, vale recorrer mais uma vez a uma precisa citação de Aristóteles, aqui com destaques acrescentados³:

§ 1. Visto que toda a sociedade política se compõe de homens que mandam e homens que obedecem, é preciso examinar se os chefes e os subordinados devem ser sempre os mesmos, ou se devem trocar de função. É evidente que a educação deve responder por essa grande divisão. Se houvesse, pois, entre uns e outros, tanta diferença como julgamos existir, de um lado entre os deuses e os heróis, e os homens do outro lado, primeiro na relação do corpo e depois na da alma, de modo que a superioridade dos chefes sobre os súditos fosse clara e incontestável, não se poderia negar que melhor seria que os mesmos homens mandassem sempre ou obedecessem.

§ 2. Mas como não é fácil encontrar esses mortais privilegiados, e não sendo possível descobrir uma superioridade semelhante à que Silax atribui aos reis indianos sobre os seus súditos, vê-se claramente que, por muitas razões, devem todos os cidadãos mandar e obedecer alternadamente. A igualdade é a identidade de funções entre seres semelhantes, e é difícil ao Estado subsistir quando obra contra as leis da justiça. [...].

Quanto à aptidão para comandar ou gerir, é importante ter em conta duas perspectivas pelas quais ela pode ser vista no âmbito das Procuradorias. Se pode haver certo receio ou mesmo pejo em reconhecer a existência ou o surgimento de outros nomes absolutamente melhores que aqueles em exercício em determinado momento, por outro lado parece estar para além de dúvida razoável que, sobretudo em instituição de corpo funcional tão amplo, haverá nomes mais afeitos ou mais adequados – a determinadas conjunturas, para específica colaboração, em dada prioridade que certo contexto esteja a demandar.

Em termos mais diretos: os gestores têm sua aptidão também influenciada pelo tempo e pelo contexto em que se inserem, o que recomenda a alternância de seus nomes como forma de ajustamento à natural sucessão de fases em toda instituição. Expansão de estrutura física, implantação de novas tecnologias, aperfeiçoamento técnico em uma área em particular, reorganização de quadros e atribuições, todas essas são hipóteses de prioridades que podem se alterar e se sobrepor ao longo do tempo numa carreira ou setor, mudando junto consigo os nomes que estariam mais aptos para enfrentá-las.

1.2 A perpetuação, concreta ou imaginada, nas chefias

Na esteira dessa referência ao passar dos contextos e do tempo, cabe apresentar um ponto essencial para a amplificação dos efeitos nocivos da ausência de prazos fixos nas chefias.

3 - ARISTÓTELES, op. cit., p. 254/255

Trata-se da sensação de perenidade que, apesar da precariedade ínsita a essas funções de direção⁴, a prática administrativa parece dar quase sempre a seus ocupantes ocasionais. Com efeito, sem essa impressão, sem esse sentimento, a separação entre chefes e chefiados não se faria tão marcada e, conseqüentemente, perniciosa.

Apesar de um tanto curiosa, essa sensação não é difícil de explicar. A ausência da marcação, formal e prévia, do termo do exercício continuado de chefias já tenderia a obliterar a noção desse limite. E, não bastasse isso, há de se levar em conta ainda o efeito psicológico da observação, ao longo do tempo, da efetiva prática de ter-se postos de comando sendo ocupados e reocupados pelos mesmos nomes de sempre.

A sensação, então, passa de fato a ser como a de certa personagem machadiana, que, havendo prometido entregar seu filho ao seminário tão-logo ele completasse a maioridade, teve sua tranquilidade ao longo da infância e adolescência do rapaz assim explicada pelo autor: “Prazos largos são fáceis de se subscrever; a imaginação os faz infinitos”⁵. No caso do exercício de chefias na Advocacia Pública Federal, a imaginação tem terreno ainda mais fértil – mais que apenas largos, os prazos são também indefinidos.

1.3 Fundamentos práticos em prol da certeza do rápido retorno às atividades ordinárias

A perpetuidade das chefias – seja nos casos em que se dê efetivamente, seja na forma da sensação recém-explicada – não tem sido inofensiva para a Advocacia Pública Federal. Ao permitir o surgimento do, por assim dizer, “chefe profissional” (no sentido de exercer ou crer exercer a chefia como função permanente, e não como ocupação transitória), essa ausência de limites acaba induzindo a uma espécie de cisão da carreira entre procuradores e chefes – com a forte e inapropriada tendência de que estes percam sua identificação com aqueles, em termos psicológicos inclusive.

Com isso, todas as questões essenciais à carreira e que figuram como componentes críticos da atual conjuntura da Procuradoria, todas elas acabam tendo sua análise de certa forma prejudicada ou embaciada. De fato, estando os chefes submetidos indefinidamente a remuneração, a trabalho e a demandas diferentes – e muitas vezes até a estrutura e espaço físico distintos –, as questões dos procuradores passam a ser questões “do outro”, o que, embora não impeça seu exame a contento, gera um significativo distanciamento que não haveria na hipótese de integrarem todos um mesmo e único grupo.

Note-se bem, sobretudo por ser esclarecimento indispensável à exata compreensão daquilo que está sendo estudado e proposto: não se está aqui a negar a possibilidade – tampouco eventuais exemplos concretos – de chefes longevos, afastados formal e prolongadamente da lida ordinária dos procuradores e, ainda assim, conseguindo por mérito pessoal manter-se integrado e junto a seus chefiados. O ponto fundamental, no entanto, é exatamente construir uma sistemática institucional que dependa nada ou o mínimo dessa sorte de mérito ou traço pessoal de determinado chefe. E são pelo menos duas as razões para isso.

4 - Com sua livre nomeação e demissibilidade *ad nutum*.

5 - ASSIS, Machado de. *Dom Casmurro*. Rio de Janeiro: MEDIAfashion, 2008. p. 29.

Primeiramente, é o próprio princípio republicano que repele essa dependência de características individuais em lugar de soluções institucionais marcadas pela impessoalidade e objetividade. Com efeito, sobretudo em funções essencialmente técnicas como as chefias no âmbito da Advocacia Pública, pouco deve importar se seu ocasional ocupante é pessoalmente benevolente ou preocupado com sua equipe; o sistema deve funcionar bem e induzir à boa gestão objetivamente e por si mesmo. É assim que se faz forte e republicana uma instituição.

Além disso, a fragilidade dessa benevolência individual confirma sua inadequação como sustentáculo de uma boa gestão ou atuação institucional. Nesse sentido, é necessário ter em mente os reais e prevaletentes móveis das atuações humanas para, assim, buscar modelos e sistemas verdadeiramente funcionais. Esse desnudamento não é muito distinto daquele que, embora apresentado em contexto diverso, restou consagrado na clássica metáfora de Adam Smith em *A riqueza das nações*⁶ (destacou-se):

O homem, entretanto, tem necessidade quase constante da ajuda dos semelhantes, e é inútil esperar esta ajuda simplesmente da benevolência alheia. Ele terá maior probabilidade de obter o que quer, se conseguir interessar a seu favor a autoestima dos outros, mostrando-lhes que é vantajoso para eles fazer-lhe ou dar-lhe aquilo de que ele precisa. É isto o que faz toda pessoa que propõe negócio a outra. Dê-me aquilo que eu quero, e você terá isto aqui, que você quer – esse é o significado de qualquer oferta desse tipo; e é dessa forma que obtemos uns dos outros a grande maioria dos serviços de que necessitamos. Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelo seu próprio interesse. Dirigimo-nos não à sua humanidade, mas à sua autoestima, e nunca lhes falamos das nossas próprias necessidades, mas das vantagens que advirão para eles.

De fato, conforme a aguda percepção de Adam Smith, não é a fortuita e precária benevolência do comerciante que vai garantir o abastecimento da comunidade. É, na verdade, sua busca individual pela subsistência e pelo lucro que faz o comerciante esmerar-se em sua atividade e, então, assegurar bons e suficientes produtos aos consumidores.

Transpondo a acuidade dessa realista lição para o específico objeto deste artigo, pode-se adaptá-la sintetizando que não é da contingente benevolência de uma ou outra chefia que deve seguir dependendo a solução institucional dos problemas da Advocacia Pública Federal. Seria a certeza do iminente retorno às atividades ordinárias que – ela sim – impeliria, com muito mais segurança e abrangência, os chefes na direção do aperfeiçoamento e melhoria de sua própria carreira. Haveria, portanto, uma sistemática que – à parte os bons ou maus traços de personalidade dos eventuais ocupantes da chefia – influenciaria por si mesma a atividade de gestão, no sentido do respeito aos colegas, ao cargo de procurador e, em última análise, à instituição.

1.4 O prazo fixo como uma espécie de véu da ignorância em prol da boa gestão

É possível ainda emprestar particular amparo teórico ao raciocínio acima, de modo a robustecê-lo tecnicamente e confirmar-lhe a validade. Para tanto, vai-se buscar a ideia de *véu da ignorância* introduzida pelo filósofo americano John Rawls para retomar, a seu modo, a concepção

6 - SMITH, Adam. A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 74

de contrato social tradicionalmente presente na filosofia política. Veja-se, então, a aproximação que se pode fazer.

John Rawls trabalha a ideia de justiça como equidade, pondo foco na superação de fatores meramente utilitaristas ou arbitrários na estruturação básica da sociedade. Para ele, a forma de organização e a fixação dos princípios de justiça que viriam a reger a sociedade derivariam de um consenso original entre os indivíduos (pensador contratualista, como já indicado); mas haveria de haver algo que garantisse que esse consenso fosse essencialmente justo, no sentido de não ser prejudicado ou maculado pela prevalência de opiniões ou interesses dos indivíduos de posição social proeminente.

Com efeito, seria moralmente fraca para sua caracterização como justo a consecução de consenso – sem mecanismo que lhe garantisse o respeito efetivo à liberdade e à racionalidade na atuação e nas escolhas de seus construtores. E é aqui, exatamente para garantir essa correta “posição original” dos participantes do contrato social, que Rawls introduz a ideia do “véu da ignorância”. Nas exatas palavras de Rawls⁷:

A ideia da posição original é estabelecer um processo equitativo, de modo que quaisquer princípios aceitos sejam justos. O objetivo é usar a noção de justiça procedimental como fundamento da teoria. De algum modo, devemos anular os efeitos das contingências específicas que colocam os homens em posições de disputa, tentando-os a explorar as circunstâncias naturais e sociais em seu próprio benefício. Com esse propósito, assumo que as partes se situam atrás de um véu de ignorância. Elas não sabem como as várias alternativas irão afetar o seu caso particular, e são obrigadas a avaliar os princípios unicamente com base nas considerações gerais.

Neste momento hipotético de eleição de princípios e regramentos que irão reger a cooperação social futura, as partes haveriam agir como inscientes de sua posição na sociedade, de suas preferências ideológicas e mesmo de suas características e dons naturais. Será essa insciência que viabilizará escolhas equânimes, livres de excessos e desvirtuamentos que adviriam da tentação ou tendência humana a autobeneficiar-se. Na explicação sempre didática do professor Michael Sandel⁸, a tratar da teoria de seu compatriota:

Analisemos agora uma experiência mental: suponhamos que, ao nos reunir para definir os princípios, não saibamos a qual categoria pertencemos na sociedade. Imaginemo-nos cobertos por um véu da ignorância que temporariamente nos impeça de saber quem realmente somos. [...]

Primeiramente, raciocina, não optaríamos pelo utilitarismo. Por trás do véu de ignorância, cada um de nós ponderaria: “Pensando bem, posso vir a ser membro de uma minoria oprimida.” E ninguém se arriscaria a ser o cristão atirado aos leões para o divertimento da multidão. Tampouco escolheríamos o simples *laissez-faire*, o princípio libertário que daria às pessoas o direito de ficar com todo o dinheiro recebido em uma economia de mercado. “Posso acabar sendo Bill Gates”, alguém raciocinaria, “mas também posso, por outro lado, ser um sem-teto. Portanto, é melhor evitar um sistema que me deixe desamparado ou que não me ajude.”

7 - RAWLS, Jonh. *Uma teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 146/147.

8 - SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 17. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. p. 178.

Entendida a noção de véu da ignorância, cabe agora verificar a validade e a pertinência da aproximação dessa ideia ao recorte social específico do âmbito institucional da Advocacia Pública Federal. Como já se indicou, o fundamental – em uma instituição de Estado e republicana, é livrar-se da sujeição a incertos e arbitrários traços de personalidade ou benevolência dos ocupantes de cargos diretivos. Na verdade, é o próprio modelo de organização institucional que há de impelir, por si, à boa gestão.

O que ora se está defendendo é que a implantação de mandatos fixos e breves poderia funcionar, no âmbito da Advocacia Pública, como o véu da ignorância na teoria de John Rawls. Com efeito, a efetiva e constante alternância então gerada tornaria os gestores de certo modo inscientes de sua posição – já em futuro bastante breve – na instituição. Daí porque eles se veriam impelidos, pelo próprio sistema, a escolhas de gestão baseadas, devida e verdadeiramente, em fatores justos e equânimes. E aqui nunca é demais lembrar que a aproximação ora feita é ainda mais adequada por salientar a característica de igualdade entre os membros da Advocacia Pública Federal, ultrapassando em definitivo a cisão que, na prática, isola os ocupantes de cargos diretivos.

Em termos mais concretos, gera-se para o gestor a insciência – institucionalmente muito bem-vinda – quanto a sua futura posição e situação no órgão. As possibilidades, finalmente, passam a ser plurais de fato e de pronto, sem a garantia ou a sensação de permanência perene na cúpula ou em chefias. Em dado momento, pode ser que se venha a estar isolado em funções de comando, mas igualmente é possível que se esteja sob a lida e as condições ordinárias de procurador; pode-se estar coordenando a confecção de regramentos rigorosos para a carreira, da mesma forma que se pode estar, fora do comando, submetido a essa sorte de norma... enfim, a gestão institucional ganha as vantagens todas que somente essa espécie de véu da ignorância lhe consegue devida e eficazmente aportar.

2. CONCLUSÃO

Em suma, pode-se concluir que, apesar da ampla pauta de questões críticas no âmbito das carreiras da Advocacia Pública Federal, há de fato medida que, sozinha, teria o potencial de influenciar na solução de todas elas, por uma espécie de arrastamento ou, pelo menos, de reverberação. É a estipulação de regramento institucional prevendo prazo máximo para ocupação de funções de chefia no âmbito das Procuradorias, com a essencial previsão de obrigatório retorno ao trabalho ordinário em seguida, para as atribuições regulares, frise-se, do cargo no qual se ingressou por concurso público, o de membro da Advocacia Pública Federal.

Note-se bem: não é que se esteja, simplistamente, vendo nesse regramento isolado a solução plena ou rápida das crises na Advocacia Pública Federal; porém há uma inegável centelha transformadora nessa sorte de proposta. Ou por outra: pode ser que ela não seja a solução, mas decerto é um bom caminho.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 2. ed. revista, Bauru: Edipro, 2009.

ASSIS, Machado de. *Dom Casmurro*. Rio de Janeiro: MEDIAfashion, 2008.

RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução de Irene A. Paterno. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Uma teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pissetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RUSS, Jacqueline. *Pensamento ético contemporâneo*. Tradução de Constança Marcondes Cesar. São Paulo: Paulus, 1999.

SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 17. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

STRIN, François. *Compreender Aristóteles*. Tradução de Ephraim F. Alves. Petrópolis: Vozes, 2006.







.....

SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES

.....

BRAZILIAN SYSTEM OF PRECEDENTS

Fabrício Rocha Bastos¹

SUMÁRIO: Introdução – Considerações gerais acerca da teoria geral dos precedentes; 1. Conceito de Precedente, Jurisprudência e Súmula; 2. Dever Jurídico de Estabilidade, Integridade e Coerência; 3. Composição do Precedente; 4. Classificação dos Precedentes; 4.1 Quanto ao conteúdo; 4.2 Quanto aos efeitos; 5. Técnicas Aplicáveis Aos Precedentes; 5.1 Técnica de confronto, interpretação e aplicação; 5.2 Técnicas de superação; 5.2.1 Overruling; 5.2.2 Overriding/Modifying; 5.2.3 – Transformation; 6. Precedentes Vinculantes ou Obrigatórios no Cpc/2015; 7. Julgamento de Casos Repetitivos; 7.1 Coletivização das demandas individuais; 7.2 Direitos repetitivos e direitos individuais homogêneos; 7.3 – Intimação dos legitimados coletivos sobre a existência de demandas repetitivas; 8. Funções Exercidas pelos Tribunais Superiores por Intermédio do Julgamento dos Recursos; 9. Conclusão; Referências.

1 - Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Mestrando em Direito na Universidade Tor Vergata/Roma. Membro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual. Membro do International Association of Prosecutors. Pós-Graduado em Direito Civil, Processual Civil e Empresarial pela Universidade Veiga de Almeida/RJ. Professor de Direito Processual Civil dos cursos de Pós Graduação da EMERJ, FGV/RJ, FEMPERJ e UCAM/RJ. Professor de Direito Processual Civil e Tutela Coletiva da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj), Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Amperj), Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Femperj), Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Fesmpmg), Liceu Ace, Mege, Master Juris, Alcance, Portal F3/RJ e Supremo –MG.

RESUMO: O presente trabalho apresenta uma abordagem teórica com alguns aspectos práticos da positivação do sistema brasileiro de precedentes. Apresenta alguns questionamentos acerca da aproximação dos sistemas da *commom Law* e da *civil Law* e quais serão as repercussões. O presente artigo, sem a pretensão de esgotar o tema, apresenta os métodos de aplicação, interpretação e superação dos precedentes, bem como a problemática da eficácia temporal dos precedentes novos (criativos ou superadores dos anteriores). O principal objetivo, portanto, é a apresentação do novo sistema (nem tão novo assim!) positivado com o advento do CPC/2015. O método empregado para a elaboração foi basicamente a análise da literatura existente, com alguns estudos de casos (derivados de citações da jurisprudência). Através da análise da literatura disponível, conclui-se que a doutrina ainda se debruça sobre a melhor forma de absorver os institutos derivados do sistema de precedentes, bem como sobre a melhor forma de conceituar o próprio instituto. Ao longo da apresentação do tema, forneço algumas conclusões dentre as quais destaco a necessidade de absorção desta nova realidade em prol da segurança jurídica e da isonomia na aplicação do ordenamento jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Novo Código de Processo Civil. Teoria Geral dos Precedentes. Sistema Brasileiro de Precedentes.

ABSTRACT: this paper presents a theoretical approach with some practical aspects of the recognition of the Brazilian system of precedent. Presents some concerns about the approach of the Common Law systems and of civil Law and what are the repercussions. This article, without the pretension of exhausting the subject, presents the methods of application, interpretation and overcoming of precedents, as well as the issue of the effectiveness of previous new temporal (creative or overcomers of the above). The main objective, therefore, is the presentation of the new system (not so new as well!) positived with the advent of the CPC/2015. The method employed for the development was basically a review of existing literature, with some case studies (derived from citations of case law). Through analysis of available literature concluded that the doctrine still looks at the best way to absorb the previous system-derived institutes, as well as on how best to conceptualize the Institute itself. Throughout the presentation of the theme, I provide some conclusions of which I highlight the need to absorb this new reality in the interests of legal certainty and of equality in the application of the legal system.

KEYWORDS: New Code of Civil Procedure. General Theory of Precedents. Brazilian System of Precedents.

INTRODUÇÃO – CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DA TEORIA GERAL DOS PRECEDENTES

O CPC/2015, nos artigos 926 ao 928, positiva a teoria geral dos precedentes em nosso ordenamento. Estas normas, ora em comento, servirão como base para aplicação de todas as demais normas derivadas da aplicação dos precedentes.²

O nosso sistema de formação e aplicação dos precedentes não gerou a adoção de todo o sistema decorrente da *commom law*. O nosso sistema aplica a teoria dos precedentes com a devida adaptação às peculiaridades e características da *civil law*. Evidentemente, o precedente não pode valer mais do que a lei.³

O principal desiderato do sistema brasileiro de precedentes é assegurar a isonomia e a segurança jurídica, na forma do artigo 926, CPC/2015, pois esta norma exige estabilidade, integridade e coerência. A segurança jurídica é elemento fundamental para aplicação da teoria dos precedentes, pois implica estabilidade das decisões pretéritas e previsibilidade das decisões futuras.

Na esteira das lições de Guilherme Rizzo Amaral, “A unidade do direito e a uniformização da jurisprudência têm como objetivo, nesse contexto, tutelar a segurança jurídica, assegurando a estabilidade do direito, a confiança legítima no Judiciário, a igualdade entre os cidadãos perante o direito, a coerência da ordem jurídica, a garantia de imparcialidade, o desestímulo à litigância e o favorecimento de acordos, a duração razoável do processo, a eficiência do Judiciário, dentre outros valores.”⁴

O sistema de precedentes (sistema precedentalista) positivado pelo CPC/2015 será aplicado em todos os setores da novel legislação, parte geral e especial, bem como aos demais ramos do direito processual, por aplicação subsidiária (artigo 15, CPC/2015).

Como entende parte da doutrina, o CPC/2015 criou, a bem da verdade, um microsistema de formação e aplicação de precedentes.⁵ Este microsistema é formado pelos institutos que geram a formação dos precedentes vinculantes (incidente de assunção de competência e as hipóteses de julgamento de casos repetitivos – artigos 947 e 928, CPC/2015).

Além das hipóteses de formação de precedentes vinculantes, fazem parte deste microsistema, todos os institutos correlatos, bem como as consequências jurídicas derivadas de sua aplicação. Assim, para fins didáticos, seguem os institutos que compõem o microsistema, no bojo do CPC/2015:

- a) tutela de evidência (artigo 311, II);
- b) improcedência liminar do pedido (artigo 332);

2 - Os precedentes ostentam duas dimensões: i) institucional e ii) estrutural. A dimensão institucional diz respeito à organização judiciária e ao modo como ocorre a relação de autoridade do precedente no âmbito do sistema das cortes. A dimensão estrutural refere-se ao que efetivamente constitui um precedente a fim de ser utilizado como ponto de referência para uma decisão posterior.

3 - MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo RT. 2015. p. 1242. “*Note-se, aliás, que as decisões judiciais, mesmo no sistema de commom law, não podem “criar” a partir do nada: ao examinar um precedente, deve o juiz identificar a norma que o embasa.*”

4 - AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo RT. 2015, p. 947.

5 - CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2016, p. 453.

- c) dever jurídico de fundamentação com a necessidade de maior ônus argumentativo (artigo 489, § 1.º, incisos V e VI);
- d) dispensa do reexame necessário (artigo 496, § 4.º);
- e) julgar o mérito do recurso, através de uma decisão monocrática do relator (artigo 932, incisos IV e V);
- f) necessidade do enfrentamento de todas as teses para a formação do precedente (artigos 489, § 1.º, inciso IV, 984, § 2.º, 1022, inciso II e parágrafo único, incisos I e II, 1038, § 3.º);
- g) necessidade de observar integridade e coerência para o proferimento das decisões e formação de precedentes (artigos 489, § 1.º, 926, 927, § 1.º e 1013, § 3.º);
- h) necessidade de identificação da *ratio decidendi* para aplicação dos precedentes (artigos 332, 489, § 1.º, inciso V, 932, incisos IV e V e 927, § 1.º) e
- i) utilização do *distinguishing* e *overruling* para afastar a aplicação de determinado precedente (artigos 332, 489, § 1.º, inciso VI, 926 e 927, § 4.º);
- j) ampliação do entendimento sobre interesse recursal do *amicus curiae* (artigo 138, § 3.º);
- k) cabimento de Ação Rescisória para garantia da observância dos precedentes (artigo 966, inciso V);
- l) cabimento de Reclamação para garantia da observância dos precedentes (artigo 988, inciso IV);

Além dos institutos e consequências acima, imprescindível, à luz do sistema dos precedentes, realizar uma releitura/reconstrução de algumas normas/princípios basilares de nosso ordenamento jurídico, notadamente:

- a) princípio da legalidade, no tocante à observância dos precedentes (artigo 8.º), pois estes passam a fazer parte do Direito;
- b) princípio da igualdade deverá ser analisado sob o prisma da igualdade perante as decisões judiciais (artigo 5.º, CR/88 e artigos 489, § 1.º, incisos V e VI, 926 e 927, § 1.º);
- c) princípio da segurança jurídica deverá ser analisado sob o prisma do passado ou retroativo (artigo 5.º, inciso XXXVI, CR/88), para evitar que situações jurídicas estabilizadas sejam atingidas por atos jurídicos futuros, que é sua acepção tradicional, bem como sob o prisma do futuro ou prospectivo (artigo 926) para garantir certa previsibilidade na solução dos casos concretos através do princípio da proteção da confiança ou da legítima expectativa. O elemento nuclear deste princípio é a proteção da confiança e expressa-se nos seguintes termos: i) estabilidade; ii) continuidade da ordem jurídica e iii) previsibilidade acerca das consequências jurídicas das condutas praticadas no convívio social;
- d) princípio/dever da fundamentação das decisões judiciais, que ganha ônus argumentativo maior para a formação dos precedentes, notadamente quanto à função exógena, pois

toda decisão judicial deverá conter uma fundamentação útil para servir de base para a solução dos casos futuros, através da identificação do precedente (artigo 93, inciso IX da CR/88 e artigos 489, § 1.º e 927, § 1.º). Com o advento do CPC/2015 fica ainda mais nítida a necessidade de se impor limites à fundamentação aliunde ou por referência ou per relationem. O Superior Tribunal de Justiça, ainda sob a égide do CPC/1973, já impunha limites à utilização desta forma de fundamentação⁶ e

e) princípio do contraditório (artigo 5.º, inciso LV da CR/88), que deve ser redimensionado para abranger a participação de todos os sujeitos do processo na formação da norma jurídica individualizada (artigos 7.º, 8.º, 10 e 489, § 1.º).

No presente artigo, portanto, analisaremos o sistema brasileiro de formação e aplicação dos precedentes.

1. CONCEITO DE PRECEDENTE, JURISPRUDÊNCIA E SÚMULA

O conceito de precedente não encontra convergência na doutrina. O CPC/2015, que não fixou expressamente o conceito de precedente, diante da redação de alguns artigos, enseja diversas formas de analisar o sentido do termo. O termo é referido no artigo 489, § 1.º, incisos V e VI com o nítido propósito de diferenciá-lo de jurisprudência e súmula. Os precedentes poderão ensejar a edição de súmula, conforme artigo 926, § 2.º. O artigo 927 utiliza os termos súmula, jurisprudência e tese adotada, mas faz uma referência em seu § 5.º ao termo precedente em seu sentido mais amplo para abranger súmulas e jurisprudência. A utilização do termo precedente como causa ensejadora da interposição do recurso de Agravo e o ajuizamento da Reclamação (artigos 988, inciso IV e 1042, § 1.º, inciso II), foi abandonada pelo legislador, pois a Lei 13.256/2016 revogou o referido termo.⁷

Feito o introito, passamos a análise do conceito e sentidos do termo precedente.

O termo precedente pode ser adotado no sentido de designar decisões preexistentes, decisões que foram proferidas antecedentemente a alguma outra decisão ou circunstância jurídica que deva ser levada em conta⁸. Neste sentido, precedente simplesmente significa uma decisão

6 - "DIREITO PROCESSUAL PENAL. LIMITES À FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. É nulo o acórdão que se limita a ratificar a sentença e a adotar o parecer ministerial, sem sequer transcrevê-los, deixando de afastar as teses defensivas ou de apresentar fundamento próprio. Isso porque, nessa hipótese, está caracterizada a nulidade absoluta do acórdão por falta de fundamentação. De fato, a jurisprudência tem admitido a chamada fundamentação per relationem, mas desde que o julgado faça referência concreta às peças que pretende encampar, transcrevendo delas partes que julgar interessantes para legitimar o raciocínio lógico que embasa a conclusão a que se quer chegar. Precedentes citados: HC 220.562-SP, Sexta Turma, DJe 25/2/2013; e HC 189.229-SP, Quinta Turma, DJe 17/12/2012. HC 214.049-SP, Rel. originário Min. Nefi Cordeiro, Rel. para acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 5/2/2015, DJe 10/3/2015."

7 - "À luz do CPC/2015, a expressão ganha sentido distinto, embora não exista definição precisa do que seria precedente, à luz dos dispositivos que usam a expressão, no CPC/2015. No artigo 489, § 1.º, incisos V e VI, o precedente é colocado ao lado de súmula e de jurisprudência, o que revela não haver identidade entre essas figuras. No § 2.º do art. 926 do CPC/2015, dispõe o CPC/2015 que os precedentes poderão ensejar a edição de súmula, o que revela que, por precedente, está-se diante de algo que pode surgir com uma decisão. No art. 927, o CPC/2015 refere-se a súmula, jurisprudência (pacificada ou dominante) e a tese adotada, que, segundo pensamos, deve identificar-se com aquilo que se convencionou chamar de ratio decidendi. O § 5.º do art. 927 transmite a impressão de que precedente estaria sendo empregado em sentido latíssimo, para abranger julgados e súmulas (preferimos, no entanto, afastar esse modo de interpretar o dispositivo, pois em nada contribui para deixar mais claro o tema). O art. 988, IV, do CPC/2015 indica que o precedente é proferido no julgamento de caso repetitivo, algo que, segundo pensamos, deve ser empregado ao se ler o art. 1042, § 1.º, II do CPC/2015. Deve-se, à luz dos dispositivos referidos, buscar definição que ajuste-se funcionalmente aos objetivos traçados pelo art. 926, caput, do CPC/2015, no sentido de propiciar a consecução de uma jurisprudência íntegra, isso é, estável e coerente." MEDINA, José Miguel de Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: RT. 2015, p. 1247.

8 - CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A Jurisprudência uniforme e os precedentes no Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Coleção Liebman. São Paulo RT. 2015, p. 131-147.

antecedente, proferida por alguma corte, que pode conter uma similitude jurídica significativa com relação a um caso concreto que seja posterior. Por isso, não necessariamente denota força vinculante da decisão.

Para parte da doutrina, precedente somente pode emanar das Cortes Superiores (STJ e STF) e constitui “razões generalizáveis que podem ser extraídas da justificação das decisões”⁹

Há quem adote um conceito mais amplo de precedente afirmando que as decisões das Cortes de Justiça (Tribunais de origem) também poderão ser consideradas como precedentes, desde que decorram da resolução dos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (artigo 976) e de Assunção de Competência (artigo 947).¹⁰ Tal generalização, segundo seu defensor, se mostra possível dado que as técnicas de identificação e aplicação dos precedentes e da jurisprudência vinculante oriunda de tais incidentes serão fundamentalmente as mesmas.

Para parte majoritária da doutrina, é imprescindível que a decisão judicial proferida para a solução de determinado caso concreto, ostente núcleo essencial que pode servir de fundamento/diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. Em outras palavras, precedente é um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior.¹¹

Dentro da linha majoritária, há quem sustente que precedente pode ter os sentidos: lato, estrito¹², próprio (continente ou formal) e impróprio¹³. Em sentido lato, precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. Em sentido estrito, o precedente pode ser definido como sendo a própria *ratio decidendi*. Este instituto será estudando em tópico adiante.

9 - MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015. p.

10 - AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às alterações do novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 947. Este autor ressalta, contudo, [...] *que nem sempre uma decisão de tribunal superior ou de tribunal local nos incidentes referidos acima constituirá, no entanto, precedente, pois nem sempre será possível extrair-se uma razão generalizável de aplicação a outros casos concretos.*”

11 - CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, p. 425. Este autor afirma, ainda, “Dito de outro modo, sempre que um órgão jurisdicional, ao proferir uma decisão, parte de outra decisão, proferida em outro processo, empregando-a como base, a decisão anteriormente prolatada terá sido um precedente.” [...] “Deve-se destacar, aqui, que nem toda decisão judicial é precedente (mesmo que não vinculante). Só são assim consideradas aquelas decisões em que é possível estabelecer um fundamento determinante que será observado, posteriormente, com caráter vinculante ou meramente persuasivo, na formação da decisão a ser proferida em um caso subsequente.” DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II, Bahia: Juspodivm, 2015, p. 441. 2015 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 611: “Os “precedentes” são resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, foi já resolvida uma vez por tribunal noutro caso. Vale como precedente, não a resolução do caso concreto que adquiriu força jurídica, mas só a resposta dada pelo tribunal, no quadro da fundamentação da sentença, a uma questão jurídica que se põe da mesma maneira no caso a resolver agora.” MEDINA, José Miguel de Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. ESTADO: RT, 2015, p. 1247 “[...] Tomando de empréstimo essa explicação, podemos concluir que, se um precedente judicial é uma decisão judicial, o que o torna precedente é o seu potencial para servir de regra para decisões judiciais de casos futuros envolvendo fatos ou questões jurídicas idênticas ou similares.” [...] “Se é certo que o precedente é uma decisão, não menos correto é dizer que nem toda decisão judicial é um precedente.” [...] “Um precedente judicial, portanto, é uma decisão estabelecida em um caso jurídico anterior que seja vinculante ou persuasiva para o mesmo órgão judicial ou para outro ao decidir casos subsequentes com questões jurídicas ou fatos similares.”

12 - DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II, Bahia: Juspodivm, 2015, p. 441.

13 - MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 140.

Em sentido próprio, continente ou formal, precedente é fato jurídico instrumento de criação normativa, em outras palavras: é fonte do Direito, tratando-se de uma designação relacional entre duas decisões. Já precedente em sentido impróprio é norma, significado alcançado por redução do termo “norma do precedente”, que é precisamente a *ratio decidendi*, esse sentido também é o substancial ou estrito.

No sistema da *commom law*, as decisões judiciais reconhecidas como precedentes, mais do que guias interpretativos, criam o direito sem que exista um texto normativo antecedente à ocorrência da interpretação do caso concreto e, por conseguinte, passam a ser regras reconhecidas como de aplicação obrigatória.

Deve-se observar que a teoria dos precedentes judiciais do *commom law* classifica-os em precedentes declaratórios e precedentes criativos. Aqueles apenas aplicam uma regra preexistente, simplesmente porque ela já é o direito, enquanto estes criam, e aplicam uma nova regra e serão direito para os casos futuros, porque são aplicados ao caso específico.

Em nosso ordenamento jurídico, as decisões judiciais preexistentes, sejam ou não consideradas tecnicamente como precedentes, funcionam como um padrão a ser seguido, ensejando uma forma eficiente de argumentação, mesmo quando proferidas pelos Tribunais Superiores.

Insta salientar, por fim, que decisões sobre questões de fato não se constituem em precedentes. Nem todas as decisões judiciais formam precedentes vinculantes.¹⁴

As decisões de admissibilidade do processo (questões processuais), decisões de mérito, bem como as decisões de homologação de autocomposição poderão, conforme a hipótese, figurar como precedentes.¹⁵

Analisados os conceitos e sentidos do termo precedente, impende analisar o conceito de jurisprudência e súmula para que o sistema dos precedentes faça completo sentido.

A diferença primordial entre o precedente e a jurisprudência é quantitativa e não qualitativa. A bem da verdade, o aspecto quantitativo não é suficiente, pois o conjunto de decisões que forma a jurisprudência deverá ser harmônico sobre determinado tema¹⁶. Jurisprudência nada mais é do que um conjunto de várias decisões, sobre determinada matéria (direito material ou processual), proferida pelos Tribunais (de origem ou Superiores) no mesmo sentido.¹⁷ Há autores que,

14 - Enunciado n. 315 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

15 - Enunciado n. 327 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Os precedentes vinculantes podem ter por objeto questão de direito material ou processual.

16 - “Para definirmos, inclusive, o que é jurisprudência não nos basta o critério quantitativo, pois é necessário que esse conjunto de decisões seja harmônico e que verse sobre determinado tema. Conquanto harmônico, para que um conjunto de decisões seja considerado jurisprudência é necessário o transcurso do tempo.” MEDINA, José Miguel de Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015, p. 1247.

17 - “[...] Já falar de jurisprudência é falar de um grande número de decisões judiciais, que estabelecem uma linha constante de decisões a respeito de certa matéria, permitindo que se compreenda o modo como os tribunais interpretam determinada norma jurídica [...]” “Evidentemente, porém, há ligação entre o conceito de precedente e o de jurisprudência. Afinal, a identificação de uma linha de jurisprudência constante se faz a partir do exame de um conjunto de decisões judiciais, e cada uma destas decisões poderá ser considerada, quando analisada individualmente, um precedente. Impõe-se, porém, ter claro que falar de precedente é falar de uma decisão determinada, a qual serve de base para a formação de outra decisão, proferida em processo posteriormente julgado. De outro lado, falar de jurisprudência é falar de conjunto de decisões formadoras de uma linha constante de entendimento acerca de determinado tema.” CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 426.

apesar de sustentarem a existência de distinção entre precedentes e jurisprudência, afirmam que é possível chamar de precedente “também a jurisprudência vinculante oriunda dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência.”¹⁸

A partir do momento que a jurisprudência consolida-se em determinado sentido, fixando alguma orientação sobre determinado tema, o Tribunal respectivo editará (artigo 926, § 1.º, CPC/2015) uma súmula, ou melhor, um enunciado de súmula de sua jurisprudência dominante. Portanto, a súmula, ou seu enunciado, não configura tecnicamente um precedente, mas sim um retrato da jurisprudência dominante de um tribunal. Tanto isso é verdade, que é plenamente possível a elaboração de um enunciado de súmula com lastro em precedentes diversos. A doutrina¹⁹ costuma afirmar que o proferimento de uma decisão baseada em enunciado de súmula, não é o mesmo que decidir com apoio em precedente. Entretanto, a aplicação destes enunciados deverá levar em consideração os precedentes ensejadores.

O enunciado da súmula deve reproduzir a *ratio decidendi* que está sendo reiteradamente aplicada. Dá-se forma escrita e sintética a uma norma jurídica construída jurisdicionalmente.²⁰

Ao contrário do que ocorre na formação dos precedentes, na elaboração do enunciado de súmula não há a participação direta das partes, salvo quando se trata da elaboração das súmulas vinculantes (artigo 3, § 2.º da Lei 11417/2006). Assim, para corrigir eventuais distorções na edição e aplicação das súmulas, deverão os órgãos jurisdicionais observar os artigos 10, 489, § 1.º, incisos V e VI e 927, § 1.º, CPC/2015.

A súmula, portanto, representa aquilo que, normalmente, a jurisprudência pacífica ou majoritária do Tribunal tem decidido.²¹

A guisa de conclusão, após a fixação dos conceitos de precedente, jurisprudência e súmula, vale mencionar que alguns autores²², com os quais nos filiamos, afirmam que tais institutos estão umbilicalmente ligados e fazem parte, em momentos diverso, de uma evolução. Um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar no Tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste Tribunal.

18 - “Por fim, muito embora se possa genericamente falar de jurisprudência dos tribunais superiores ou dos tribunais locais, a jurisprudência vinculante (vide art.927) é aquela que emana da atividade dos tribunais locais (Cortes de Justiça), e identifica-se sempre que, de acórdão prolatado em incidente de resolução de demandas repetitivas se puder extrair, tal qual nos precedentes, *ratio decidendi* generalizável e, assim, passível de aplicação a outros casos concretos. Contudo, e conforme referimos anteriormente, chamaremos doravante de precedente também a jurisprudência vinculante oriunda dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência.” AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: RT, ANO, p. 947.

19 - “Pois tal enunciado é um extrato do quanto foi decidido em casos nos quais esta questão foi expressamente enfrentada e resolvida por aquele Tribunal Superior. Perceba-se que na súmula da jurisprudência dominante do tribunal não se deve indicar apenas o enunciado, mas também as decisões em qua tal matéria foi enfrentada e decidida, o que permite o conhecimento das circunstâncias que levaram à formação daquele entendimento e os fundamentos que lhe servem de base.” CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015: p. 426.

20 - “Assim, a súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente. [...] “Vê-se, então, que o enunciado da súmula é, por assim dizer, o texto que cristaliza a norma geral extraída, à luz de casos concretos, de outros texto (o texto legal, em sentido amplo).” DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2, Bahia: Juspodivm, 2009, p. 487.

21 - MEDINA, José Miguel de Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015, p. 1244.

22 - DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2, Bahia: Juspodivm, 2015, p. 487.

2. DEVER JURÍDICO DE ESTABILIDADE, INTEGRIDADE E COERÊNCIA

O artigo 926, caput, CPC/2015 fixa três características da jurisprudência que geram deveres jurídicos aos Tribunais na aplicação do sistema dos precedentes. Tais deveres servem como instrumento para o desenvolvimento, nas palavras do Fredie Didier Júnior²³, do microsistema de precedentes judiciais obrigatórios brasileiros. Os Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Esta regra deverá ser conjugada com o artigo 927, § 5.º, CPC/2015 que determina a observância da publicidade.

Esta norma versa, a rigor, sobre o dever de proporcionar unidade ao direito e uniformidade à jurisprudência pelos Tribunais. A necessidade desta uniformidade não fica adstrita à jurisprudência, pois deve ser estendida, também, para o próprio direito.

O dever de uniformizar a jurisprudência decorre da necessidade do Tribunal resolver divergência interna, entre os seus órgãos fracionários, acerca de determinada matéria de direito ou tese jurídica. Assim, podemos concluir que os Tribunais não poderão ficar omissos quanto ao dever de solucionar as divergências e fixar a tese jurídica (de direito material ou processual).

Deste dever, decorre a necessidade da edição de enunciado de súmula que correspondam a sua jurisprudência dominante. Nesta senda, o Tribunal não poderá se afastar das razões fáticas ensejadoras dos precedentes. (artigo 926, §§ 1.º e 2.º, CPC/2015).²⁴

O dever de estabilidade deve ser entendido como a necessidade de motivação adequada e suficiente para externar mudança de entendimento. Além desta necessidade de fundamentação, com maior ônus argumentativo, deverá o Tribunal, em atenção aos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, modular os efeitos do novo entendimento (artigo 927, §§ 2.º ao 4.º, CPC/2015). A alteração de tese jurídica poderá ser precedida da realização de audiências públicas para conferir maior participação dos setores da sociedade civil na formação dos precedentes.

Alguns autores referem-se ao princípio da inércia argumentativa, que tem fundamento constitucional (artigo 5.º, caput e inciso LV e artigo 93, inciso IX, CR/88) e infraconstitucional (artigo 489, § 1.º, incisos V e VI, CPC/2015) como sendo um fato para preservação do *status quo*, cuja modificação pressupõe razões até então não cogitadas ou enfrentadas.²⁵

Este dever de estabilidade enseja a utilização da teoria do *stare decisis et non quieta movere*,

23 - DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2, Bahia: Juspodivm, 2015, p. 487.

24 - “Perceba-se que na súmula da jurisprudência dominante do tribunal não se deve indicar apenas o enunciado, mas também as decisões em que tal matéria foi enfrentada e decidida, o que permite o conhecimento das circunstâncias que levaram à formação daquele entendimento e os fundamentos que lhe servem de base.” CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 426.

25 - “Daí falar-se em um princípio da inércia argumentativa, como a norma que: a) estabelece a necessidade de uma forte carga argumentativa para aquele que pretende afastar (por distinção ou superação) o precedente diante de caso que se assemelhe àquele que ensejou sua formação, exigindo-se não apenas a fundamentação ordinária nos termos do art. 489, caput e § 1.º, CPC, como também uma fundamentação qualificada que justifique o *overruling* ou *distinguishing* nos moldes do art. 489, § 1.º, VI, CPC; e b) facilita a elaboração da fundamentação (carga argumentativa mais fraca) para aquele que pretende aplicar o precedente à resolução de caso semelhante, mas sem que se abra mão de, ao menos, identificar seus fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (art. 489, § 1.º, V, CPC). A inércia argumentativa vem em prol da preservação do *status quo*, cuja modificação pressupõe razões extras até então não cogitadas ou enfrentadas. Mais do que norma infraconstitucional (art. 489, § 1.º, V e VI, CPC), a inércia argumentativa encontra-se implicitamente consagrada na Constituição como exigência de uniformidade jurisprudencial que garanta: i) igualdade de tratamento para casos afins (art. 5.º, caput, CF); ii) de motivação adequada tanto para a decisão que aplica como para aquela que afasta o precedente (art. 93, IX, CF); e iii) de contraditório, que pressupõe o direito de conhecer essa motivação para questioná-la por meios de impugnação cabíveis (art. 5.º, LV, CF)” DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II, Bahia: Juspodivm, 2015, p. 300.

segundo a qual o respeito ao precedente, vinculando o Judiciário para casos futuros, porém sem previsão normativa expressa acerca desse efeito vinculante (*binding effect*).²⁶

A doutrina do *stare decisis* tem por pressuposto a existência de uma jurisprudência íntegra. É imprescindível que os órgãos jurisdicionais respeitem suas próprias decisões.²⁷

A estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários.²⁸

Os deveres de integridade e de coerência foram tratados pela regra do artigo 926, CPC/2015 como sendo distintos, mas são indissociáveis²⁹. Há quem, inclusive, os considere dentro do termo consistência. A bem da verdade, a soma destes dois deveres gera a necessidade da jurisprudência ser consistente, ou seja, a soma do dever de coerência e de integridade gera a consistência. Assim, podemos afirmar que consistência abrange os dois deveres referidos, que são postulados hermenêuticos tanto para a formação, quanto para aplicação dos precedentes.³⁰

O dever de integridade decorre da necessidade da observância da evolução histórica das decisões proferidas e dos precedentes quando da aplicação e utilização do entendimento consolidado. Assim, os órgãos jurisdicionais ficam jungidos³¹ a aplicar as técnicas de distinção e superação do entendimento e da tese jurídica fixada para fins de contextualização do precedente às peculiaridades do caso concreto ou à interpretação atual do ordenamento jurídico.³²

26 - “*Stare decisis não é um fim em si mesmo, e sim um meio para servir a importantes valores no sistema jurídica, que são: segurança jurídica (“ao concordar em seguir as regras estabelecidas, os Tribunais permitem aos indivíduos preverem as consequências jurídicas dos seus atos”), igualdade (“quando os Tribunais decidem os casos de hoje de acordo com os casos de ontem, eles asseguram que as regras jurídicas sejam aplicadas de forma coerente e justa”), eficiência (“ao basear suas decisões em precedente, os Tribunais evitam a necessidade de reexaminar os princípios jurídicos desde o início”) e restrição judicial (“quando os juízes são obrigados a basear suas decisões em precedentes, eles têm menor margem de discricão”).* NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare Decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 100

27 - MEDINA, José Miguel de Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015, p. 1244 “*Deve haver a preocupação em se criar decisões das quais se poderá extrair um precedente (no sentido de orientação, e não de ‘uma decisão judicial’ qualquer) que deverá ser seguido pelo próprio tribunal ou pelos demais tribunais do País.*”

28 - Enunciado n. 316 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

29 - “*Há doutrina que simplesmente os mistura; há quem, embora os distinga, quando trata de concretizá-los, refere a um e a outro indistintamente; e ainda há quem prefira referir-se a eles utilizando o termo ‘consistência’*” JÚNIO, Fredie Didier, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 2, página 477, Editora Juspodivm. Embora preferindo usar o termo “coerência”, PECZENIK, Alexander. “*Certainty or coherence*”. The reasonable as rational? On legal argumentation and justification. *Festschrift for Aulis Aarnio*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000, p.169. STRECK, Lenio Luiz. *Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>. Acesso em: 04 jan. 2016.

30 - “*No final das contas, o relevante será a soma dos deveres atribuídos ao tribunal a partir dos postulados da coerência e da integridade. A essa soma, a esse amálgama pode-se dar o nome de consistência. [...] De fato, “consistência” parece ser um termo mais adequado para designar o conjunto formado por coerência e integridade; talvez a melhor opção fosse simplesmente dizer que os tribunais deverão zelar pela “consistência de sua jurisprudência”. Qualificar uma jurisprudência como “consistente” é, claramente, considerá-la “íntegra e coerente”.* DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2, Bahia: Juspodivm, 2015, p. 303.

31 - “*Entende-se por jurisprudência íntegra aquela que é construída levando-se em consideração a história institucional das decisões acerca de determinada matéria. Significa isto dizer que um tribunal, ao proferir decisão sobre determinado tema, deve levar em conta toda a evolução histórica das decisões proferidas, anteriormente, sobre o mesmo tema. [...] Resulta, pois, do dever de integridade a exigência de que os juízes e tribunais, ao decidir, levem em consideração tudo quanto já se decidiu anteriormente sobre a mesma matéria. Consequência disso é que, por força do dever de integridade, ficam os órgãos jurisdicionais obrigados a utilizar as técnicas de distinção e superação dos precedentes sempre que isto se faça necessário para adequar seu entendimento às características do caso concreto ou à interpretação contemporânea do ordenamento jurídico.*” CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo Atlas. 2015, p. 432.

32 - Enunciado n. 457 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

O dever de integridade em sentido mais abrangente, relaciona-se com a ideia de unidade do Direito. A observância do dever de integridade supõe que o tribunal adote certas posturas ao decidir³³:

- a) decidir em conformidade com o Direito e, com isso, impedir o voluntarismo judicial e argumentações arbitrárias;
- b) decidir em respeito à Constituição da República e, com isso, concretizar o postulado da hierarquia;
- c) compreender o Direito com um sistema de normas e, com isso, concretizar o postulado da unidade do ordenamento jurídico alcançando, inclusive, os microsistemas normativos;
- d) observar as conexões normativas entre o direito material (normas de direito substantivo) e o direito processual (normas de direito adjetivo), bem como com as normas heterotópicas (normas que contém regulação de direito material e processual);
- e) enfrentar, na formação do precedente, todos os argumentos favoráveis e contrários ao acolhimento da tese jurídica em debate (artigos 984, § 3.º e 1038, CPC/2015)³⁴.

O dever de coerência exigido pela norma do artigo 926, CPC/2015 refere-se à necessidade do dever de autorreferência, ou seja, respeito aos próprios precedentes do tribunal, bem como a necessidade de uma congruência interna na formação do próprio precedente.

A doutrina costuma dividir o dever jurídico de coerência em dois prismas: formal e substancial e em duas dimensões: externa e interna.³⁵

O dever de coerência no prisma formal significa que órgão jurisdicional deverá observar a necessidade de não proferir decisões contraditórias. O dever de coerência no prisma substancial significa que o órgão jurisdicional deverá proferir uma decisão que faça algum sentido.³⁶

O dever de coerência gera efeitos em duas dimensões, como supra referido. Na dimensão externa, o dever de coerência significa que os tribunais devem observar suas próprias decisões, bem como a linha evolutiva da jurisprudência, pois, com isso, efetivar-se-á o princípio da igualdade.³⁷ O tribunal, ressalvadas as hipóteses de revisão da tese jurídica, não pode deixar de seguir o seu próprio entendimento consolidado.

O dever de coerência, pois, neste sentido, impõe a necessidade de autorreferência.³⁸ Caso

33 - DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2, Bahia: Juspodivm, 2015, p. 303.

34 - Enunciado n. 305 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “No julgamento de casos repetitivos, o tribunal deverá enfrentar todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida.”

35 - DIDIER JR., op. cit., p. 479-484.

36 - É o que a doutrina denomina de “*conexão positiva de sentido*”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 140.

37 - Enunciados 454 e 455 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “*uma das dimensões da coerência a que se refere o caput do art. 926 consiste em os tribunais não ignorarem seus próprios precedentes [dever de autorreferência]*”; “*Uma das dimensões do dever de coerência [é] o dever de não-contradição, ou seja, o dever de os tribunais não decidirem casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo distinção ou superação.*”

38 - “*A coerência impõe o dever de autorreferência, portanto: o dever de dialogar com os precedentes anteriores, até mesmo para superá-los e demonstrar o distinguishing. O respeito aos precedentes envolve o ato de segui-los, distingui-los ou revogá-los, jamais ignorá-los.*” DIDIER JR., op. cit.

não seja observada esta dimensão do dever de coerência, a decisão judicial será considerada como omissa para fins de interposição do recurso de Embargos de Declaração (artigo 1022, parágrafo único, inciso I, CPC/2015). Assim, a aplicação dos precedentes, da jurisprudência e dos enunciados das súmulas deve ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os aplicaram posteriormente.³⁹

O dever de coerência, em sua dimensão interna, guarda relação direta com a formação do precedente e com a sua fundamentação. Os órgãos jurisdicionais deverão criar precedentes observando os critérios da congruência interna (clareza, certeza, liquidez e coerência), previstos nos artigos 489, § 1.º, 491 e 492, parágrafo único do CPC/2015.

O dever de publicidade previsto no artigo 927, § 5.º, CPC/2015 determina, em viés mais amplo deste princípio, a necessidade dos tribunais organizarem os seus precedentes por questão jurídica decidida e com a obrigatoriedade de sua divulgação, preferencialmente na rede mundial de computadores. Este dever de publicidade deverá ser combinado com o dever de publicidade das decisões judiciais e demais atos do processo (artigo 93, inciso IX, CR/88 e artigo 189, CPC/2015).

Este dever de publicidade também é exigido nos casos em que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas for instaurado e julgado (artigo 979, CPC/2015).

3. COMPOSIÇÃO DO PRECEDENTE

O precedente é composto pelos seguintes elementos: a) circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; b) argumentação jurídica de passagem ou reforço (*obiter dictum*) e c) tese ou princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório (*ratio decidendi* ou *holding*).

A *ratio decidendi* (*holding*)⁴⁰ é a tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto. Composta pelos fundamentos jurídicos que sustentam a própria decisão proferida.

É a opção hermenêutica adotada na decisão, sem a qual a mesma não teria o resultado alcançado, ou seja, a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto. É a opinião necessária para a decisão da causa.⁴¹

As razões de decidir do precedente é que operam a vinculação. A *ratio decidendi* encontra-se na fundamentação da decisão. Por tal razão, o ônus argumentativo nas decisões judiciais ganham ainda maior relevância no CPC/2015 (artigo 489, § 1.º), pois os fundamentos precisam ser adequadamente e efetivamente apresentados para que a *ratio decidendi* seja fixada corretamente.

Apesar deste ônus argumentativo mais robusto, não há imperiosa necessidade do órgão

39 - Enunciado n. 166 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

40 - São expressões sinônimas, mas utilizadas em sistemas diversos. No sistema norte americano é usada a expressão *holding*, enquanto que no sistema inglês é utilizada a expressão *ratio decidendi*. SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 182.

41 - "Na opinião de Simon Whitaker, a *ratio decidendi*, ou o fundamento da decisão, é a proposição ou são as proposições de direito necessárias para o julgamento do caso sobre determinados fatos, de modo que o ponto crucial, em sua opinião, é que a *ratio* de um caso está relacionada com as proposições de direito discutidas no julgamento para os fatos da causa e as alegações das partes." NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare Decisis et non quita movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro*. Editora Lumen Juris.

judicial indicar, de maneira expressa, qual é a *ratio decidendi*. Precisar, contudo, quando da aplicação do precedente fazê-lo.

Nesta senda, Marcelo Alves Dias de Souza⁴², apresenta algumas questões importantes:

- a) se há mais de uma *ratio decidendi* (mais de um fundamento da decisão), todas as razões são vinculantes, mas não poderão ser escolhidas e utilizados isoladamente ao mero alvedrio do órgão julgador. Cada fundamento determinante, portanto, adotado na decisão capaz de resolver de forma suficiente a questão jurídica induz os efeitos de precedente vinculante, nos termos do CPC/2015.⁴³
- b) No caso de decisão de órgão colegiado no bojo da qual for verificada dispersão de fundamentos (razões diversas), apesar do comando decisório (admissibilidade, inadmissibilidade, provimento ou improvimento) ter sido idêntico, entende-se pela inexistência de *ratio decidendi* que servirá de orientação vinculante para os casos futuros.
- c) Também será considerada desprovida de *ratio decidendi* e, portanto, despida de eficácia vinculante, toda decisão judicial que dificulte a identificação dos fundamentos determinantes ou que não fixou tese jurídica bem delineada.

A *ratio decidendi* é composta pelos seguintes elementos: a) indicação dos fatos relevantes da causa; b) raciocínio lógico-jurídico da decisão (ou seja, a fundamentação); c) o juízo decisório (o que restou decidido/fixado) e d) a questão posta em juízo.⁴⁴

A doutrina⁴⁵ costuma apontar, com base no direito comparado, métodos para a identificação/individualização da *ratio decidendi*. Podemos apontar três: i) teste de Wambaugh; ii) método de Goodhart e iii) método de Rupert Cross ou eclético.

O teste de Wambaugh tem como principal fundamento a “técnica de inversão” ou “método hipotético de eliminação”, por meio do qual se verifica se a retirada ou inversão do fundamento utilizado na decisão manterá o seu resultado. Se o resultado (comando decisório) for o mesmo, será *obiter dictum*, do contrário, será *ratio decidendi*.

O método de Goodhart prima pela análise dos fatos subjacentes destacados e considerados como importantes na causa e na decisão que nele se funda, ou seja, a *ratio decidendi* não se encontra na opinião do julgador ou nas razões delineadas. “A definição da *ratio decidendi* pressupõe que se identifiquem e se separem os fatos materiais ou fundamentais, bem assim a decisão neles embasada.”⁴⁶

42 - SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá. 2007.

43 - Enunciado n. 173 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

44 - “No que concerne à definição das formulações jurídicas necessárias à decisão (que corresponderão ao enunciado vinculante para as demais cortes), ela dependerá de um exame: a) dos fatos relevantes do caso concreto; b) da questão posta em juízo; c) da fundamentação e d) do que restou decidido. Estes são os elementos que auxiliam na delimitação do holding.” MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do Direito no Constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.100.

45 - MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT, 2015, p.; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p.315

46 - DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2, Bahia: Juspodivm, 2015, p. 303.

O método de Rupert Cross ou eclético⁴⁷, aplica as duas proposições anteriores. A *ratio decidendi* deve ser individualizada através dos fatos relevantes da causa, devidamente conjugados com os motivos determinantes utilizados para a formação do comando decisório. Através deste método, conclui-se ser equivocada solução através da aplicação de somente um dos métodos de forma isolada.

Por fim, impende destacar que a eficácia transcendente dos motivos determinantes, é, em verdade, a extração de uma *ratio decidendi/holding*, equivalente à exegese constitucional, nos casos de controle de constitucionalidade, fixada pelo tribunal, a partir dos fundamentos da decisão produzida e a conferência a mesma de eficácia normativa.⁴⁸

O *obiter dictum* é composto pelos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios que não tem influência relevante e substancial para a decisão, pois são prescindíveis para o deslinde da controvérsia.⁴⁹

Alguns autores⁵⁰ ainda apontam como *obiter dictum*:

- a) manifestações sobre questão que não é objeto da causa, mas que é hipoteticamente considerada;
- b) manifestações sobre questões irrelevantes;
- c) menção a referenciais normativos impertinentes e inaplicáveis à espécie e
- d) o que constou no voto vencido da decisão colegiada.

Apesar de não possuírem eficácia vinculante, nada impede que possuam eficácia persuasiva, na medida da força de seus fundamentos.⁵¹

O *obiter dictum* pode ser utilizado para fins de prequestionamento, pois será necessariamente declarado e considerado como parte integrante do acórdão para todos os fins legais, conforme artigo 941, § 3.º, CPC/2015. Assim, possível afirmar a superação da súmula 320 do

47 - DIDIER JR., Didier. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. Ed. ESTADO: Juspodivm, ANO, p. ; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 200.

48 - MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do Direito no Constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.100.

49 - “O *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), ou simplesmente *dictum*, é o argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo normativo acessório, provisório, secundário, impressão ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão (“prescindível para o deslinde da controvérsia”). DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2, Bahia: Juspodivm, 2015, p. 303. “Afora isso, os argumentos acessórios elaborados para o deslinde da lide (*obiter dictum*) não podem ser usados com força vinculativa por não terem sido determinantes para a decisão, tão pouco as razões do voto vencido e os fundamentos que não foram adotados ou referendados pela maioria do órgão colegiado. Na praxe forense brasileira, o uso de voto vencido para fundamentação de um pedido ou mesmo de trechos de ementas sem qualquer vinculação à tese jurídica que solucionou a controvérsia originária não pode servir de subsídio ao magistrado no julgamento de casos supostamente semelhantes.” Gisele Leite. O poder dos precedentes no CPC.

50 - Rosito, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional*. Curitiba: Editora Juruá, 2012, p. 112. Mello, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do Direito no Constitucionalismo contemporâneo*. Editora Renovar.

51 - “O *obiter dictum* terá, em regra, eficácia persuasiva, na medida da força de seus fundamentos. Seu peso possuirá, todavia, um aspecto argumentativo. Em um caso que suscite, simultaneamente, diversas questões de direito, uma determinada afirmação da corte, percebida como *obiter dictum*, pode se consolidar, posteriormente, como um *holding* alternativo.” MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do Direito no Constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.100.

Superior Tribunal de Justiça.

Poderão, ainda, ter relevância para possível e futura superação do precedente. O CPC/2015 permite, também, a utilização do *obiter dictum* (nos casos de voto vencido) para aplicação da técnica de julgamento prevista no artigo 942, CPC/2015.

A doutrina⁵², por fim, sustenta que a qualificação de *obiter dictum* e *ratio decidendi* não são imutáveis, pois pode ocorrer um “rebaixamento” ou uma “ascensão”. Aquilo que outrora era considerado como *obiter dictum* pode tornar-se *ratio decidendi* e vice-versa.

4. CLASSIFICAÇÃO DOS PRECEDENTES

4.1 Quanto ao conteúdo⁵³

Os precedentes, quanto ao conteúdo, poderão ser classificados em: a) precedentes declarativos e b) precedentes criativos.

Os precedentes declarativos são aqueles que simplesmente reconhecem e aplicam uma norma jurídica previamente existente. A decisão judicial, qualificada como precedente, se baseia em precedente anterior para resolver determinado caso concreto.

Para parte da doutrina, a novidade do precedente criativo somente pode ser admitida no sentido de esclarecer algo, ou se descobrir um princípio que encontrava-se adormecido.⁵⁴

Os precedentes criativos são aqueles que criam e aplicam uma determinada norma jurídica, ou seja, o órgão jurisdicional supre lacuna ou se depara com cláusulas gerais.

4.2 Quanto aos efeitos⁵⁵

Os precedentes, quanto aos efeitos, poderão ser classificados em: a) precedente com eficácia vinculante ou obrigatória (com eficácia normativa); b) precedente com eficácia meramente persuasiva ou persuasivo; c) precedente obstativo de revisão de decisões (de eficácia impositiva intermediária); d) precedente com eficácia autorizante; e) precedente com eficácia rescindente ou deseficacizante; f) precedente que permite revisão de coisa julgada.

Há autores que separam o presente tema em graus de eficácia. Os precedentes, nesta classificação, podem ter: a) vinculação formal; 2) não formalmente vinculante, mas contendo for-

52 - ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*. Racionalidade da Tutela Jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p.

53 - DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p.350.

54 - “Essa classificação não nos agrada, porque, segundo pensamos, o juiz não “cria” o direito. Mesmo quando decide a partir de princípios, ou resolve questões à luz de textos legais que contenham expressões vagas, não está autorizado o juiz a julgar “a partir do nada”, como se legislador fosse. Deve o juiz encontrar a solução no sistema jurídico, proferindo decisão harmônica com o que se produziu na história e com o que se tem produzido na comunidade jurídica. Dito de outro modo, não se admite que o juiz instrua algo “estranho” ao ambiente jurídico.” MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015, p.250.

55 - DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p.300.

ça; 3) não formalmente vinculante e não tendo força, mas provendo razões e 4) força meramente ilustrativa ou outro valor.⁵⁶

Na presente obra, adotaremos a classificação tradicional dos efeitos dos precedentes.

Os efeitos listados não se excluem, pois podem ser verificados em uma mesma situação, ou seja, os precedentes podem ter mais de um dos efeitos mencionados⁵⁷, mas todos os efeitos dos precedentes decorrem da sua própria *ratio decidendi*.

O precedente com eficácia vinculante, obrigatória ou eficácia normativa (*doctrine of binding precedent, binding authority* ou teoria do *stare decisis et non quia movere*) é aquele que fixa uma orientação/tese jurídica a ser obrigatoriamente seguida em todas as hipóteses semelhantes supervenientes.⁵⁸

Os precedentes vinculantes são os que obrigatoriamente devem ser seguidos quando do julgamento de posteriores casos análogos, independentemente do convencimento do juiz quanto à sua correção. Neste caso, a norma jurídica geral (tese jurídica, *ratio decidendi*) estabelecida na fundamentação de determinadas decisões judiciais tem o condão de vincular decisões posteriores, obrigando que os órgãos jurisdicionados adotem aquela mesma tese jurídica na sua própria fundamentação.

Os precedentes vinculantes, portanto, deverão ser observados e aplicados obrigatoriamente, de ofício, sob pena da decisão judicial proferida ser reputada como omissa, na forma do artigo 1022, parágrafo único, inciso do CPC/2015. Esta decisão é denominada *per incuriam*. Apesar desta norma referir-se somente aos casos previstos no artigo 927, inciso III, CPC/2015, deve ser

56 - “[...] o precedente pode conter: 1. Vinculação formal: um julgamento que não respeite a força vinculante do precedente é contrário ao direito e sujeito à revisão em grau de recurso. Distingue-se: a) vinculação formal não sujeita a superação: (i) estritamente vinculante – deve ser aplicado em todos os casos; (ii) superavelmente vinculante – deve ser aplicado em todos os casos a menos que se apliquem exceções (definidas ou não); b) vinculação formal (com ou sem exceções) que é sujeita a superação ou modificação. 2. Não formalmente vinculante mas contendo força: um julgamento que não respeite a força do precedente, embora não seja contrário ao direito, é sujeito a críticas e pode ser sujeito a reversão. Distingue-se: a) força superável – deve ser aplicado a menos que surjam exceções (que podem ou não ser bem definidas); b) força prevalentemente: deve ser aplicado a menos que haja razões contrárias para não aplicar; 3. Não formalmente vinculante e não tendo força, mas provendo razões: um julgamento que não o considere não é contrário ao direito e pode ainda ser justificado, mas não tão bem justificado quanto seria se o precedente tivesse sido invocado, por exemplo, para mostrar que a decisão a que se chega harmoniza-se com o precedente; 4. Força meramente ilustrativa ou outro valor.” MOTTA, Otávio Verdi. Justificação da decisão judicial. A elaboração da motivação e a formação do precedente. Coleção o Novo Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p.200.

57 - “O enunciado de súmula do STF e do STJ, por exemplo, tem, concomitantemente, eficácia obrigatória (art. 927, IV), obstativa (art. 496, § 4.º, I), denegatória (art. 923, IV, “a”, e 332, I, CPC) e autorizante (art. 932, V, “a”). Já o enunciado de súmula do tribunal de justiça sobre direito local é precedente com efeito denegatório (art. 332, IV, CPC) – o que não o priva de outros efeitos (art. 955, parágrafo único, I, CPC). Há, ainda, casos de precedentes que permitem um julgamento monocrático e de plano de incidente processual, sem necessariamente determinar um juízo de denegação ou acolhimento. O legislador consagra hipótese deste viés ao tratar da possibilidade de julgamento de plano por decisão singular do relator de conflito de competência, quando sua decisão tiver por fundamento enunciado de súmula do STF, do STJ e do próprio tribunal, ou o precedente oriundo de julgamento de casos repetitivos e assunção de competência (art. 955, parágrafo único, CPC).” DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 10. ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p.375.

58 - “Ao falar em efeito vinculante do precedente, deve-se ter em mente que, em certas situações, a norma jurídica geral (tese jurídica, *ratio decidendi*) estabelecida na fundamentação de determinadas decisões judiciais tem o condão de vincular decisões posteriores, obrigando que os órgãos jurisdicionados adotem aquela mesma tese jurídica na sua própria fundamentação.” DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 10. ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p.370 “Já os precedentes vinculantes são os que obrigatoriamente devem ser seguidos quando do julgamento de posteriores casos análogos, independentemente do convencimento do juiz quanto à sua correção. Neste caso, “a norma jurídica geral (tese jurídica, *ratio decidendi*) estabelecida na fundamentação de determinadas decisões judiciais tem o condão de vincular decisões posteriores, obrigando que os órgãos jurisdicionados adotem aquela mesma tese jurídica na sua própria fundamentação”. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 389) Os precedentes obrigatórios são, conforme dito, a regra na teoria do *stare decisis*, e sua força vinculante está ligada, dentre outros fatores, à posição hierárquica do órgão jurisdicional que cria o precedente. São obrigatórios os precedentes proferidos pelo próprio órgão e os que emanam dos tribunais a ele superior (denominado de precedente vertical). Por outro lado o precedente horizontal são os que emanam de órgãos de mesma hierarquia, e que funcionam como mero precedente persuasivo.”

estendido o seu efeito para os demais casos de eficácia vinculante.

Apesar da aplicação de precedente vinculante ser matéria de ordem pública e, portanto, aplicável de ofício pelo órgão jurisdicional, não afasta a necessidade da oitiva prévia das partes, na forma dos artigos 10 e 927, § 1.º, CPC/2015.

O efeito vinculante de um precedente deve sempre decorrer de determinação legal expressa. Os precedentes com eficácia vinculante também ostentam os demais efeitos listados acima.

Todas as hipóteses das decisões e precedentes previstas no artigo 927 do CPC/2015 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais vinculados.⁵⁹ As súmulas vinculantes (artigo 103-A, CR/88) também ostentam tal efeito, bem como as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade.

Por fim, impende salientar a existência de entendimento doutrinário no sentido do reconhecimento de graus de vinculatividade/obrigatoriedade⁶⁰. Segundo esta doutrina, é importante que se perceba a existência de certo grau de obrigatoriedade no que tange ao respeito da jurisprudência dos Tribunais Superiores, no sentido amplo. Divide, assim, a obrigatoriedade, em três graus: i) forte; ii) média e iii) fraca.

A obrigatoriedade forte é aquela que vincula os demais órgãos jurisdicionais com a previsão de mecanismo jurisdicional específico para o controle da sua inobservância e/ou aplicação incorreta. É o que ocorre nos casos de Reclamação proposta para obrigar órgão jurisdicional inferior a seguir o precedente (artigos 103-A, CR/88 e 988, CPC/2015).

A obrigatoriedade média é aquela que vincula os demais órgãos jurisdicionais sem a previsão, contudo, de mecanismo jurisdicional específico para o controle da sua inobservância e/ou aplicação incorreta. Apesar da inexistência de mecanismo específico, poderá ser usado um mecanismo genérico (qualquer remédio jurídico). É o que ocorre, por exemplo, nos casos do exercício do controle jurisdicional difuso, sem análise da lei em tese, pelo Supremo Tribunal Federal.

A obrigatoriedade fraca, por fim, é aquela com viés meramente cultural, pois não há mecanismo, genérico ou específico, para o controle da sua inobservância e/ou aplicação incorreta. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de desrespeito à jurisprudência não unânime, porém majoritária de um Tribunal de origem. Neste caso, a rigor, parece mais próximo de um precedente com eficácia meramente persuasiva do que propriamente vinculante/obrigatório.

O precedente persuasivo ou de eficácia meramente persuasiva (*persuasive precedent/ authority*) é aquele que, apesar da ausência de eficácia vinculante, poderá repercutir em demandas

59 - No mesmo sentido, Enunciado n. 170 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Em sentido contrário, vale mencionar o entendimento de Alexandre Freitas Câmara: "Assim é que têm eficácia vinculante as decisões e enunciados sumulares indicados nos incisos I a III do art. 927; e são meramente argumentativas as decisões e verbetes sumulares de que tratam os incisos IV e V do mesmo artigo." *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p.250.

60 - "Percebe-se, portanto, que se podem conceber graus de vinculatividade. Se a súmula é a essência da jurisprudência dominante de um Tribunal, é natural que deva ser respeitada/obedecida/observada, ainda que não haja um instituto específico de que possa valer-se o prejudicado para "obrigar" o Tribunal a respeitar as próprias súmulas ou um juiz a decidir em conformidade com estas. A obrigatoriedade de se respeitarem as súmulas dos Tribunais de 2.º grau – bem como dos Tribunais Superiores, que não sejam propriamente vinculantes – decorre do sentido do sistema, e princípios constitucionais relevantíssimos – como, v.g., o da isonomia – e da própria função e razão de ser dos Tribunais, notadamente dos Tribunais Superiores, cuja função é zelar pela integridade do ordenamento." WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p.380.

posteriores, pois constitui indício de uma solução racional e socialmente adequada⁶¹. Não ostentam aptidão para jungir o órgão jurisdicional aos seus termos, contudo, pode influir na formação da sua convicção.

O CPC/2015 nos fornece exemplos: artigos 1029, § 1.º (c/c artigo 105, inciso III, c), CR/88) e 1043.

O precedente obstativo da revisão de decisões ou de eficácia impositiva intermediária é aquele em que o legislador autoriza que o magistrado negue seguimento a determinados recursos ou que dispense a remessa necessária quando estiverem em confronto com determinados precedentes.

Ainda que os precedentes não sejam de observância obrigatória, a não aplicação sujeitará a decisão à revisão. Este tipo de eficácia do precedente não deixa de ser, em certo aspecto, uma decorrência do efeito vinculante.

O CPC/2015 nos fornece os seguintes exemplos: artigos 332, 496, § 4.º, 932, inciso IV e 1040, inciso I.

O precedente com eficácia autorizante, como o próprio nome faz supor, é aquele cujo efeito é o de permitir a admissibilidade ou provimento/acolhimento de algum ato processual praticado pelas partes, ou seja, serve tanto para o juízo de mera admissibilidade quanto para o juízo de mérito.⁶²

O CPC/2015 nos fornece os seguintes exemplos: artigos 311, inciso II; 932, inciso V; 949, parágrafo único⁶³ e 1035, § 3.º. A CR/88 fornece o seguinte exemplo: artigo 105, inciso III, c).

O precedente com eficácia rescindente ou deseficacizante é aquele que tem o condão de gerar a rescisão da coisa julgada material (artigo 502, CPC/2015) ou a retirada da eficácia de determinada decisão judicial (artigo 203, CPC/2015) transitada em julgado.

A depender do precedente, sua eficácia permitirá às partes e eventuais interessados a utilização de mecanismos judiciais para a rescisão da coisa julgada material ou a simples retirada da eficácia da decisão judicial, após o trânsito em julgado. Note-se que não é o precedente que vai acarretar a rescisão ou a retirada da eficácia. A existência do precedente que tornará tais situações juridicamente possíveis.

Em sede de cumprimento de sentença, há exemplo desta possibilidade quando os artigos

61 - TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. ed. São Paulo: RT, 2011, p.200.

62 - "Assim como pode ser obstativo e denegatório, o precedente pode ser autorizante, quando é determinante para a admissão ou acolhimento de ato postulatório (como recurso, demanda ou incidente processual)." DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. v. 2, Bahia: Juspodivm, 2015, p.375.

63 - EMENTA Embargos de declaração em recurso extraordinário. Conversão em agravo regimental, conforme pacífica orientação da Corte. Lei distrital que criou cargos em comissão para funções rotineiras da Administração Pública. Impossibilidade. 1. A decisão ora atacada reflete a pacífica jurisprudência da Corte a respeito do tema, a qual reconhece a inconstitucionalidade da criação de cargos em comissão para funções que não exigem o requisito da confiança para seu preenchimento. 2. Esses cargos, ademais, deveriam ser preenchidos por pessoas determinadas, conforme descrição constante da aludida lei. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual é negado provimento. (RE 376440 ED, Relator(a) : Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 18/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 13-11-2014 PUBLIC 14-11-2014) . O Supremo Tribunal Federal, neste precedente, entendeu ser possível o proferimento de decisão monocrática em torno da constitucionalidade de ato normativo, mitigando-se a observância do princípio da reserva de plenário (artigo 97 da CR/88), toda vez que a questão constitucional já houver sido definida pelo próprio STF.

525, §§ 12 ao 14 e 535, §§ 5.º ao 7.º, CPC/2015 permitem que um precedente do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade seja utilizado para tal desiderato.

Impende salientar, por força das normas dos artigos 525, § 15; 535, § 8.º e 1057, CPC/2015, que somente os precedentes anteriores ao trânsito em julgado permitirão o reconhecimento judicial da inexigibilidade do título executivo. Caso o precedente do Supremo Tribunal Federal seja posterior ao trânsito em julgado, deverá ser utilizado o mecanismo da Ação Rescisória (artigo 966, inciso V, CPC/2015), cujo prazo decadencial (artigo 975, CPC/2015 c/c súmula 401 do Superior Tribunal de Justiça) deverá ser contado a partir da data do trânsito em julgado da decisão proferida pelo STF.

O precedente que permite revisão da coisa julgada é aquele que possibilita a propositura de uma demanda própria (chamada por alguns de ação de revisão de coisa julgada) com o fito precípua de revisar a coisa julgada material quando estiver ínsita em relação jurídica continuativa, ou seja, que se protraí no tempo.⁶⁴ No bojo das decisões judiciais de mérito que resolvem estas relações jurídicas há, de maneira implícita, a cláusula *rebus sic stantibus*.

A existência desta cláusula permite a revisão da decisão judicial e, por via de consequência da coisa julgada material, toda vez que a situação fática que a ensejou sofrer alterações. A propositura desta ação não terá o condão de violação da própria coisa julgada material, mas sim de revisá-la, pois não será demanda idêntica a anterior, na medida em que estará lastreada em causa de pedir diversa (artigo 337, §§ 1.º ao 3.º, CPC/2015).

O Superior Tribunal de Justiça possui precedente de sua Corte Especial neste sentido, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO ASSEGURADA POR DECISÃO JUDICIAL. SUPERVENIÊNCIA DE LEI FIXANDO NOVOS VENCIMENTOS. ABSORÇÃO DAS VANTAGENS ANTERIORES, ASSEGURADA A IRREDUTIBILIDADE DOS VENCIMENTOS. LEGITIMIDADE. EFICÁCIA TEMPORAL DA COISA JULGADA, OBSERVADA A CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS. PRECEDENTES (MS 11.145, CE, MIN. JOÃO OTÁVIO, DJE 03/11/08).1. Ao pronunciar juízos de certeza sobre a existência, a inexistência ou o modo de ser das relações jurídicas, a sentença leva em consideração as circunstâncias de fato e de direito que se apresentam no momento da sua prolação. Tratando-se de relação jurídica de trato continuado, a eficácia temporal da sentença permanece enquanto se mantiverem inalterados esses pressupostos fáticos e jurídicos que lhe serviram de suporte (cláusula *rebus sic stantibus*). Assim, não atenta contra a coisa julgada a superveniente alteração do estado de direito, em que a nova norma jurídica tem eficácia *ex nunc*, sem efeitos retroativos. Precedentes da CE e de Turmas do STJ.2. No caso, a superveniente Lei 10.475/02, dispendo sobre os vencimentos de servidores públicos, operou a absorção dos valores anteriores, inclusive o das vantagens asseguradas por sentença, mas preservou a irredutibilidade mediante o pagamento de eventuais diferenças como direito individual (art. 6.º). Legitimidade da norma, conforme decisão do STF, adotada como fundamento do ato atacado.3. Mandado de segurança denegado.(MS 11.045/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/02/2010, DJe 25/02/2010).

64 - No sentido do texto, podemos citar: DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 10. ed. Bahia: Juspodivm. ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p.150. Em sentido oposto, podemos citar TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e a sua revisão*. ed. São Paulo: RT, 2005, p.100.

Entretanto, aplicando o regime jurídico dos recursos repetitivos, o próprio STJ mudou de posicionamento, ao preconizar que:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. RITO DO ART. 543-C DO CPC. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO – CSLL. COISA JULGADA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 7.689/88 E DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA. SÚMULA 239/STF. ALCANCE. OFENSA AOS ARTS. 467 E 471, CAPUT, DO CPC CARACTERIZADA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL CONFIGURADA. PRECEDENTES DA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. Discute-se a possibilidade de cobrança da Contribuição Social sobre o Lucro – CSLL do contribuinte que tem a seu favor decisão judicial transitada em julgado declarando a inconstitucionalidade formal e material da exação conforme concebida pela Lei 7.689/88, assim como a inexistência de relação jurídica material a seu recolhimento. 2. O Supremo Tribunal Federal, reafirmando entendimento já adotado em processo de controle difuso, e encerrando uma discussão conduzida ao Poder Judiciário há longa data, manifestou-se, ao julgar ação direta de inconstitucionalidade, pela adequação da Lei 7.689/88, que instituiu a CSLL, ao texto constitucional, à exceção do disposto no art 8.º, por ofensa ao princípio da irretroatividade das leis, e no art. 9.º, em razão da incompatibilidade com os arts. 195 da Constituição Federal e 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT (ADI 15/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, DJ 31/8/07). 3. O fato de o Supremo Tribunal Federal posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão judicial transitada em julgado em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada, sob pena de negar validade ao próprio controle difuso de constitucionalidade. 4. Declarada a inexistência de relação jurídico-tributária entre o contribuinte e o fisco, mediante declaração de inconstitucionalidade da Lei 7.689/88, que instituiu a CSLL, afasta-se a possibilidade de sua cobrança com base nesse diploma legal, ainda não revogado ou modificado em sua essência. 5. “Afirmada a inconstitucionalidade material da cobrança da CSLL, não tem aplicação o enunciado n.º 239 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual a “Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores” (AgRg no AgRg nos EREsp 885.763/GO, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, Primeira Seção, DJ 24/2/10). 6. Segundo um dos precedentes que deram origem à Súmula 239/STF, em matéria tributária, a parte não pode invocar a existência de coisa julgada no tocante a exercícios posteriores quando, por exemplo, a tutela jurisdicional obtida houver impedido a cobrança de tributo em relação a determinado período, já transcorrido, ou houver anulado débito fiscal. Se for declarada a inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo, não há falar na restrição em tela (Embargos no Agravo de Petição 11.227, Rel. Min. CASTRO NUNES, Tribunal Pleno, DJ 10/2/45). 7. “As Leis 7.856/89 e 8.034/90, a LC 70/91 e as Leis 8.383/91 e 8.541/92 apenas modificaram a alíquota e a base de cálculo da contribuição instituída pela Lei 7.689/88, ou dispuseram sobre a forma de pagamento, alterações que não criaram nova relação jurídico-tributária. Por isso, está impedido o Fisco de cobrar a exação relativamente aos exercícios de 1991 e 1992 em respeito à coisa julgada material” (REsp 731.250/PE, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJ 30/4/07). 8. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução 8/STJ. (REsp 1118893/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/03/2011, DJe 06/04/2011)

Conforme decidido pelo STJ, neste último precedente, o fato de o Supremo Tribunal Federal posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão judicial transitada em julgado em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada, sob pena de negar validade ao próprio controle difuso de constitucionalidade.

4.3 A eficácia do precedente não se confunde com coisa julgada material

A eficácia do precedente, assim como o instituto da coisa julgada material, possui limites objetivo e subjetivo e instrumentos jurídicos típicos para o exercício do controle, mas não se confundem.

A coisa julgada material, no tocante ao limite subjetivo, como regra geral no processo civil individual⁶⁵, segue a norma jurídica ínsita no artigo 506, CPC/2015, qual seja, eficácia inter partes (*res inter alios acta*). No tocante ao limite objetivo, como regra geral, fica adstrito somente ao conteúdo do dispositivo da decisão judicial proferida (norma jurídica individualizada).

Com o advento do CPC/2015, este regramento sofreu alteração quanto às questões prejudiciais decididas expressa e incidentalmente na fundamentação.

O CPC/1973, em seu artigo 469, inciso III preconizava que a questão prejudicial decidida incidentalmente na sentença não seria abrangida pela coisa julgada material, salvo se a parte propusesse ação declaratória incidental (artigos 5.º, 325 e 470), hipótese na qual a questão, então prejudicial, passaria a ser principal e decidida na parte dispositiva da sentença.

O artigo 503, § 1.º, CPC/2015, ao reverso, preconiza a expressa possibilidade da coisa julgada material abranger a questão prejudicial decidida incidentalmente no processo, independentemente da propositura de ação declaratória incidental. A rigor, a ação declaratória incidental não foi regulamentada expressamente no CPC/2015.

Esta nova regulamentação da questão prejudicial e da coisa julgada material, por certo, não pode ser aplicada aos processos já findos, bem como aos processos em curso quando da entrada em vigor do CPC/2015, sob pena de vulnerar os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima.

Assim, em consonância com o disposto no artigo 14, CPC/2015, o artigo 1054 determina a aplicação do artigo 503, § 1.º somente aos processos iniciados após a entrada em vigor da nova lei processual. Aos processos pendentes, quando da entrada em vigor, ao reverso, serão aplicadas as regras dos artigos 5.º, 325 e 470, CPC/2015.

Portanto, o limite objetivo da coisa julgada, com a redação do artigo 503, § 1.º, CPC/2015, foi ampliado para abranger, também, as questões prejudiciais.

Por fim, os instrumentos jurídicos de controle da coisa julgada material são: ação rescisória (artigo 966, CPC/2015), *querela nullitatis insanabilis* (previsão implícita nos artigos 19, inciso I, 525, § 1.º, inciso I e 535, inciso I, CPC/2015), desconstituição de sentença inconstitucional transitada em julgado (artigos 525, § 12 e 535, § 5.º, CPC/2015) e correção de erro material (artigo 494, inciso I, CPC/2015).

A eficácia (vinculante) do precedente judicial, no tocante ao limite subjetivo ostenta eficácia *erga omnes*, ou seja, aplica-se a todos indistintamente, desde que estejam na mesma situação fático-jurídica para efetivar o princípio da isonomia. No tocante ao limite objetivo, a eficácia vin-

65 - Nos processos coletivos, aplicar-se-ão as eficácias subjetivas *erga omnes* (interesses difusos), *ultra partes* (interesses coletivos em sentido estrito) e *erga victmae* (interesses individuais homogêneos), conforme artigos 18 da lei 4717/65, 16 da lei 7347/85 e 103, incisos I ao III da lei 8078/90.

culante fica adstrita à fundamentação da decisão, ou melhor, fica adstrita à *ratio decidendi* e sua norma jurídica geral⁶⁶, que se encontra na fundamentação da decisão.

Os instrumentos jurídicos de controle da eficácia vinculante do precedente judicial se dividem em dois tipos: i) preventivo e ii) repressivo.

O controle preventivo da eficácia vinculante do precedente ocorre através da atuação das partes (postulado do contraditório) e, principalmente, pela intervenção do *amicus curiae* (artigos 138; 950, § 3.º, 983, § 1.º e 1038, incisos I e II, CPC/2015).

O controle repressivo da eficácia vinculante do precedente ocorre através dos mecanismos de superação (*overruling*, *overriding* e *transformation*), conforme artigos 103-A, CR/88, 3.º da lei 11417/2006 e artigos 927, §§ 2.º ao 4.º, 986 e 988, CPC/2015.

5. TÉCNICAS APLICÁVEIS AOS PRECEDENTES

5.1 Técnica de confronto, interpretação e aplicação

Para fins de aplicação desta técnica, é imprescindível usar um método de comparação entre os elementos objetivos da demanda (pedido e causa de pedir) e a *ratio decidendi* (holding).

A técnica consagrada pela doutrina para tal desiderato é o *distinguishing*. A aplicação desta técnica nada mais é do que realização uma comparação entre o caso concreto a ser julgado e o paradigma (precedente) a ser utilizado.

Diante da ausência de coincidência entre os fatos fundamentais da demanda a ser julgada e das peculiaridades do caso concreto, o órgão jurisdicional pode deixar de aplicar o precedente (*ratio decidendi*) ao caso concreto ou estender sua aplicação, a despeito das peculiaridades.

Aplica-se a todos os tipos de precedentes, inclusive os vinculantes/obrigatórios.⁶⁷

Esta técnica exterioriza, portanto, uma forma de confronto/comparação. A doutrina⁶⁸, atenta a isso, afirma que o *distinguishing* pode ser: i) *distinguishing*-método; ii) *distinguishing*-resultado.

O *distinguishing*-método nada mais é do que o confronto entre o caso concreto e a *ratio*

66 - "A norma geral, constante da fundamentação, é a norma identificada a partir de um caso concreto, isto é, um problema concreto e, diante disso, busca a solução geral prevista pelo legislador. A norma geral, que está na fundamentação da decisão e que foi construída pelo juiz a partir de um caso concreto, chama-se precedente, como mencionado no art. 479 do CPC. Ao se afirmar que há um precedente, se está afirmando que há uma norma geral que já identificada por outro magistrado como aplicável ao caso concreto. O precedente não é formado pela norma jurídica individualizada, mas pela norma geral, construída por outro juiz ou Tribunal diante de um caso concreto. Esse é o ponto principal. Justamente por ser uma norma geral que se mostra interessante aplicá-lo para a hipótese em discussão. Nesse sentido, o precedente somente pode ser utilizado na fundamentação de outra decisão, pois o Judiciário soluciona conflitos concretos, diferentemente do legislador que busca solucionar problemas abstratos. Vejamos o entendimento do STF[33] que afirma que todo parlamentar que trocar de partido perderá o mandato (norma geral), tendo João trocado de partido, perderá o mandato (norma individualizada)." LOURENÇO, Haroldo. *Precedente Judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC*. Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/53-v1-n6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>. Acesso em: 06 jan. 2016.

67 - Enunciado n. 306 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

68 - TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como fonte do direito*. ed. São Paulo: RT, 2011, p.100.

decidendi (artigos 489, §1.º, inciso V e 927, § 1.º, CPC/2015).

O *distinguishing*-resultado, por sua vez, é o resultado decorrente desta comparação/confronto que resulta naquilo que o CPC/2015 chama de “distinção”(artigos 489, § 1.º, inciso VI e 927, § 1.º).

Assim, mediante a utilização do método comparativo acima referido, o órgão julgador poderá chegar a dois resultados: a) *restrictive distinguishing* e b) *ampliative distinguishing*.

O *restrictive distinguishing* confere à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, no caso em que o órgão jurisdicional está absolutamente convencido que as peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação do precedente.

O *ampliative distinguishing*⁶⁹ estende ao caso concreto posto em análise a mesma solução jurídica conferida aos casos anteriores, no caso em que o órgão jurisdicional está absolutamente convencido que, mesmo diante das peculiaridades, a tese jurídica é aplicável.

5.2 Técnicas de superação

As técnicas de superação dos precedentes são utilizadas para afastar a aplicação destes no caso concreto posto em análise, em virtude de sua obsolescência, injustiça ou inexecuibilidade.

As técnicas de superação são as seguintes: a) *overruling*; b) *overriding* e c) *transformation*.

5.2.1 *Overruling*

A técnica denominada *overruling* é aquela que reconhece que o precedente perdeu a sua força e foi substituído por outro. Embora o sistema jurídico de precedentes visa estabelecer uniformidade de tratamento das partes (coletividade), estabilidade e segurança jurídica, não acarretará, sob pena de inutilidade, impossibilidade de revogação do precedente, pois, diante de determinadas circunstâncias, é justificada e imprescindível.

A doutrina costuma afirmar a necessidade da apresentação de razões aceitáveis para a modificação ou revogação (*overruling* e *overriding*) do precedente. Há três razões tradicionalmente aceitas:⁷⁰

- a) intervenção no desenvolvimento do direito, ou seja, quando é tomada uma decisão posterior tornando o precedente inconsistente;
- b) quando a regra estabelecida no precedente revela-se impraticável;
- c) quando o raciocínio subjacente ao precedente está desatualizado ou mostra-se inconsistente com os valores atualmente compartilhados na sociedade.

Há outras razões que também são aceitas por outro setor doutrinário⁷¹:

69 - Esta técnica pode gerar overstatement (“To state in exaggerated terms.”), ou seja, um exagero/extensão de uma realidade.

70 - MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. ed. São Paulo: RT. 2015. p. 1242

71 - SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.150; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p.375.

- a) quando o precedente é absolutamente injusto e/ou incorreto;
- b) quando as normas jurídicas que sustentam a estabilidade, tais como a isonomia e a segurança jurídica, mais fundamentam a sua revogação do que a sua preservação;
- c) superveniência de lei nova incompatível com o precedente, pois é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto. A modificação do precedente poderá, portanto, fundar-se na revogação ou modificação da lei em que se baseou.⁷²

Considerando a possibilidade de ocorrer superação de um precedente (*overruling*) através da entrada em vigor do CPC/2015 (conforme item c) supra), vale mencionar, sem a pretensão de esgotamento, alguns exemplos:

- a) a súmula 320 do STJ foi integralmente superada com o advento do artigo 941, § 3.º;
- b) a súmula 216 do STJ foi integralmente superada com o advento do artigo 1003, § 4.º;
- c) a súmula 187 do STJ foi integralmente superada com o advento do artigo 1007, § 7.º;
- d) a súmula 418 do STJ foi integralmente superada com o advento do artigo 1024, § 5.º;
- e) a súmula 211 do STJ foi integralmente superada com o advento do artigo 1025;
- f) a súmula 115 do STJ foi integralmente superada com o advento dos artigos 932, parágrafo único, 938, § 1.º e 1029, § 3.º;
- g) a súmula 528 do STF foi integralmente superada com o advento do artigo 1034;
- h) as súmulas 288 e 639 do STF foram integralmente superadas com o advento dos artigos 932, parágrafo único, 938, § 1.º e 1029, § 3.º;
- i) as súmulas 315 do STJ e 353 do STF foram integralmente superadas com o advento do artigo 1043;
- j) a súmula 453 do STJ foi integralmente superada com o advento do artigo 85, § 18;
- k) a súmula 306 do STJ, bem como o entendimento firmado no Resp repetitivo n.º 963.528/PR com o advento do artigo 85, § 18;
- l) a súmula 472 do STJ foi integralmente superada com a supressão do instituto da nomeação a autoria, enquanto modalidade de intervenção de terceiros;
- m) a súmula 372 do STJ foi integralmente superada com o advento dos artigos 139, inciso IV; 400, parágrafo único e 403, parágrafo único;

72 - Enunciados ns. 322 e 324 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Parte da doutrina, contudo, neste ponto, afirma não ser suficiente a modificação legal: “Há de se perceber, porém, que, quando há modificação legal, não se tem propriamente uma revogação de precedente nos termos que faz referência o CPC. Nesta hipótese, a não aplicação do precedente pode ser feita por qualquer juiz, não irá necessitar do ônus argumentativo existente para a decisão de superação típica e nem será necessária a ponderação da revogação com o princípio da segurança jurídica.” DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p.380.

n) a súmula 417 do STJ foi integralmente superada com o advento do artigo 835, § 1.º.

Isso pode ocorrer de forma implícita (*implied overruling*) ou de forma expressa (*express overruling*).

Express overruling é a superação do precedente decorrente de decisão expressa neste sentido, ou seja, o órgão jurisdicional reconhece a superação.

Implied overruling é a adoção de um entendimento contrário ao anterior, mas sem superação expressa deste. Trata-se de modalidade de superação que não pode ser admitida em nosso ordenamento, sob pena de violar o sistema de precedentes, pois exige-se, conforme artigo 927, § 4.º, CPC/2015, fundamentação adequada e específica. Violará, também, o dever de coerência previsto no artigo 926, CPC/2015.

A decisão que implica o *overruling*, em atenção aos deveres de estabilidade, integridade e coerência, requer um ônus argumentativo maior (artigo 489, § 1.º, inciso VI, CPC/2015).

Além deste dever, o CPC/2015 prevê a utilização de instrumentos de debate público para pluralizar o debate acerca de determinados temas através de audiências públicas (artigo 927, § 2.º).

Em nosso ordenamento, o *overruling* poderá ocorrer de duas formas: i) difusa ou ii) concentrada.⁷³

O *overruling* difuso é aquele que pode decorrer de qualquer causa pendente no Tribunal (recursos, remessa necessária ou causas da competência originária), ou seja, ocorrerá sem a necessidade de instauração de um procedimento próprio para este fim. A superação poderá ocorrer, portanto, incidentalmente.

O *overruling* concentrado, por seu turno, é aquele que exige a instauração de um procedimento próprio, através dos legitimados específicos para que o Tribunal supere o precedente existente, até então aplicável. Haverá, portanto, um procedimento autônomo com o objetivo único de revisão ou cancelamento do precedente. É o que ocorre, por exemplo nos casos de súmulas vinculantes do STF (artigo 3.º lei 11417/2006) e no incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 986, CPC/2015).

O *overruling* ostenta, ao menos, seis eficácias temporais: a) retroativa (*retrospective*); b) prospectiva (*prospective*); c) prospectiva pura (*pure prospective*); d) imediata (*limited prospectivity*); e) duplamente prospectiva ou prospectiva-prospectiva (*prospective-prospective overruling*) d) antecipada (*antecipatory*).

Retrospective overruling é a eficácia retroativa da superação do precedente, que atinge fatos anteriores à substituição. A eficácia retroativa se divide em: i) pura e ii) clássica. Na aplicação retroativa pura, o novo entendimento atingiria inclusive fatos relativos a decisões transitadas em julgado, com a possibilidade de utilização de ação rescisória. Na aplicação retroativa clássica O novo entendimento será aplicável aos fatos ocorridos antes da formação do precedente, mas

73 - Enunciado n. 321 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A modificação do entendimento sedimentado poderá ser realizada nos termos da Lei n.º 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando se tratar de enunciado de súmula vinculante; do regimento interno dos tribunais, quando se tratar de enunciado de súmula ou jurisprudência dominante; e, incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou causa de competência originária do tribunal."

não atinge os atos e fatos abrangidos por situação jurídica consolidada decorrente do trânsito em julgado. Segundo parte da doutrina⁷⁴, esta é a regra geral da eficácia da revogação/superação/modificação do precedente. Entretanto, pelos pressupostos do artigo 927, § 3.º, CPC/2015, a modificação do precedente tem, como regra, eficácia temporal prospectiva, com a possibilidade, conforme o caso concreto, de modulação dos efeitos temporais.⁷⁵

Prospective overruling é a eficácia prospectiva da superação do precedente, que somente surte efeitos práticos após a efetivação desta superação. Em alguns casos, os tribunais debatem se e em quais medidas o novo precedente deve ser aplicado somente prospectivamente, isto é, apenas para o caso presente e eventos futuros, após a data da decisão judicial que inaugurou o novo precedente. A doutrina denomina isso de prospectividade seletiva.

Pure prospective overruling dá-se quando o tribunal determina que o precedente não aplique ao caso que lhe deu origem. O precedente somente será aplicável aos casos futuros (fatos posteriores).⁷⁶

Limited prospectivity overruling é a eficácia imediata de aplicação da modificação/revogação de um precedente aos casos concretos em curso.

Prospective overruling é a eficácia temporal fixada para um momento futuro definido pelo próprio tribunal. O tribunal pode fixar um termo ou condição para a eficácia deste novo precedente ou de sua modificação.

Anticipatory overruling é a eficácia que antecipa a possibilidade de superação do precedente, ou seja, o órgão jurisdicional do qual emana o precedente, de forma tácita, começa a alterar/superar o seu entendimento, o órgão jurisdicional inferior (julgado a aplicá-lo) poderá deixar de utilizá-lo.

Trata-se de forma preventiva de não aplicação de precedentes, quando o órgão jurisdicional superior sinalizou a alteração do entendimento consolidado. Caso o órgão inferior deixe de aplicar o precedente, ainda válido, mas em vias de ser superado, por discordar do seu comando, haverá *error in procedendo ou in iudicando*.⁷⁷

A técnica do *anticipatory overruling* decorre não da discordância, mas do paulatino e sinalizado abandono ou modificação do precedente.

Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, sempre que se registre alteração substancial de

74 - DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 10. ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p.390.

75 - Enunciado n. 55 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis.

76 - “Em situações excepcionais, quando presente interesse público em se protegerem situações jurídicas consolidadas, deve ser possível a modulação dos efeitos de alteração jurisprudencial, para se aplicar a nova orientação firmada apenas a casos futuros (prospective overruling).” AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às alterações do Novo CPC. ed. São Paulo: RT, 2015, p.400.

77 - DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 10. ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p.400; MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. ed. São Paulo: RT, 2015, p.250; TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte de direito. ed. São Paulo: RT, 2011, p.300; PEIXOTO, Ravi; ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Flexibilidade, stare decisis e o desenvolvimento do anticipatory overruling no direito brasileiro. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2014, n. 236, p. 289.

diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio.

Assim, considerando a apresentação das eficácias temporais da revogação/modificação dos precedentes, o CPC/2015 determina a necessidade da modulação dos efeitos temporais.

Na superação do precedente, em observância aos princípios da segurança jurídica, razoabilidade, lealdade, boa-fé e confiança legítima (todos decorrentes dos deveres jurídicos da estabilidade, integridade e coerência), deverá o órgão jurisdicional aplicar a modulação dos efeitos temporais, conforme artigo 927, §§ 3.º e 4.º, CPC/2015 (c/c artigos 27 da Lei 9868/99, 11 da lei 9882/99, 146 do Código Tributário Nacional, 2.º, parágrafo único, inciso XIII da Lei 9784/99 e 4 da lei 11417/2006).

A única diferença entre a modulação dos efeitos temporais nas ações de controle de constitucionalidade (processo coletivo especial), prevista nos artigos 27 da lei 9868/99 e 11 da lei 9882/99, para a modulação dos efeitos temporais na alteração/revogação de um precedente, é que naquele caso a aplicação é exclusiva para questões constitucionais, enquanto neste é aplicável em sentido mais amplo (questões infraconstitucionais e constitucionais).

Os Tribunais Superiores (STJ e STF), ainda sob a égide do CPC/1973, enfrentaram debates internos acerca da necessidade ou não da modulação dos efeitos temporais, notadamente quando houve substancial alteração de precedente.

O Supremo Tribunal Federal, em alguns precedentes, reconheceu a aplicabilidade da modulação dos efeitos⁷⁸, mas, na maioria dos seus julgados, afastou a aplicação da modulação.⁷⁹

O Superior Tribunal de Justiça também enfrentou o mesmo tema com dispersão de precedentes.⁸⁰

78 - E M E N T A: MANDADO DE SEGURANÇA – QUESTÕES PRELIMINARES REJEITADAS – O MANDADO DE SEGURANÇA COMO PROCESSO DOCUMENTAL E A NOÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – A COMPREENSÃO DO CONCEITO DE AUTORIDADE COATORA, PARA FINS MANDAMENTAIS – RESERVA ESTATUTÁRIA, DIREITO AO PROCESSO E EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO – INOPONIBILIDADE, AO PODER JUDICIÁRIO, DA RESERVA DE ESTATUTO, QUANDO INSTAURADO LITÍGIO CONSTITUCIONAL EM TORNO DE ATOS PARTIDÁRIOS “INTERNA CORPORIS” – COMPETÊNCIA NORMATIVA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL – O INSTITUTO DA “CONSULTA” NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ELEITORAL: NATUREZA E EFEITOS JURÍDICOS – POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, EM RESPOSTA À CONSULTA, NELA EXAMINAR TESE JURÍDICA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – CONSULTA/TSE N.º 1.398/DF – FIDELIDADE PARTIDÁRIA – A ESSENCIALIDADE DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO PROCESSO DE PODER – MANDATO ELETIVO – VÍNCULO PARTIDÁRIO E VÍNCULO POPULAR – INFIDELIDADE PARTIDÁRIA – CAUSA GERADORA DO DIREITO DE A GREMIAÇÃO PARTIDÁRIA PREJUDICADA PRESERVAR A VAGA OBTIDA PELO SISTEMA PROPORCIONAL – HIPÓTESES EXCEPCIONAIS QUE LEGITIMAM O ATO DE DESLIGAMENTO PARTIDÁRIO – POSSIBILIDADE, EM TAIS SITUAÇÕES, DESDE QUE CONFIGURADA A SUA OCORRÊNCIA, DE O PARLAMENTAR, NO ÂMBITO DE PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO INSTAURADO PERANTE A JUSTIÇA ELEITORAL, MANTER A INTEGRIDADE DO MANDATO LEGISLATIVO – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, NO PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO, DO PRINCÍPIO DO “DUE PROCESS OF LAW” (CF, ART. 5.º, INCISOS LIV E LV) – APLICAÇÃO ANALÓGICA DOS ARTS. 3.º A 7.º DA LEI COMPLEMENTAR N.º 64/90 AO REFERIDO PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO – ADMISSIBILIDADE DE EDIÇÃO, PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, DE RESOLUÇÃO QUE REGULAMENTE O PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO – MARCO INICIAL DA EFICÁCIA DO PRONUNCIAMENTO DESTA SUPREMA CORTE NA MATÉRIA: DATA EM QUE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL APRECIOU A CONSULTA N.º 1.398/DF – OBEDIÊNCIA AO POSTULADO DA SEGURANÇA JURÍDICA – A SUBSISTÊNCIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E LEGISLATIVOS PRATICADOS PELOS PARLAMENTARES INFIÉIS: CONSEQUÊNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA INVESTIDURA APARENTE – O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A RESPONSABILIDADE POLÍTICO-JURÍDICA QUE LHE INCUMBE NO PROCESSO DE VALORIZAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO – O MONOPÓLIO DA “ÚLTIMA PALAVRA”, PELA SUPREMA CORTE, EM MATÉRIA DE

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL – MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. PARTIDOS POLÍTICOS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. – A Constituição da República, ao delinear os mecanismos de atuação do regime democrático e ao proclamar os postulados básicos concernentes às instituições partidárias, consagrou, em seu texto, o próprio estatuto jurídico dos partidos políticos, definindo princípios, que, revestidos de estatura jurídica incontestável, fixam diretrizes normativas e instituem vetores condicionantes da organização e funcionamento das agremiações partidárias. Precedentes. – A normação constitucional dos partidos políticos – que concorrem para a formação da vontade política do povo – tem por objetivo regular e disciplinar, em seus aspectos gerais, não só o processo de institucionalização desses corpos intermediários, como também assegurar o acesso dos cidadãos ao exercício do poder estatal, na medida em que pertence às agremiações partidárias – e somente a estas – o monopólio das candidaturas aos cargos eletivos. – A essencialidade dos partidos políticos, no Estado de Direito, tanto mais se acentua quando se tem em consideração que representam eles um instrumento decisivo na concretização do princípio democrático e exprimem, na perspectiva do contexto histórico que conduziu à sua formação e institucionalização, um dos meios fundamentais no processo de legitimação do poder estatal, na exata medida em que o Povo – fonte de que emana a soberania nacional – tem, nessas agremiações, o veículo necessário ao desempenho das funções de regência política do Estado. As agremiações partidárias, como corpos intermediários que são, posicionando-se entre a sociedade civil e a sociedade política, atuam como canais institucionalizados de expressão dos anseios políticos e das reivindicações sociais dos diversos estratos e correntes de pensamento que se manifestam no seio da comunhão nacional. **A NATUREZA PARTIDÁRIA DO MANDATO REPRESENTATIVO TRADUZ EMANAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL QUE PREVÊ O “SISTEMA PROPORCIONAL”.** – O mandato representativo não constitui projeção de um direito pessoal titularizado pelo parlamentar eleito, mas representa, ao contrário, expressão que deriva da indispensável vinculação do candidato ao partido político, cuja titularidade sobre as vagas conquistadas no processo eleitoral resulta de “fundamento constitucional autônomo”, identificável tanto no art. 14, § 3.º, inciso V (que define a filiação partidária como condição de elegibilidade) quanto no art. 45, “caput” (que consagra o “sistema proporcional”), da Constituição da República. – O sistema eleitoral proporcional: um modelo mais adequado ao exercício democrático do poder, especialmente porque assegura, às minorias, o direito de representação e viabiliza, às correntes políticas, o exercício do direito de oposição parlamentar. Doutrina. – A ruptura dos vínculos de caráter partidário e de índole popular, provocada por atos de infidelidade do representante eleito (infidelidade ao partido e infidelidade ao povo), subverte o sentido das instituições, ofende o senso de responsabilidade política, traduz gesto de deslealdade para com as agremiações partidárias de origem, compromete o modelo de representação popular e fraudada, de modo acintoso e reprovável, a vontade soberana dos cidadãos eleitores, introduzindo fatores de desestabilização na prática do poder e gerando, como imediato efeito perverso, a deformação da ética de governo, com projeção vulneradora sobre a própria razão de ser e os fins visados pelo sistema eleitoral proporcional, tal como previsto e consagrado pela Constituição da República. **A INFIDELIDADE PARTIDÁRIA COMO GESTO DE DESRESPEITO AO POSTULADO DEMOCRÁTICO.** – A exigência de fidelidade partidária traduz e reflete valor constitucional impregnado de elevada significação político-jurídica, cuja observância, pelos detentores de mandato legislativo, representa expressão de respeito tanto aos cidadãos que os elegeram (vínculo popular) quanto aos partidos políticos que lhes propiciaram a candidatura (vínculo partidário). – O ato de infidelidade, seja ao partido político, seja, com maior razão, ao próprio cidadão-eleitor, constitui grave desvio ético-político, além de representar inadmissível ultraje ao princípio democrático e ao exercício legítimo do poder, na medida em que migrações inesperadas, nem sempre motivadas por justas razões, não só surpreendem o próprio corpo eleitoral e as agremiações partidárias de origem – desfalcando-as da representatividade por elas conquistada nas urnas –, mas culminam por gerar um arbitrário desequilíbrio de forças no Parlamento, vindo, até, em clara fraude à vontade popular e em frontal transgressão ao sistema eleitoral proporcional, a asfixiar, em face de súbita redução numérica, o exercício pleno da oposição política. A prática da infidelidade partidária, cometida por detentores de mandato parlamentar, por implicar violação ao sistema proporcional, mutila o direito das minorias que atuam no âmbito social, privando-as de representatividade nos corpos legislativos, e ofende direitos essenciais – notadamente o direito de oposição – que derivam dos fundamentos que dão suporte legitimador ao próprio Estado Democrático de Direito, tais como a soberania popular, a cidadania e o pluralismo político (CF, art. 1.º, I, II e V). – A repulsa jurisdicional à infidelidade partidária, além de prestigiar um valor eminentemente constitucional (CF, art. 17, § 1.º, “in fine”), (a) preserva a legitimidade do processo eleitoral, (b) faz respeitar a vontade soberana do cidadão, (c) impede a deformação do modelo de representação popular, (d) assegura a finalidade do sistema eleitoral proporcional, (e) valoriza e fortalece as organizações partidárias e (f) confere primazia à fidelidade que o Deputado eleito deve observar em relação ao corpo eleitoral e ao próprio partido sob cuja legenda disputou as eleições. **HIPÓTESES EM QUE SE LEGITIMA, EXCEPCIONALMENTE, O VOLUNTÁRIO DESLIGAMENTO PARTIDÁRIO.** – O parlamentar, não obstante faça cessar, por sua própria iniciativa, os vínculos que o uniam ao partido sob cuja legenda foi eleito, tem o direito de preservar o mandato que lhe foi conferido, se e quando ocorrerem situações excepcionais que justifiquem esse voluntário desligamento partidário, como, p. ex., nos casos em que se demonstre “a existência de mudança significativa de orientação programática do partido” ou “em caso de comprovada perseguição política dentro do partido que abandonou” (Min. Cezar Peluso). **A INSTAURAÇÃO, PERANTE A JUSTIÇA ELEITORAL, DE PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO.** – O Tribunal Superior Eleitoral, no exercício da competência normativa que lhe é atribuída pelo ordenamento positivo, pode, validamente, editar resolução destinada a disciplinar o procedimento de justificação, instaurável perante órgão competente da Justiça Eleitoral, em ordem a estruturar, de modo formal, as fases rituais desse mesmo procedimento, valendo-se, para tanto, se assim o entender pertinente, e para colmatar a lacuna normativa existente, da “analogia legis”, mediante aplicação, no que couber, das normas inscritas nos arts. 3.º a 7.º da Lei Complementar n.º 64/90. – Com esse procedimento de justificação, assegura-se, ao partido político e ao parlamentar que dele se desliga voluntariamente, a possibilidade de demonstrar, com ampla dilação probatória, perante a própria Justiça Eleitoral – e com pleno respeito ao direito de defesa (CF, art. 5.º, inciso LV) –, a ocorrência, ou não, de situações excepcionais legitimadoras do desligamento partidário do parlamentar eleito (Consulta TSE n.º 1.398/DF), para que se possa, se e quando for o caso, submeter, ao Presidente da Casa legislativa, o requerimento de preservação da vaga obtida nas eleições proporcionais. **INFIDELIDADE PARTIDÁRIA E LEGITIMIDADE DOS ATOS LEGISLATIVOS PRATICADOS PELO PARLAMENTAR INFIEL.** A desfiliação partidária do candidato eleito e a sua filiação a partido diverso daquele sob cuja legenda se elegeu, ocorridas sem justo motivo, assim reconhecido por órgão competente da Justiça Eleitoral, embora configurando atos de transgressão à fidelidade partidária – o que permite, ao partido político prejudicado, preservar a vaga até então ocupada pelo parlamentar infiel –, não geram nem provocam a invalidação dos atos legislativos e administrativos, para cuja formação concorreu, com a integração de sua vontade, esse mesmo parlamentar. Aplicação, ao caso, da teoria da investidura funcional aparente. Doutrina. Precedentes. **REVISÃO JURISPRUDENCIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: A INDICAÇÃO DE MARCO TEMPORAL DEFINIDOR DO MOMENTO INICIAL DE EFICÁCIA DA NOVA ORIENTAÇÃO PRETORIANA.** – Os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal desempenham múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, pois

lhes cabe conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a égide e em decorrência deles, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado. – Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal. Doutrina. Precedentes. – A ruptura de paradigma resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais, com o reconhecimento do caráter partidário do mandato eletivo proporcional, impõe, em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança dos cidadãos, que se defina o momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica. – Marco temporal que o Supremo Tribunal Federal definiu na matéria ora em julgamento: data em que o Tribunal Superior Eleitoral apreciou a Consulta n.º 1.398/DF (27/03/2007) e, nela, respondeu, em tese, à indagação que lhe foi submetida. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. – O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. – No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re) formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que “A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la”. Doutrina. Precedentes. – A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – a quem se atribuiu a função eminente de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, “caput”) – assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental. (MS 26603, Relator(a) : Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-02 PP-00318) No mesmo sentido, vale mencionar a QO no RE 586.453 (Min. Toffoli, Plenário. Maioria, j. 20.02.2013).

79 - RE 377.457/PR; RE 381.964/MG; RE 592.148 (Min. Celso de Mello, 2ª T., j. 25.08.2009) e AI 633563 (Min. Celso de Mello, 2ª T., j. 19.04.2011) .

80 - PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS PELO STJ. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER PROTETÓRIO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. 1. Trata-se de Embargos de Declaração em que se postula modulação dos efeitos diante de suposta alteração na jurisprudência do STJ, relativamente à incidência de ISS sobre serviços de praticagem. 2. Ocorre que os Embargos de Divergência foram liminarmente rejeitados, porque não demonstrada a similitude fático-jurídica entre o acórdão hostilizado e os arestos paradigmas. 3. Sem prejuízo, o pedido de modulação dos efeitos foi deduzido mediante invocação de precedente que não havia sido apontado como emblemático do suposto dissídio entre as Turmas que compõem a Seção de Direito Público do STJ. 4. A decisão que não enfrenta o mérito do recurso não comporta modulação dos efeitos. Ademais, a Primeira Seção do STJ, nos ERESP 738.689/PR (Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 22.10.2007), firmou a orientação de que, “salvo nas hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da Lei 9.868/99, é incabível ao Judiciário, sob pena de usurpação da atividade legislativa, promover a ‘modulação temporal’ de suas decisões, para o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos reconhecidamente revogados”. 5. Diante do caráter protetório do presente recurso, impõe-se a fixação da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC. 6. Embargos de Declaração rejeitados, com imposição de multa de 1% do valor da causa, devidamente atualizado. EDCI no AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP N.º 724.111 – RJ (2010/0040920-6) RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN. No mesmo sentido: Eresp 738.689/PR, rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª S., j. 27.06.2007. Em sentido oposto, reconhecendo a necessidade da aplicação da modulação: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. LEGITIMIDADE RECURSAL. RECURSO ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE. RECESSO FORENSE. COMPROVAÇÃO POSTERIOR. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL (ARESP 137.141/SE). CONVERSÃO EM RECURSO ESPECIAL. 1. É sabido que esta Corte Superior de Justiça até aqui ampara a tese de que o Ministério Público Estadual não é parte legítima para atuar perante os Tribunais Superiores, uma vez que tal atividade estaria restrita ao Ministério Público Federal. 2. O Ministério Público dos Estados não está vinculado nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, perante esta Corte Superior de Justiça. 3. Não permitir que o Ministério Público Estadual atue perante esta Corte Superior de Justiça significa: (a) vedar ao MP Estadual o acesso ao STF e ao STJ; (b) criar espécie de subordinação hierárquica entre o MP Estadual e o MP Federal, onde ela é absolutamente inexistente; (c) cecear a autonomia do MP Estadual; e (d) violar o princípio federativo. 4. A atuação do Ministério Público Estadual perante o Superior Tribunal de Justiça não afasta a atuação do Ministério Público Federal, um agindo como parte e o outro como custos legis. 5. Recentemente, durante o julgamento da questão de ordem no Recurso Extraordinário n.º 593.727/MG, em que discutia a constitucionalidade da realização de procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público, decidiu-se pela legitimidade do Ministério Público Estadual atuar perante a Suprema Corte. 6. Legitimidade do Ministério Público Estadual para atuar perante esta Corte Superior de Justiça, na qualidade de autor da ação, atribuindo efeitos prospectivos à decisão. 7. A jurisprudência do STJ estabelecia que, para fins de demonstração da tempestividade do recurso, incumbia à parte, no momento da interposição, comprovar a ocorrência de suspensão dos prazos processuais em decorrência de feriado local, ausência de expediente forense, recesso forense, dentre outros motivos, não se admitindo a juntada posterior do documento comprobatório. 8. A Corte Especial, no julgamento do AREsp 137.141/SE, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, ocorrido no dia 19.9.2012, acompanhando o entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no AgRg no RE n.º 626.358/MG, Relator Ministro Cezar Peluso, DJ 23.8.2012, modificou sua jurisprudência, passando a permitir a comprovação de feriado local ou suspensão dos prazos processuais não certificada nos autos em momento posterior à interposição do recurso na origem. 9. Nos presentes autos, constata-se que houve a comprovação, no agravo regimental do Ministério Público Federal e do Ministério Público Estadual, acerca da suspensão dos prazos processuais em decorrência do recesso forense no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. 10. Agravos regimentais providos para afastar a intempestividade e determinar a conversão dos autos em recurso especial, nos termos do art. 34, XVI, do RISTJ. (AgRg no AgRg no AREsp 194.892/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/10/2012, DJe 26/10/2012)

Apesar da dispersão de precedentes nos Tribunais Superiores, factível sustentar o encerramento da polêmica, pois o artigo 927, § 3.º, CPC/2015 preconiza, textualmente, a possibilidade/necessidade da modulação dos efeitos temporais.

Por fim, impende ressaltar a existência de técnicas preparatórias para a revogação de precedentes, usadas justamente para a garantia da segurança jurídica e da legítima expectativa: i) signaling e ii) julgamento-alerta.

O *signaling* é um parâmetro inicial de revogação prospectiva do precedente.⁸¹ O Tribunal, perdoem o truísmo, sinaliza a alteração/revogação do precedente.⁸² Nesta técnica, o precedente já está praticamente superado ou tido como superado, mas ainda não houve a efetivação prática da superação para a preservação da segurança jurídica.

A técnica do julgamento-alerta, por sua vez, consiste no anúncio público de possível alteração de entendimento, ou seja, antes da sua superação/modificação, para possibilitar a ocorrência de debates acerca do tema e para facilitar a transição entre o entendimento a ser superado e o novo entendimento.⁸³

5.2.2 *Overriding/Modifying*

Por meio da técnica do *overriding*, também denominada *modifying* não há superação total do precedente, mas sim, superação parcial da eficácia do precedente. É técnica utilizada para reconhecer a existência de um fundamento apto a modificar a ratio decidendi, sem, contudo, superá-lo integralmente.

As mesmas causas, guardadas as devidas proporções de extensão e resultado, geradoras do *overruling*, aplicam-se ao *overriding*, conforme abordado no tópico anterior.

Considerando a possibilidade de ocorrer superação parcial de um precedente (*overriding*) através da entrada em vigor do CPC/2015, vale mencionar, sem a pretensão de esgotamento, alguns exemplos:

- a) a súmula 292 do STJ foi parcialmente superada com o advento do artigo 702, § 6.º, por não haver mais a necessidade da conversão em procedimento comum para possibilitar a reconvenção em sede de ação monitória;
- b) a súmula 489 do STJ foi parcialmente superada com o advento do artigo 57, pois a continência poderá ensejar duas consequências processuais: reunião das ações no juízo prevento para julgamento simultâneo ou extinção do processo sem resolução de mérito;
- c) a súmula 636 do STF foi parcialmente superada com o advento do artigo 1033, pois

81 - MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. ed. São Paulo: RT, 2015, p.275.

82 - "Por meio dela, o tribunal, percebendo a desatualização de um precedente, anuncia que poderá modificá-lo, fazendo com que ele se torne incapaz de servir como base para a confiança dos jurisdicionados. De acordo com a doutrina, uma das utilidades desta técnica é a de servir à moldagem da eficácia temporal quando o precedente for efetivamente revogado, atuando como parâmetro inicial da revogação prospectiva." DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 10 ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p.378.

83 - CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2013, n. 221, p. 39.

a hipótese permanece sendo de não cabimento do recurso extraordinário, mas o STF deverá remetê-lo para o STJ para julgamento como recurso especial.

A doutrina aponta a existência de duas técnicas derivadas do *overriding/modifying* da *ratio decidendi*, quais sejam: i) *narrowing* e ii) *extending*.

Através do *narrowing*, o tribunal fixa um estreitamento da *ratio decidendi* com o consequente *overriding*.

Exemplo interessante de *overriding*, com o *narrowing*, é o referente ao confronto entre a súmula 202 do STJ e o entendimento fixado no AgRg no RMS 048399/SP⁸⁴. Após este novo entendimento, a impetração de segurança por terceiro, nos moldes da Súmula 202 do STJ, fica afastada na hipótese em que a impetrante teve ciência da decisão que lhe prejudicou e não utilizou o recurso cabível. O excepcional manejo, portanto, do mandado de segurança por terceiro prejudicado contra ato judicial considerado teratológico poderá ocorrer na hipótese de ser completamente alheio ao processo causador de gravame.

Através do *extending*, o tribunal fixa um alargamento da *ratio decidendi* com o consequente *overriding*.

Exemplo interessante de *overriding*, com o consequente *extending*, é o que deriva da nova redação conferida ao artigo 7.º, incisos, XXIV, XXI, a) e §§ 10 ao 12 da Lei 8906/94 (com as alterações decorrentes da Lei 13245/16⁸⁵), que gerou a superação parcial da súmula vinculante 14 do STF.

Com esta alteração legislativa, a defesa técnica (advogado/defensor público) poderá acessar os autos de uma investigação (criminal, civil ou administrativa), ainda que seja decretado o sigilo, par visualizar diligências encetadas, mesmo que não iniciadas, desde que a promoção da autoridade policial ou do Ministério Público já esteja documentada. Explica-se. Com a redação da súmula vinculante 14 do STF, a defesa técnica somente poderá acessar, quando houver sigilo decretado, as diligências já realizadas e documentadas nos autos. Com a redação do artigo 7.º, § 12 da Lei 8906/94, a defesa técnica poderá requerer a decretação de invalidade da investigação, caso algum documento seja retirado do procedimento. Ora, a promoção determinando a realização de uma diligência sigilosa, por certo, deverá ser acobertada sob o manto do mesmo sigilo, sob pena de inocuidade, pois a defesa técnica terá ciência antecipada das diligências que serão realizadas.

Além desta extensão, vale mencionar que a nova redação conferida ao artigo menciona-

84 - Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, Julgado em 01/09/2015, DJE 08/09/2015.

85 - "Art. 7o XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital; XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) apresentar razões e quesitos; § 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV; § 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências. § 12. A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente." (NR).

do contém norma genérica aplicável a todos os tipos de procedimento, inclusive Inquérito Civil (artigo 8.º da Lei 7347/85).

No *overriding*, portanto, o órgão jurisdicional apenas limita ou amplia o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. Não gera substituição da norma contida no precedente, somente uma restrição ou extensão da sua incidência. A rigor, nesta técnica, verifica-se que uma questão de direito restringe o suporte fático.⁸⁶

Esta técnica não deve ser confundida com o reversal. Este instituto representa a reforma, por uma Corte Superior, de uma decisão proferida por órgão inferior. Trata-se de uma técnica de controle de precedente e não de superação. Pode ser encontrada no CPC/2015 nos seguintes artigos: 932, inciso V; 988, incisos III e IV e 1021. Pode ser encontrada, ainda, no artigo 7.º da lei 11417/2006.⁸⁷

5.2.3 – Transformation

O órgão jurisdicional responsável pela formação do precedente conferirá significado tão diverso a um comando (tese jurídica), que, na verdade, ensejará implicitamente o abandono da norma original, sem assumi-lo explicitamente. Por meio desta técnica, o tribunal tenta compatibilizar o entendimento anterior (tendente a ser superado/modificado) com o novo entendimento (tendente a ser fixado), embora deixe de aplicar o precedente.⁸⁸

Trata-se de modalidade de superação que não pode ser admitida em nosso ordenamento, sob pena de violar o sistema de precedentes, pois exige-se, conforme artigo 927, § 4.º, CPC/2015, fundamentação adequada e específica. Violará, também, o dever de coerência previsto no artigo 926, CPC/2015.

6. PRECEDENTES VINCULANTES OU OBRIGATÓRIOS NO CPC/2015

O CPC/2015, em artigo 927, elenca os precedentes vinculantes ou obrigatórios no sistema.⁸⁹

O rol previsto no artigo 927, CPC/2015 não é exaustivo e deve ser analisado em conjunto com as demais normas do microsistema dos precedentes. Os precedentes consolidados em súmulas dos Tribunais (de origem ou superiores) vinculam o próprio tribunal e aos juízes a eles vinculados, por força dos deveres jurídicos impostos pela norma do artigo 926.⁹⁰

86 - DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p.300.

87 - "Há instrumentos processuais de que o jurisdicionado se pode valer para controlar a decisão judicial que, invocando um precedente (jurisprudência ou súmula), lhe cause gravame." DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 10 ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p. 300.

88 - MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. ed. São Paulo: RT, 2015, p.175 ; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p. 315; PEIXOTO, Ravi. *A modulação da eficácia temporal na revogação de precedentes: uma análise a partir da segurança jurídica e da confiança legítima*. Dissertação de mestrado. RECIFE: UFPE, 2015, p. 132.

89 - Em sentido contrário, vale mencionar o entendimento de Alexandre Freitas Câmara: "Assim é que têm eficácia vinculante as decisões e enunciados sumulares indicados nos incisos I a III do art. 927; e são meramente argumentativas as decisões e verbetes sumulares de que tratam os incisos IV e V do mesmo artigo." *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Editora Atlas.

90 - "Antes mesmo de produzir e seguir a sua própria súmula, os tribunais devem seguir seus próprios precedentes, para que haja sólida jurisprudência a ser sumulada. Esse dever é um dos conteúdos dos deveres gerais de integridade e coerência." DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 10. ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p.300.

A necessidade de aplicação sistêmica das normas do sistema jurídico dos precedentes é evidenciada pela possibilidade de decisão monocrática em sede de conflito de competência (artigo 955, parágrafo único), bem como diante da possibilidade da improcedência liminar (artigo 332, inciso IV).⁹¹

Os precedentes vinculantes, portanto, previstos no rol do artigo 927, CPC/2015 são os seguintes:

- a) precedentes decorrentes de decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal (artigo 927, inciso I, CPC/2015 c/c artigos 102, § 2.º, CR/88; 28, parágrafo único da lei 9868/99; 10, § 3.º da lei 9882/99).
- b) precedentes cuja *ratio decidendi* foi positivada em enunciado de súmula (artigos 927, incisos I e IV, CPC/2015 c/c 103-A, CR/88).
- c) precedentes formados através do microsistema de julgamento de demandas repetitivas (artigos 138, 489, § 1.º, 927, inciso III e § 2.º, 983, 984, § 2.º, 1038, incisos I e II e § 3.º, CPC/2015). Trata-se de uma formação concentrada de precedentes obrigatórios.
- d) Precedentes originários dos órgão especial ou pleno (artigo 927, inciso V, CPC/2015).

Neste último caso, podemos verificar duas espécies de vinculação: i) interna e ii) externa.

A vinculação interna ou dimensão horizontal é aquela que abrange todos os órgãos jurisdicionais no plano horizontal (órgãos fracionários) vinculados ao órgão especial ou pleno da Corte formadora do precedente. Esta vinculação/dimensão gera o chamado *self-precedent*, que determina a necessidade do tribunal seguir em caso posterior o precedente por ele mesmo fixado.

A vinculação externa é aquela que abrange todos os órgãos jurisdicionais no plano vertical (órgãos inferiores- juízos e tribunais) vinculados ao órgão especial ou pleno da Corte formadora do precedente. Os precedentes, portanto, dos Órgãos Especial e Pleno dos Tribunais Superiores vinculam os tribunais e juízos inferiores. Os precedentes dos Órgãos e Pleno dos Tribunais de origem vinculam os órgãos fracionários e os demais órgãos jurisdicionais inferiores.

7. JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS

O artigo 928, CPC/2015 elenca as hipóteses de julgamento de casos repetitivos, denominada de litigiosidade de massa. Este artigo elenca um rol taxativo destas hipóteses, salvo se houver lei processual expressa prevendo regras idênticas.⁹²

O julgamento de casos repetitivos gera o chamado processo-modelo, processo-piloto ou processo-tipo. Esta técnica de julgamento tem por objetivo fixar uma tese jurídica para aplicação em casos semelhantes.

O julgamento de casos repetitivos está fulcrado em três pilares: economia processual,

91 - Vale mencionar a guisa de remissão o artigo 19, § § 1.º ao 5.º da Lei 10522/2002, com as alterações decorrentes da lei 12.844/2013.

92 - AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às alterações do novo CPC. ed. São Paulo: RT, 2015, p.1240.

coerência e contraditório.

Para cumprir estes três pilares citados, o CPC/2015 preconiza a necessidade de observância do seguinte:

- a) debate amplo, participativo e multilateral (artigos 927, § 2.º, 979, 983 e 1038);
- b) o acórdão deverá analisar todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários (artigo 984, § 2.º);
- c) identificação precisa da questão que será submetida a julgamento (artigo 1037, inciso I).

Além da análise das hipóteses que configuram julgamento de casos repetitivos, dos seus pilares e dos deveres dos tribunais, impende destacar o seguinte:

a) O CPC/2015 prevê diversas técnicas procedimentais correlatas ao julgamento de casos repetitivos, tais como as previstas nos artigos 12, § 2.º, inciso II; 139, inciso X; 311, inciso II, 332, inciso II; 496, § 4.º, inciso II, 521, inciso IV, 932, inciso IV, b); 932, inciso V, b); 955, parágrafo único, inciso II; 988, inciso IV; 998, parágrafo único; 1022, parágrafo único, inciso I.

b) O CPC/2015 preconiza que as decisões oriundas do julgamento de casos repetitivos acarretará eficácia vinculante, conforme artigo 927, inciso III.

Somente será utilizado este modelo de julgamento em questões de direito, que configurem tese jurídica comum, pois, neste caso, tecnicamente, ensejará demandas repetitivas.

Para certo setor doutrinário, os casos repetitivos dizem respeito somente às questões repetitivas, sejam de direito material ou de direito processual (artigo 928, parágrafo único, CPC/2015). As demandas repetitivas não estariam necessariamente abrangidas.⁹³

Apesar deste entendimento, prevalece a ideia, notadamente diante da literalidade da norma, de que as demandas repetitivas, quando ensejadoras do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (artigo 976, CPC/2015), estarão abrangidas pela norma.

Assim, somente serão considerados como hipóteses de julgamento de casos repetitivos: i) incidente de resolução de demandas repetitivas e ii) recursos especial e extraordinário repetitivos.

7.1 Coletivização das demandas individuais

O CPC/2015 preconizou a coletivização das demandas individuais através do emprego de técnicas e incidentes, quais sejam: i) intimação dos legitimados coletivos para ajuizamento de demanda coletiva (artigo 139, inciso X); ii) conversão de ação individual em ação coletiva (artigo 333) e iii) incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 976).

93 - MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. ed. São Paulo: RT. 2015, p. 1300 "Assim, pode-se estar diante de tema que não ensejaria o ajuizamento de uma ação específica, mas que deva ser resolvido, incidentalmente, em um grande número de ações judiciais. É inegável, de todo modo, que, nos casos de conflitos sobre direitos coletivos, muito provavelmente poderá haver justificativa para a admissão de recurso ou incidente de casos repetitivos, e, embora possa parecer paradoxal, medidas dessa natureza terão ainda maior serventia naqueles casos em que, por restrições legais ou da própria natureza do procedimento, uma ação coletiva não for admissível ou, se admissível, não solver satisfatoriamente as questões repetitivas."

Estas técnicas fazem parte do microssistema da teoria dos precedentes, pois têm como objetivo conferir segurança jurídica e isonomia, na medida em que evitam dispersão de precedentes em mesma situação jurídica ensejadora das demandas.

A intimação dos legitimados coletivos para ajuizamento de demanda coletiva, que será abordada em tópico abaixo, visa reunir ações individuais repetitivas em uma única ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos.

A conversão de ação individual em ação coletiva, que foi vetada e, portanto, não ingressou em nosso ordenamento jurídico, tinha como objetivo precípua coletivizar as ações propostas como individuais, quando, na verdade, deveriam ter sido propostas como ações coletivas em defesa de direitos difusos e coletivos em sentido estrito. Este instituto deveria ser aplicado aos casos de ações individuais com efeitos coletivos (artigo 333, inciso I), bem como aos casos de ações pseudoindividuais (artigo 333, inciso II).

Neste ponto, impende destacar as diferenças entre ações meramente/puramente/tipicamente individuais, individuais com efeitos coletivos e pseudoindividuais⁹⁴.

As ações puramente/meramente/tipicamente individuais são aquelas em que a pretensão também é pessoal, veiculando um direito subjetivo. Nestes casos, o resultado da demanda atingirá a esfera jurídica das partes, na forma do artigo 506, CPC/2015.

As ações individuais com efeitos coletivos são aquelas ajuizadas como individuais, mas cujo resultado, ainda que indiretamente, atingirá a todos. São ações que, em função do pedido, os efeitos da sentença atingem a própria coletividade.

As ações pseudoindividuais são aquelas lastreadas em uma relação, fática ou jurídica, de direito material incidível/indivisível que, por via de consequência, deve receber uma tutela jurisdicional unitária. Assim, o pedido formulado na demanda, embora baseado em interesse subjetivo, deveria ter sido formulado coletivamente.

O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), tem por finalidade a fixação de tese jurídica que será aplicável aos casos futuros, quando existirem demandas repetitivas versando sobre a mesma questão de direito, material ou processual.

As demandas repetitivas, portanto, poderão ser objeto da técnica prevista no artigo 139, inciso X e do IRDR. Entretanto, os objetivos e efeitos são diversos.

A técnica prevista no artigo 139, inciso X tem por objetivo provocar a propositura de uma demanda coletiva para a obtenção de eficácia subjetiva *erga omnes*, na forma do artigo 103, inciso III, CDC.⁹⁵ Com o julgamento da demanda coletiva, haverá óbice para a propositura de outras demandas coletivas, caso o resultado seja diverso da improcedência por insuficiência de provas.

O IRDR, por sua vez, tem por objetivo a uniformidade da aplicação do ordenamento

94 - Para visualização dos exemplos e repercussão no incidente de resolução de demandas repetitivas, remetemos o leitor para o capítulo correspondente.

95 - Adotamos a nomenclatura apresentada por estar prevista literalmente no CDC, mas sustentamos que a nomenclatura correta seria *erga victmas*, pois a eficácia subjetiva não atinge a todos de forma indistinta, mas sim às vítimas do evento.

jurídico através da fixação de uma tese jurídica que valerá para todos os processos que versarem sobre a mesma questão de direito. Assim, cada caso novo, que verse sobre a mesma questão de direito, ensejará a realização de um novo julgamento para aplicação da tese jurídica fixada.

7.2 Direitos Repetitivos e Direitos Individuais Homogêneos

Os direitos repetitivos são parecidos com os individuais homogêneos, mas, ao invés de decorrerem de uma origem comum, de fato e de direito, são apenas semelhantes.⁹⁶ As demandas repetitivas têm fundamento em situações jurídicas homogêneas, mas possuem um perfil que não permite circunscrevê-las aos direitos individuais homogêneos.⁹⁷

Caso existam diversas demandas em curso versando sobre a mesma questão de fato (fato de origem comum), poderá, conforme a hipótese, ensejar a necessidade de coletivização da demanda (não se trata de conversão da demanda individual em coletiva, posto vetada!), através da propositura de Ação Coletiva (Ação Civil Pública), com fulcro no artigo 81, parágrafo único, inciso III da Lei 8078/90. Na hipótese de fato de origem comum, com sujeitos determinados, que pertencem à uma coletividade, poderá ser identificado interesse individual homogêneo. Os direitos individuais, quando coexistirem por uma origem comum, darão vida ao direito individual homogêneo.⁹⁸

7.3 – Intimação dos legitimados coletivos sobre a existência de demandas repetitivas

O artigo 139, inciso X CPC/2015 preconiza o poder-dever do magistrado oficial os legitimados coletivos cientificado-se-lhes acerca da existência de diversas demandas individuais repetitivas.

Este artigo versa sobre ações individuais repetitivas que serão aglomeradas em um única ação em defesa de direitos individuais homogêneos, ou seja, aplicação de uma técnica de coletivização das demandas individuais.

Tal notificação tem o condão de cientificação para a propositura da Ação Coletiva respectiva, conforme a literalidade da norma. Entretanto, a melhor interpretação será no sentido de adotar as medidas processuais e extraprocessuais típicas da tutela coletiva, pois existem outras formas de debelar os conflitos decorrentes de ameaças e lesões aos interesses transindividuais, tais como termo de ajustamento de conduta e recomendação.

96 - “Os titulares dos direitos repetidos não formam uma coletividade além daquela que só pode ser constatada no caso concreto, analisando-se quem tem um direito semelhante a outro.”[...] “se considerou como repetitivas as demandas provenientes de situações de fato ou relações jurídicas idênticas, baseadas exatamente nos mesmos fundamentos legais. Com isso, ‘a identidade de fundamento legal que gerou a demanda e a base de incidência fática comum conferem ao litígio grau máximo de semelhança. O que muda é apenas e exclusivamente o nome das partes.” JUNIOR, Bruno Wurmbauer. *Novo Código de Processo Civil e os direitos repetitivos*. ed. Paraná: Juruá. 2015, p.175.

97 - “São demandas-tipo, decorrentes de uma relação modelo, que ensejam soluções-padrão. Os processos que versam sobre os conflitos massificados lidam com conflitos cujos elementos objetivos (causa de pedir e pedido) se assemelham, mas não chegam a se identificar” BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 186, p. 87-98, ago. 2010, p. 90.

98 - CINTRA, Antonio Carlos Fontes. *Interesses individuais homogêneos: natureza e oportunidade da coletivização dos interesses individuais*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 72, p. 13, out./dez. 2009; VIAFORE, Daniele. *As ações repetitivas no Direito Brasileiro*. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.

Entendemos que a notificação não enseja um caráter vinculativo, mas informativo, pois os legitimados coletivos cientificados não estarão jungidos a promover as demandas coletivas, sem análise detida dos fatos apresentados, apesar da existência do princípio da obrigatoriedade.⁹⁹

Diferentemente do processo individual, no qual está presente a facultas agendi característica do direito subjetivo individual, o processo coletivo vem contaminado pela idéia de indisponibilidade do interesse público.

Para análise da incidência do princípio supra citado, impende destacar as seguintes premissas: I) os interesses transindividuais têm natureza social e relevância pública, sendo peculiarizados pela indisponibilidade; II) os legitimados para agir em juízo na defesa destes interesses não são os titulares dos mesmos, mas sim “representantes” da própria coletividade; III) os legitimados de forma autônoma não atuam em defesa de posições jurídicas próprias, mas de terceiros, que não têm a faculdade legal de estarem presentes em juízo ou extrajudicialmente para manifestarem-se quanto aos interesses transindividuais envolvidos.

O princípio da obrigatoriedade significa que, se identificados no caso concreto os pressupostos da situação material que tornem necessária a propositura de demanda coletiva, não poderá o Parquet furtar-se ao ajuizamento da ação.

Tanto isso é verdade, que alguns autores sustentam tratar-se de uma obrigatoriedade temperada com a conveniência e a oportunidade.¹⁰⁰

No mesmo sentido, destacamos as lições de Édis Milaré: “Não vamos chegar ao extremo de dizer que a atividade do Ministério Público, aí, seja ilimitadamente discricionária, ficando a critério do órgão a propositura ou não da ação. No entanto, verificando que não há suporte legal para o ajuizamento da ação, ou, ainda, que não é oportuna ou conveniente essa propositura, poderá deixar de exercê-la.”¹⁰¹

Assim, conclui-se pela aplicação do princípio da obrigatoriedade da demanda coletiva, desde que presentes todos os pressupostos e requisitos ensejadores do exercício judicial da pretensão.

Tal notificação é uma grande e necessária novidade sob dois prismas: a) evitará multiplicidade de demandas, reduzindo o número de ações em curso perante o Judiciário; b) evitará o risco de decisões judiciais conflitantes.

A notificação não terá o condão de converter as demandas individuais em repetitivas, pois, caso o legitimado coletivo cientificado promova a demanda coletiva, não impedirá o prosseguimento das diversas demandas individuais.

Caso as demandas repetitivas versem sobre a mesma tese jurídica, a notificação prevista

99 - “Trata-se aqui de estimular os legitimados às ações coletivas a ajuizarem a ação (que só poderá ser em defesa de direitos individuais homogêneos). Não se especifica, porém, que as ações individuais ficarão suspensas – ressalvados os casos em que a suspensão ocasionaria prejuízos ao demandante individual – nem se os autores de demandas individuais poderão ingressar no processo coletivo como litisconsortes.” GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Coletivização de ações individuais após o veto*. Novo Código de Processo Civil. Impactos na legislação extravagante e interdisciplinar. ed. São Paulo: Saraiva. 2015, p.500.

100 - MELLO FERAZ, Antônio Augusto Camargo de, ET all, *A ação civil pública e a tutela dos interesses difusos*, cit., página 42.

101 - MILARÉ, Édis. *Ação Civil Pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva. 1990, p. 11.

neste artigo não impedirá a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no artigo 976 CPC/2015.

Conforme artigos 104 do Código de Defesa do Consumidor e 22, § 1.º da Lei 12016/09, não existe litispêndência entre as demandas individuais e coletivas, entretanto, os autores das ações individuais deverão ser citados para optarem pelo prosseguimento ou suspensão das suas ações.

A legitimação coletiva prevista nos artigos 5.º da Lei 7347/85 e 82 do Código de Defesa do Consumidor é concorrente e disjuntiva (artigo 129, § 1.º CR/88), ou seja, a atuação processual de um dos legitimados não condiciona ou impede a atuação dos demais.

Entendemos que os legitimados coletivos deverão ser notificados atentando-se para a legitimidade e representatividade adequada. O Ministério Público, Defensoria Pública e a Fazenda Pública deverão ser notificados em atenção ao âmbito de suas atuações funcionais.

O Ministério Público será notificado para todas as hipóteses de atuação na tutela coletiva, pois sua legitimação ativa coletiva é ampla e abrange todos os interesses transindividuais (artigos 127 e 129, inciso III CR/88; artigos 81 e 90 do Código de Defesa do Consumidor e artigo 21 da lei 7347/85)¹⁰².

A Defensoria Pública somente deverá ser notificada para atuação nos interesses individuais transindividuais referentes aos hipossuficientes (artigos 134 CR/88 e 4.º, incisos VII e VIII da Lei Complementar 80/94). O Supremo Tribunal Federal, no bojo do julgamento da ADI 3943, conferiu legitimação ampla para esta instituição na propositura das demandas coletivas.¹⁰³

A Fazenda Pública deverá ser notificada para atuar, preferencialmente, nas hipóteses de execução das decisões de Tribunais de Contas.

Os legitimados coletivos da esfera privada (associações, sindicatos e congêneres) deverão ser notificados atentando-se para a legitimidade e representatividade adequada, ou seja, o âmbito

102 - STJ. 3ª Turma. Resp 1099634. 08/05/2012. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE PÚBLICO. SISTEMA DE BILHETAGEM ELETRÔNICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RELAÇÃO DE CONSUMO. VIOLAÇÃO DO DIREITO BÁSICO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO ADEQUADA. 1. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. Súmula 211/STJ. 2. Os embargos declaratórios têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, como ocorrido na espécie. 3. O Ministério Público tem legitimidade ativa para a propositura de ação civil pública que visa à tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, conforme inteligência dos arts. 129, III da Constituição Federal, arts. 81 e 82 do CDC e arts. 1.º e 5.º da Lei 7.347/85. 4. A responsabilidade de todos os integrantes da cadeia de fornecimento é objetiva e solidária. Arts. 7.º, parágrafo único, 20 e 25 do CDC. 5. A falta de acesso à informação suficiente e adequada sobre os créditos existentes no bilhete eletrônico utilizado pelo consumidor para o transporte público, notadamente quando essa informação foi garantida pelo fornecedor em propaganda por ele veiculada, viola o disposto nos arts. 6.º, III e 30 do CDC. 6. Na hipótese de algum consumidor ter sofrido concretamente algum dano moral ou material em decorrência da falta de informação, deverá propor ação individual para pleitear a devida reparação. 6. Recurso especial parcialmente provido.

103 - EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 5.º, INC. II, DA LEI N. 7.347/1985, ALTERADO PELO ART. 2.º DA LEI N. 11.448/2007) . TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS STRICTO SENSU E DIFUSOS) E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. NECESSITADO: DEFINIÇÃO SEGUNDO PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS GARANTIDORES DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: ART. 5.º, INCS. XXXV, LXXIV, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE NORMA DE EXCLUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. (ADI 3943, Relator(a) : Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 05-08-2015 PUBLIC 06-08-2015)

de suas atividades deve ser congruente com o objeto das demandas.

7.4 Julgamento de casos repetitivos e Incidente de Assunção de Competência

O Incidente de Assunção de Competência (artigo 947, CPC/2015), apesar de inserido no microsistema de formação de precedentes vinculantes (artigos 332, inciso III; 493, § 4.º, inciso III; 932, inciso IV, c); 932, inciso V, c); 955, parágrafo único, inciso II; 988, inciso IV; 1022, parágrafo único, inciso I, CPC/2015), não faz parte do rol das hipóteses de julgamento de casos repetitivos.¹⁰⁴ Por força da expressão “sem repetição em múltiplos processos”, não será possível a utilização deste incidente quando couber o julgamento de casos repetitivos.¹⁰⁵

8. FUNÇÕES EXERCIDAS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES POR INTERMÉDIO DO JULGAMENTO DOS RECURSOS

Para a melhor compreensão do sistema brasileiro, ora em testilha, é imprescindível analisar as funções exercidas pelos Tribunais Superiores, enquanto Cortes formadoras de precedentes.

Conforme apresentado por Claudia Aparecida Cimardi, em brilhante obra sobre o tema, o julgamento de mérito dos recursos excepcionais fixa uma tese aplicável ao caso subjacente a determinado processo, atribuindo a adequada interpretação à questão de direito contida na decisão recorrida, com eficácia restrita, exclusivamente, à específica causa em que foi interposto o recurso julgado, exceto em casos de julgamento de recursos repetitivos.

Nesta toada, afirma que existem quatro funções exercidas pelos Tribunais Superiores: a) função corretiva; b) função nomofilática; c) função paradigmática e d) função uniformizadora.

A função corretiva decorre da possibilidade dos Tribunais Superiores, diante da verificação da ocorrência de violação das normas constitucionais e/ou infraconstitucionais, corrigir o vício, bem como decidir novamente a causa, mediante a aplicação do Direito à espécie, conforme preconiza a súmula 456 do Supremo Tribunal Federal e o artigo 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Impende salientar, por pertinência, que os Tribunais Superiores não poderão conhecer das matérias fáticas ou meramente probatórias, mas somente matérias de direito. Os Tribunais Superiores brasileiros são, por determinação imposta na Constituição Federal, conhecidos como os guardiões da higidez do Direito positivo. Na realização de tal mister, realizam a correção das decisões recorridas em desconformidade com o entendimento prevalente, conformam o conjunto de suas decisões como indicativo da direção que causas semelhantes devem trilhar, e, por conseguinte, condensam a interpretação do texto normativo que deve ser observada em decisões futuras, pelos demais integrantes do Poder Judiciário.¹⁰⁶

104 - “Trata-se, pois, de mecanismo a ser usado fora do estrito âmbito dos casos repetitivos (tanto assim que, por força do disposto no art. 928, o julgamento do incidente de assunção de competência não integra a categoria dos julgamentos de casos repetitivos.” [...] “Deve-se, então, considerar que o incidente de assunção de competência é um dos integrantes de um microsistema de formação de precedentes vinculantes (composto, também, pelos julgamentos de casos repetitivos) que se insere no corpo do CPC.” CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil brasileiro*. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.200.

105 - Enunciado n. 334 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

106 - CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A Jurisprudência uniforme e os precedentes no Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Coleção Liebman. ed. ESTADO: RT, ANO, p. 131-147.

A função nomofilática, que nada mais é do que a proteção da letra da lei, segundo prestigiosa doutrina, sofre uma subdivisão. A nomofilaquia dialética ou tendencial e a nomofilaquia tradicional. A função nomofilática dialética ou tendencial é a:

[...] persecução da unidade do direito mediante a utilização de processos hermenêuticos na identificação da solução mais racional e afinada com preceitos constitucionais, vale dizer, por intermédio de processo dialético que possibilite ao juiz aferir, dentre as múltiplas interpretações possíveis, aquela que melhor equacione a lide.¹⁰⁷

A função nomofilática tradicional nada mais é do que assegurar a uniformidade da interpretação das normas jurídicas. Neste sentido, as decisões dos Tribunais Superiores deverão ser observadas, posto dever jurídico institucional. Caso o magistrado situado em posição hierárquica inferior deseje não seguir o entendimento fixado, deverá, observando-se o artigo 489, § 1.º, inciso VI do CPC/2015, fundamentar sua decisão de forma mais adequada e efetiva.

A função paradigmática, como o próprio nome faz supor, é aquela que informa que a decisão, ainda que não seja tecnicamente considerada como precedente, servirá como paradigma interpretativo para a solução do caso concreto posto em análise.¹⁰⁸

A função uniformizadora, que decorre da função nomofilática, é aquela que visa à homogeneidade na interpretação e na aplicação das normas positivas, em todo o território nacional. Esta função possui dois valores claros: coerência interna das decisões das Cortes Superiores e o da eficiência da atividade jurisdicional. A conjugação destes valores informa que a função uniformizadora, assim como a nomofilática, tem como desiderato promover a igualdade e a previsibilidade da decisões judiciais. A prática da função uniformizadora tem por propósito retirar do sistema as interpretações erradas ou inadequadas, conduzindo a solução do caso concreto ao julgamento que se funde em entendimento correto adequado.¹⁰⁹

9. CONCLUSÃO

O sistema brasileiro de precedentes instituído pelo CPC/15 não é novo em sua essência, pois alguns instrumentos já existiam em nosso ordenamento, mesmo fora do CPC. Não há, portanto, verdadeira novidade quanto ao tema, mas, contudo, pode-se afirmar que a novidade cinge-se a existência de dois microsistemas, dentro do CPC/15, que coexistem e que geram in-

107 - DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012, p.

108 - “Essa mudança repercutiu na percepção do mister essencial da atuação dos tribunais de cúpula, visto que as decisões proferidas, quanto ao julgamento de recursos de sua competência, não somente apresentam a solução para um específico litígio, mas se consubstanciam em parâmetro de interpretação de determinado texto normativo, a ser reproduzido pelos demais órgãos do Poder Judiciário, tendo-se sempre em vista a Constituição como norma maior.” [...] “Constata-se, assim, que as decisões proferidas pelos tribunais de cúpula contribuem para a necessária coerência e consistência do sistema jurídico e, nessa medida, desempenham o papel de padrão interpretativo, o que confere às Cortes uma função eminentemente prospectiva, voltada à orientação dos demais órgãos do Poder Judiciário quando da efetivação da incidência das normas aos caso concreto. No exercício da atividade de “dizer o direito” em concreto, as Cortes Superiores geram pronunciamentos de relevante caráter paradigmático, pois é da essência de sua atividade interpretativa, tal qual prevista constitucionalmente, desenvolver a concretização das normas. CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A Jurisprudência uniforme e os precedentes no Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Coleção Liebman. ESTADO: RT, ANO, p. 131-147.

109 - DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012, p.100.

fluências recíprocas, quais sejam: a) microssistema de formação de precedentes; b) microssistema de resolução de questões repetitivas.

A existência de tais microssistemas, sim, é uma festejada novidade, pois nos auxilia na resolução de eventuais antinomias e omissões.

Outro ponto que releva notar é a inexistência de coesão no texto legal quanto aos aspectos conceituais dos institutos correlatos ao tema precedentes. O legislador, de forma equivocada, adotou, ora como sinônimos, ora como espécies de um mesmo gênero os termos precedentes, tese jurídica, jurisprudência, jurisprudência dominante e súmula. Como exposto ao longo do texto, não são expressões sinônimas e a principal distinção entre os conceitos é justamente o aspecto quantitativo.

Merece críticas, também, a parca regulamentação das modalidades e técnicas de aplicação dos efeitos dos precedentes, notadamente quanto à modulação dos efeitos subjetivos da eficácia vinculante, bem como à redação do art. 927, CPC que gera dúvidas quanto à eficácia referida à todas as hipóteses.

O presente artigo teve por objetivo principal a apresentação do sistema brasileiro de precedentes criado pelo CPC/15.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. Editora RT. 2015.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 186, p. 87-98, ago. 2010.

CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, 2013, n221.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. Editora Atlas. 2015.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A Jurisprudência uniforme e os precedentes no Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Coleção Liebman. Editora RT. 2015.

CINTRA, Antonio Carlos Fontes. Interesses individuais homogêneos: natureza e oportunidade da coletivização dos interesses individuais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 72, p. 13, out./dez. 2009.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II. Edição 2015. Editora Juspodivm.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. Editora Juspodivm. 10. ed. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Coletivização de ações individuais após o veto*. Novo Código de Processo Civil. Impactos na legislação extravagante e interdisciplinar. Editora Saraiva. 2015.

JUNIOR, Bruno Wurmhuber. *Novo Código de Processo Civil e os direitos repetitivos*. Editora Juruá. 2015.

LOURENÇO, Haroldo. *Precedente Judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC*. <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>. Acesso em: 06 jan. 2016.

MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador. Editora Juspodivm. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. Editora RT. 2015.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT. 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Editora RT. 2015.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. O desenvolvimento judicial do Direito no Constitucionalismo contemporâneo. Editora Renovar. 2008.

MILARÉ, Édis. *Ação Civil Pública na nova ordem constitucional*. São Paulo. Saraiva. 1990.

MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial*. A elaboração da motivação e a formação do precedente. Coleção o Novo Processo Civil. Editora RT. 2015.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare Decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro*. Editora Lumen Juris, 2011.

PECZENIK, Alexander. "Certainty or coherence". The reasonable as rational? On legal argumentation and justification. Festschrift for Aulis Aarnio. Berlin: Duncker & Humblot, 2000.

PEIXOTO, Ravi. *A modulação da eficácia temporal na revogação de precedentes: uma análise a partir da segurança jurídica e da confiança legítima*. Dissertação de mestrado. Recife. UFPE, 2015.

_____; ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Flexibilidade, stare decisis e o desenvolvimento do anticipatory overruling no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, 2014, n. 236.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*. Racionalidade da Tutela Jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>. Acesso em: 04 jan 2016.

TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e a sua revisão*. RT. 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. 2004. RT.

VIAFORE, Daniele. *As ações repetitivas no Direito Brasileiro*. Editora Livraria do Advogado. 2014.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Editora RT. 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2. ed. RT. 2005.





PARECERES



.....

PARECER SOBRE PLP 337/2017: EM DEFESA DA INTEGRAÇÃO NA AGU

.....

Eros Roberto Grau¹

A ANAFE – Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais encaminhou-me a seguinte:

“Consulta

A inclusão formal da Procuradoria Geral Federal e da Procuradoria Geral do Banco Central na estrutura da AGU – Advocacia Geral da União é objeto do Projeto de Lei Complementar 337/2017, de autoria do Poder Executivo, em tramitação na Câmara dos Deputados. Essa proposição legislativa é fruto da iniciativa da própria AGU e representa o caminho para atualizar a Lei Complementar 73/93 à realidade fática, congregando situações fática e jurídica na estrutura normativa, visto que a referida integração já existe, inclusive com vinculação orçamentária. Há quem afirme que estruturas advocatícias destituídas de personalidade jurídica, existentes em autarquias e fundações públicas e no Banco Central, somente podem se vincular funcionalmente à AGU por conduto da entidade estatal-administrativa de cujo organograma façam parte (órgãos internos que são em face de tal entidade). E que esse emparceiramento haveria de viabilizar-se mediante convênio, pois os objetos e interesses das partes convenientes tem que ser convergentes.

1 - Doutor em Direito e Livre Docente pela USP. Doutor Honoris Causa da Université Cergy-Pontoise (França), da Université du Havre (França), da Universidad Siglo 21 (Córdoba, Argentina), da Unisinos - Universidade do Vale do Rio dos Sinos e da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor Titular da Faculdade de Direito da USP [de 1990 a 2009]. Professor Visitante da Université Paris 1 [Panthéon-Sorbonne] [2003-2004], da Université de Montpellier I [1996-1998], da Université du Havre (2009) e da Université de Cergy-Pontoise [2013]. Membro do Comité Scientifique International do Institut d'Études Avancés – IEA, da Université de Cergy-Pontoise [desde 2013]. Membro da Academia Paulista de Letras [desde setembro de 2011]. Ministro do Supremo Tribunal Federal [de junho de 2004 a julho de 2010]. Officier da Légion d'honneur e Officier da Ordre National du Mérite, condecorações outorgadas pelo Presidente da República Francesa.

O projeto de lei (PLP 337/2017) foi aprovado na Comissão de Trabalho, de Administração e de Serviço Público (CTASP) e será apreciado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, onde hoje se encontra.

Ressalta-se que os Procuradores Federais já estão vinculados administrativa, jurídica e tecnicamente, à Advocacia-Geral da União. Já os Procuradores do Banco Central possuem dupla vinculação, estando vinculados administrativamente (pagamento, gestão de pessoal) ao Banco Central do Brasil, mas jurídica e tecnicamente à AGU – Advocacia Geral da União. Embora recebam seus vencimentos pelo Banco Central do Brasil, possuem vinculação funcional e subordinação técnica à AGU – Advocacia-Geral da União.

Embora com vinculação administrativa distinta, o ingresso em todas as carreiras se dá por concurso público, a remuneração, definida na forma de subsídio pela lei 11.358/2006, sendo igual para todas as carreiras. A estrutura (segunda categoria, primeira categoria e especial) é a mesma para todas as carreiras da AGU e as prerrogativas funcionais, definidas pela lei 13.327/2016, são também as mesmas para todas elas. A integração dos órgãos à estrutura da AGU já existe, o projeto de lei (PLP 337/2017) visando apenas à compatibilização normativa à realidade fática.

Daí indagarmos a respeito da constitucionalidade da inclusão formal, mediante alteração da lei complementar 73/93, da Procuradoria-Geral Federal e da Procuradoria-Geral do Banco Central na estrutura da Advocacia-Geral da União, como órgãos de direção superior da mesma, bem como da competência da Advocacia-Geral da União para representação, assessoramento e consultoria jurídica das autarquias e fundações públicas federais.

As perguntas propostas a seguir, especificadamente desdobrados desses dois quesitos, são os seguintes:

1) é constitucional o projeto de lei complementar que inclui formalmente a Procuradoria-Geral Federal e a Procuradoria-Geral do Banco Central na estrutura da Advocacia-Geral da União, como órgãos de direção superior da mesma, com a consequente inclusão das carreiras de Procurador Federal e Procurador do Banco Central na Lei Orgânica da AGU?

2) a Constituição do Brasil admite que a lei atribua à AGU a representação judicial, extrajudicial, consultoria e assessoria jurídica de entidades da Administração Indireta, as autarquias e as fundações públicas federais?

3) o artigo 131 da CFB exclui do seu âmbito de aplicação a atividade judicial, extrajudicial, de consultoria e assessoramento jurídico às autarquias e às fundações públicas federais, entidades da Administração Indireta da União, visto que são dotadas de personalidade jurídica inconfundível com a do Estado pessoa jurídica?

4) as autarquias e fundações federais possuem estruturas administrativas exigentes de quadros advocatícios próprios?

5) pode ser atribuída à AGU competência para prestar consultoria e assessoramento jurídico às autarquias e às fundações públicas federais, entidades da Administração Indireta da União?

6) qual a abrangência da expressão “órgão vinculado” existente no artigo 131 da CFB? esse preceito supõe a necessária celebração de um convênio entre a AGU e os órgãos referidos no preceito como “órgão vinculado”?

7) a inclusão da PGF e da PGBC na estrutura formal da AGU traria algum prejuízo à autonomia das autarquias e fundações?

8) a inclusão da PGF e da PGBC na estrutura da AGU pode afetar a autonomia das autarquias e das fundações públicas federais, entidades da Administração Indireta; há, em razão dessa inclusão, algum prejuízo ao interesse público?

9) embora as entidades da Administração Indireta, autarquias e fundações públicas federais, estejam vinculadas ao Ministério ou outro órgão federal indicado em lei, a Procuradoria-Geral Federal e a Procuradoria-Geral do Banco Central poderão vir a integrar a estrutura da Advocacia-Geral da União, a AGU?

10) a Constituição Federal impede que a lei unifique as carreiras advocatícias da AGU com as encarregadas de representação judicial e extrajudicial, de consultoria e assessoramento jurídico das autarquias e fundações públicas federais?”

PARECER

01. Deles desdobradas dez perguntas objetivas, a consulta que me foi proposta compreende dois quesitos:

(a) um relativo à *constitucionalidade da inclusão, mediante alteração da lei complementar 73/93, da Procuradoria-Geral Federal e da Procuradoria-Geral do Banco Central na estrutura da Advocacia-Geral da União, como órgãos de direção superior da mesma, e*

(b) outro à *competência da Advocacia-Geral da União para representação, assessoramento e consultoria jurídica das autarquias e fundações públicas federais.*

O encaminhamento das respostas a serem a eles conferidas reclama alusão — em nota sucinta e objetiva, preliminarmente — a uma das premissas da interpretação do direito.

A seguir cogitarei do texto da lei complementar 73/93, no seu todo, e do projeto de lei 337/2017, que inclui na estrutura da Advocacia-Geral da União a Procuradoria-Geral Federal e a Procuradoria-Geral do Banco Central como órgãos de direção superior. Deitarei então atenção ao projeto de lei e ao tema da competência da Advocacia-Geral da União para representação, assessoramento e consultoria jurídica das autarquias e fundações públicas federais. Por fim darei respostas, objetivamente, às perguntas enunciadas na consulta, considerando exatamente os termos nos quais formuladas.

A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

02. Em textos anteriores tenho insistido em que não se interpreta o direito em tiras². Sua interpretação é interpretação do direito, não de textos dele desprendidos.

2 - Veja-se especialmente meus Por que tenho medo dos juízes, 8ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2017, pp. 86-87 e Pourquoi j'ai peur de juges, Éditions Kimé, Paris, 2014, pp. 73-74.

Não se interpretam textos de direito isoladamente, mas sim o Direito, no seu todo. A interpretação de qualquer texto normativo impõe ao intérprete, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele --- do texto --- até a Constituição. Daí minha insistência em afirmar que um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo nenhum.

Não me cansarei de repetir uma das primorosas lições de Geraldo Ataliba³: “(...) *nenhuma norma jurídica paira avulsa, como que no ar. Nenhum mandamento jurídico existe em si, como que vagando no espaço, sem escoro ou apoio. Não há comando isolado ou ordem avulsa. Porque esses --- é propedêutico --- ou fazem parte de um sistema, nele encontrando seus fundamentos, ou não existem juridicamente*”.

03. Volto a dizê-lo: não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. Todo bom estudante, em qualquer instituição de ensino jurídico, há de ter aprendido essa lição, um dos pontos de partida para o correto exercício de qualquer profissão jurídica.

A consideração dos quesitos e das perguntas propostas na consulta há de ser empreendida, pois, a partir dessa premissa.

O PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR 337/2017

04. O projeto de lei complementar 337/2017 inclui na estrutura da Advocacia-Geral da União, como órgãos de direção superior --- ao lado da Procuradoria-Geral da União e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ---, a Procuradoria-Geral Federal e a Procuradoria-Geral do Banco Central.

O artigo 131 da Constituição do Brasil define ser, a Advocacia-Geral da União, “*a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo*”⁴.

O artigo 132, por outro lado, refere matéria diversa da que é objeto do artigo 131. Este respeita à Advocacia-Geral da União, o 132 aos “*Procuradores dos Estados e do Distrito Federal*”⁵. Daí que cogito desse preceito, no bojo deste parecer, unicamente porque a consulta que me foi encaminhada o refere.

O artigo 131 diz com a *representação judicial e extrajudicial da União*, o 132 com a *representação dos Estados e dos Municípios*.

Nenhum exercício de interpretação, ainda que bem-intencionado, poderá, por conta do disposto no artigo 132, conduzir à ampliação ou limitação da incidência, alcance e interpretação do texto do artigo 131. A circunstância de o ingresso em carreira de procurador dos Estados e do

3 - *Procedimento tributário-penal*, in RDP 14/373.

4 - O § 3º desse mesmo artigo estabelece que “[n]a execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei”.

5 - 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.

Distrito Federal depender de concurso público de provas e títulos em nada afeta essa incidência e alcance, menos ainda qualquer interpretação que se pretenda conferir ao texto do artigo 131. Menos também, obviamente, o quanto dispõe seu parágrafo único⁶.

Os preceitos veiculados por esses dois artigos do texto constitucional não pairam avulsos, suspensos no ar. Fazem parte de um sistema no bojo do qual Advocacia-Geral da União e Procuradores dos Estados e do Distrito Federal não se confundem. Uma coisa é uma coisa, outra coisa é outra coisa — toda a gente sabe disso.

05. O segundo aspecto a ser considerado diz com a circunstância de o projeto de lei complementar 337/2017 introduzir alterações nos textos dos artigos 2º e 20 da lei complementar 73/93, em razão do que a Advocacia-Geral da União — que compreende órgãos de direção superior e órgãos de execução — passará a abranger quatro carreiras: a de Advogado da União, de Procurador da Fazenda Nacional, de Procurador Federal e de Procurador do Banco Central. Carreiras específicas, envolvendo a representação judicial e extrajudicial da União e suas autarquias e fundações, consultoria e assessoramento.

Isso — note-se bem — é plenamente adequado ao quanto afirma a Constituição do Brasil no § 2º do seu artigo 131: “*O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos*” (grifei).

06. O projeto — lembre-se novamente — inclui na estrutura de carreiras da AGU, como órgãos de direção, a Procuradoria-Geral Federal e a Procuradoria-Geral do Banco Central, nada impedindo esteja, esta última, sujeita à chamada *dupla vinculação*.

Embora os membros da Procuradoria Geral do Banco Central estejam vinculados *administrativamente* ao Banco Central, o projeto de lei afirma sua vinculação *funcional* à AGU – Advocacia Geral da União. Daí que, no quadro disposto pelo projeto, estarão duplamente vinculados: remunerados pelo Banco Central do Brasil — *vinculação administrativa* —, *funcional e tecnicamente* estarão vinculados e subordinados à AGU – Advocacia Geral da União.

O ingresso em todas essas carreiras dá-se por concurso público, a remuneração — definida como subsídio pela lei 11.358/2006 — sendo igual para todas. A estrutura de carreiras da AGU e as prerrogativas funcionais, definidas pela lei 13.327/2016, também as mesmas para todas.

A integração dos órgãos à estrutura da AGU já existe — esclarece a consulente — o projeto de lei complementar simplesmente visando à compatibilização normativa à realidade fática.

07. A *dupla vinculação* da Procuradoria Geral do Banco Central importará, enquanto *vinculação administrativa*, em que a ele caiba *administrar suas atividades* — e dos seus membros. De outra banda, ela e seus membros, repito-o, *estarão técnica e juridicamente subordinados ao Advogado-Geral da União*.

Leia-se o texto do § 1º do artigo 2º da lei complementar 73/93, no quanto ora importa considerarmos, na redação do projeto de lei complementar 337/2017:

“*Subordinam-se diretamente ao Advogado-Geral da União (...) a Procuradoria-Geral Federal e (...) técnica e juridicamente, (...) a Procuradoria-Geral do Banco Central*”.

6 - Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

O projeto, qual se lê na consulta inicialmente transcrita, “*representa o caminho para atualizar a Lei Complementar 73/93 à realidade fática, congregando situações fática e jurídica na estrutura normativa, visto que a referida integração já existe, inclusive com vinculação orçamentária*”.

De mais a mais, no que concerne aos órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas, o § 3º do artigo 2º e o artigo 17 da lei complementar em seus textos originários os referem como “*órgãos vinculados à Advocacia-Geral da União*”⁷.

08. Daí que os artigos 17 e 19-A do projeto de lei complementar 337/2017 — que dispõem sobre as competências da Procuradoria-Geral Federal em relação às autarquias e às fundações públicas e da Procuradoria-Geral do Banco Central — simplesmente compatibilizam o texto da lei complementar 73/93 à realidade.

A Procuradoria Geral do Banco Central e seus membros — embora *administrativamente subordinados* ao Presidente do Banco Central — *técnica e juridicamente* subordinam-se ao Advogado-Geral da União, em coerência com o disposto no artigo 131 da Constituição do Brasil.

Lembre-se, de mais a mais, que a Procuradoria-Geral Federal foi criada pela lei 10.480, de 2 de julho de 2002, cujo artigo 9º lhe assegura autonomia administrativa e financeira, vinculando-a já, desde a sua criação, à Advocacia-Geral da União, a quem incumbe supervisioná-la. A simples leitura do disposto no seu artigo 10, em especial no § 1º, tudo diz⁸.

Nesses termos, portanto, dou resposta ao primeiro quesito proposto na consulta: a inclusão, mediante alteração da lei complementar 73/93, da Procuradoria-Geral Federal e da Procuradoria-Geral do Banco Central na estrutura da Advocacia-Geral da União, como órgãos de direção superior da mesma, é plenamente adequada e coerente com o todo constitucional.

A COMPETÊNCIA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO PARA REPRESENTAÇÃO, ACESSORAMENTO E CONSULTORIA JURÍDICA DAS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES PÚBLICAS FEDERAIS

09. É certo, de outra parte, que — ao incluir na sua estrutura a Procuradoria-Geral Federal e a Procuradoria-Geral do Banco Central — o projeto de lei complementar 337/2017 não está a ampliar a competência da Advocacia-Geral da União para representação, assessoramento e consultoria jurídica das autarquias e fundações públicas federais.

Leia-se mais uma vez o texto do artigo 131 da Constituição do Brasil, que define ser, a Advocacia-Geral da União,

7 - Além de o artigo 17 enunciar as competências dos órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas, o artigo 43 determina tenham, as súmulas da Advocacia-Geral da União, “*caráter obrigatório quanto a todos os órgãos jurídicos enumerados nos artigos 2º e 17 desta lei complementar*”.

8 - Artigo 10. À Procuradoria-Geral Federal compete a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais, as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial.

§ 1º No desempenho das atividades de consultoria e assessoramento, à Procuradoria-Geral Federal aplica-se, no que couber, o disposto no art. 11 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

§ 2º Integram a Procuradoria-Geral Federal as Procuradorias, Departamentos Jurídicos, Consultorias Jurídicas ou Assessorias Jurídicas das autarquias e fundações federais, como órgãos de execução desta, mantidas as suas atuais competências.

§ 3º Serão mantidos, como Procuradorias Federais especializadas, os órgãos jurídicos de autarquias e fundações de âmbito nacional.

“a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo”.

Não está a ampliar essa competência, à Advocacia-Geral da União não atribuindo *novas competências*, distintas das que já detém. O projeto de lei complementar 337/2017 — insisto neste ponto — simplesmente inclui a Procuradoria-Geral Federal e a Procuradoria-Geral do Banco Central, como órgãos de direção superior, em sua estrutura.

Demonstrar-se o óbvio é sempre trabalhoso, exigindo a repetição de informações e afirmações. Por isso não me constranjo em repetir o que linhas acima anotei: o § 3º do artigo 2º e o artigo 17 da lei complementar já referem, em seus textos originários, os órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas como “*órgãos vinculados à Advocacia-Geral da União*”.

O segundo quesito proposto na consulta há de ser assim respondido: a lei complementar 73/93 atribui competência à Advocacia-Geral da União para representar, assessorar e prestar consultoria jurídica às autarquias e às fundações públicas federais, independentemente do disposto no projeto de lei complementar 337/2017.

AS PERGUNTAS NA CONSULTA

10. Algumas das perguntas desdobradas dos quesitos propostos na consulta que me foi encaminhada estão linhas acima respondidas. De sorte que, neste passo, permito-me tecer apenas breves comentários quanto a elas.

[i] A plena constitucionalidade do projeto de lei complementar é inquestionável, dado que a Constituição do Brasil admite que a lei atribua à Advocacia Geral da União a representação judicial e extrajudicial, além da consultoria e assessoria jurídica, de entidades da Administração Indireta, as autarquias e as fundações públicas federais.

[ii] O artigo 132 da Constituição do Brasil refere matéria diversa da que é objeto do artigo 131. Este respeita à Advocacia-Geral da União, o artigo 132 aos “*Procuradores dos Estados e do Distrito Federal*”, de sorte que nenhum exercício de interpretação — ainda que bem-intencionado — poderia, mercê da ampliação do seu arco de abrangência, conduzir à ampliação ou limitação da incidência, alcance e interpretação do texto do artigo 131.

[iii] A resposta à indagação referente a possuírem ou não, as autarquias e fundações federais, estruturas administrativas exigentes de quadros advocatícios próprios há de ser buscada no quadro da chamada ciência da Administração, não do Direito. Não resta dúvida, por outro lado, de que é plenamente adequada à ordem constitucional a atribuição, à AGU, de competência para prestar consultoria e assessoramento jurídico às autarquias e às fundações públicas federais.

[iv] A inclusão, por lei complementar, da Procuradoria-Geral Federal e da Procuradoria-Geral do Banco Central na estrutura formal da Advocacia-Geral da União não acarreta qualquer prejuízo à autonomia das autarquias e fundações.

[v] A Constituição do Brasil não impede que uma lei complementar venha a unificar

as carreiras da AGU, inclusive as encarregadas de representação judicial e extrajudicial, de consultoria e assessoramento jurídico das autarquias e fundações públicas federais. Admite que se as classifique em mais de uma categoria --- qual o faz a lei complementar 73/93 no seu artigo 2º --- esta unificação dependendo porém de alteração dessa lei, matéria estranha ao texto do projeto de lei complementar 337/2017.

11. A resposta a ser conferida ao sexto quesito reclama breve digressão.

Nele se indaga qual a abrangência da expressão “órgão vinculado”, existente no artigo 131 da Constituição do Brasil, e se esse preceito supõe a necessária celebração de um convênio entre a AGU e os órgãos referidos no preceito como “órgão vinculado”. Mais, diz a consulta que “[h]á quem afirme que estruturas advocatícias destituídas de personalidade jurídica, existentes em autarquias e fundações públicas e no Banco Central, somente podem se vincular funcionalmente à AGU por conduto da entidade estatal-administrativa de cujo organograma façam parte (órgãos internos que são em face de tal entidade). E que esse emparceiramento haveria de viabilizar-se mediante convênio, pois os objetos e interesses das partes convenientes tem que ser convergentes”.

Limito-me, neste passo, a lembrar duas primorosas lições:

--- uma, de Carlos Maximiliano⁹ --- “DEVE O DIREITO SER INTERPRETADO **INTELIGENTEMENTE**: não de modo que a ordem legal envolva um **absurdo**, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis” (negritos e maiúsculas no original);

--- outra, de Geraldo Ataliba, transcrita no item 02, linhas acima: “*nenhuma norma jurídica paira avulsa, como que no ar. Nenhum mandamento jurídico existe em si, como que vagando no espaço, sem escoro ou apoio. Não há comando isolado ou ordem avulsa. Porque esses --- é propedêutico --- ou fazem parte de um sistema, nele encontrando seus fundamentos, ou não existem juridicamente*”.

Não há dúvida nenhuma quanto à circunstância de a expressão “órgão vinculado”, no artigo 131 da Constituição do Brasil, abranger a Procuradoria-Geral Federal e a Procuradoria Geral do Banco Central. Ao reafirmar vinculação *funcional* (subordinação técnica) à AGU – Advocacia Geral da União, o projeto de lei complementar 337/2017 simplesmente opera a compatibilização do texto da lei complementar 73/93 à realidade.

Por isso mesmo o preceito não supõe necessária, menos ainda adequada, a celebração de convênio entre a AGU e os órgãos referidos no preceito como *vinculados*. Isso é evidente como a luz solar passando através de um cristal, bem polido.

RESPOSTAS AOS QUESITOS E PERGUNTAS

12. Aos quesitos propostos na consulta dou as seguintes respostas:

9 - Hermenêutica e aplicação do direito, sexta edição, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1957, p. 210.

a) a inclusão, mediante alteração da lei complementar 73/93, da Procuradoria-Geral Federal e da Procuradoria-Geral do Banco Central na estrutura da Advocacia-Geral da União, como órgãos de direção superior da mesma, é plenamente adequada ao disposto no artigo 131 da Constituição do Brasil; a Advocacia-Geral da União é *a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo*;

b) a lei complementar 73/93 atribui competência à Advocacia-Geral da União para representar, assessorar e prestar consultoria jurídica às autarquias e às fundações públicas federais, independentemente do disposto no projeto de lei complementar 337/2017.

Às perguntas nela enunciadas assim respondo:

1) **sim**; é constitucional o projeto de lei complementar que inclui formalmente a Procuradoria-Geral Federal e a Procuradoria-Geral do Banco Central na estrutura da Advocacia-Geral da União, como órgãos de direção superior da mesma, com a consequente inclusão das carreiras de Procurador Federal e Procurador do Banco Central na Lei Orgânica da AGU;

2) **sim**; a Constituição do Brasil admite que a lei atribua à AGU a representação judicial, extrajudicial, consultoria e assessoria jurídica de entidades da Administração Indireta, as autarquias e as fundações públicas federais;

3) **não**; o artigo 131 da CFB não exclui do seu âmbito de aplicação a atividade judicial, extrajudicial, de consultoria e assessoramento jurídico às autarquias e às fundações públicas federais, entidades da Administração Indireta da União, embora sejam elas dotadas de personalidade jurídica inconfundível com a do Estado pessoa jurídica; a amplitude e o arco de abrangência do artigo 132 da CFB não justifica essa exclusão;

4) a resposta à quarta indagação proposta na consulta --- se as estruturas administrativas das autarquias e fundações federais exigem quadros advocatícios próprios --- há de ser buscada no quadro da chamada ciência da Administração, não do Direito;

5) **sim**; pode ser atribuída à AGU competência para prestar consultoria e assessoramento jurídico às autarquias e às fundações públicas federais, entidades da Administração Indireta da União;

6) a expressão “órgão vinculado”, existente no artigo 131 da CFB, abrange as *autarquias e fundações públicas e o Banco Central*, sendo desnecessária a celebração de qualquer convênio a fim de que se vinculem funcionalmente à AGU;

7) **não**; a inclusão da PGF e PGBC na estrutura formal da AGU não trará nenhum prejuízo à autonomia das autarquias e fundações;

8) **não**; a inclusão da PGF e da PGBC na estrutura da AGU não afeta a autonomia das autarquias e das fundações públicas federais, entidades da Administração Indireta; não há, em razão dessa inclusão, nenhum prejuízo ao interesse público;

9) **sim**; embora as entidades da Administração Indireta, autarquias e fundações públicas federais

estejam administrativamente vinculadas a Ministério ou a outros órgãos federais indicados em lei, a Procuradoria-Geral Federal e a Procuradoria-Geral do Banco Central poderão vir a integrar *técnica e juridicamente* a estrutura da Advocacia-Geral da União, a AGU;

10) **não**; a Constituição Federal não impede que a lei unifique as carreiras advocatícias da AGU com as encarregadas de representação judicial e extrajudicial, de consultoria e assessoramento jurídico das autarquias e fundações públicas federais.

É o que me parece

São Paulo, 20 de junho de 2017

Eros Roberto Grau





.....

PARECER N.º 102/2014/DECOR/CGU/AGU

PROCESSO N.º 00688.001565/201355

INTERESSADA: Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

ASSUNTO: Obrigatoriedade ou não de observância de procedimento licitatório por parte de entidades privadas sem fins lucrativos no caso da contratação de obras custeadas pela União

.....

ENTIDADES PRIVADAS SEM FINS LUCRATIVOS. CONTRATAÇÃO DE OBRAS PERANTE TERCEIROS COM RECURSOS DA UNIÃO. DESNECESSIDADE DE LICITAÇÃO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS E DA REALIZAÇÃO DE COTAÇÃO PRÉVIA DE PREÇOS. PREVALÊNCIA DO ART. 11 DO DECRETO N.º 6.170/2007 SOBRE O DECRETO N.º 5.504/2005 NO QUE DIZ RESPEITO ÀS ENTIDADES PRIVADAS SEM FINS LUCRATIVOS. EXTENSÃO, VIA ANALOGIA LEGIS, DA DISPENSA LICITATÓRIA PREVISTA NO ART. 14 DA LEI N.º 9.790/99. SUGESTÃO DE CONSULTA AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

I – As entidades privadas sem fins lucrativos não qualificadas como Organizações Sociais nem Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público não estão obrigadas a seguir as regras de licitação previstas na Lei n.º 8.666/93 e na Lei n.º 10.520/2002 no caso da contratação de obras com recursos disponibilizados pela União.

II – Diante da relevância da matéria, é recomendável a formulação de consulta ao Tribunal de Contas da União, nos termos do art. 1.º, XVII, da Lei n.º 8.443/92, e dos arts. 1º, XXV; 15, I, “o” e 264, III, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

Senhor Coordenador-Geral de Orientação,

1 - O processo em epígrafe cuida da obrigatoriedade ou não de observância de procedimento licitatório por parte de entidades privadas sem fins lucrativos ao contratar obras

com recursos da União.

2 - A Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão sustenta no Parecer n.º 7344.5/2013/DOL/CONJURMP/CGU/AGU, de 18/06/2013, a necessidade de licitação para a contratação de obras por entidades privadas sem fins lucrativos que tenham recebido recursos da União para tal fim e remete os autos a este Departamento para uniformização de entendimento (fls. 02/07):

8. Verificase, portanto, que as entidades privadas sem fins lucrativos qualificadas tanto como Organizações Sociais quanto como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, por força de mandamento legal, podem editar regulamento próprio dispondo de compras, de contratação de serviços ou até mesmo de contratação de obras com o emprego de recursos provenientes do Poder Público.

9. Em nível regulamentar, o Decreto n.º 5.504/05, o qual estabeleceu a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos (...)

10. O Decreto n.º 6.170/07, posterior, que dispôs sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse (...)

11. Percebase que o Decreto n.º 6.170/07 excepcionou as entidades privadas sem fins lucrativos da obrigatoriedade de realizar licitação apenas na aquisição de produtos e na contratação de serviços. Poderia ter sido expresso, mas não o foi, também em relação a obras, as quais têm conceito distinto do de serviços, a teor do artigo 6.º, incisos I e II, do Estatuto Licitatório. (...)

13. Denotase, portanto, na esteira do contido no Decreto n.º 6.170/07, a aludida Portaria Interministerial [507/2011] se refere, em seu artigo 6.º, inciso VII, à obrigatoriedade de realização do competente procedimento licitatório pelo conveniente, nos termos da Lei n.º 8.666/93, e das demais normas pertinentes à matéria, devendo ser assegurada a correção dos procedimentos legais. Em acréscimo, o artigo 1.º, § 2.º, inciso II, minudencia que o termo 'conveniente' se refere a órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta, de qualquer esfera de governo, a consórcio público ou a entidade privada sem fins lucrativos.

14. Nessa toada, o mesmo artigo 6.º, inciso VII, da Portaria Interministerial n.º 507/11, excepciona de tal regramento as disposições do art. 57 do mesmo diploma. Tal artigo é expresso em mencionar a necessidade de realizar, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, apenas no tocante à aquisição de bens e à contratação de serviços pelas entidades privadas sem fins lucrativos. Não se incluiu em tal exceção a contratação de obras, inclusive, observando o regramento disposto no Decreto n.º 6.170/07. Se doutra forma procedesse o regramento interministerial, desbordaria dos limites estabelecidos pelo decreto presidencial, hierarquicamente superior.

(...)

15. Nessa linha, é o posicionamento da Assessoria Jurídica da Caixa, que se pronunciou no seguinte sentido (fls. 4/5):

Embora este dispositivo tenha retirado o rigor referente à aquisição de produtos e à contratação de serviços, não modificou a exigência relativa a obras, permanecendo a

condição de se seguir o estabelecido na legislação federal pertinente [...]

16. O TCU já se pronunciou pela necessidade de deflagração de procedimento licitatório no bojo dos Acórdãos n.º 1070/03 e 353/05, proferidos em momento em que ainda não vigiam as disposições regulamentares atualmente em vigor.

17. Por outro prisma, Ilustríssimo Senhor Consultor Jurídico do Ministério da Saúde concluiu (fls. 33/43) sobre o tema em debate que:

[...] as entidades privadas sem fins lucrativos, na contratação de obras para execução de recursos da União em convênios, devem observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, com a realização, no mínimo, de cotação prévia de preços no mercado para a celebração dos contratos.

18. Com a devida vênia ao posicionamento acima esposado, entendo que o caso em tela é de estabelecimento pelo artigo 11 do Decreto n.º 6.170/07 de uma exceção ao princípio da licitação. Tal ressalva foi observada pelo regramento contido na Portaria Interministerial n.º 507/11. Ambos os diplomas limitaram-se a excepcionar da regra do procedimento licitatório apenas a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos, mas não a contratação de obras.

19. É cediço que as exceções interpretam-se restritivamente, mormente, quando se trata de regra constitucional relativa à alocação de recursos públicos.

20. Caso desejasse o legislador excepcionar a contratação de obras pelas entidades privadas sem fins lucrativos, com recursos oriundos do Orçamento Público, do princípio da licitação, deveria tê-lo feito expressamente.

21. Acrescentese que consta também dos autos pronunciamento desta Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, exarado no ano de 2008, com o qual expressamos nossa concordância, haja vista que, no que tange às pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos qualificadas como Organizações Sociais – Oss ou Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs, prevalecem, respectivamente, as disposições contidas no artigo 17 da Lei n.º 9.637/98 e nos artigos 4.º, inciso I, e 14, da Lei n.º 9.790/99. Nesse sentido, poderão tais organizações adotar regulamento próprio atinente às contratações com recursos provenientes do Poder Público, inclusive no que tange à contratação de obras.

22. Por fim, não se nos afigura que o Decreto n.º 6.170/07 tenha regulado inteiramente a matéria de que tratava o Decreto n.º 5.504/05, anterior. Trata-se, em verdade, de diploma posterior incompatível, em parte, com o anterior, nos moldes do artigo 2.º, § 1.º, do DecretoLei n.º 4.657/42 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

23. É tanto que o Decreto n.º 5.504/05 dispôs sobre o estabelecimento da exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos. Já o Decreto n.º 6.170/07 concerne às normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências.

24. Percebase, por exemplo, que o Decreto n.º 6.170/07 não tratou de consórcios públicos. Para evitar a presente celeuma, deveria o legislador ter revogado expressamente o Decreto n.º 5.504/2005, quando editou o Decreto n.º 6.170/07, se o desejasse. Porém, assim não procedeu.

25. Nessa esteira, recomendase a adoção do competente procedimento licitatório, em se

tratando de contratação de obras pelas entidades privadas sem fins lucrativos, quando do envolvimento de recursos oriundos do Poder Público, excepcionando a situação das OSs e das OSCIPs, as quais, podem, em virtude de mandamento legal, editar regulamento próprio para as contratações inclusive de obras nos casos acima descritos.

26. Ante o exposto, sugere-se:

a) em se tratando de entidades qualificadas como Organizações Sociais, observe-se o contido no art. 17 da Lei n.º 9.637/98;

b) no que concerne às pessoas jurídicas de direito privado qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, atenda-se ao disposto nos artigos 4.º, inciso I, e 14, da Lei n.º 9.790/99;

c) no que pertine às pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos não qualificadas na forma das alíneas 'a' e 'b', observe-se o competente procedimento licitatório até eventual disposição regulamentar que altere o conteúdo do artigo 11 do Decreto n.º 6.170/07, e/ou do artigo 1.º do Decreto n.º 5.504/05, naquilo em que conflitem, para que expressamente se inclua a contratação de obras no bojo da aludida exceção;

d) considerando que a posição esposta por esta Consultoria é divergente daquela adotada pela Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde (Parecer n.º 467/2013/CONJURMS/CGU/AGU), nos termos do inciso XI do artigo 4.º da Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993, recomendo a remessa de cópia deste parecer e do processo à Advocacia Geral da União, via Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos da Consultoria Geral da União – DECOR/AGU, para emissão de posicionamento de pacificação da matéria; (...)

3 - Por sua vez, a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde defende justamente o contrário no Parecer n.º 467/2013/CONJURMS/CGU/AGU, de 02/04/2013, ou seja, entende que as entidades privadas sem fins lucrativos só precisam observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, com a realização, no mínimo, de cotação prévia de preços no mercado para a celebração de seus contratos, na forma do art. 11 do Decreto n.º 6.170/2007 (fls. 41/51):

(...)

5. O fundamento desta posição, à qual digo antecipadamente que adiro, é a de que 'a base atual para contratação de terceiros por entidades privadas, quando do recebimento de transferências voluntárias é o Decreto n.º 6.170/2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. Adiantando-se as consequências deste normativo, entendese que com sua entrada em vigor as entidades privadas sem fins lucrativos não estão mais submetidas aos ditames da Lei 8.666/1993, nem da Lei 10.520/2002. Em outros termos, não estão mais obrigadas a realizar as modalidades previstas nesses normativos' (fls. 25).

6. Com efeito, a questão se cinge à interpretação do ordenamento jurídico vigente em relação ao tema: ainda estaria vigente o Decreto n.º 5.504, de 2005, que estabelecera a obrigatoriedade dos instrumentos de repasse conterem cláusula que determinasse a realização de licitação? Ou suas normas estariam revogadas tacitamente pelo Decreto n.º 6.170, de 2007, que disciplinou integralmente a matéria sobre repasses da União a entidades públicas e privadas sem fins lucrativos?

7. Inicialmente, cumpre advertir que, ainda que se considere a obrigatoriedade de licitação no caso, tal seria derivada de expressa previsão normativa decorrente da regulamentação do art. 116 da Lei n.º 8.666, de 1993. Ou seja, não seria o próprio art. 116 da

Lei 8.666/93 quem obrigaria a licitação, norma de eficácia limitada que é, mas sim a sua necessária regulamentação, caso assim previsse. E nem do próprio texto constitucional (art. 37, XXI) como equivocadamente, s.m.j., sustentam até hoje alguns doutrinadores.

8. Essa tese está consagrada pelo TCU no Acórdão 1.934, de 2005 (DOU 18/04/2005), que reformou em parte o Acórdão 1.070, de 2003, superando o entendimento anterior que derivava a necessidade de realização de licitação pelo particular conveniente diretamente do texto constitucional (entendimento este que, data vênia, ainda é reproduzido por parte da doutrina de forma, a meu juízo, irrefletida) (...)

9. Com tal posicionamento do TCU, tornou-se necessária a regulamentação, via instrumento normativo constitucional competente – decreto presidencial –, das disposições da Lei n.º 8.666/93 que seriam aplicadas aos convênios e instrumentos congêneres, especificamente, no que interessa para o caso, em se tratando de particulares convenientes. Assim, não era mais suficiente, na regulamentação da matéria a IN n.º 3, de 25/09/2003, da Secretaria do Tesouro Nacional, que, por conta do Acórdão anterior do TCU (n.º 1.070, de 2003), dera nova redação ao art. 27 da IN/STN n.º 01/97, para determinar a obrigatoriedade, inclusive do particular conveniente, em realizar licitação para a execução de recursos da União transferidos.

10. É por tal razão que foi editado em 05 de agosto de 2005 o Decreto Federal n.º 5.504, no qual se estabeleceu que ‘Os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente.’ (art. 1.º, grifo nosso).

11. É importante ressaltar que, obedecendo a competência normativa regulamentar e adotando uma técnica jurídica exemplar, o Decreto, ao invés de estabelecer diretamente a obrigação, remetia para o instrumento a obrigatoriedade de conter cláusula determinante de licitação pública, de acordo com a legislação. Desse modo, não havia mais o que se questionar em relação à matéria.

12. Entretanto, posteriormente, publicouse o Decreto Federal n.º 6.170/2007 que regulamenta os convênios, contratos de repasse e termos de cooperação celebrados pelos órgãos e entidades da administração pública federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco que envolvam a transferência de recursos oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União’ (art. 1.º, com redação dada pelo Decreto n.º 6.428, de 2008), e em seu artigo 11 assim dispõe:

‘Art. 11. Para efeito do disposto no art. 116 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.’

13. Como se pode notar, a recente legislação tratou de forma diferente a execução dos recursos da União transferidos aos particulares. É certo que não se utilizou de todos os termos anteriormente previstos – obras, compras, serviços e alienações –, o que tem ensejado a presente questão, revelando-se uma lacuna importante, mas tão somente falou em aquisição de produtos e a contratação de serviços.

14. Contudo, é preciso advertir que o Decreto n.º 6.170/07 é mais amplo e preciso na regulamentação da matéria relativa às transferências da União mediante convênios e

instrumentos congêneres. Pode haver supostas lacunas, mas a matéria relativa a convênios foi tratada integralmente, em detalhes. Sua ementa é definidora de sua abrangência, ao estabelecer que ele ‘dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse’. Bem por isso, seu art. 1.º revela a intenção totalizadora sobre a matéria (...)

15. Cabe enfatizar que o Decreto n.º 6.170/2007, em seu artigo 11 citado, diferentemente do decreto anterior, faz menção expressa ao artigo 116 da Lei de Licitações e seus outros artigos estabelecem de forma exaustiva as normas de regência da matéria.

16. Assim, ainda que não tenha dito expressamente, o Decreto n.º 6.170, de 2007, por regular inteiramente a matéria, e nos termos do § 1.º do art. 2.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (DecretoLei n.º 4.657, de 1942, com a redação dada pela Lei n.º 12.376, de 2010) revogou o Decreto Federal n.º 5.504, de 2005.

17. O fato é que esse aparente conflito normativo – aparente, pois houve revogação tácita –, é verdade, tem ensejado dificuldades na execução de convênios, notadamente no tema ora tratado, como se pode observar no Parecer 0594AL4.2/2008, da lavra da Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (em anexo a este parecer).

18. Dito isso, importa destacar que, em decorrência de determinação do próprio Decreto n.º 6.170/2007, art. 18, foi editada Portaria Interministerial para disciplinar ao nível do detalhe mais operacional, como devem ser realizados os convênios, contratos de repasse e termos de cooperação com órgãos públicos e entidades privadas sem fins lucrativos. A Portaria atualmente em vigor é a Portaria Interministerial CGU/MF/Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão n.º 507, de 24 de novembro de 2011.

19. Referida portaria, por diversas vezes, reforça o argumento aqui defendido. Em sua disciplina, não há regras diferentes quanto ao modelo adotado para a execução dos recursos pelas entidades privadas, independentemente do objeto da contratação, sejam obras, bens ou serviços. Dessa forma, inclusive, colmatou qualquer lacuna existente no Decreto n.º 6.170/07, adotando as mesmas regras gerais (arts. 57 a 61), salvo especificidades, para os diversos objetos possíveis – bens, serviços e obras – de serem contratados pelas entidades privadas na execução dos recursos públicos, em nada os distinguindo.

20. Pela importância, cabe aqui a transcrição dos artigos, com especial atenção para os trechos negritados e sublinhados [arts. 57, caput, 58, § 1.º, I, 59, caput, e 61], que demonstram a inclusão das obras no regime da Portaria Interministerial CGU/MF/MPOG n.º 507/2011 (...)

21. Sob o mesmo ponto de vista, interessante trazer à fundamentação o fato de que tanto o decreto atual quanto a portaria interministerial seguem a sistemática da Lei de Licitações que, em seu Capítulo I, inclui numa mesma seção obras e serviços (Seção III – Das Obras e Serviços), a demonstrar a similitude, para fins de licitação, de ambos os objetos.

22. Assim, não parece razoável a interpretação de que o Decreto n.º 6.170/2007 teria adotado outra regra apenas para serviços e aquisições, mantendo-se a exigência da licitação pública apenas para o caso de contratação de obras. Seria um contrassenso, dado o alto valor dos princípios da licitação, da impessoalidade e da indisponibilidade do interesse público, que se fizesse uma distinção no plano jurídicopositivo de situações que se podem dizer idênticas do ponto de vista lógicojurídico. Se há interesse público inafastável na realização de licitação pública na execução de recursos públicos por entidade privada conveniente na contratação de obra, por qual razão na contratação de serviços ou aquisição de bens seria possível tão somente a cotação prévia de preços? Aqui se aplica com razão o princípio segundo o qual havendo a mesma razão jurídica, deve se adotar a mesma solução normativa: *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio.*

(...)

24. Em conclusão (...) o entendimento deste Consultor é o de que as entidades privadas sem fins lucrativos, na contratação de obras para execução de recursos da União em convênios, devem observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, com a realização, no mínimo, de cotação prévia de preços no mercado para a celebração dos contratos.

(...)

4 - Por fim, parece útil transcrever parcialmente o Parecer n.º MP/CONJUR/AL n.º 594-4.2/2008, de 05/06/2008, no qual a Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão examinou o conflito existente entre os Decretos n.ºs 5.504/2005 e 6.170/2007 (fls. 52/57):

1. Trata-se de consulta formulada pela Secretaria de Gestão deste Ministério (...) sobre a antinomia entre o Decreto n.º 5.504, de 5 de agosto de 2005, e o Decreto n.º 6.170, de 15 de julho de 2007, no que tange aos procedimentos a serem adotados pelas entidades privadas sem fins lucrativos, por ocasião da contratação de serviços e aquisição de produtos com recursos oriundos da União, especialmente em relação às Organizações Sociais e às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

(...)

5. Cotejando ambos os dispositivos [art. 1.º, §§ 1.º e 5.º, do Decreto n.º 5.504/2005, e art. 11 do Decreto n.º 6.170/2007], verificase que há aparente conflito, eis que, por ocasião da contratação de serviços e aquisição de produtos com recursos oriundos da União, o primeiro decreto impõe para aquelas entidades o emprego de licitação e, para aquisição de bens e serviços comuns, o uso da modalidade pregão, enquanto que o segundo determina apenas cotação prévia de preços.

6. De início, insta observar que não houve revogação expressa de qualquer dispositivo de ambos os decretos (...)

(...) vê-se que para solucionar essa antinomia aparente é suficiente utilizar o critério cronológico, eis que o Decreto n.º 6.170, de 2007, disciplinou a matéria de modo inteiramente novo, conferindo, portanto, outra regulamentação ao assunto.

(...) é forçoso concluir que o Decreto n.º 6.170, de 2007, revogará tacitamente o § 5.º do art. 1.º do Decreto n.º 5.504, de 2005, sem, todavia, observar o art. 9.º da Lei Complementar n.º 95, de 1998 (...) fato este que, a tempo e modo, deve ser retificado pela Administração.

11. No que tange ao art. 17 da Lei n.º 9.637, de 1998, não se vislumbra qualquer afronta ao dispositivo que determina que as organizações sociais terão regulamento próprio contendo os procedimentos para a contratação de obras, serviços e compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público. É de se entender que, na espécie, a mera determinação de que se faça cotação prévia afigurase como corolário do interesse público que norteia a matéria, notadamente por se tratar de utilização de recursos públicos. A toda evidência, a mera exigência de cotação prévia é o mínimo necessário e imprescindível em toda e qualquer aquisição de bens e serviços, na hipótese da contratação ocorrer com recursos da União.

12. Por isso, adotase o critério cronológico para solução da aparente antinomia e, conseqüentemente, temse por derogado o Decreto n.º 5.504, de 2005, no tocante ao § 5.º,

art. 1.º, e a respectiva aplicação às Organizações Sociais e às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, reconhecendo-se como aplicável à espécie o art. 11 do Decreto n.º 6.170, de 2007 (...)

É o relatório. Passase a opinar.

II – Objeto

5 - De início, vale frisar que aqui será examinada a questão da submissão ou não das entidades privadas sem fins lucrativos não qualificadas como Organizações Sociais nem Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público às regras de licitação previstas na Lei n.º 8.666/93 e na Lei n.º 10.520/2002 no caso da contratação de obras com recursos disponibilizados pela União.

6 - Como visto no relatório, já há duas teses desenvolvidas sobre o tema.

7 - De um lado, a Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão sustenta a necessidade de licitação para a contratação de obras por entidades privadas sem fins lucrativos que tenham recebido recursos da União para tal fim. Afirma que o art. 1.º do Decreto n.º 5.504/2005 não foi inteiramente revogado pelo art. 11 do Decreto n.º 6.170/2007 na medida em que o novo regulamento nada diz sobre obras.

8 - De outro, aparece a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde defendendo que as entidades privadas sem fins lucrativos só precisam observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, com a realização, no mínimo, de cotação prévia de preços no mercado para a celebração de seus contratos, na forma do art. 11 do Decreto n.º 6.170/2007, uma vez que este novo regulamento aborda inteiramente a matéria anteriormente tratada pelo art. 1.º do Decreto n.º 5.504/2005. Fundamenta tal tese na ausência de razoabilidade em dispensar a licitação apenas para aquisição de produtos e contratação de serviços, mas a exigir em relação a obras. O objeto da contratação não seria parâmetro capaz, por si só, de determinar a necessidade ou não de licitação.

III – A legislação pertinente

9 - Antes de examinar a controvérsia apontada acima, convém transcrever algumas normas que devem ser lembradas ao se estudar o assunto em tela.

10 - Eis o que a Constituição Republicana de 1988 diz sobre licitação pública:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

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

(...)

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

11 - A Lei n.º 8.666/93, ao regulamentar o inciso XXI do art. 37 da Constituição da República, assim definiu seu alcance e lançou algumas normas sobre os convênios:

Art. 1.º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

(...)

Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

(...)

§ 1.º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Adminis-

tração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

(...)

12 - A Lei n.º 10.520/2002 criou a modalidade denominada pregão e o art. 1.º do Decreto n.º 5.450/2005 assim disciplinou o pregão eletrônico:

Art. 1.º A modalidade de licitação pregão, na forma eletrônica, de acordo com o disposto no § 1o do art. 2o da Lei no 10.520, de 17 de julho de 2002, destinase à aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito da União, e submetese ao regulamento estabelecido neste Decreto.

Parágrafo único. Subordinamse ao disposto neste Decreto, além dos órgãos da administração pública federal direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.

13 - O Decreto n.º 5.504/2005 determinou a obrigatoriedade de licitação pública para os casos em que entidades privadas realizassem obras, compras, serviços e alienações com recursos repassados pela União:

Art. 1.º Os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente.

§ 1.º Nas licitações realizadas com a utilização de recursos repassados nos termos do caput, para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatório o emprego da modalidade pregão, nos termos da Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, e do regulamento previsto no Decreto n.º 5.450, de 31 de maio de 2005, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica, de acordo com cronograma a ser definido em instrução complementar.

§ 2.º A inviabilidade da utilização do pregão na forma eletrônica deverá ser devidamente justificada pelo dirigente ou autoridade competente.

§ 3.º Os órgãos, entes e entidades privadas sem fins lucrativos, convenientes ou consorciadas com a União, poderão utilizar sistemas de pregão eletrônico próprios ou de terceiros.

§ 4.º Nas situações de dispensa ou inexigibilidade de licitação, as entidades privadas sem fins lucrativos, observarão o disposto no art. 26 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, devendo a ratificação ser procedida pela instância máxima de deliberação da entidade, sob pena de nulidade.

§ 5.º Aplicase o disposto neste artigo às entidades qualificadas como Organizações Sociais, na forma da Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998, e às entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, na forma da Lei n.º 9.790, de 23 de março de 1999, relativamente aos recursos por elas administrados oriundos de repasses da União, em face dos respectivos contratos de gestão ou termos de parceria.

14 - Por sua vez, o Decreto n.º 6.170/2007 assim regulou as transferências de recursos da União por intermédio de convênios:

Art. 1º Este Decreto regulamenta os convênios, contratos de repasse e termos de execução descentralizada celebrados pelos órgãos e entidades da administração pública federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, para a execução de programas, projetos e atividades que envolvam a transferência de recursos ou a descentralização de créditos oriundos dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União. (Redação dada pelo Decreto n.º 8.180, de 2013)

(...)

Art. 3.º As entidades privadas sem fins lucrativos que pretendam celebrar convênio ou contrato de repasse com órgãos e entidades da administração pública federal deverão realizar cadastro prévio no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse SICONV, conforme normas do órgão central do sistema. (Redação dada pelo Decreto n.º 6.428, de 2008.)

(...)

Art. 11. Para efeito do disposto no art. 116 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.

(...)

Art. 18 Os Ministros de Estado da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão e o Ministro de Estado Chefe da Controladoria Geral da União editarão ato conjunto para execução do disposto neste Decreto. (Redação dada pelo Decreto n.º 8.244, de 2014).

Parágrafo único. O ato conjunto previsto no caput poderá dispor sobre regime de procedimento específico de acompanhamento e fiscalização de obras e serviços de engenharia de pequeno valor, aplicável àqueles de até R\$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil reais). (Incluído pelo Decreto n.º 7.594, de 2011)

(...)

15 - Por fim, a Portaria Interministerial n.º 507/2011, editada pelos Ministros do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Fazenda e da Controladoria Geral da União, tratou da contratação por entidades privadas sem fins lucrativos nos seguintes termos:

Seção I

DA CONTRATAÇÃO POR ENTIDADES PRIVADAS SEM FINS LUCRATIVOS

Art. 57. Para a aquisição de bens e contratação de serviços, as entidades privadas sem fins lucrativos deverão realizar, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade.

Parágrafo único. A entidade privada sem fins lucrativos deverá contratar empresas que

tenham participado da cotação prévia de preços, ressalvados os casos em que não acudirem interessados à cotação, quando será exigida pesquisa ao mercado prévia à contratação, que será registrada no SICONV e deverá conter, no mínimo, orçamentos de três fornecedores.

Art. 58. A cotação prévia de preços prevista no art. 11 do Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, será realizada por intermédio do SICONV, conforme os seguintes procedimentos:

(...)

§ 1º A cotação prévia de preços no SICONV será desnecessária:

I quando o valor for inferior a R\$ 8.000,00 (oito mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra, serviço ou compra ou ainda para obras, serviços e compras da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; e

(...)

Art. 59. Cada processo de compras e contratações de bens, obras e serviços das entidades sem fins lucrativos deverá ser realizado ou registrado no SICONV contendo, no mínimo, os seguintes elementos:

(...)

Art. 61. Nas contratações de bens, obras e serviços as entidades privadas sem fins lucrativos poderão utilizar-se do sistema de registro de preços dos entes federados.

IV – Desnecessidade de licitação pública por parte de entidades privadas sem fins lucrativos ao contratar obras com recursos da União

16 - Observadas a controvérsia e a legislação de regência, partese para a busca da solução jurídica do caso sob exame.

17 - Em primeiro lugar, deve-se ter em mente que as entidades privadas sem fins lucrativos receptoras de recursos da União aqui estudadas são integrantes do Terceiro Setor. Isso significa que não integram a Administração Pública, mas desempenham alguma atividade de interesse público.

18 - Podese dizer que se encontram em um estágio anterior àquele ocupado pelas Organizações Sociais e pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, uma vez que dependem do preenchimento de alguns requisitos legais para alcançar, se desejarem, àquelas qualificações.

19 - Todavia, em essência, uma entidade privada sem fins lucrativos receptora de recursos da União não difere de uma Organização Social ou de uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. Um cidadão ao receber os serviços prestados por uma dessas três entidades dificilmente perceberá distinção.

20 - Tomada como premissa essa semelhança entre as entidades do Terceiro Setor, convém dizer que até pouco tempo o Tribunal de Contas da União afastava a necessidade de licitação por parte das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, mas incompreensivelmente a

exigia em relação às Organizações Sociais.

21 - Tal incongruência foi exposta no Parecer n.º 81/2011/DECOR/CGU/AGU, aprovado pelo Exmo. Sr. Consultor Geral da União em 21/10/2011, no qual o subscritor da presente peça jurídica se manifestou em relação à desnecessidade de licitação e pela obediência das Organizações Sociais ao art. 11 do Decreto n.º 6.170/2007:

(...)

50. Diante do exposto, seguindo posição externada pela autoridade máxima desta Advocacia Geral da União na ADI n.º 1923/DF, entendese que:

a) por conta da presunção de constitucionalidade das normas jurídicas, ratificada, in casu, pelo indeferimento de medida cautelar requerida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1923/DF, os arts. 4.º, VIII, e 17 da Lei n.º 9.637/98 vigem plenamente e estipulam que as organizações sociais devem observar seus regulamentos próprios ao contratar com terceiros, consistindo tal previsão legal em exceção válida ao princípio licitatório, nos termos do inciso XXI do art. 37 da Constituição da República;

b) o Decreto n.º 5.504/2005 é absolutamente incompatível com os arts. 4.º, VIII, e 17 da Lei n.º 9.637/98, não sendo, assim, aplicável às organizações sociais;

c) o Decreto n.º 6.170/2007, por outro lado, é aplicável às organizações sociais e determina a observância de princípios essenciais ao trato dos recursos públicos quando da produção do regulamento específico relativo à contratação de bens e serviços pelas organizações sociais;

d) a tese firmada no Acórdão n.º 601/2007 – 1.ª Câmara e repetida no Acórdão n.º 2.569/2011 – 2.ª Câmara do Tribunal de Contas da União merece ser revista; e

e) nos termos dos arts. 70 e 71 da Constituição de 1988, é inafastável o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas da União sobre as contas das organizações sociais que recebem recursos federais.

22 - Mais adiante, em sessão realizada em 27/11/2013, o Plenário do Tribunal de Contas da União assim revisou seu entendimento sobre as Organizações Sociais (Acórdão n.º 3.239/2013 – Plenário, relatado pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues):

RELATÓRIO DE AUDITORIA OPERACIONAL. TRANSFERÊNCIA DO GERENCIAMENTO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE A ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. FALHAS. DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES. MONITORAMENTO.

(...)

5. As organizações sociais submetem-se a regulamento próprio sobre compras e contratação de obras e serviços com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessário, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado.

(...) Relatório:

Adoto, como relatório, a instrução peça 59, da lavra da Secex/Saúde, in verbis:

(...)

Realização de licitação pelas OS

Na visão daqueles que defendem que as organizações sociais estariam sujeitas aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, tais entidades também deveriam seguir a Lei Federal 8.666/1993 e realizar procedimento licitatório quando aplicassem recursos públicos na aquisição de bens e serviços.

A Lei Federal 9.637/1998 determina que as OS elaborem regulamento próprio com os procedimentos para contratação de obras e serviços e para a aquisição de bens, regulamento que deveria ser aprovado pelo Conselho de Administração da entidade [art. 17] (...)

Já o Decreto 5.504, de 5/8/2005, estabeleceu a exigência de utilização do pregão para entes públicos ou privados nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, tendo estendido tal exigência para as OSs e Oscips [art. 1.º, caput, e §§ 1.º e 5.º] (...)

Mais recentemente, o Decreto 6.170/2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, definiu que:

Art. 11. Para efeito do disposto no art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.

Portanto, não se pode considerar como válida a exigência de pregão para organizações sociais e Oscips. Primeiro porque a Lei Federal 9.637/1998 exige das organizações sociais a elaboração de regulamento próprio de contratação de obras e serviços e aquisição de bens, e um Decreto, a princípio, não poderia dispor de forma divergente de lei ordinária. Segundo, porque o Decreto 6.170/2007, posterior, trouxe nova normatização acerca do mesmo tema, retirando a necessidade de pregão eletrônico para as transferências voluntárias, o que se aplica também às OSs. Entretanto, a necessidade de realização de procedimento licitatório pelas OSs ainda é tema polêmico dentro desta Corte de Contas. No Acórdão 1.070/2003TCU Plenário, o Tribunal seguiu o entendimento do Ministro-Relator Ubiratan Aguiar e firmou o entendimento de que as entidades privadas devem obedecer a Lei de Licitações e Contratos na realização de despesas feitas com recursos advindos de convênios. Todavia, após pedido de reexame do MPTCU, o Plenário acolheu proposta do Ministro Walton Alencar Rodrigues no sentido de firmar novo entendimento:

9.2. firmar o entendimento de que a aplicação de recursos públicos geridos por particular em decorrência de convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, deve atender, no que couber, às disposições da Lei de Licitações, ex vi do art. 116 da Lei 8.666/93;

Em 2005, o Tribunal julgou relatório de auditoria realizada no Termo de Parceria firmado entre o Ministério do Planejamento e a Oscip Rede Brasileira de Promoção de Investimentos. No julgamento foi discutida a aplicabilidade da Lei de Licitações a este tipo de entidade. O relator do processo, Ministro Marcos Vinícios Vilaça, havia entendido que a Lei Federal 8.666/1993 não seria aplicável, pois as Oscips são entidades privadas, que não fazem parte da administração pública direta ou indireta, seguindo o mesmo entendimento da Decisão 907/1997TCU Plenário, que havia estabelecido que as entidades integrantes do sistema 'S', apesar de manejarem recursos públicos, não precisariam seguir os estritos termos da Lei Federal 8.666/1993.

O Ministro Revisor, Ubiratan Aguiar, discordou de tal posicionamento, defendendo que os recursos transferidos para as Oscips não perderiam o caráter público, por isso sua aplicação deveria respeitar os princípios constitucionais do art. 37, inclusive a realização de procedimento licitatório.

Foi acolhida a proposta do Ministro Relator, no sentido de que as Oscips não se submetem à Lei de Licitações, mas sim ao regulamento próprio de contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência.

Todavia, entendimento diferente foi proferido em relação às organizações sociais no Acórdão 601/2007 TCU^{1ª} Câmara, que julgou recurso de reconsideração de OS, em cujo julgamento das contas havia sido determinado que atentasse para o §5º do art. 1º do Decreto 5.504/2005. O auditor responsável pela análise do recurso procurou demonstrar que a lógica do Acórdão TCU 1.777/2005 Plenário, que firmou o entendimento de que as Oscips sujeitavam-se ao regulamento próprio, não se aplicava às organizações sociais.

O primeiro argumento levantado pelo auditor é de que o regime jurídico das OSs teria uma 'maior densidade publicista (...), parcialmente flexibilizado por regras de direito privado'. Já o regime jurídico das Oscips seria 'mais aproximado do direito privado (...), minimamente derogado por regras de direito público no que toca à aplicação dos recursos públicos obtidos por meio do termo de parceria'. Isso seria observado no maior controle do Poder Público sobre as OSs do que sobre as Oscips, na participação de agentes do Poder Público na estrutura da entidade, na permissão de uso de bem público.

Há de se concordar com o auditor quando ele diferencia o regime jurídico das OSs e das Oscip a partir da noção de que o primeiro seria mais publicista. A doutrina diferencia os dois tipos de entidades, principalmente, a partir da relação com o poder público. Enquanto as OSs normalmente assumem um serviço que antes era prestado pelo Estado, muitas vezes gerenciando servidores e patrimônio público, as Oscips normalmente passam a receber um suporte financeiro para prestar um serviço que já vinham prestando anteriormente.

No entanto, tal diferença entre os regimes jurídicos não justifica um entendimento diferente do proferido no Acórdão 1.777/2005 TCU Plenário. O Plenário havia decidido que as Oscips estavam sujeitas ao regulamento próprio porque não fariam parte da administração direta ou indireta, o mesmo ocorrendo com as OSs. Apesar de o regime mais publicista, as organizações sociais ainda são entidades privadas, e não públicas.

O Ministro Relator do Acórdão 1.777/2005 TCU Plenário entendeu que 'o Decreto [5.504/2005] não se harmoniza com a Lei 9.790/1999 nem com o art. 37, XXI, da Constituição Federal. Para mim, entidades privadas, mesmo no manejo de recursos públicos, não precisam observar a Lei 8.666/93, pelas razões já expostas neste Voto'. O entendimento do relator também pode ser alicado às OSs, mesmo com um regime jurídico mais publicista, pois o Decreto 5.504/2005 também não se harmoniza com a Lei 9.637/1998.

O Acórdão 601/2007 TCU^{1ª} Câmara seguiu o auditor e firmou o entendimento de que 'as organizações sociais estão sujeitas às normas gerais de licitação e de administração financeira do poder público'.

Há de se ressaltar que este Acórdão é anterior ao Decreto 6.170/2007. No Acórdão 114/2010 TCU Plenário, o Ministro Relator Benjamin Zymler não acolheu as determinações da equipe de auditoria para que uma Oscip seguisse as determinações da Lei Federal 8.666/1993. Foi proferida a seguinte determinação à entidade:

9.1. determinar à Fundação Instituto de Hospitalidade que, quando da gestão de recursos públicos federais recebidos mediante transferências voluntárias, observe os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, além da cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato, de acordo com o art. 11, do Decreto nº 6.170/2007;

Já o Acórdão 710/2010TCU^{2ª} Câmara alertou a uma organização social que ela deveria utilizar o pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns com recursos federais transferidos mediante contrato de gestão.

Por fim, o Acórdão 3.373/2012TCU Plenário, que apreciou auditoria operacional na SPDM, fez uma série de determinações à entidade no sentido de que seus procedimentos de contratação atendessem aos princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência, bem como os preceitos gerais da Lei de Licitações, mas sem aplicar diretamente a lei nas aquisições da entidade.

Tendo em vista que este é um tema ainda cercado de polêmica dentro do Tribunal, o que pode levar a uma insegurança jurídica ao modelo das organizações sociais, propõe-se que o TCU firme o entendimento de que as organizações sociais submetem-se ao regulamento próprio de contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.

(...)

Voto:

(...)

IV

Merecem registro duas questões concernentes a atuação das OSs mencionadas no relatório de auditoria: obrigatoriedade de realização de concursos públicos e observância da Lei 8.666/1993.

(...)

A jurisprudência desta Corte de Contas tem se inclinado a considerar que aquisição de produtos e contratação de serviços por organizações sociais não precisam seguir os estritos termos da Lei Federal 8.666/1993, sujeitando-se ao regulamento próprio sobre os procedimentos para compras e contratação de obras e serviços com recursos provenientes do Poder Público, que deve observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessário, no mínimo, cotação prévia de preços (Acórdãos 353/2005, 114/2010 e 3.373/2012, do Plenário, e 601/2007, da 1ª Câmara).

Esse entendimento decorre diretamente do teor do caput do art. 116 da Lei 8.666/1993, que estabelece que a aplicação de recursos públicos geridos por particular em decorrência de convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres deve atender, no que couber, às disposições da Lei de Licitações.

Os arts. 4º, VIII, e 17 da Lei 9.637/98 autorizam a organização social a elaborar 'regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações'. Entretanto, por se tratarem de regulamentos, devem possuir consonância com a norma verticalmente superior, que, no caso de utilização de recursos públicos federais, é a Lei 8.666/93 e, sobretudo, o disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal.

(...)

Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam de auditoria operacional a respeito da transferência do gerenciamento de unidades públicas a entidades privadas;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fulcro no art. 250, incisos II e III, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, em:

(...)

9.8. determinar ao Ministério da Saúde que, no prazo de 90 (noventa) dias:

(...)

9.8.2.5. as organizações sociais submetem-se a regulamento próprio sobre compras e contratação de obras e serviços com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessário, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado;

23 - Sem dúvida alguma, o Parecer n.º 81/2011/DECOR/CGU/AGU e o Acórdão n.º 3.239/2013 – Plenário do TCU inspiram o conteúdo da presente manifestação, já que as sutis distinções entre as entidades do Terceiro Setor não recomendam a diferenciação no regime de contratação perante terceiros, mesmo que haja verbas da União envolvidas.

24. Relembrese que uma das finalidades da execução de tarefas públicas pelo Terceiro Setor é o aproveitamento da maior flexibilidade das entidades privadas nas contratações, o que seria extremamente prejudicado pela obediência estrita à Lei n.º 8.666/93 e à Lei n.º 10.520/2002.

25. Pois bem. O conflito entre o art. 1.º, *caput* e § 1.º, do Decreto n.º 5.504/2005 e o art. 11 do Decreto n.º 6.170/2007 é claro.

26. A primeira norma cuida de “obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União” e exige licitação pública para a celebração desses contratos.

27. Já a segunda dispõe sobre a “aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos” e impõe apenas a realização de cotação prévia de preços e observância dos princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade na celebração desses contratos privados firmados pelas entidades privadas sem fins lucrativos.

28. Como se percebe, o art. 11 do Decreto n.º 6.170/2007 trata especificamente das entidades privadas sem fins lucrativos que recebem recursos da União para a aquisição de produtos e a contratação de serviços. É norma específica sobre as entidades privadas sem fins lucrativos.

29. Diversamente, o art. 1.º, *caput*, do Decreto n.º 5.504/2005 cuida genericamente de contratos firmados por entes públicos ou privados que recebem recursos da União.

30. Desse modo, afirmase a aplicação do art. 11 do Decreto n.º 6.170/2007 às entidades privadas sem fins lucrativos que recebem recursos da União. O art. 1.º, *caput* e § 1.º, do Decreto n.º 5.504/2005 não terá vez quando se tratar de entidades privadas sem fins

lucrativos que recebem recursos da União. Nos casos em que essas entidades não estiverem envolvidas, poderá ter lugar o art. 1.º do Decreto n.º 5.504/2005.

31. Por outro lado, é verdade que os termos utilizados em relação ao objeto das contratações foram diferentes nos Decretos n.ºs 5.504/2005 (obras, compras, serviços e alienações) e 6.170/2007 (aquisição de produtos e a contratação de serviços). Daí a interpretação realizada pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que pretende aproveitar o Decreto n.º 5.504/2005 no que se refere a obras.

32. Pelo que já disse até o momento, não parece adequado aproveitar o Decreto n.º 5.504/2005. Existe lacuna. O Decreto n.º 6.170/2007 regulou inteiramente a questão no que se refere às entidades privadas sem fins lucrativos, mas nada disse sobre as obras. Como resolver essa situação?

33. Diante da apontada lacuna, vale anotar que a analogia surge como método integrativo possível no Direito Administrativo. Nesse sentido, são as lições de Hely Lopes Meirelles e Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

A analogia admissível no campo do Direito Público é a que permite aplicar o texto da norma administrativa a espécie não prevista, mas compreendida no seu espírito; a interpretação extensiva, que negamos possa ser aplicada ao Direito Administrativo, é a que estende um entendimento do Direito Privado, não expresso no texto administrativo, nem compreendido no seu espírito, criando norma administrativa nova. A distinção é sutil, mas existente (...) [1]

Há dois tipos de aplicação analógica: a *analogia legis* e a *analogia juris*. Na primeira, procurase estender uma regra existente a um caso de características afins; na segunda, procurase aplicar, ao caso não previsto, uma norma não existente, mas que se formula a partir da integralidade do sistema jurídico.

Dada a dupla e simultânea vocação peculiar do Direito Administrativo, à garantia da preservação da segurança jurídica, nas relações entre o Estado e a sociedade, e a instrumentar a satisfação do interesse público, só será admissível a aplicação da analogia legis quando a norma similar for também de Direito Administrativo, porque apenas assim terseá preservada a inteireza daquela missão.

A *analogia juris*, a que se aplica com a criação de uma norma analógica, a partir de todo o sistema jurídico, parecenos impraticável na disciplina, ainda porque refugiria ao sistema rígido de reserva legal da ação do Estado, que é o adotado na ordem jurídica brasileira, no qual as competências administrativas só podem estar expressas na lei. [2]

34. E haverá alguma regra de Direito Administrativo possível de ser aplicada pela via da *analogia legis* ao presente caso?

35. Eis o art. 14 da Lei n.º 9.790/99, que cuidou especificamente das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público:

Art. 14. A organização parceira fará publicar, no prazo máximo de trinta dias, contado da assinatura do Termo de Parceria, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios estabelecidos no inciso I do art. 4.º desta Lei.

36. O mencionado art. 14 prevê um regulamento próprio para a contratação de obras, serviços e compras, ou seja, dispensa a licitação pública. E isso pode ser aplicado ao presente caso com temperamentos.

37. In casu, a aplicação analógica do art. 14 da Lei n.º 9.790/99 tem de ser combinada com o art. 11 do Decreto n.º 6.170/2007. Dessa forma, admite-se procedimento simplificado para as contratações realizadas pelas entidades privadas sem fins lucrativos independentemente do objeto da contratação.

38. Como muito bem anotado pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde, não há como sustentar a necessidade de licitação em relação a obras e dispensá-la quando se está diante de bens e serviços. Não há justificativa racional para essa distinção.

39. No plano normativo, também seguindo a tese desenvolvida no âmbito da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde, ainda aparece outro fundamento para afastar a licitação. Trata-se da Portaria Interministerial n.º 507/2011, editada pelos Ministros do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Fazenda e da Controladoria Geral da União, que em seus arts. 58, § 1.º, I, 59, *caput*, e 61 afastaram a licitação pública por parte das entidades privadas sem fins lucrativos também em relação à contratação de obras.

40. Além do que já foi dito, pode-se afirmar que o art. 116 da Lei n.º 8.666/93 não determina a aplicação de todas as suas normas aos convênios. Utilizou-se a expressão “no que couber” e isso deve ser considerado.

41. Retomando o conflito direto entre os Decretos n.ºs 5.504/2005 e 6.170/2007, cabe destacar que a doutrina já o apreciou em algumas oportunidades.

42. Muitos doutrinadores têm proclamado a revogação do art. 1.º, *caput* e § 1.º, do Decreto n.º 5.504/2005 pelo art. 11 do Decreto n.º 6.170/2007.

43. Ronaldo Quintanilha da Silva visualiza a revogação tácita do art. 1.º, § 1.º, do Decreto n.º 5.504/2005 pelo art. 11 do Decreto n.º 6.170/2007:

11 A simplificação trazida pelo Decreto n.º 6.170/2007 (Cotação prévia de preços)

O Decreto n.º 6.170/2007 dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. Adiantando-se as consequências deste normativo, entendese que com sua entrada em vigor as entidades privadas sem fins lucrativos não estão mais submetidas aos ditames da Lei n.º 8.666/1993, nem da Lei n.º 10.520/2002. Em outros termos, não estão mais obrigadas a realizar as modalidades previstas nesses normativos. O que foi imposto pela IN n.º 3/2003, após quase uma década, está desfeito. Citase o art. 11 do Decreto, que nos leva a tal conclusão;

Art. 11. Para efeito do disposto no art. 116 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato. (...)

Esse artigo ampara-se no art. 116 da Lei n.º 8.666/1993 e dispensa as entidades privadas sem fins lucrativos da realização de processo licitatório nos moldes das leis men-

cionadas, quando da gestão das transferências voluntárias disciplinadas pelo Decreto nº 6.170/2007. Esse Decreto institui o procedimento simplificado, ou seja, a realização de cotação prévia de preços no mercado, além de mencionar o dever de seguir os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade.

O Decreto nº 6.170/2007 traz diversos dispositivos, além do citado acima, que tratam da matéria, a saber: conceitos, inclusive incluindo as entidades privadas sem fins lucrativos, que como visto no tópico 5 não se fazia menção; normas de celebração, acompanhamento e prestação de contas; Siconv (Sistema de convênios e contratos de repasse).

Na Exposição de Motivos nº 00142/2007/MP do referido Decreto, acessada na tese defendida por Salinas, 2008, o objetivo básico é declarado, como sendo a alteração da sistemática de formalização, acompanhamento e prestação de contas dos recursos transferidos, tornandoa mais eficiente e transparente, em atendimento às determinações do Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 788/2006 – Plenário. O TCU surge, mais uma vez, como indutor de mudanças na Administração Pública.

(...)

Portanto, entendese que ocorreu a revogação tácita do Decreto nº 5.504/2005, da mesma forma é o posicionamento do MPOG, exposto no sítio na internet (www.convenio.gov.br), cujos esclarecimentos às entidades privadas sem fins lucrativos a respeito do Decreto nº 6.170/2007 e da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 127/2008, assim se apresentam:

Esclarecemos que, em razão do disposto no art. 11 do Decreto nº 6.170, de 2007, entendese existir uma revogação tácita do art. 1º, §1º do Decreto nº 5.504, de 2005, ou seja, inexistência de necessidade das entidades privadas sem fins lucrativos realizarem pregão para selecionar os terceiros com quem irão contratar. (...)

Em 2010, a Comissão Gestora do Siconv passou a disponibilizar no Portal dos Convênios as diretrizes sobre temas polêmicos ou esclarecimentos necessários. A Diretriz nº 006/2010 – Contratação de Terceiros orienta ao uso da cotação prévia de preços.

(...)

12 Conclusão (...)

No emaranhado de legislação existente, há comandos que determinam a realização de processo licitatório, com base na Lei nº 8.666/1993 e outros que o dispensam, bastando uma cotação prévia de preços, este é o caso do Decreto nº 6.170/2007. Portanto, a pergunta que se faz é como as entidades sem fins lucrativos devem proceder na aquisição de bens e contratação de serviços?

(...)

Diante disso, o primeiro ponto que nos conduz nessa discussão é o âmbito de incidências das Leis nºs 8666/1993 e 10.520/2002 que não trazem em seus comandos as entidades privadas sem fins lucrativos. A primeira menciona as empresas públicas e as sociedades de economia mista, para as quais inclusive são permitidas edições de regulamentos próprios, nos termos do art. 119 da Lei nº 8.666/1993.

As entidades privadas sem fins lucrativos não estão submetidas a esses regramentos.

(...)[3]

44. Maria Tereza Fonseca Dias, ao examinar a questão em relação às Organizações Sociais e às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, é verdade, afirma a revogação

tácita do Decreto n.º 5.504/2005 e cita interessante julgado do Tribunal de Contas da União:

No caso das entidades do Terceiro Setor, é ainda mais fácil o reconhecimento da regra que determina a edição de regulamentos próprios para suas contratações, uma vez que tais entidades não integram a Administração Pública.

Diversamente de tais regras, entretanto, foram editados regulamentos federais, tais como: Decreto n.º 5.504, de 5 de agosto de 2005 (art. 1.º, §§1º e 5º), Decreto n.º 6.170, de 25 de julho de 2007 (art.

11) e Portaria Interministerial n.º 127/2008 (esta para os convênios), que passaram a exigir ora a realização de pregão, ora a realização de cotação prévia de preços no mercado, para que as entidades do Terceiro Setor realizem suas contratações com os recursos recebidos da Administração Pública. Assim, a pergunta posta diante dessa legislação é a existência de uma eventual contradição entre as normas citadas, na tentativa de se definir qual regime jurídico será aplicado nas contratações das entidades do Terceiro Setor que firmaram ajustes administrativos com a Administração Pública.

A questão de incompatibilidade normativa colocase notadamente em relação ao conteúdo do Decreto n.º 5.504/2005, que não só determina a realização de licitação para essas entidades, como ainda estabelece a obrigatoriedade de utilização da modalidade pregão para aquisição de bens e serviços comuns. Gustavo Justino de Oliveira, desde a edição desse Decreto, já advogava a sua ilegalidade em face da legislação sobre o Terceiro Setor editada e transcrita anteriormente, que estabelecia a edição do regulamento próprio. Após a Edição do Decreto n.º 6.170/2007 e da Portaria Interministerial n.º 127/2007, determinando apenas a cotação prévia dos preços, entende se que houve a revogação tácita do Decreto n.º 5.404/2005.

Sobre o Decreto n.º 6.170/2008, confirase decisão do TCU no Acórdão n.º 114/2010, que tratado alcance de seu conteúdo, nos termos do voto do Ministro Ubiratan Aguiar:

‘Nesse Decreto, o art. 11, para efeito do disposto no art. 116 da Lei n.º 8.666/1993, estabelece que as entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos da União mediante convênio deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.

Entendo, portanto, que essa deve ser a extensão da aplicação do Estatuto das Licitações pelas entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos mediante transferências voluntárias da União.

Nesse sentido, reputo desnecessárias determinações que se refiram à aplicabilidade da Lei n.º 8.666/1993 por parte da multicitada Fundação, por ser uma OSCIP, tampouco acolhimento das audiências propostas em virtude de inobservância desse normativo.’

Em que pese à existência de divergência quanto à aplicabilidade da Lei n.º 8.666/93 aos contratos firmados pelas entidades do Terceiro Setor, o fato é que começa a se firmar o entendimento que ditos regulamentos estão albergados pela ordem jurídica nacional e que as entidades privadas sem fins lucrativos não se submetem ao regime da Lei n.º 8.666/93, desde que, conforme ressalva feita por Lucas Rocha Furtado, os regulamentos sejam compatíveis com os princípios da Administração Pública e os parâmetros definidos pela Lei Geral de Licitações. [4]

45. Luciano Ferraz admite que as entidades do Terceiro Setor realizem apenas a cotação prévia antes de suas contratações e declara a revogação parcial do art. 1.º do Decreto n.º 5.504/2005:

3 Do dever de licitar das entidades do terceiro setor que recebem recursos públicos

Além do aspecto relativo à seleção das entidades do terceiro setor que estabelecerão os vínculos cooperativos com o Poder Público (contratos de gestão, termos de parceria e convênios), também desperta interesse a questão referente à aplicação dos recursos públicos por parte dessas entidades.

O dever de prestar contas, estabelecido no parágrafo único do art. 70 da Constituição tem natureza jurídica de obrigação pública. Por óbvio, aquele que presta contas de recursos públicos tem o dever de demonstrar sua boa aplicação: o uso correto e adequado das verbas públicas é correlativo da incidência dos princípios constitucionais da legalidade, legitimidade e economicidade (caput do art. 70). Como decorrência, entendese haver dever implícito de licitar, ainda que em termos diversos do que é prescrito aos órgãos e entidades públicas.

É dizer: as entidades que recebem recursos públicos podem e devem se submeter a rito licitatório para efeito de contratação, rito este que pode ser diferente do que é previsto pelas Leis nºs 8.666/93 e 10.520/02.

Não obstante, o Decreto Federal nº 5.504/05, afastandose desse entendimento, havia estabelecido que os entes públicos ou privados que recebessem recursos da União deveriam contratar mediante a abertura de um procedimento de licitação, 'de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente'. Tais disposições seriam aplicáveis também às OS e OSCIPS:

Art. 1º Os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente.

[...]

§ 5º Aplicase o disposto neste artigo às entidades qualificadas como Organizações Sociais, na forma da Lei no 9.637, de 15 de maio de 1998, e às entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, na forma da Lei no 9.790, de 23 de março de 1999, relativamente aos recursos por elas administrados oriundos de repasses da União, em face dos respectivos contratos de gestão ou termos de parceria.

Considero que o art. 1º do Decreto é ilegal. Ele é norma de segunda estirpe e não pode contrariar instrumento normativo superior. O Decreto fere a norma do art. 116 da Lei nº 8.666/93, que estabelece sua aplicação aos convênios apenas 'no que couber'. Fere também a Lei nº 9.637/98, relativamente às OS, e a Lei nº 9.790/99, relativamente às OSCIPS, já que ditas entidades devem possuir, na forma do art. 17 da Lei nº 9.637/98 e art. 14 da Lei nº 9.790/99, regulamentos próprios de licitações e contratos.

Em boa hora foi editado o Decreto Federal nº 6.170/07,3 que revogou parcialmente o art. 1º do

Decreto nº 5.504/05, passando a dispor:

Art. 11. Para efeito do disposto no art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.

O art. 11 do Decreto Federal nº 6.170/07 foi regulamentado pela Portaria nº 127/08 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que prevê uma espécie de 'licitação virtual', realizada por meio de um sistema da União denominado SINCOV (ligado ao SICAF) que realizará a cotação de preço em benefício das entidades sem fins lucrativos (art. 45 et. seq.).

Tocante ao regulamento próprio a que se submetem, por força de lei, as OS e as OSCIPS, ressalta-se que não se trata de regulamento geral aplicável a todas as entidades. Trata-se, em verdade, de específico regulamento para cada entidade, posição que se assemelha à adotada pelo TCU para as licitações das entidades do 'Sistema S'.

Por derradeiro, cabe mencionar que o anteprojeto de lei substitutivo do DecretoLei nº 200/67 antes mencionado prevê (art. 80, §3º) que a entidade não estatal deverá observar, para fins de dispêndio de recursos públicos, procedimentos concorrenciais peculiares.

4 À guisa de conclusão

A realização do interesse público não é predicado da pessoa jurídica do Estado e de entidades que lhe pertencem. Particulares também desempenham tarefas públicas, mediante vínculos jurídicos firmados com o Estado. É o caso das entidades do terceiro setor.

A história brasileira é rica em exemplos bem sucedidos de parcerias entre o setor público e o setor privado. Nas últimas décadas instrumentos legislativos estabeleceram marcos legais das Organizações Sociais (Lei nº 9.637/98) e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Lei nº 9.790/99), sem prejuízo da tradicional transferência de recursos públicos para entidades sem fins lucrativos, mediante convênios e instrumentos congêneres.

A seleção das entidades beneficiárias segue regras distintas a depender do seu tipo, mas a incidência dos princípios da Administração Pública recomenda, sempre que possível, a instalação de procedimentos competitivos, como demonstra o esboço apresentado neste ensaio.

Quando as entidades do terceiro setor lidam com recursos públicos terminam por se submeter a regime jurídico 'publicizado', o que não quer significar necessariamente regime jurídico idêntico ao que se aplica aos órgãos e entidades da Administração Pública.

Por força da legislação pertinente, as OS (art. 17 da Lei nº 9.637/98) e as OSCIPS (art. 14 da Lei nº 9.790/99) possuem estatutos próprios de licitação e contratos, afigurando-se ilegais atos regulamentares e normativos que pretendam lhes aplicar o disposto na Lei nº 8.666/93. As entidades conveniadas, ao seu turno, mercê do que dispõe o art. 116 da Lei nº 8.666/93, regulamentado pelo Decreto nº 6.170/07, devem seguir princípios da Administração Pública, submetendo-se a coleta de preços pelo SICONV ou fora dele, porém nele registradas.

A nova sistemática legal é mais adequada e apropriada à natureza finalística das entidades privadas sem fins lucrativos, por não submetê-las por completo à rigidez do regime jurídico de direito público e assegurar, por força dos procedimentos adotados, o respeito aos princípios constitucionais regentes da Administração Pública. [5]

46. Pericles Ferreira de Almeida traça um panorama do histórico normativo e jurisprudencial bastante interessante sobre a superação do Decreto n.º 5.504/2005:

2 Contratação por entidade privada com recursos repassados

Omisso o antigo Decreto nº 93.872/1986 — na parte que trata de convênios revogado

pelo Decreto nº 6.170/2007 —, a Instrução Normativa STN nº 01/1997 determinou que as entidades privadas, na execução de despesas com recursos recebidos por convênio, deviam adotar procedimentos análogos aos estabelecidos na Lei nº 8.666/1993 (art. 27, parágrafo único).

Firmando posição de crítica a tal norma, no Acórdão nº 1.070/2003, o Tribunal de Contas da União entendeu que os parceiros privados, ao firmarem convênio, assumem integralmente os deveres impostos aos entes públicos, notadamente o de promover licitação nos exatos termos da Lei nº 8.666/93 e, por força dessa premissa, determinou à Secretaria do Tesouro Nacional que reformulasse a redação do parágrafo único do art. 27 da IN STN nº 01/97 para exigir das entidades privadas, quando da aplicação de recursos públicos repassados, a observância da Lei de Licitações.

Daí seguiu-se a edição da IN STN nº 03/2003, alterando o precitado art. 27 para impor a realização de licitação aos entes privados.

Pouco depois, no entanto, a Corte de Contas da União reviu sua jurisprudência no julgamento registrado no Acórdão nº 353/2005 — pedido de reexame interposto em desfavor do Acórdão nº 1.070/03 —, decidindo por recomendar à Presidência da República que procedesse à regulamentação do art. 116 da Lei nº 8.666/93, para explicitar quais disposições dessa Lei devem ser seguidas pelo particular partícipe de convênio nas hipóteses de execução de despesa com recursos públicos repassados, sugerindo no corpo da decisão que as normas gerais de licitação devem se aplicar aos entes privados, nesses casos, apenas no que couber.

Essa orientação, aparentemente, influenciou a edição do Decreto nº 5.504/2005. Contudo, surpreendeu a solução acolhida tenha sido, ao contrário do sugerido no bojo do Acórdão nº 353/05, estabelecer nos instrumentos de formalização de convênios e congêneres cláusula que determine que as contratações realizadas por entes privados com recursos ou bens repassados sejam precedidas de licitação pública, preferencialmente por pregão na forma eletrônica, ressalvados apenas os casos de dispensa e inexigibilidade, ainda assim cumpridos os requisitos legais para sua formalização (art. 1º).

Curioso, de resto, tenha a mesma imposição sido alastrada às Organizações Sociais (OS) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) (art. 1º, §5º). Isto porque já ao tempo do nascimento do Decreto encontravam-se vigentes, respectivamente, as Leis nº 9.637/1998 (art. 17) e nº 9.790/1999 (art. 14) determinando que as contratações efetuadas por essas entidades com recursos provenientes do Poder Público devem respeitar regulamento próprio contendo procedimentos fixados com base nos princípios da Administração Pública, previamente publicado. Retornaremos a este ponto linhas adiante.

Apenas com o Decreto nº 6.170/07, que atualmente regulamenta os convênios para transferência de recursos, foi retomado o caminho adequado, abandonandose a exigência de licitação para se permitir, desde então, seja realizada no mínimo cotação prévia de preços no mercado, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade (art. 11). A Portaria Interministerial MPOG/MF/MCT nº 127/2008 complementou a regra, impondo para a cotação prévia, em especial, rito próprio com a utilização do SICONV (arts. 45 a 48). Com o advento da Portaria Interministerial nº 527/2011, que revogou a PI nº 127/08, a disciplina do tema foi praticamente mantida na íntegra (arts. 57 a 61).[6]

47. Carlos Ari Sunfeld e Rodrigo Pagani de Souza enfatizam a prevalência do regime de direito privado nas contratações realizadas pelo Terceiro Setor, mesmo nos casos de recebimento de recursos públicos, e também se posicionam pela derrogação do art. 1º do Decreto nº 5.504/2005:

5 Equiparação das entidades do Terceiro Setor a entidades estatais

Outro exemplo de norma de equiparação do Terceiro Setor ao Estado foi a resultante do art. 1º do

Decreto Federal nº 5.504/2005. (...)

Como se vê, dessas disposições extrai-se norma exigindo a realização de licitação pública para as contratações de serviços e obras, bem como para as compras e alienações, feitas com utilização de recursos repassados pela União mediante parcerias. Para a contratação de bens e serviços comuns com uso desses recursos, exigia-se a licitação na modalidade de pregão, preferencialmente na sua forma eletrônica. E — o que era curioso — tais providências eram exigidas, inclusive, das entidades privadas sem fins lucrativos.

Tais normas, contudo, foram longe demais na pretendida equiparação e, com razão, tiveram que ser derogadas. A derrogação ficou a cargo do Decreto nº 6.170/2007 que, ao instituir o novo regime regulamentar para as transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, previu a regra constante de seu art. 11, a saber:

Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007

Art. 11. Para efeito do disposto no art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.

Veja-se que, de acordo com a nova regra, as entidades privadas sem fins lucrativos, para a contratação de bens e serviços com recursos oriundos da União, sujeitam-se apenas ao dever, que é próprio de qualquer administrador diligente, de cotação prévia de preços no mercado. Não mais se lhes impõe o dever de realização de licitação na modalidade de pregão, como se fossem típicas repartições de Estado. A norma do art. 1º do Decreto nº 5.504/2005 foi tacitamente derogada no que tange às entidades privadas sem fins lucrativos, passando a aplicar-se apenas às entidades estatais que recebam recursos da União (ou seja, os Municípios, Estados, o Distrito Federal e as entidades pertencentes às respectivas Administrações Indiretas).

Veja-se como o derogado art. 1º do Decreto nº 5.504/2005 partia do equivocado pressuposto de que, para atender a uma exigência de licitação supostamente constante do art. 116 do Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos (disse “[p]ara efeito do disposto no art. 116...”), as entidades privadas sem fins lucrativos teriam que licitar. Ora, o aludido art. 116 não leva e jamais levou a uma exigência nesse sentido — ele diz apenas que as normas da Lei nº 8.666/93 aplicam-se ‘no que couber’ aos convênios e instrumentos congêneres, sendo certo que as normas da Lei nº 8.666/93, ao imporem o dever de licitar, o fazem dirigindo-se apenas, como é apropriado, a entes e entidades estatais, integrantes do aparelho administrativo do Estado — jamais se dirigem a entidades não estatais. A imposição legal do dever de licitar dirige-se a organismos estatais até mesmo pelo fato de a lei servir para regulamentar esse dever que é antes constitucional, sendo certo que, já na sua conformação constitucional, o dever se reporta, sem sombra de dúvidas, ao Estado. Não caberia nem cabe supor que o art. 116 da Lei nº 8.666/93 estaria a exigir das entidades não estatais qualquer mimetismo de Estado, qualquer dever de licitar como se repartições públicas fossem.

Tanto era excessiva a exigência de pregão para as entidades sem fins lucrativos que acabou derogada, sendo substituída por uma norma — a que exige cotação prévia de preços no mercado

— finalmente consentânea com o regime de direito privado, apropriado à atividade de

gestão privada de recursos privados (ainda que para fins públicos) que se passa nestas entidades.[7]

48. Márcia Lima de Aquino também aponta a desnecessidade de procedimento licitatório:

(...)

O art. 11 do Decreto 6.170/2007 estabelece que para efeito do disposto no art. 116 da Lei 8.666/93, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado por ocasião da celebração do contrato.

Conforme já mencionado anteriormente, o art. 116 da lei de licitações estatui que:

Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

Inferese, assim, que, o Decreto 6.170/2007 esclareceu a abrangência do termo 'no que couber' expressa na Lei 8.666/93, dúvida suscitada no processo que originou o Acórdão 1.070/2003 Plenário, do Tribunal de Contas da União, tendo sido, inclusive, objeto de recomendação dirigida à Presidência da República, como será visto mais adiante.

Em outra frente, note-se que, em razão do disposto no art. 11 do Decreto 6.170/2007, o art. 1º, § 1º do Decreto 5.504/2005 foi revogado tacitamente, estando as entidades privadas sem fins lucrativos desobrigadas de utilizar a modalidade.

(...)

Conclusão

(...)

Antes da edição do Decreto 6.170/2007, havia incertezas quanto à obrigatoriedade de que as entidades privadas, ao gerir recursos públicos oriundos de convênios, observassem plenamente a Lei 8.666/93.

O Tribunal de Contas da União, orientando e disciplinando o assunto, primeiramente reputou inadequada a permissão contida na IN STN 1/97, que autorizava que o conveniente privado adotasse procedimentos análogos ao estabelecido na Lei de Licitações.

Como consequência, o Tesouro Nacional alterou o referido normativo, que passou a dispor que o conveniente, ainda que entidade privada, sujeitasse, quando da execução de despesas com os recursos transferidos, às disposições da Lei 8.666/93, especialmente em relação à licitação e contrato.

Em seguida, a compreensão sobre o tema foi alterada pelo Tribunal, firmando-se o entendimento que a aplicação de recursos públicos geridos por particular em decorrência de convenio deve atender, no que couber, a Lei de Licitações. Naquela mesma oportunidade, foi dirigida recomendação à Presidência da República para que regulamentasse o art. 116 da Lei 8.666/93, de forma a estabelecer os dispositivos da Lei 8.666/93 que deviam ser seguidos pelo particular partícipe de convênio, o que veio a ser implementado por meio do Decreto Federal 6.170/2007, que dispôs, entre outras matérias, sobre a exigência de que as entidades privadas sem fins lucrativos realizem cotação prévia de preços no mercado quando da aquisição de bens e serviços com recursos advindos

de convênio.

(...)

O convênio firmado com entidade privada sem fins lucrativos, enquanto instrumento apropriado para viabilizar a associação de interesses entre o setor público e privado, permite que o particular, gerenciando recursos públicos, adquira bens e serviços de terceiros sem se submeter integralmente aos ditames da Lei 8.666/93, comportamento cuja legalidade foi reafirmada com a edição do Decreto 6.170/2007.

(...)

Logo, as dúvidas sobre a exigência ou não de que as entidades privadas sem fins lucrativos participem de convênios realizem procedimento licitatório na forma preconizada pela Lei 8.666/93 dissiparam-se em razão da edição do Decreto 6.170/2007 e respectivas portarias regulamentadoras: não é necessário adotar a lei licitatória, mas sim realizar cotação prévia de preços no mercado por meio do Sistema SICONV, desde que observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade

(...)[8]

49. Não se desconhece, todavia, a existência de posicionamento doutrinário em sentido diverso, ou seja, pela observância de licitação pública. Nesse sentido, são as lições dos juristas Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti:

13 Cotação prévia de preços no mercado e dever de licitar

Seguiu-se a edição do Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, dispondo sobre as transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse. Seu art. 11 estabelece que, para o efeito do disposto no art. 116 da Lei nº 8.666/93, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União, transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos, devam observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, 'a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.' Cogitouse, então, de que o art. 11 do Decreto nº 6.170/07 revogou o art. 1º do Decreto nº 5.504/05.

Assim não é, todavia. O art. 11 do Decreto nº 6.170/07 não afasta o dever de licitar da entidade privada sem fins lucrativos que receba recursos provenientes do orçamento da União. Apenas ressalva que a entidade, no mínimo, deve realizar cotação prévia de preços antes de contratar, comando normativo que se veio somar a outros textos determinantes de que, em todo o procedimento licitatório e de contratação direta, a fase preparatória há de ser instruída com a estimativa de preços do objeto, aferida por meio da realização de ampla pesquisa no mercado. A pesquisa de preços, registre-se, objetiva estimar o custo do objeto a ser adquirido, servindo, também: (a) à definição dos recursos orçamentários suficientes para a cobertura das despesas contratuais □ (b) à escolha da modalidade licitatória adequada □ e (c) como parâmetro para a análise das propostas dos licitantes.

Admitir que entidade privada possa contratar com recursos públicos, livre do procedimento licitatório, mediante a só pesquisa de preços no mercado, a esta transformaria de passo preliminar em requisito bastante para contratar com qualquer pessoa que cotasse preço aceitável, sem qualquer outro cuidado quanto à qualificação e condições da contratada para cumprir as obrigações pactuadas e, portanto, atender às finalidades de interesse público que motivaram a contratação.

A propósito, vejase que, no caso de convênio entre o poder público e entidade privada sem fins lucrativos, existe a determinação para que os recursos públicos repassados sejam aplicados mediante licitação. É o que prevê o art. 27 da Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional nº 1/97, alterada pela IN nº 03/03, verbis: ‘O conveniente, ainda que entidade privada, sujeitase, quando da realização de despesas com os recursos transferidos, às disposições da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, especialmente em relação a licitação e contrato, admitida a modalidade de licitação prevista pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, nos casos em que especifica.’ [9]

50. Portanto, considerase que as entidades privadas sem fins lucrativos não qualificadas como Organizações Sociais nem Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público não estão obrigadas a seguir as regras de licitação previstas na Lei n.º 8.666/93 e na Lei n.º 10.520/2002 no caso da contratação de obras com recursos disponibilizados pela União.

51. Por óbvio, a prevalência da tese aqui firmada não significa pouco apreço pelo dinheiro público ao afastar a necessidade de licitação nos casos de contratação de obras por entidades privadas sem fins lucrativos receptoras de recursos da União.

52. Recomendase sempre máximo rigor na fiscalização da aplicação dos recursos públicos repassados a essas entidades. Os controles interno e externo devem ser exercitados plenamente.

53. Tratandose de entidade do Terceiro Setor o foco é que passa a ser o resultado alcançado com a aplicação do recurso público, abandonandose o mero contentamento com o controle burocrático dos meios.

54. Com efeito, é inafastável o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas da União quando se está diante de recursos repassados pela União (arts. 70 e 71 da Constituição da República).

V – Sugestão de consulta ao Tribunal de Contas da União

55. De qualquer modo, a relevância da matéria sugere uma prudência mais acentuada.

56. Recomendase, assim, a formulação de uma consulta ao Tribunal de Contas da União para que seja examinada especificamente a obrigatoriedade ou não de observância de procedimento licitatório por parte de entidades privadas sem fins lucrativos ao contratar obras com recursos da União.

57. Tal consulta, prevista no art. 1.º, XVII, da Lei n.º 8.443/92, e nos arts. 1º, XXV□ 15, I, “o” e 264, III, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, evidentemente, dependerá de juízo de conveniência e oportunidade a cargo do Exmo. Sr. Advogado Geral da União.

VI – Conclusão

58. Ante o exposto, com fundamento nas características essenciais do Terceiro Setor, na revogação parcial tácita do art. 1.º do Decreto n.º 5.504/2005 pelo art. 11 do Decreto n.º 6.170/2007 e na extensão, via analogia legis, da dispensa licitatória prevista no art. 14 da Lei n.º 9.790/99 ao presente caso, entendese que:

a) as entidades privadas sem fins lucrativos não qualificadas como Organizações Sociais nem Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público não estão obrigadas a seguir as regras de licitação previstas na Lei n.º 8.666/93 e na Lei n.º 10.520/2002 no caso da contratação de obras

com recursos disponibilizados pela União; e

b) diante da relevância da matéria, é recomendável a formulação de consulta ao Tribunal de Contas da União, nos termos do art. 1.º, XVII, da Lei n.º 8.443/92, e dos arts. 1º, XXV; 15, I, “o” e 264, III, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

À consideração superior.

Brasília, 19 de novembro de 2014.

Antonio dos Santos Neto
Advogado da União
Matrícula SIAPE n.º 1507736
OAB/DF n.º 24.052

Documento assinado eletronicamente por ANTONIO DOS SANTOS NETO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1765687 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ANTONIO DOS SANTOS NETO. Data e Hora: 18/03/2015 13:41. Número de Série: 2354148774697928242. Emissor: AC CAIXA PF v2.

REFERÊNCIAS

- [1] Meirelles. Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 30.ª ed., Malheiros, 2005, p. 50.
- [2] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 14.ª ed., Forense, 2005, p. 110.
- [3] SILVA, Ronaldo Quintanilha da. A obrigatoriedade de licitar não deve ser imposta às entidades privadas sem fins lucrativos. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, jan./jun. 2011. Disponível em: . Acesso em: 11 nov. 2014.
- [4] DIAS, Maria Tereza Fonseca. Licitação e Terceiro Setor. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 128, ago. 2012. Disponível em: . Acesso em: 11 nov. 2014.
- [5] FERRAZ, Luciano. *Poder Público e Terceiro Setor: considerações acerca do dever de licitar e anteprojeto de lei da nova organização administrativa brasileira*. Interesse Público IP, Belo Horizonte, ano 12, n. 63, nov./dez. 2010. Disponível em: . Acesso em: 11 nov. 2014.
- [6] ALMEIDA, Pericles Ferreira de. Convênio administrativo: reflexões sobre a contratação por entidade privada com recursos repassados e sobre a propriedade do bem objeto do ajuste. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 140, ago. 2013. Disponível em: . Acesso em: 11 nov. 2014.

[7] SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. As modernas parcerias públicas com o Terceiro Setor. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, jan./mar. 2011. Disponível em: . Acesso em: 11 nov. 2014.

[8] Aquino, Márcia Lima de. *Celebração de convênios com entidades privadas sem fins lucrativos: é exigível ou não o processo licitatório?* Monografia apresentada ao programa de PósGraduação da Universidade Gama Filho como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Auditoria Governamental, Brasília, 2009. Disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055864.PDF>

[9] PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Gestão e probidade na parceria entre Estado, OS e OSCIP: apontamentos sob a perspectiva dos princípios e normas regentes das licitações e contratações administrativas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 91, jul. 2009. Disponível em: . Acesso em: 11 nov. 2014.



DESPACHO n. 076/2015/CGOR/DECOR/CGU/AGU

NUP: 00688.001565/201355

INTERESSADOS: CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

ASSUNTOS: LICITAÇÕES

Sr. Diretor,

Estou de acordo com o PARECER N° 102/2014/DECOR/CGU/AGU, elaborado pelo Advogado da União Dr. Antônio dos Santos Neto, que conclui no sentido de que as entidades privadas sem fins lucrativos não estão obrigadas a seguir as regras de licitação previstas na Lei n° 8.666/93 e na Lei n° 10.520/02 nas hipóteses de contratação de obras com recursos repassados pela União.

Da leitura do opinativo em apreço, percebe-se que a tese albergada encontra respaldo na doutrina que se debruçou sobre o tema. Nada obstante, conforme sugerido expressamente no referido parecer, faz-se mister a remessa do entendimento adotado para análise do Tribunal de Contas da União, tendo em vista a relevância da matéria e a ausência de posicionamento consolidado da Corte de Contas a respeito da mesma.

Ultimada a análise da matéria, sugere-se sejam restituídos os autos à Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde, bem como seja dada ciência do posicionamento adotado à Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Brasília, 17 de março de 2015.

Rafael Figueiredo Fulgêncio

Advogado da União

Coordenador-geral de Orientação do DECOR/CGU

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688001565201355 e da chave de acesso b7950af8

Documento assinado eletronicamente por RAFAEL FIGUEIREDO FULGENCIO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1746151 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RAFAEL FIGUEIREDO FULGENCIO. Data e Hora: 18/03/2015 14:09. Número de Série: 3615379769835701613. Emissor: AC CAIXA PF v2.

DESPACHO n. 00011/2017/DECOR/CGU/AGU

NUP: 00688.001565/201355

INTERESSADOS: CONJUR/MS E CONJUR/MP

ASSUNTOS: Obrigatoriedade ou não de observância de procedimento licitatório por parte de entidades privadas sem fins lucrativos no caso da contratação de obras custeadas pela União

Senhor ConsultorGeral da União Substituto,

1. Aprovo as conclusões do judicioso Parecer nº 102/2014/DECOR/CGU/AGU (seq. 4), e do Despacho nº 76/2015/CGOR/DECOR/CGU/AGU (seq. 5), no sentido de que as entidades privadas sem fins lucrativos, em sede de convênios ou contratos de repasse regidos pela Portaria Interministerial MF/MP/CGU nº 424, de 2016, não estão obrigadas a realizar procedimento licitatório previamente à contratação de obras.

2. De fato, a Constituição Federal de 1988, no inciso XXI do seu art. 37, e no inciso XXVII do art. 22, exige a realização de certame nos casos em que a contratação for celebrada por órgãos ou entidades da Administração Pública direta e indireta. Nos convênios e contratos de repasse, regidos pela Portaria Interministerial nº 424, de 2016, e celebrados com entidades privadas sem fins lucrativos, não estará a conveniente obrigada a adotar a Lei nº 8.666, de 1993, nem tampouco a Lei nº 10.520, de 2002, justamente por não integrar a Administração Pública.

Constituição Federal de 1988

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

(...)

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

(...)

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

(...)

3. Disposições da Portaria Interministerial MF/MP/CGU nº 424, de 2016, supervenientes ao Parecer nº 102/2014/DECOR/CGU/AGU, confirmam o entendimento ora consolidado. De fato, ao tratar “Da Contratação por órgãos e entidades da Administração Pública”, a norma foi cristalina ao prever a utilização da Lei nº 8.666, de 1993, e da Lei nº 10.520, de 2002. Já quanto às contratações de terceiros por entidades privadas sem fins lucrativos, a norma não exige a aplicação das referenciadas leis, prevendo a realização, no mínimo, de cotação prévia de preços para contratação de serviços e aquisição de bens. O próprio conceito de contrato administrativo, previsto na Portaria, apenas se refere ao “órgão” conveniente (e não entidades privadas) como contratante:

Art. 1º Esta Portaria regula os instrumentos de repasse celebrados pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal com órgãos ou entidades públicas ou entidades privadas sem fins lucrativos para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco, que envolvam a transferência de recursos financeiros oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União.

§ 1º Para os efeitos desta Portaria, considerase:

(...)

VII contrato administrativo de execução ou fornecimento CTEF: instrumento jurídico que disciplina a execução de obra, fornecimento de bem ou serviço, regulado pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e demais normas pertinentes à matéria, tendo como contratante o órgão que figura como conveniente;

(...)

Art. 45. Para a aquisição de bens e contratação de serviços, as entidades privadas sem fins lucrativos deverão realizar, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade.

§ 1º A cotação prévia de preços no SICONV será desnecessária quando, em razão da natureza do objeto, não houver pluralidade de opções, devendo comprovar apenas os preços que aquele próprio fornecedor já praticou com outros demandantes, com a devida justificativa registrada no SICONV.

§ 2º O registro, no SICONV, dos contratos celebrados pelo beneficiário na execução do objeto é condição indispensável para sua eficácia e para a liberação das parcelas subsequentes do instrumento, conforme previsto nos arts. 4º e 41 desta Portaria.

§ 3º Nos casos em que o SICONV não permitir o acesso operacional para o procedimento de que trata o caput, deverá ser realizada cotação prévia de preços, devendo ser feito o registro posterior no Sistema.

(...)

Art. 46. Cada processo de compras e contratações de bens, obras e serviços das entidades sem fins lucrativos deverá ser realizado ou registrado no SICONV.

(...)

Art. 48. Nas contratações de bens, obras e serviços as entidades privadas sem fins lucrativos poderão utilizar-se do Sistema de Registro de Preços SRP dos entes federados.

Art. 49. Os órgãos e entidades públicas que receberem recursos da União por meio dos instrumentos regulamentados por esta Portaria estão obrigados a observar as disposições contidas na Lei nº 8.666, de 1993, na Lei nº 10.520, de 17 de junho de 2002 e demais

normas federais, estaduais e municipais pertinentes ao assunto, quando da contratação de terceiros.

§ 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatório o uso da modalidade pregão, nos termos da Lei nº 10.520, de 2002, e do regulamento previsto no Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, sendo utilizada preferencialmente a sua forma eletrônica.

(...)

4. Deve ser destacado que o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, ao admitir que lei poderá dispensar ou inexigir a realização de licitação, está a se referir a lei em sentido formal e estrito. Nestes termos, não é o Decreto nº 6.170, de 2007, nem tampouco a Portaria Interministerial MF/MP/CGU nº 424, de 2016, que, ao exigir cotação prévia de preços para contratação de serviços ou aquisição de bens por entidades privadas sem fins lucrativos, está desobrigando a realização de licitação, mas sim a própria Constituição Federal. A lei, referida no inciso XXI do art. 37 da Carta, poderá prever hipóteses em que a Administração Pública não está obrigada a licitar, até porque somente à ela (Administração Pública) a Carta impõe tal dever.

5. Nestes termos, com a devida vênia, não merecem prosperar as razões da douta CONJUR/MP (parágrafo 18 e seguintes do Parecer nº 07344.5/2013/DOL/CONJURMP/CGU/AGU, seq. 1, p. 3/12) que vão no sentido de que o Decreto nº 6.170, de 2007, ao exigir a cotação prévia de preços apenas para compras e prestação de serviços, está a compelir a realização de licitação prévia à contratação de obras por entidades privadas sem fins lucrativos, uma vez que, na forma da Constituição, apenas lei em sentido formal poderia prever as hipóteses em que a realização do certame licitatório não é obrigatória. Decretos, portarias e qualquer outro ato normativo de patamar infralegal não podem, *per se*, desobrigar a realização de licitação.

6. Não é, pois, o Decreto ou a Portaria Interministerial MF/MP/CGU nº 424, de 2016 que dispensam a aplicação da Lei nº 8.666, de 1993, ou da Lei nº 10.520, de 2002, mas a própria Constituição Federal que não arrolou as entidades privadas sem fins lucrativos como destinatárias do dever de realizar licitação, ainda que executem obras com recursos federais.

7. Sobre a matéria, e para confirmar o entendimento ora aprovado, segue recente e elucidativo precedente do Supremo Tribunal Federal, posterior ao Parecer ora aprovado, bem como aos pareceres que formam a controvérsia em exame, exarado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923. No caso, dentre outras disposições, era impugnada a constitucionalidade do Art. 17 da Lei nº 9.637, de 1998, que cuida das organizações sociais e determina que a entidade deve editar “regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público”. Ao apreciar a matéria, a Suprema Corte pátria consolidou entendimento no sentido de que os contratos de gestão são espécie de convênio “por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados”.

8. Nesta toada, o STF delimitou que o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal apenas obriga a Administração Pública, e não entidades privadas, as quais, entretanto, devem observar, em suas contratações com terceiros custeadas por recursos públicos, os preceitos constitucionais que regem a Administração Pública. Assentouse que “As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública,

razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado”; que, por receberem recursos públicos, “seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, caput), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade”; ou seja, ainda segundo o STF, os contratos celebrados com terceiros por entidades privadas sem fins lucrativos devem ser “conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF”:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TERCEIRO SETOR. MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. LEI Nº 9.637/98 E NOVA REDAÇÃO, CONFERIDA PELA LEI Nº 9.648/98, AO ART. 24, XXIV, DA LEI Nº 8.666/93. MOLDURA CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E SOCIAL. SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS. SAÚDE (ART. 199, CAPUT), EDUCAÇÃO (ART. 209, CAPUT), CULTURA (ART. 215), DESPORTO E LAZER (ART. 217), CIÊNCIA E TECNOLOGIA (ART. 218) E MEIO AMBIENTE (ART. 225). ATIVIDADES CUJA TITULARIDADE É COMPARTILHADA ENTRE O PODER PÚBLICO E A SOCIEDADE. DISCIPLINA DE INSTRUMENTO DE COLABORAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA. INTERVENÇÃO INDIRETA. ATIVIDADE DE FOMENTO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AOS DEVERES ESTATAIS DE AGIR. MARGEM DE CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDA AOS AGENTES POLÍTICOS DEMOCRATICAMENTE ELEITOS. PRINCÍPIOS DA CONSENSUALIDADE E DA PARTICIPAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 175, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO. EXTINÇÃO PONTUAL DE ENTIDADES PÚBLICAS QUE APENAS CONCRETIZA O NOVO MODELO. INDIFERENÇA DO FATOR TEMPORAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI). PROCEDIMENTO DE QUALIFICAÇÃO QUE CONFIGURA HIPÓTESE DE CREDENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA QUE DEVE SER SUBMETIDA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PUBLICIDADE, MORALIDADE, EFICIÊNCIA E IMPESSOALIDADE, À LUZ DE CRITÉRIOS OBJETIVOS (CF, ART. 37, CAPUT). INEXISTÊNCIA DE PERMISSIVO À ARBITRARIEDADE. CONTRATO DE GESTÃO. NATUREZA DE CONVÊNIO. CELEBRAÇÃO NECESSARIAMENTE SUBMETIDA A PROCEDIMENTO OBJETIVO E IMPESSOAL. CONSTITUCIONALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO INSTITUÍDA PELA NOVA REDAÇÃO DO ART. 24, XXIV, DA LEI DE LICITAÇÕES E PELO ART. 12, §3º, DA LEI Nº 9.637/98. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, DA PUBLICIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA MOTIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO PARA OS CONTRATOS CELEBRADOS PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COM TERCEIROS. OBSERVÂNCIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (CF, ART. 37, CAPUT). REGULAMENTO PRÓPRIO PARA CONTRATAÇÕES. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IMPESSOALIDADE, ATRAVÉS DE PROCEDIMENTO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS CEDIDOS. PRESERVAÇÃO DO REGIME REMUNERATÓRIO DA ORIGEM. AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PARA O PAGAMENTO DE VERBAS, POR ENTIDADE PRIVADA, A SERVIDORES. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 37, X, E 169, §1º, DA CONSTITUIÇÃO. CONTROLES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESERVAÇÃO DO ÂMBITO CONSTITUCIONALMENTE DEFINIDO PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO (CF, ARTS. 70, 71, 74 E 127 E SEGUINTE). INTERFERÊNCIA ESTATAL EM ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES

PRIVADAS (CF, ART. 5º, XVII E XVIII).

CONDICIONAMENTO À ADESÃO VOLUNTÁRIA DA ENTIDADE PRIVADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME AOS DIPLOMAS IMPUGNADOS.

1. A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo préconcebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevaletentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva.

2. Os setores de saúde (CF, art. 199, caput), educação (CF, art. 209, caput), cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225) configuram serviços públicos sociais, em relação aos quais a Constituição, ao mencionar que “são deveres do Estado e da Sociedade” e que são “livres à iniciativa privada”, permite a atuação, por direito próprio, dos particulares, sem que para tanto seja necessária a delegação pelo poder público, de forma que não incide, in casu, o art. 175, caput, da Constituição.

3. A atuação do poder público no domínio econômico e social pode ser viabilizada por intervenção direta ou indireta, disponibilizando utilidades materiais aos beneficiários, no primeiro caso, ou fazendo uso, no segundo caso, de seu instrumental jurídico para induzir que os particulares executem atividades de interesses públicos através da regulação, com coercitividade, ou através do fomento, pelo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários.

4. Em qualquer caso, o cumprimento efetivo dos deveres constitucionais de atuação estatal, invariavelmente, submetido ao que a doutrina contemporânea denomina de controle da Administração Pública sob o ângulo do resultado (Diogo de Figueiredo Moreira Neto).

5. O marco legal das Organizações Sociais inclinase para a atividade de fomento público no domínio dos serviços sociais, entendida tal atividade como a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiaias, em observância aos princípios da consensualidade e da participação na Administração Pública.

6. A finalidade de fomento, in casu, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão, o que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, sem que isso configure qualquer forma de renúncia aos deveres constitucionais de atuação.

7. Na essência, preside a execução deste programa de ação institucional a lógica que prevaleceu no jogo democrático, de que a atuação privada pode ser mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que marcam o regime de direito privado.

8. Os arts. 18 a 22 da Lei nº 9.637/98 apenas concentram a decisão política, que poderia ser validamente feita no futuro, de afastar a atuação de entidades públicas através da intervenção direta para privilegiar a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados, razão pela qual a extinção das entidades mencionadas nos dispositivos não afronta a Constituição, dada a irrelevância do fator tempo na opção pelo modelo de fomento – se simultaneamente ou após a edição da Lei.

9. O procedimento de qualificação de entidades, na sistemática da Lei, consiste em etapa inicial e embrionária, pelo deferimento do título jurídico de “organização social”, para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum, não se fazendo presente a contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo, o que torna inaplicável o dever constitucional de licitar (CF, art. 37, XXI).

10. A atribuição de título jurídico de legitimação da entidade através da qualificação configura hipótese de credenciamento, no qual não incide a licitação pela própria natureza jurídica do ato, que não é contrato, e pela inexistência de qualquer competição, já que todos os interessados podem alcançar o mesmo objetivo, de modo incluyente, e não excludente.

11. A previsão de competência discricionária no art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98 no que pertine à qualificação tem de ser interpretada sob o influxo da principiologia constitucional, em especial dos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, caput). É de se ter por vedada, assim, qualquer forma de arbitrariedade, de modo que o indeferimento do requerimento de qualificação, além de pautado pela publicidade, transparência e motivação, deve observar critérios objetivos fixados em ato regulamentar expedido em obediência ao art. 20 da Lei nº 9.637/98, concretizando de forma homogênea as diretrizes contidas nos inc. I a III do dispositivo.

12. A figura do contrato de gestão configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se encontram fora do âmbito de incidência do art. 37, XXI, da CF.

13. Diante, porém, de um cenário de escassez de bens, recursos e servidores públicos, no qual o contrato de gestão firmado com uma entidade privada termina por excluir, por consequência, a mesma pretensão veiculada pelos demais particulares em idêntica situação, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, caput).

14. As dispensas de licitação instituídas no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 e no art. 12, §3º, da Lei nº 9.637/98 têm a finalidade que a doutrina contemporânea denomina de função regulatória da licitação, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, fomentando a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais no campo dos serviços sociais. O afastamento do certame licitatório não exime, porém, o administrador público da observância dos princípios constitucionais, de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados.

15. As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei. Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, caput), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o

disposto em regulamento próprio (Lei nº 9.637/98, art. 4º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos.

(...)

20. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido é julgado parcialmente procedente, para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.

(ADI 1923, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe254 DIVULG 1612 2015 PUBLIC 17122015)

9. É certo que as Organizações Sociais possuem lei específica que disciplina os contratos de gestão, entretanto, o Supremo, no recente precedente acima referenciado, foi expresso ao qualificar os contratos de gestão como espécies de convênio, bem como foi por demais categórico ao delimitar o âmbito da aplicação do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, que obriga os órgãos e entidades que integram a Administração Pública. Nestes termos, *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*. Não há, portanto, respaldo jurídico para salvaguardar a tese de que as entidades privadas sem fins lucrativos, em sede de convênios ou contratos de repasse, estão constitucionalmente obrigadas a licitar para contratação de obras.

10. As referenciadas entidades privadas sem fins lucrativos, entretanto, não podem se afastar das premissas constitucionais que norteiam a atuação da Administração Pública, consoante entendeu o Supremo Tribunal Federal, desta maneira, a exemplo do que se dá nas contratações de serviços e aquisição de bens, as entidades privadas sem fins lucrativos, para contratação de obras com terceiros, no âmbito de convênios ou contratos de repasse regidos pela Portaria Interministerial MF/MP/CGU nº 424, de 2016, também devem promover procedimento público de seleção, com critérios objetivos e impessoais, observados os princípios dispostos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

11. Segue outro precedente do STF, o qual respalda o entendimento ora consolidado:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EDUCAÇÃO. ENTIDADES DE COOPERAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEI 11.970/1997 DO ESTADO DO PARANÁ. PARANAEDUCAÇÃO. SERVIÇO SOCIAL AUTÔNOMO. POSSIBILIDADE. RECURSOS PÚBLICOS FINANCEIROS DESTINADOS À EDUCAÇÃO. GESTÃO EXCLUSIVA PELO ESTADO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIAL-

MENTE PROCEDENTE.

1. Na sessão plenária de 12 de abril de 2004, esta Corte, preliminarmente e por decisão unânime, não conheceu da ação relativamente à Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação CNTE. Posterior alteração da jurisprudência da Corte acerca da legitimidade ativa da CNTE não altera o julgamento da preliminar já concluído. Preclusão. Legitimidade ativa do Partido dos Trabalhadores reconhecida.

2. O PARANAEDUCAÇÃO é entidade instituída com o fim de auxiliar na Gestão do Sistema Estadual de Educação, tendo como finalidades a prestação de apoio técnico, administrativo, financeiro e pedagógico, bem como o suprimento e aperfeiçoamento dos recursos humanos, administrativos e financeiros da Secretaria Estadual de Educação. Como se vê, o PARANAEDUCAÇÃO tem atuação paralela à da Secretaria de Educação e com esta coopera, sendo mero auxiliar na execução da função pública Educação.

3. A Constituição federal, no art. 37, XXI, determina a obrigatoriedade de obediência aos procedimentos licitatórios para a Administração Pública Direta e Indireta de qualquer um dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. A mesma regra não existe para as entidades privadas que atuam em colaboração com a Administração Pública, como é o caso do PARANAEDUCAÇÃO.

(...)

(ADI 1864, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2007, DJe078 DIVULG 3004-2008 PUBLIC 02052008 EMENT VOL0231701 PP00089 RTJ VOL0020402 PP00535)

12. Quanto ao encaminhamento de consulta ao Tribunal de Contas da União, proposto no Parecer nº 102/2014/DECOR/CGU/AGU, tratase de medida desnecessária, uma vez que a Corte possui recente precedente que, apesar de se referir às Organizações Sociais, adota a mesma *ratio decidendi* deste Despacho e do Parecer ora aprovado. De fato, segundo o Acórdão 5236/2015, de 11 de agosto de 2015, do TCU, as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, ainda que recebam repasses do Poder Público, “não são integrantes da Administração Pública, e, portanto, não são destinatárias da obrigatoriedade de licitar, segundo a conceituação que se extrai da Constituição Federal (art. 22, inciso XXVII, e art. 37, inciso XXI)”, *in verbis*:

“4. Em relação ao mérito, acompanho, por seus fundamentos, os posicionamentos emitidos nos autos pela Secretaria de Recursos/Serur (peças 26 e 27), com as quais também está de acordo o Ministério Público que atua junto a este Tribunal (MP/TCU), consoante Parecer de peça 28 — cujas análises reúno a este Voto como razões de decidir —, todos no sentido de que as razões recursais se mostram suficientes para dar provimento à reconsideração solicitada pela IMPA.

5. De fato, não deve ser exigido das Organizações Sociais — que não são integrantes da Administração Pública, e, portanto, não são destinatárias da obrigatoriedade de licitar, segundo a conceituação que se extrai da Constituição Federal (art. 22, inciso XXVII, e art. 37, inciso XXI) — a submissão às mesmíssimas regras aplicáveis à Administração Direta e Indireta, sobretudo porque tais organizações do setor privado devem gozar de maior flexibilidade em suas aquisições (compras e contratação de obras e serviços), o que não ocorreria com a sujeição aos estritos procedimentos previstos na Lei nº 8.666/93 ou na Lei nº 10.520/2002, mais formais e menos céleres.

6. Destaco, a seguir, os excertos que considero mais relevantes das análises interpretativas realizadas nas instâncias técnicas desta Corte. Início pelo exame emanado da Secretaria especializada em recursos (peça 25, pp. 6/7, 10, 12 e 13):

“(…)

5.29. De fato, o normativo [Decreto nº 6.170/2007], em seu art. 11, dispôs que, nas compras com recursos públicos, as entidades privadas sem fins lucrativos, ligadas ao Estado por convênios ou instrumentos congêneres e para os efeitos do art. 116 da Lei 8.666/1992, deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.

5.30. Com isso, concluíram os técnicos que:

124. Portanto, não se pode considerar como válida a exigência de pregão para organizações sociais e Oscips. Primeiro porque a Lei Federal 9.637/1998 exige das organizações sociais a elaboração de regulamento próprio de contratação de obras e serviços e aquisição de bens, e um Decreto, a princípio, não poderia dispor de forma divergente de lei ordinária. Segundo, porque o Decreto 6.170/2007, posterior, trouxe nova normatização acerca do mesmo tema, retirando a necessidade de pregão eletrônico para as transferências voluntárias, o que se aplica também às OSs.

(…)

Essa alteração parece ter tido origem em recomendação da AGU, mediante a Nota 25/2012/ConjurMCTI/CGU/AGU, de 20.1.2012, que assim concluiu (peça 21, pp. 39/43):

“11. Por todo o exposto, em atendimento às conclusões exaradas pela Consultoria Geral da União, recomendase que o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação adote as providências necessárias para fins de cumprimento do Parecer 81/2011/Decor/CGU/AGU (fls. 81105) [peça 21, pp. 15/38], com orientação de que sejam tomadas as seguintes medidas:

a) a alteração por aditivo dos contratos de gestão vigentes celebrados no âmbito do MCTI, no sentido de excluir qualquer determinação que obrigue as Organizações Sociais a seguir, nas contratações de terceiros com recursos públicos, as modalidades licitatórias previstas na Lei 8.666/1993 (Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos) e na Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão), devendose orientar, na verdade, pelas disposições contidas nos arts. 40, inciso VIII, e 17, ambos da Lei 9.637/1998, bem como pelo art. 11 do Decreto 6.170/2007; e

b) que a SCUP/SEXEC/MCTI expeça comunicado a todas as Organizações Sociais qualificadas na esfera do MCTI, dando ciência do inteiro teor do parecer emitido pela Consultoria Geral da União.”

Em síntese, à luz do princípio da presunção de constitucionalidade das normas jurídicas e das razões indicadas a seguir, entre outras, merece reforma a determinação ora recorrida, considerando que:

a) na aparente antinomia jurídica entre a Lei 9.637/1998 e o Decreto 5.504/2005, prevalece a lei, norma hierarquicamente superior;

b) o Decreto 6.170/2007, artigo 11, obriga as entidades sem fins lucrativos a observarem, na aquisição de produtos e na contratação de serviços com recursos transferidos pela União, os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato;

c) a exigência de cotação prévia de preços privilegia o interesse público;

d) o Plenário do STF indeferiu, por maioria, a medida cautelar na ADI 1.923/DF, no tocante a todos os dispositivos da Lei 9.637/1998;

e) um modelo de compras e contratação mais flexível e adaptável às peculiaridades de cada entidade é inerente à concepção legislativa das organizações sociais;

f) o contrato de gestão firmado com tais entidades consistiria, em linhas gerais, no dizer do Ministro Carlos Ayres Britto, em convênio, caracterizado por interesses recíprocos e convergentes (ADI 1.923/DF);

g) de acordo com o Ministro Luiz Fux (ADI 1.923/DF), a condição de pessoa não integrante da Administração dispensa a organização social de sujeição à licitação disciplinada na Lei 8.666/1993.”

8) Diante das análises realizadas, evidenciase que as Organizações Sociais não se submetem às normas licitatórias aplicáveis ao Poder Público, devendo as suas contratações com terceiros — com previsão de dispêndios com suporte em verbas públicas — observar o que tiver sido disposto em regulamento próprio, que deve, isso sim, ser orientado pelo núcleo essencial dos princípios da Administração Pública referidos no art. 37, caput, da Constituição Federal, compatibilizando-se, dessa forma, a incidência dos princípios administrativos com as atributos mais flexíveis inerentes ao regime de direito privado.

Diante do exposto, acompanho as propostas uniformes exaradas nos autos e Voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.” (grifei)

13. Portanto, diante do entendimento do Supremo Tribunal Federal, bem como da Corte de Contas, é desnecessária a consulta ao TCU.

14. Resta acrescentar que, apesar de não haver imposição constitucional para realizar licitação para a contratação de obras em sede de contratos de repasse e convênios regidos pela Portaria Interministerial MF/MP/CGU n° 424, de 2016, o órgão ou entidade concedente, se assim entender adequado, poderá exigir, como obrigação da entidade conveniente, o dever de licitar para contratar obras. É que, apesar de não ser obrigatório, não há empecilho jurídico para que o convênio ou contrato de repasse prevejam que o conveniente observe a Lei n° 8.666, de 1993, nas contratações de obras.

15. Por fim, cumpre reiterar o disposto nos parágrafos 51 a 54 do Parecer n° 102/2014/DECOR/CGU/AGU (seq. 4), de maneira que a tese ora aprovada em absolutamente nada reduz a necessária fiscalização, via controle interno e externo, da boa e regular aplicação dos recursos públicos repassados a entidades privadas sem fins lucrativos, evidenciandose, inclusive, o controle de resultados, como, aliás, é o que se extrai do entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1923, e da Portaria Interministerial MF/MP/CGU n° 424, de 2016:

Art. 1º Esta Portaria regula os instrumentos de repasse celebrados pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal com órgãos ou entidades públicas ou entidades privadas sem fins lucrativos para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco, que envolvam a transferência de recursos financeiros oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União.

§ 1º Para os efeitos desta Portaria, considerase:

(...)

XXVI prestação de contas técnica: procedimento de análise dos elementos que comprovam, sob os aspectos técnicos, a execução integral do objeto e o alcance dos resultados

previstos nos instrumentos;

(...)

Art. 5º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal que pretenderem executar programas, projetos e atividades que envolvam transferências de recursos financeiros oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União deverão cadastrar anualmente no SICONV os programas a serem executados de forma descentralizada e, quando couber, critérios para a seleção do conveniente.

(...)

§ 2º Os critérios de elegibilidade e de prioridade deverão ser estabelecidos de forma objetiva, com base nas diretrizes e objetivos dos respectivos programas, visando atingir melhores resultados na execução do objeto, considerando, entre outros aspectos, a aferição da qualificação técnica e da capacidade operacional do conveniente.

(...)

Art. 6º São competências e responsabilidades do concedente:

I gerir os projetos e atividades, mediante:

a) monitoramento e acompanhamento da conformidade física e financeira durante a execução, além da avaliação da execução física e dos resultados;

...

§ 1º Quando o objeto do instrumento se referir a execução de obras e serviços de engenharia, a União poderá delegar as atribuições contidas nas alíneas constantes do inciso II do caput deste artigo às instituições financeiras oficiais federais mediante celebração de contrato de prestação de serviços CPS específico, competindo também à mandatária escolhida:

...

II - manter o concedente informado sobre o andamento dos contratos de repasse e encaminhar as informações necessárias ao processo de acompanhamento e avaliação da execução e dos resultados das ações; e

(...)

Art. 61. A prestação de contas final tem por objetivo a demonstração e a verificação de resultados e deve conter elementos que permitam avaliar a execução do objeto e o alcance das metas previstas.

16. Com esteio no inciso XXI do seu art. 37, e no inciso XXVII do art. 22, ambos da Constituição Federal, consolidase o entendimento no sentido de que, nos convênios e contratos de repasse, regidos pela Portaria Interministerial MF/MP/CGU nº 424, de 2016, e celebrados com entidades privadas sem fins lucrativos, não há imposição constitucional de observância da Lei nº 8.666, de 1993, para contratação de obras. Na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1923, as entidades podem promover procedimento público de seleção, com critérios objetivos e impessoais, observados os princípios dispostos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, bem como os arts. 45 e seguintes da Portaria Interministerial MF/MP/CGU nº 424, de 2016.

17. Ultimada a análise da matéria, sugere-se que seja conferida ciência à CONJUR/MP, à

CONJUR/MS e aos demais órgãos consultivos desta CGU.

18. Por fim, recomendase que a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República também seja cientificada, especialmente para avaliar a possibilidade de formal revogação do Decreto nº 504, de 2005.

Victor Ximenes Nogueira

Advogado da União

Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688001565201355 e da chave de acesso b7950af8

Documento assinado eletronicamente por VICTOR XIMENES NOGUEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 19371419 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VICTOR XIMENES NOGUEIRA. Data e Hora: 10/01/2017 18:31. Número de Série: 8989594703127723889. Emissor: AC CAIXA PF v2.



DESPACHO n. 00231/2017/GAB/CGU/AGU

NUP: 00688.001565/201355

INTERESSADOS: CONSULTORIA JURIDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

ASSUNTOS: LICITAÇÕES

Aprovo, nos termos do DESPACHO n. 00011/2017/DECOR/CGU/AGU, o Parecer nº 102/2014/DECOR/CGU/AGU.

consideração superior (art. 1º, parágrafo único, da Portaria CGU n. 41/2016). Brasília, 25 de abril de 2017.

André Rufino do Vale
Procurador Federal
Consultor-geral da União Substituto

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688001565201355 e da chave de acesso b7950af8

Documento assinado eletronicamente por ANDRE RUFINO DO VALE, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 38720225 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ANDRE RUFINO DO VALE. Data e Hora: 25/04/2017 11:58. Número de Série: 13357071. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

DESPACHO n. 00262/2017/GAB/CGU/AGU

NUP: 00688.001565/201355

INTERESSADOS: CONSULTORIA JURIDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

ASSUNTOS: LICITAÇÕES

1. De acordo com o Despacho nº 231/2017/GAB/CGU/AGU, de 25 de abril de 2017.

2. Dêse ciência à Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, à Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, aos demais órgãos consultivos desta Consultoria Geral da União, assim como ao Tribunal de Contas da União, considerada a relevância da matéria.

3. Encaminhese, outrossim, à insigne Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, a fim de que avalie a possibilidade formal de revogação do Decreto nº 5.504, de 5 de agosto de 2005.

Brasília, de maio de 2017.


Marcelo Augusto Carmo de Vasconcellos
Consultor-geral da União

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688001565201355 e da chave de acesso b7950af8

Documento assinado eletronicamente por MARCELO AUGUSTO CARMO DE VASCONCELLOS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 40446861 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MARCELO AUGUSTO CARMO DE VASCONCELLOS. Data e Hora: 03052017 10:50. Número de Série: 6618123039458971121. Emissor: AC CAIXA PF v2.



JURISPRUDÊNCIA
COMENTADA



.....

RECLAMAÇÃO: O REQUISITO DO ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS NAS RECENTES DECISÕES DAS CORTES SUPERIORES

.....

Vitor Pinto Chaves¹

Thiago Cássio D'Ávila Araújo²

SUMÁRIO: Introdução; 1 O esgotamento de instância ordinária para propositura de Reclamação no STJ; 2 O esgotamento das instâncias ordinária e especial para propositura de Reclamação no STF; 3 Conclusões; Referências.

1 - Procurador Regional Federal da Primeira Região. Doutorando em Ciência Política (UFF). Mestre em Direito, Estado e Constituição (UnB). Foi Secretário-Executivo da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República (SAE/PR), Procurador-Chefe do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) e Procurador-Chefe do Instituto Chico Mendes da Biodiversidade (ICMBio).

2 - Subprocurador Regional Federal da Primeira Região (PRF-1). Mestre em Direito e Políticas Públicas (UniCEUB). Foi Diretor Substituto do Departamento de Contencioso da Procuradoria-Geral Federal (DEPCONT/PGF), Coordenador do Núcleo de Ações Estratégicas do DEPCONT/PGF, Conselheiro Titular do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) e Consultor Jurídico Adjunto do Ministério da Educação (CONJUR/MEC).



INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, entrou em vigor em 18 de março de 2016, conforme Enunciado Administrativo nº 01, decorrente da decisão unânime dos Ministros do Plenário do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sessão administrativa de 2 de março de 2016, em que se interpretou o art. 1.045 do referido diploma legal.

Com relação ao instituto da Reclamação, no que nos interessa para o presente texto, o CPC dispõe o seguinte:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.

[...] § 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

§ 5º É inadmissível a reclamação: (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada; (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 6º A inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação. (Grifos nossos)

Depreende-se da leitura do inciso II do parágrafo 5º do art. 988, que a Reclamação pode ser proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos.

Entretanto, tal reclamação só será cabível após o esgotamento das instâncias ordinárias.

Esta exigência (esgotamento de instâncias ordinárias), note-se bem, não é feita, pelo CPC, para as demais hipóteses de cabimento de Reclamação, que constam dos incisos I a IV do *caput* do seu art. 988. Nisso reside, por si só, a relevância de entendermos, para fins pragmáticos, em qual momento do curso do processo judicial passa a tornar-se apropriado (cabível) o ajuizamento da Reclamação de que trata o inciso II do parágrafo 5º do art. 988, do Novo CPC.

Inclusive, já se deixou de conhecer-se, no STJ, reclamação proposta com base no inciso II do *caput* do art. 988 do NCPC, porque o propósito da parte não era, exatamente, garantir a autoridade de decisão proferida pelo STJ em seu favor, em caso concreto, em que o reclamante tivesse figurado como parte (que é a hipótese do inciso II do *caput* do art. 988 do NCPC), mas porque buscava, na verdade, a suspensão da decisão de 1º Grau, que rejeitara exceção de pré-executividade, alegando, na reclamação, inobservância de tese fixada pelo STJ, em sede de recurso repetitivo, sendo que esta seria hipótese enquadrável no art. 988, § 5º, II, do CPC/2015, para a qual se exige o esgotamento prévio das instâncias ordinárias.³

Por outro lado, compreender-se adequadamente o que tem sido considerado como esgotamento de instâncias inferiores, seja pelo Supremo Tribunal Federal (STF), seja pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), além de ser importante para o próprio uso adequado do instituto da reclamação, também se faz necessário até mesmo para evitar-se punição.⁴

Importante destacar que, neste texto, não analisamos (ou não analisamos com profundidade) todas as hipóteses de não cabimento de reclamação, a exemplo da inadequação do seu emprego como sucedâneo de ação rescisória, como sucedâneo de recursos ou de ações judiciais em geral, ou, ainda, para o exame do mérito da demanda originária. Assim é que, na proposta metodológica de comentário de jurisprudência em que se ancora o nosso texto, foi definido como objetivo deste trabalho fazermos uma exposição de cunho pragmático sobre o entendimento encontrado em decisões proferidas no âmbito do STF e do STJ, desde a entrada em vigor do Novo CPC, sobre o momento a partir do qual se tem entendido cabível o ajuizamento da reclamação para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos.

Dentro dessa proposta metodológica, o texto se desenvolverá tendo como pilares as técnicas de transcrição e descrição dos entendimentos até aqui aplicados em decisões proferidas no âmbito das mencionadas Cortes, a respeito do requisito de esgotamento de instâncias inferiores, para propositura da Reclamação prevista no inciso II do parágrafo 5º do art. 988 do Novo CPC.

1. O ESGOTAMENTO DE INSTÂNCIA ORDINÁRIA PARA PROPOSITURA DE RECLAMAÇÃO NO STJ

O STJ tem analisado se houve esgotamento das instâncias ordinárias, para conhecer

3 - STJ, AgInt na Rcl 32.276/PA, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/06/2017, DJe 27/06/2017.

4 - "A provocação da competência originária do STF em sede reclamatória com paradigma em tese de repercussão geral de forma infundada constitui ato atentatório à dignidade da Justiça, porquanto revela a finalidade da parte se furta a se submeter à sistemática introduzida com o objetivo de conferir maior efetividade à atuação do STF como Corte Constitucional, o que justifica a incidência do comando normativo inscrito no art. 80, I e VI, c/c art. 81, do CPC" (STF, Rcl 21730 ED-AgR, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 24/02/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 14-03-2017 PUBLIC 15-03-2017). Grifos nossos.

e aceitar processar reclamações ajuizadas com intuito de garantir a observância de entendimento presente em acórdão proferido no julgamento de recurso especial repetitivo, tal qual exigido pelo inciso II do parágrafo 5º do art. 988 do Novo CPC. É o que se vê, por exemplo, na ementa abaixo transcrita, de julgado da Segunda Seção, em que assim entendeu-se, à unanimidade:

AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO. RECURSO REPETITIVO. OBSERVÂNCIA. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. NECESSIDADE. (ART. 988, § 5º, II, DO CPC/2015). 1. Nos termos do inciso II do § 5º do art. 988 do CPC/2015, **é cabível o ajuizamento da reclamação para garantir a observância de acórdão proferido no julgamento de recurso especial repetitivo**, desde que **observado o pressuposto de prévio esgotamento das instâncias ordinárias**, circunstância não verifica no caso em análise. 2. Agravo interno não provido. ⁵

O esgotamento das instâncias ordinárias deve ser comprovado documentalmente já no momento da propositura da Reclamação, como já decidido pela Segunda Seção do STJ:

O art. 320 do NCPC exige a instrução da petição inicial da reclamação com todos os documentos indispensáveis à propositura da ação, sendo, no caso da reclamação, nos termos do § 5º do art. 988 d NCPC, imprescindível a comprovação de esgotamento das instâncias ordinárias.⁶

Mas, a questão permanece: na jurisprudência do STJ que se vai formando desde a entrada em vigor do NCPC, quando é que ocorre o esgotamento das instâncias ordinárias? Ou, de outro modo, a partir de quando pode ser proposta a reclamação de que trata o inciso II do parágrafo 5º do art. 988? A esse respeito, esses dois julgados do STJ são esclarecedores:

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. INOBSERVÂNCIA DE ACÓRDÃO PROFERIDO EM JULGAMENTO DE DEMANDA REPETITIVA. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. ART. 988, § 5º, II, DO CPC. RECURSO ESPECIAL PENDENTE DE PROCESSAMENTO NO TRIBUNAL DE ORIGEM. RECLAMAÇÃO PREMATURA. SUCEDÂNEO RECURSAL. NÃO CABIMENTO. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. A teor do disposto no art. 988, § 5º, inciso II, do CPC, é inadmissível a reclamação proposta para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de recurso especial repetitivo quando não esgotadas as instâncias ordinárias. 2. **O esgotamento das instâncias ordinárias somente se caracteriza após o término da análise de admissibilidade do recurso especial pelo Tribunal local, na forma preconizada no art. 1.030 do CPC, não sendo admitida a interposição da reclamação de forma prematura.** 3. A reclamação constitui-se como medida excepcional, não podendo ser utilizada como sucedâneo recursal, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça. 4. **Na hipótese dos autos, o recurso especial interposto ainda se encontra pendente de análise em juízo de retratação pela instância a quo, situação que indica não ter havido o es-**

5 - STJ, AgInt na Rel 34.019/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/08/2017, DJe 14/08/2017. Grifos nossos.

6 - STJ, AgInt na Rel 32.502/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/11/2016, DJe 01/12/2016.

gotamento das instâncias ordinárias, condição indispensável para a propositura da reclamação. 5. Agravo regimental desprovido.⁷

AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. RECURSO REPETITIVO. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS (ART. 988, § 5º, II, CPC/2015): INTERPRETAÇÃO. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. 1. O manejo de Reclamações contra julgado que tenha decidido contrariamente ao entendimento assentado pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo (art. 543-C do CPC/1973 ou 1.036 do CPC/2015) pressupõe o prévio esgotamento das instâncias ordinárias (art. 988, § 5º, II, do CPC/2015). [...]. 3. **Para que ocorra o esgotamento das instâncias ordinárias na forma exigida pelo inciso II do § 5º do art. 988 do CPC/2015, é necessário que o Tribunal de segundo grau tenha se manifestado sobre o tema em sede de juízo de retratação e que o recurso especial interposto naquele feito pelo Reclamante já tenha tido a sua admissibilidade examinada no segundo grau de jurisdição. Antes disso, o manejo da Reclamação é prematuro.** 4. Refoge à lógica que rege o princípio da utilidade admitir-se o manejo prematuro de ação e/ou recurso que se volte contra julgado cuja reforma ainda pode ser obtida por outros meios que não a provocação de uma instância superior.

5. Ainda que o § 6º do art. 988 do CPC/2015 afirme, expressamente, que 'A inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação', **a manifestação prévia em sede de juízo de admissibilidade do recurso especial/extraordinário posteriormente ao juízo de retratação, nos termos do art. 1.030, V, 'c', do CPC/2015, ainda é atribuição do Tribunal de segundo grau e, por isso, deve ser compreendida na interpretação do comando legal que demanda o esgotamento prévio das instâncias ordinárias para o manejo da Reclamação.** [...]. 7. Dita interpretação não põe em risco o primado da rápida tramitação das causas e da economia processual, mas apenas aplica a lei que, mesmo impondo requisitos (incisos I e II do § 5º do art. 988), já constitui avanço em relação à legislação anterior. 8. **Situação em que a Reclamação foi ajuizada após a manifestação do Tribunal de Justiça em sede de juízo de retratação, mas antes que fosse realizado o juízo de admissibilidade do recurso especial interposto pelo Reclamante.** 9. Agravo regimental do Ministério Público Federal a que se nega provimento.⁸

O que os dois julgados acima transcritos, ambos da Terceira Seção, a saber, agravo regimental na reclamação nº 33.054 e Agravo Regimental na Reclamação nº 32.945, evidenciam, é que o STJ está firmando o entendimento de que a Reclamação prevista no inciso II do § 5º do art. 988 é cabível somente **após a realização do juízo de admissibilidade** do Recurso Especial, que se segue à decisão do juízo de retratação de que trata a alínea "c" do inciso V do art. 1.030 do Novo CPC, que ocorre, por sua vez, em razão do inciso II do mesmo art. 1.030.

Ou seja, a Reclamação do inciso II do § 5º do art. 988 é cabível nos casos em que, mesmo após o tribunal recorrido ter efetuado o juízo de retratação, a sua decisão permanecer ofendendo entendimento firmado pelo STJ em sede de Recurso Especial repetitivo; e, ainda assim, a Reclamação só será cabível após a realização do juízo de admissibilidade do Recurso Especial que cons-

7 - STJ, AgRg na Rel 33.054/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/06/2017, DJe 22/06/2017. Grifos nossos.

8 - STJ, AgRg na Rel 32.945/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/02/2017, DJe 02/03/2017. Grifos nossos.

ta dos autos, pelo presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, e que originou o referido juízo de retratação. Se do juízo de admissibilidade do Recurso Especial resultar decisão negativa ao recorrente, deve ser por ele interposto o agravo nos autos, de que trata o art. 1.042, em razão do § 1º do art. 1.030 do NCPC, e para que a Reclamação não deixe de ser conhecida por ser indevidamente utilizada, ou como sucedâneo recursal, ou por ser ajuizada após o trânsito em julgado, hipótese em que encontraria obstáculo na vedação contida no § 6º do art. 988, NCPC.⁹

Assim, para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de Recurso Especial repetitivo (NCPC, art. 988, § 5º, II), não pode ser conhecida a Reclamação ajuizada no STJ por insurgência, por exemplo, contra a decisão monocrática proferida pelo Relator da apelação; a decisão monocrática proferida em agravo de instrumento; a decisão colegiada que julga a apelação ou o agravo de instrumento; a decisão colegiada derivada da técnica de ampliação do colegiado de que trata o art. 942 do NCPC; a decisão colegiada do juízo de retratação previsto na alínea “c” do inciso V do art. 1.030 do NCPC; decisão de juiz de primeira instância; e assim por diante.

2. O ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIA E ESPECIAL PARA PROPOSTURA DE RECLAMAÇÃO NO STF

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, antes do advento do NCPC, era no sentido do não cabimento do instituto da Reclamação para rever decisão contrária a entendimento firmado em Recurso Extraordinário, ainda que com repercussão geral reconhecida. O posicionamento da Corte era de que, embora as decisões proferidas pelo Plenário do STF, quando do julgamento de Recursos Extraordinários com repercussão geral, vinculassem os demais órgãos do Poder Judiciário, caberia às instâncias inferiores o respeito à autoridade das decisões do Supremo.

A interpretação sistemática e teleológica apresentada pelo STF partia do seguinte pressuposto: com o advento da Lei nº 11.418/2006, que regulamentou o §3º do art. 102 da Constituição Federal, competiria aos demais tribunais o sobrestamento e o juízo de retratação diante de posicionamento do Supremo que viesse a ser firmado em sede de repercussão geral. Isso porque o objetivo da norma seria justamente evitar que o STF se quedasse sobrecarregado por Recursos Extraordinários baseados em idêntica controvérsia. Em caso de não observância do posicionamento pelas instâncias inferiores, a via adequada seria o Recurso Extraordinário, e não a Reclamação.

9 - “Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: I – negar seguimento: a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral; b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos; II – encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos; III – sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se trate de matéria constitucional ou infraconstitucional; IV – selecionar o recurso como representativo de controvérsia constitucional ou infraconstitucional, nos termos do § 6º do art. 1.036; V – realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, desde que: a) o recurso ainda não tenha sido submetido ao regime de repercussão geral ou de julgamento de recursos repetitivos; b) o recurso tenha sido selecionado como representativo da controvérsia; ou c) o tribunal recorrido tenha refutado o juízo de retratação. § 1º Da decisão de inadmissibilidade proferida com fundamento no inciso V caberá agravo ao tribunal superior, nos termos do art. 1.042. § 2º Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021.” Grifos nossos. Dispositivos com esta redação, após Lei nº 13.256, de 2016.

O entendimento supra foi consolidado na Reclamação nº 10.793, relatada pela ministra Ellen Gracie. Senão vejamos:

RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE INOBSERVÂNCIA POR MAGISTRADO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DA DECISÃO PROFERIDA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO MÉRITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 583.955-RG/RJ. INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL. COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE ORIGEM PARA SOLUCIONAR CASOS CONCRETOS. CORREÇÃO DA EVENTUAL DESOBEDEIÊNCIA À ORIENTAÇÃO ESTABELECIDADA PELO STF PELA VIA RECURSAL PRÓPRIA, EM JULGADOS DE MÉRITO DE PROCESSOS COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. RECLAMAÇÃO NÃO CONHECIDA.

1. As decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário na solução, por estes, de outros feitos sobre idêntica controvérsia.
2. Cabe aos juízes e desembargadores respeitar a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal tomada em sede de repercussão geral, assegurando racionalidade e eficiência ao Sistema Judiciário e concretizando a certeza jurídica sobre o tema.
3. O legislador não atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o ônus de fazer aplicar diretamente a cada caso concreto seu entendimento.
4. A Lei 11.418/2006 evita que o Supremo Tribunal Federal seja sobrecarregado por recursos extraordinários fundados em idêntica controvérsia, pois atribuiu aos demais Tribunais a obrigação de os sobrestarem e a possibilidade de realizarem juízo de retratação para adequarem seus acórdãos à orientação de mérito firmada por esta Corte.
5. Apenas na rara hipótese de que algum Tribunal mantenha posição contrária à do Supremo Tribunal Federal, é que caberá a este se pronunciar, em sede de recurso extraordinário, sobre o caso particular idêntico para a cassação ou reforma do acórdão, nos termos do art. 543-B, § 4º, do Código de Processo Civil.
6. A competência é dos Tribunais de origem para a solução dos casos concretos, cabendo-lhes, no exercício deste mister, observar a orientação fixada em sede de repercussão geral.
7. A cassação ou revisão das decisões dos Juízes contrárias à orientação firmada em sede de repercussão geral há de ser feita pelo Tribunal a que estiverem vinculados, pela via recursal ordinária.
8. A atuação do Supremo Tribunal Federal, no ponto, deve ser subsidiária, só se manifesta quando o Tribunal a quo negasse observância ao leading case da repercussão geral, ensejando, então, a interposição e a subida de recurso extraordinário para cassação ou revisão do acórdão, conforme previsão legal específica constante do art. 543-B, § 4º, do Código de Processo Civil.
9. **Nada autoriza ou aconselha que se substituam as vias recursais ordinária e extraordinária pela reclamação.**
10. A novidade processual que corresponde à repercussão geral e seus efeitos não deve desfavorecer as partes, nem permitir a perpetuação de decisão frontalmente contrária ao entendimento vinculante adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Nesses casos o questionamento deve ser remetido ao Tribunal competente para a revisão das decisões do Juízo de primeiro grau a fim de que aquela Corte o aprecie como o recurso cabível,

independentemente de considerações sobre sua tempestividade.

11. No caso presente tal medida não se mostra necessária.

12. Não-conhecimento da presente reclamação.¹⁰

Trecho do voto da ministra relatora sintetiza o significado prático do entendimento:

Não é dado às partes de uma ação judicial, portanto, ajuizarem Reclamação perante esta Corte quando se depararem com decisões contrárias ao entendimento firmado em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. **Não se deve substituir as vias recursais ordinária e extraordinária pela via da reclamação. O acesso ao STF não se faz *per saltum*.**¹¹

No entanto, com o advento do citado inciso II do § 5º do art. 988 do NCPC, o entendimento acima destacado não mais subsiste por completo, haja vista a expressa previsão legal do cabimento da Reclamação proposta para garantir a observância de acórdão de Recurso Extraordinário com repercussão geral conhecida. Observa-se, mesmo assim, a manutenção de interpretação teleológica no que tange à aplicação do instituto, no sentido de que “o acesso ao STF não se faz *per saltum*”.

Com efeito, o raciocínio básico que acima se apontou, quando da observação do posicionamento do STJ sobre o esgotamento de instâncias, também é válido para o Recurso Extraordinário. Isso porque também lhe é aplicável o juízo de retratação de que trata a alínea “c” do inciso V do art. 1.030, por aplicação do inciso II do mesmo art. 1.030. Nesse sentido, cabe citar precedente da Segunda Turma do STF:

Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO OBJETIVANDO A GARANTIA DE OBSERVÂNCIA DE ACÓRDÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. EXIGÊNCIA CONSTANTE DA PARTE FINAL DO INCISO II DO § 5º DO ART. 988 DO CPC/2015. NÃO PREENCHIMENTO, UMA VEZ QUE SEQUER HOUVE JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL INTERPOSTOS CONTRA O ATO RECLAMADO. NÃO CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.¹²

No âmbito da Primeira Turma da Corte Suprema, há também conjunto de decisões mo-

10 - STF, Rcl 10793, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 03-06-2011 PUBLIC 06-06-2011 RT v. 100, n. 910, 2011, p. 379-392. Esse entendimento era pacificado antes da entrada em vigor no Novo Código de Processo Civil, conforme se extrai de julgado realizado pouco antes do fim da vacatio legis: “Embargos de declaração em agravo regimental em reclamação. 2. Não ocorrência de nenhuma das hipóteses de cabimento previstas no art. 102, I, “I”, da Constituição Federal. 3. **Não cabimento de reclamação que tenha por fundamento o descumprimento da autoridade de decisão proferida em processo-paradigma da repercussão geral.** Reclamação 10.793. 4. Reclamação como sucedâneo recursal. Não cabimento. 5. Embargos de declaração rejeitados.” (Rcl 17914 AgR-ED, Relator: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 16/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 29-02-2016 PUBLIC 01-03-2016)

11 - STF, Rcl 10793, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 03-06-2011 PUBLIC 06-06-2011 RT v. 100, n. 910, 2011, p. 379-392.

12 - STF, Rcl 23476 AgR, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-174 DIVULG 17-08-2016 PUBLIC 18-08-2016.

nocráticas no mesmo sentido acima destacado, como se vê na decisão abaixo transcrita:

4. A jurisprudência desta Suprema Corte vem se firmando no sentido de que o esgotamento da instância ordinária somente se concretiza após o julgamento de agravo interno manejado contra a decisão da Presidência ou Vice-Presidência da Corte que, ao exame de admissibilidade do recurso extraordinário, aplica a sistemática da repercussão geral, nos termos do art. 1.030 e § 2º, do CPC/2015. Nesse sentido: Rcl 26194/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 03.3.2017; Rcl 26458/RN, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 10.3.2017; Rcl 26300/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 02.3.2017; Rcl 26336/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 02.3.2017.¹³

Portanto, assim como interpreta o STJ, o Supremo também entende que não é admissível Reclamação, com fulcro em violação a posicionamento da Corte firmado em sede de Recurso Extraordinário com repercussão geral conhecida, sem esgotamento das instâncias inferiores, por exemplo, se não atacada por recurso extraordinário, na origem.¹⁴

Todavia, apesar de o inciso II do § 5º do art. 988 expressamente referir-se ao cabimento da Reclamação após esgotadas as “instâncias ordinárias”, o STF, por recentes decisões que parecem indicar jurisprudência iterativa – embora a questão não tenha sido enfrentada pelo Pleno, foi decidida por unanimidade, em mais de uma oportunidade, pela Segunda Turma, e o mesmo entendimento já foi aplicado pela maioria dos ministros da Primeira Turma do Tribunal –, vem ampliando esse requisito legal, para entender que há também necessidade de esgotamento da instância especial.

Precedente pioneiro com esse entendimento foi de relatoria do ministro Teori Zavascki. Vejamos a ementa do julgado:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO PROPOSTA PARA GARANTIR A OBSERVÂNCIA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CPC/2015, ART. 988, § 5º, II. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. 1. Em se tratando de reclamação para o STF, a interpretação do art. 988, § 5º, II, do CPC/2015 deve ser fundamentalmente teleológica, e não estritamente literal. **O esgotamento da instância ordinária, em tais casos, significa o percurso de todo o iter recursal cabível antes do acesso à Suprema Corte. Ou seja, se a decisão reclamada ainda comportar reforma por via de recurso a algum tribunal, inclusive a tribunal superior, não se permitirá acesso à Suprema Corte por via de reclamação.**

2. Agravo regimental não provido.¹⁵

A dimensão teleológica dada ao conceito de esgotamento de instância (“percurso de todo o iter recursal cabível antes do acesso à Suprema Corte”), no julgado supra, expressamente segue

13 - STF, Rcl 25426, Relatora: Min. ROSA WEBER, julgado em 21/08/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 23/08/2017 PUBLIC 24/08/2017.

14 - Ver STF, Rcl 25426, Relatora: Min. ROSA WEBER, julgado em 21/08/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 23/08/2017 PUBLIC 24/08/2017.

15 - STF, Rcl 24686 ED-AgR, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 25/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 10-04-2017 PUBLIC 11-04-2017.

a tônica do posicionamento da Corte na Reclamação nº 10.793. É evidenciada na fundamentação constante do voto do ministro relator, que afasta interpretação meramente literal do inciso II do § 5º do art. 988 do NCPC:

No caso, pela via da reclamação, é prematuro o questionamento fundado na alegação de descumprimento do decidido no RE 658.026/MG, cujo mérito foi apreciado sob o rito da repercussão geral, tendo em vista que não houve o esgotamento das instâncias ordinárias exigido pelo inciso II do § 5º do art. 988 do CPC/2015. Com efeito, a parte ainda tem a via recursal para buscar a reforma do acórdão ora questionado.

Nessas circunstâncias, **prevalece antigo entendimento do Plenário desta Corte, firmado no julgamento da Rcl 10.793** (Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 6/6/2011), segundo o qual, **para fins de cassação ou revisão de decisão contrária à orientação firmada em sede de repercussão geral, não é cabível a substituição das vias recursais ordinária e extraordinária pela reclamação:**

[...]

Registre-se que se, em se tratando de reclamação para o STF, **a interpretação desse dispositivo do CPC deve ser fundamentalmente teleológica, e não estritamente literal. O esgotamento da instância ordinária, em tais casos, supõe o percurso de todo o íter recursal possível antes do acesso à Suprema Corte. Ou seja, se a decisão reclamada ainda comportar reforma por via de recurso a algum tribunal, inclusive a tribunal superior, não se permitirá acesso à Suprema Corte por via de reclamação.** Esse é o sentido que deve ser conferido ao art. 988, § 5º, II, do CPC. **Interpretação puramente literal desse dispositivo acabaria por transferir a esta Corte, pela via indireta da reclamação, a competência de pelo menos três tribunais superiores (Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral), para onde podem ser dirigidos recursos contra decisões de tribunais de segundo grau de jurisdição.**

3. No caso, concreto, conforme admitido nas razões do agravo interno, houve interposição de recurso especial eleitoral dirigido ao Tribunal Superior Eleitoral, a significar que a decisão reclamada é, teoricamente, suscetível de reforma por via recursal.¹⁶

Nessa oportunidade, o ministro Ricardo Lewandowski, seguindo a linha argumentativa apresentada pelo relator, também explicita a dimensão teleológica do entendimento da Turma sobre o significado de esgotamento das instâncias ordinárias:

Senhor Presidente, eu acompanho também o eminente Relator, porque **nós temos verificado ultimamente o crescimento exacerbado das reclamações ajuizadas nesta corte. Há uma tentativa, como acabamos de ver - não neste caso, mas no caso anterior -, com as razões expostas pelo advogado, de enfrentar as questões, per saltum, diretamente no Supremo Tribunal Federal.** Isso me parece incompatível com o nosso sistema recursal. De outra parte, em havendo um recurso num tribunal inferior a esta Suprema Corte, se a matéria for de urgência, sempre caberá conferir um efeito suspensivo ao recurso. Portanto, remédios existem para sanar inclusive as situações emergenciais.¹⁷

16 - STF, Rcl 24686 ED-AgR, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 25/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 10-04-2017 PUBLIC 11-04-2017. Grifos nossos.

17 - STF, Rcl 24686 ED-AgR, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 25/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 10-04-2017 PUBLIC 11-04-2017. Grifos nossos.

Esse mesmo entendimento foi reiterado no âmbito da mesma Segunda Turma, em caso sob a relatoria do ministro Dias Toffoli, conforme se observa, exemplificativamente, da ementa abaixo transcrita:

EMENTA Agravo regimental na reclamação. Responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo pagamento de verbas previstas no § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93. Inexistência de identidade de temas entre o ato reclamado e a ADC nº 16/DF. Tema nº 246 de repercussão geral. Agravo regimental ao qual se nega provimento. 1. A reclamação fundada na ADC nº 16/DF e na SV nº 10 não é o instrumento adequado para se obter pronunciamento uniforme do STF acerca da legitimidade da imputação de responsabilidade ao Poder Público pelo pagamento das verbas prescritas no § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93. 2. **O julgado do RE nº 760.931/DF pelo Plenário da Corte é precedente obrigatório para os demais órgãos do Poder Judiciário relativamente à norma de interpretação constitucional do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93** (Tema nº 246 de repercussão geral). 3. **O cabimento da reclamação constitucional está sujeito ao esgotamento das instâncias ordinárias e especial** (art. 988, § 5º, II, do CPC). 4. Agravo regimental não provido.¹⁸

Em seu voto, o ministro relator Dias Toffoli segue integralmente o posicionamento do ministro Teori Zavascki no âmbito da Reclamação 24686, no sentido de que o esgotamento de instâncias ordinárias, requisito para a admissibilidade da Reclamação em face de decisão que viole acórdão de Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida, deve ser interpretado abrangendo também a competência especial dos Tribunais Superiores. Vejamos:

O provimento requerido nesta reclamationária, ora em sede regimental, não é passível de ser deferido, tendo em vista a **inadmissibilidade do uso da via reclamationária como sucedâneo recursal, com subversão, ademais, da sistemática da repercussão geral, introduzida com a finalidade de se conferir maior efetividade à atuação do STF como Corte Constitucional**, antes prejudicada pela subida de inúmeros processos com fundamento em idêntica controvérsia, demandando decisões caso a caso pelo STF.

No sentido de **inadmissibilidade de acesso ao STF pela via reclamationária antes de esgotados os instrumentos recursais nas instâncias ordinárias e especial da Justiça especializada**, a fim de se obter a aplicação, no caso concreto, de entendimento firmado pela sistemática da repercussão geral, vide precedente de relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki [...].¹⁹

No âmbito da Primeira Turma, destaca-se decisão monocrática do ministro Alexandre de Moraes, cuja fundamentação traz expressamente referência ao voto do ministro Teori Zavascki na citada Reclamação 24686:

Antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, o Supremo tinha posição rígida no sentido da inviabilidade da reclamação para esta Corte com o fito de trazer a discussão acerca da má aplicação da sistemática da repercussão geral.

18 - STF, Rcl 20076 AgR, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 09/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-142 DIVULG 28-06-2017 PUBLIC 29-06-2017. Grifos nossos.

19 - STF, Rcl 20076 AgR, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 09/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-142 DIVULG 28-06-2017 PUBLIC 29-06-2017. Grifos nossos.

[...]

O CPC/2015 concedeu um restritíssimo espaço para discussão da aplicação da sistemática da repercussão geral, pelo Juízo de origem, no âmbito da Reclamação para os Tribunais Superiores. Somente caberá Reclamação (I) para se assegurar a observância de acórdão formado no julgamento do mérito de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de RE ou recurso especial repetitivo e (II) **desde que esgotadas todas as instâncias ordinárias, a saber, “o percurso de todo o íter recursal cabível antes do acesso à Suprema Corte”** (Rcl 24686 ED-AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe 11-04-2017).²⁰

Destarte, verifica-se uma estabilização da jurisprudência do STF sobre um significado abrangente do conceito de esgotamento das instâncias ordinárias, restringindo-se o cabimento da Reclamação para quando esgotadas todas as fases recursais, inclusive após julgados os recursos excepcionais encaminhados aos Tribunais Superiores.

3. CONCLUSÕES

Dentre as várias mudanças trazidas pelo novo código ao formato e à abrangência do instituto da Reclamação, verifica-se que o legislador expandiu seu âmbito de aplicação no STJ e no STF – antes disciplinado pelo Capítulo II do Título I da Lei nº 8.038/1990 – passando a ter como desiderato não apenas a preservação da competência do Tribunal ou a garantia da autoridade de suas decisões, mas também a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos.

No presente trabalho, buscou-se observar o desenvolvimento jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal do requisito do esgotamento das instâncias ordinárias que acompanhou a inovação processual constante do inciso II do § 5º do art. 988 do Novo Código de Processo Civil.

Em linhas gerais, STJ e STF têm posicionamentos similares sobre o significado concreto da expressão “esgotadas as instâncias ordinárias”, prevista no dispositivo mencionado acima. Exemplo disso é que ambas as Cortes, pouco mais de 1 ano após o início da vigência do novo código, consideram que a Reclamação, fulcrada na garantia de observância de acórdão de RE com repercussão geral reconhecida ou RE e REsp repetitivos, têm julgados indicativos de formação de jurisprudência no sentido de que a hipótese discutida de Reclamação somente é cabível após a realização de juízo de admissibilidade, posterior à decisão do juízo de retratação de que trata a alínea “c” do inciso V do art. 1.030 do Novo CPC.

A especificidade, entretanto, fica por conta do sentido atribuído pelo STF à expressão “instâncias ordinárias”. Conforme demonstrado neste artigo, a Corte (posições reiteradas da Segunda Turma e posicionamentos monocráticos da maioria dos ministros da Primeira Turma), lançando mão de interpretação teleológica, tem entendido que o esgotamento de instância ordinária pressupõe o término de todos os caminhos recursais possíveis, para ser cabível a Reclamação. Dessa forma, estando a decisão atacada ainda apta a ser reformada por recurso a qualquer tribunal, incluídos os tribunais superiores, não seria cabível a Reclamação ao STF. A razão subjacente para tanto é evitar que a Reclamação seja usada prematuramente, isto é, antes de esgotadas as

20 - STF, Rcl 26998, Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 23/05/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-111 DIVULG 25/05/2017 PUBLIC 26/05/2017. Grifos nossos.

competências recursais dos tribunais superiores (STJ, TST ou TSE, conforme o caso), trazendo consequências contrárias à lógica de redução do volume processual da Suprema Corte.

REFERÊNCIAS

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgInt na Rcl 32.276/PA, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/06/2017, DJe 27/06/2017.

_____. AgInt na Rcl 34.019/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/08/2017, DJe 14/08/2017.

_____. AgInt na Rcl 32.502/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/11/2016, DJe 01/12/2016.

_____. AgRg na Rcl 33.054/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/06/2017, DJe 22/06/2017.

_____. AgRg na Rcl 32.945/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/02/2017, DJe 02/03/2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rcl 10793, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 03-06-2011 PUBLIC 06-06-2011 RT v. 100, n. 910, 2011, p. 379-392.

_____. Rcl 17914 AgR-ED, Relator: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 16/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 29-02-2016 PUBLIC 01-03-2016).

_____. Rcl 20076 AgR, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 09/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-142 DIVULG 28-06-2017 PUBLIC 29-06-2017.

_____. Rcl 21730 ED-AgR, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 24/02/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 14-03-2017 PUBLIC 15-03-2017.

_____. Rcl 23476 AgR, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-174 DIVULG 17-08-2016 PUBLIC 18-08-2016.

_____. Rcl 24686 ED-AgR, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 25/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 10-04-2017 PUBLIC 11-04-2017.


_____. Rcl 25426, Relatora: Min. ROSA WEBER, julgado em 21/08/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 23/08/2017 PUBLIC 24/08/2017.


_____. Rcl 26998, Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 23/05/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-111 DIVULG 25/05/2017 PUBLIC 26/05/2017.




Anafe


Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais


 anafenacional.org.br

 (61) 3326-1729

 anafefe.org.br

 @ANAFENACIONAL

 @anafenacional

 SHIS QL 24, Conjunto 3,
Casa 1, Lago Sul - Brasília/DF